

REVISTA DA
AGU

volume 16 nº 03 - Brasília-DF, jul./set. 2017

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

Revista da AGU	Brasília	v. 16	nº 03	p. 1-420	jul./set. 2017
----------------	----------	-------	-------	----------	----------------

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
© Advocacia-Geral da União - AGU – 2017

ADVOGADA-GERAL DA UNIÃO

Ministra-Chefe da Advocacia-Geral da União Grace Maria Fernandes Mendonça

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO - SUBSTITUTO

Paulo Gustavo Medeiros Carvalho

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Paulo Gustavo Medeiros Carvalho	Secretário-Geral de Consultoria
Izabel Vinchon Nogueira de Andrade	Procuradora-Geral da União
Fabrizio da Soller	Procurador-Geral da Fazenda Nacional
Marcelo Augusto Carmo de Vasconcellos	Consultor-Geral da União
Cleso José da Fonseca Filho	Procurador-Geral Federal
Isadora Maria Belem Rocha Cartaxo de Arruda	Secretária-Geral de Contencioso
Altair Roberto de Lima	Corregedor-Geral da Advocacia-Geral da União
Cristiano de Oliveira Lopes Cozer	Procurador do Banco Central
Maria Aparecida Araújo de Siqueira	Secretária-Geral de Administração
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor-Geral da Advocacia-Geral da União

ESCOLA DA AGU

Chiara Michelle Ramos Moura da Silva	Diretora
Paulo Fernando Soares Pereira	Vice-Diretor
Eduardo Fernandes de Oliveira	Coordenador-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 -L 1981-2035; ISSN 2525-328x

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

CDD 341.05
CDU 342(05)

EDITORA-CHEFE

CHIARA MICHELE RAMOS MOURA DA SILVA - AGU-DF

Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Clássica), em intercâmbio com a Universidade de Roma - La Sapienza (ERASMUS). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Membro da Advocacia-Geral da União - AGU

VICE-EDITOR

PAULO FERNANDO SOARES PEREIRA

Doutorando em Direito, Constituição e Democracia pela Universidade de Brasília - UnB. Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão - UFMA
Graduado em Direito pela Universidade Federal de Roraima - UFRR. Membro da Advocacia Geral da União - AGU

EDITORAS ASSISTENTES

Gláucia Maria Alves Pereira
Niuza Gomes Barbosa de Lima

INDEXAÇÃO EM:

DIADORIM - Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras.

RVBI - Rede Virtual de Bibliotecas.

LATINDEX - Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal.

ACADEMIA.EDU - ferramenta (rede social Acadêmica) de colaboração destinada a acadêmicos e pesquisadores de qualquer área de conhecimento.

CONSELHO EDITORIAL

INTERNACIONAIS

CARLA AMADO GOMES
(UNIVERSIDADE DE LISBOA,
PORTUGAL)

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Foi Vice-Presidente do Instituto da Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito de Lisboa entre 2006 e 2014. Leciona cursos de mestrado e Pós-graduação em Direito do Ambiente, Direito Administrativo e Direito da Energia em Angola, Moçambique e Brasil. Colabora regularmente em ações de formação no Centro de Estudos Judiciários.

JOSÉ ALEXANDRE GUIMARAES
DE SOUSA PINHEIRO
(UNIVERSIDADE DE LISBOA,
PORTUGAL)

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutorado pelo

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA
(UNIVERSIDAD DE SALAMANCA,
ESPAÑA)

Professor Titular de Direito Processual da Universidad de Salamanca. Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca. Desenvolve pesquisas nas Universidades de Kansas (USA), Turim (Itália) e Coimbra (Portugal).

PEDRO T. NEVADO-BATALLA
MORENO (UNIVERSIDAD DE
SALAMANCA, ESPAÑA)

Professor Titular de Direito Administrativo da Universidad de Salamanca. Doutor em Direito Administrativo pela Universidad de Salamanca.

NACIONAIS

REGIÃO NORTE

EDSON DAMAS DA SILVEIRA
(UEA/UFRR)

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito Ambiental (UEA) e em Desenvolvimento Regional da Amazônia (UFRR). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestrado e Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Roraima.

JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO
(CESUPA)

Professor do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA e da Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO. Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Procurador do Estado do Pará.

REGIÃO NORDESTE

MONICA TERESA COSTA SOUSA
(UFMA)

Professora dos Programas de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça e em Cultura e Sociedade (UFMA). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista de Produtividade em Pesquisa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Maranhão (FAPEMA). Avaliadora do MEC/INEP.

MARTONIO MONT'ALVERNE
BARRETO LIMA (UNIFOR)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNIFOR). Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Frankfurt. Mestrado em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e Doutorado em Direito (Rechtswissenschaft) pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. Procurador do Município de Fortaleza.

**LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA
(UFPE)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFPE). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Procurador do Estado de Pernambuco.

**ARTUR STAMFORD DA SILVA
(UFPE)**

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito e de Direitos Humanos (UFPE). Pós-Doutorado pela Universidad Adolfo Ibáñez (UAI/Chile). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

**HERON JOSÉ DE SANTANA
GORDILHO (UFBA)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFBA). Pós-Doutorado pela Pace University Law School, New York, onde é professor visitante e integra a diretoria do Brazilian-American Institute for Law and Environment (BAILE). Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Promotor de Justiça do Estado da Bahia.

**FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR
(UFBA)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFBA). Livre-Docência pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Advogado. Foi Procurador da República.

REGIÃO CENTRO-OESTE

**JEFFERSON CARÚS GUEDES
(AGU/CEUB)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (CEUB). Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Foi Procurador Geral da União, Procurador-Chefe Nacional do INSS e Consultor Jurídico do Ministério da Previdência Social, Diretor da Escola da AGU e Vice-Presidente Jurídico dos Correios. Membro da Advocacia-Geral da União.

**ARNALDO SAMPAIO DE MORAES
GODOY (AGU/CEUB)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (CEUB). Livre-docência pela Universidade de São Paulo - USP. Pós-doutorado em Direito Comparado na Universidade de Boston-EUA, em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUC-RS e em Literatura no Departamento de Teoria Literária da Universidade de Brasília-UnB. Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Foi Procurador-Geral Adjunto na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Membro da Advocacia-Geral da União.

**MARCELO DA COSTA PINTO
NEVES (UNB)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UnB). Livre-Docência pela Faculdade de Direito da Universidade de Fribourg (Suíça). Pós-Doutorado na Faculdade de Ciência Jurídica da Universidade de Frankfurt e no Departamento de Direito da London School of Economics and Political Science. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Doutorado em Direito pela Universidade de Bremen. Foi Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq). Foi Procurador do Município de Recife.

REGIÃO SUDESTE

JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA (UERJ)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UERJ). Mestrado em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Master of Laws pela Harvard Law School e Doutorado em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO (UERJ)

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito (UERJ/UCAM). Mestrado em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutorado em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

MARIA PAULA DALLARI BUCCI (USP)

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docência em Direito do Estado (USP). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Foi Procuradora-Geral do CADE. Procuradora da Universidade de São Paulo.

DIOGO ROSENTHAL COUTINHO (USP)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docência em Direito Econômico (USP).

Master in Science (MSc) em Regulação pela London School of Economics and Political Science (LSE, Londres) e Doutorado em Direito na Universidade de São Paulo (USP). Pesquisador do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP) e do IGLP (Institute of Global Law and Policy).

TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM WAMBIER (PUC/SP)

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Livre-Docência pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogada.

THOMAS DA ROSA BUSTAMANTE (UFMG)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFMG). Pós-Doutorado na Universidade de São Paulo (USP). Mestrado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/Rio). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

REGIÃO SUL

LÊNIO STRECK (UNISINOS)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNISINOS/UNESA). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Foi Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

MARIANA FILCHTNER FIGUEIREDO (AGU/PUC/RS)

Pós-Doutorado junto ao Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik (Munique, Alemanha) e à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande

do Sul (PUC/RS). Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Membro da Advocacia-Geral da União. Foi Procuradora do Município de Porto Alegre.

REGINA LINDEN RUARO (PUC/RS)

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Pós-Doutorado no Centro de Estudios Universitarios San Pablo (CEU/Espanha). Doutorado em Direito na Universidad Complutense de Madrid (UCM). Membro aposentada pela Advocacia-Geral da União.

PARECERISTAS

ADELICIO DOS SANTOS – SC

Pós-Doutor em Gestão do Conhecimento (UFSC). Doutor em Engenharia e Gestão do Conhecimento (UFSC). Mestre em Relações Internacionais. Especialista em Psicologia Organizacional e do Trabalho; em Psicopedagogia; em Gestão Educacional; em Supervisão, Orientação e Administração Escolar; em Direito Civil; em Negócios Internacionais; e em Ecumenismo e Diálogo Inter-religioso. Bacharel em Administração, Direito, Ciência Política, Filosofia, Jornalismo e Turismo. Licenciado em História, Filosofia, Letras e Pedagogia. Tecnólogo em Comunicação Institucional, Gestão Financeira e em Produção Publicitária. Docente e pesquisador dos Programas “Stricto Sensu” em Desenvolvimento e Sociedade e em Educação (Uniarp).

ANDRÉ PETZHOLD DIAS - AGU

Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo – USP. Professor na FAMATRO – Manaus – Advogado da União – AGU.

DANIEL BRANTES FERREIRA – RJ

Coordenador da Graduação em Direito do IBMEC-RJ. Doutor em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio.

DIEGO MACHADO MONNERAT – RJ

Mestrado em Direito pelo PPGD/UCP como Bolsista CAPES, na linha de pesquisa Fundamentos da Justiça e dos Direitos Humanos/Área de Concentração: Justiça, Processo e Direitos humanos. Graduado em Direito pela Universidade Candido Mendes-Nova Friburgo. Extensão em Direito Médico pela EMERJ.

FABIANO AUGUSTO PETEAN – SP

Pós-Doutorando em Direito pelo MACKENZIE. Doutor e Mestre em Direito pela PUC Paraná. Professor do Centro Universitário UniBrasil

FERNANDA MENEZES – AGU-RJ

Advocacia-Geral da União - AGU, Secretária-Geral de Contencioso - SGCT, Brasília - DF

FERNANDO LAÉRCIO ALVES DA SILVA – MG

Doutorando em Direito Processual PUCMINAS. Professor Adjunto da Universidade Federal de Viçosa. Bolsista CAPES.

GUSTAVO AUGUSTO DE FREITAS

LIMA - AGU - DF

Mestre em Direito e Políticas Públicas, pós-graduado no nível de especialização em Direito Público e graduado em Direito. Procurador Federal.

ÍCARO DEMARCHI ARAÚJO LEITE

- SP

Doutorando em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e pela Faculdade de Direito da Alma Mater Studiorum Università di Bologna.

JOSE IRIALDO ALVES OLIVEIRA

SILVA – PB

Doutor em Ciências Sociais. Doutorando em Direito e Desenvolvimento. Mestre em Sociologia e Especialista em Direito Empresarial. Possui graduação em Ciências Jurídicas e experiência no magistério superior, com ênfase em Direito Ambiental, Empresarial, Consumidor, Teoria Geral do Estado e Introdução ao Estudo do Direito, Sociologia Geral e Jurídica.

JOSÉ OSÓRIO DO NASCIMENTO

NETO – PR

Pós-Doutorando em Direito pelo Mackenzie. Doutor e Mestre em Direito pela PUC Paraná. Professor do Centro Universitário UniBrasil.

JUDIVAN VIEIRA – AGU/DF

Doutor em Ciências Jurídico-Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União.

JULIANA CORVINO – RJ

Doutora em Ciência Política - Mestre em Direito - Especialista em Direito Médico - Bacharel em Direito - Licenciatura em Letras e Literaturas - Fisioterapeuta - Especialista em Fisioterapia Hospitalar.

LEONARDO VIZEU MENEZES – AGU

- RJ

Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho – UGF com ênfase em Ordem Econômica Internacional. Procurador Federal - AGU.

**LUIS CLÁUDIO MARTINS DE
ARAÚJO – AGU – RJ**

Advogado da União - AGU. Pós-Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), com período sanduíche (Visiting Scholar) na University of Cambridge (Cambridge). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Especialista em International Environmental Law pelo United Nations Institute for Training and Research (UNITAR) com extensão em Private International Law pela Hague Academy of International Law (HAIL) e em International Law pela Organization of American States/ Inter-American Juridical Committee (OAS/IAJC). Pós-graduado em Processo Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Titular IV da graduação do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC) e da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

LUÍS HENRIQUE BORTOLAI – DF

Doutor em “Acesso à justiça”, na qual desenvolveu a tese “Acesso à informação jurídica no ensino fundamental brasileiro como forma de ampliação do acesso à justiça” na Faculdade Autônoma de Direito - FADISP (2016). Mestre em “Acesso à Justiça”, na qual defendeu a dissertação cujo título é “Projetos de extensão universitária nas faculdades de direito: disseminação do conhecimento jurídico à população como meio de efetivação do acesso à justiça” na Faculdade Autônoma de Direito - FADISP (2012). Professor de Direito, com ênfase nas áreas de processo civil e direito civil, tanto na graduação como na pós-graduação. Pós-graduado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas, na qual defendeu a monografia “A imunidade tributária e o livro eletrônico na Constituição Federal de 1988 e no ordenamento jurídico brasileiro” (2011). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas, com ênfase em Direito Privado. Membro da Comissão de Cursos e Palestras da Ordem dos Advogados do Brasil - Subseção de Campinas, do CONPEDI do CEAPRO.

MARCO ANTONIO OLIVEIRA AGU - SP

Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP). Advogado da União - AGU.

**MARIA CÉLIA DA SILVA
GONÇALVES – DF**

Licenciada em História, Geografia e Pedagogia, mestre em História, doutora em Sociologia, cursando Pós-doutorado em Educação na Universidade Católica de Brasília e Pós-doutorado em História na Universidade de Évora em Portugal. Investigadora Visitante do CIDEHUS - Centro Interdisciplinar de História, Culturas e Sociedades da Universidade de Évora, professora de História do Direito e Sociologia Jurídica há 22 anos. Editora Responsável pela Revista Humanidades & Tecnologia – ISSN1809-1628, qualis B2 em Ensino e Meio Ambiente.

MARIA CRISTINA ZAINAGHI – SP

Doutora pela Pontifícia Universidade Católica PUC/SP. Mestre pelo Mackenzie. Advogada.

MICHELLE SOARES GARCIA - PORT

Doutoranda em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra-PT. Especialista em Docência do Ensino Superior pelo Centro Universitário Barão de Mauá. Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora titular de Direito Constitucional. Departamento de Direito Público. Pesquisadora da Universidade de Génova- Itália. Professora convidada de Direito Civil na Pós- Graduação Lato Sensu em Direito Civil e Prática Civil da Faculdade Católica de Rondônia.

PATRÍCIA COSTA ANACHE – MS

Doutorado em curso na área de Ciências Jurídico-Políticas, menção Direito Internacional Público pela Universidade de Coimbra/ Portugal. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas, menção Direito Internacional Público e Europeu pela Universidade de Coimbra/Portugal (2014). Coordenadora de Assuntos Acadêmicos da Associação de Pesquisadores e Estudantes Brasileiros - APEB/Coimbra - gestão 2014-2016. Advogada. Pós-Graduação pela FGV/RJ em Advocacia Cível (2007). Graduada em Direito pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal/MS (2005).

Coordenadora de Assuntos Acadêmicos da Associação de Pesquisadores e Estudantes Brasileiros - APEB/Coimbra - gestão 2014-2016. Representante dos Doutorandos Brasileiros no Conselho Geral da Universidade de Coimbra - gestão 2014-2016.

**PAULO AZEVEDO MAYER RAMALHO
AGU/PB**

Procurador Federal lotado na PFE-DNIT/ Sede. Mestre em Direito Ambiental e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Amapá. Pós-graduado lato sensu em Direito Tributário pela Universidade da Amazônia.

**ROCCO ANTONIO RANGEL ROSSO
NELSON – RN**

Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Professor efetivo de Direito, no Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN.

**RUI MAGALHÃES PISCITELLI – AGU-
DF**

Procurador Federal - AGU. Mestre em Direito pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA - Professor Universitário e de pós-graduação em Direito em Porto Alegre e Brasília.

SONILDE KUGEL LAZZARIN – RS

Possui graduação em Direito, Especialização, Mestrado e Doutorado em Direito, na área de Direito do Trabalho, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/PUCRS.

**SULAMITA CRESPO CARRILHO
MACHADO - FJP/MG**

Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG, FDUFG, Brasil. Pesquisadora em Ciência e Tecnologia e professora da Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Estado de Direito Democrático Sustentável. Professora de Direito em cursos de doutorado, mestrado, especialização, graduação e capacitação no Brasil e no exterior. Experiência em processos de privatização, modelagem institucional, gestão, criação e inovação, em níveis de atuação, consultoria e assessoria. Advogada.

THIAGO AGUIAR DE PÁDUA – DF

Doutorando e Mestre em Direito pelo UniCEUB. Pesquisador do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais (CBEC). Assessor acadêmico do Ministro Carlos Ayres Britto no PPG/Direito (UniCEUB). Professor da Especialização em Direito UniCEUB. Advogado.

WASSILA CALEIRO ABBUD – SP

Doutoranda e Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP; Graduada em Direito pela UNESP, com habilitação em Direito, Estado e Sociedade. Membro efetiva da Comissão de Estudos de Combate à Corrupção e Improbidade Administrativa do Conselho Seccional da OAB/ SP. Advogada na área de Direito Público. Membro efetiva da Comissão de Estudos de Combate à Corrupção e Improbidade Administrativa do Conselho Seccional da OAB/SP.

AUTORES

ADRIANA TIMOTEO DOS SANTOS ZAGURSKI - PR

Doutoranda em Direito pela PUC/PR - Mestrado em Direito Economico e Social pela Pontificia Universidade Católica do Paraná. Professora da Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO - RJ

Professor Titular de Direito Administrativo da UERJ. Doutor em Direito do Estado pela USP e Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

ANA CLÁUDIA FAGUNDES OLIVEIRA NOBRE ZANONI DE PAULA - BA

Mestranda em Direito pela Faculdade Guanambi. Professora na Faculdade Guanambi. Professora Auxiliar da Universidade do Estado da Bahia. Advogada.

CARLOS HENRIQUE MACHADO

Doutorando e Mestre em Direito - UFSC

CAMILA PINTARELLI - SP

Mestre e Doutoranda em Direito Econômico pela PUC/SP. Procuradora do Estado de São Paulo Membro da Comissão de Direito Administrativo da OAB/SP- Seção São Paulo.

CAMILA SARAN VEZZANI - SP

Doutoranda no curso da Pós Graduação em Direito da Pontificia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) Mestre em Direito (UNESP). Professora Assistente Voluntária da disciplina de Direito de Família PUC/SP, Advogada.

DANILO GARNICA SIMINI - SP

Doutorando em Ciências Humanas e Sociais (UFABC) e Mestre em Direito (UNESP). Pós-graduação em Direito Público (Escola Paulista da Magistratura).

Docente na Universidade de Ribeirão Preto/SP (UNAERP). Advogado.

FERNANDO NATAL BATISTA - DF

Pós-Graduado pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – FESMPDFT. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. Analista Judiciário e Assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP.

LISIANE AGUIAR HENRIQUE - MG

Mestranda em Direito Ambiental, Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara, ESDHC. Graduada em Direito e pós graduada em Direito Público. Analista Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Analista Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

LUCIANA VILAR DE ASSIS - PB

Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Ensino Superior da Paraíba/ FESP Analista Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba - TJ-PB.

PAULO HENRIQUE FIGUEREDO DE ARAÚJO -

Pós-graduação “latu sensu” em Direito Eleitoral e Improbidade Administrativa pela FESMP/MT. Pós-graduação “latu sensu” em Direito Tributário pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Procurador Distrito Federal.

RENATA MELO NOGER - MG

Pós-graduanda em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera/SP. Procuradora da Fazenda Nacional

**RENATO SAEGER MAGALHÃES
COSTA - PE**

Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Advogado de Direito Público em Urbano Vitalino Advogados.

RODRIGO MEDEIROS LÓCIO - AM

Pós-Graduado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Pós-Graduado em Direito Civil pela Universidade Anhanguera Univerp - LFG. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Atua na área de Direito Público. Procurador Federal.

SÉBASTIEN KIWONGHI BIZAWU - MG

Pró-Reitor do Programa de Pós-Graduação em Direito na Escola Superior Dom Hélder Câmara em BH-MG. Doutor em Direito Público - Direito internacional pela PUC-MG. Mestre em Direito Internacional pela PUC MG. Especialização em Direito Civil e Direito do Processo Civil, em Direito do Trabalho e Previdenciário

WAGNER AKITOMI UNE - DF

Mestrando Mestrando em Constituição e Sociedade no Instituto Brasiliense de Direito Público, Escola de Direito de Brasília (IDP/

EDB). Especialização em Pós Graduação Lato Sensu em Direito Tributário Faculdades Integradas de Jacarepaguá, FIJ Advogado da União - AGU.

WAGNER DE AMORIM MADOZ - DF

Mestrando Políticas Públicas UniCEUB. Pós-graduado em análise da constitucionalidade UNILEGIS/UnB; MBA Política Tributária - FGV; Analista Judiciário do Supremo Tribunal Federal - STF. Professor de Direito Constitucional Pesquisador do Grupo de Pesquisa Política Criminal - UniCEUB.

**WILKER JEYMISSON GOMES DA
SILVA - PB**

Bacharelado em Direito pela FESP - Faculdade de Ensino Superior da Paraíba, cursando o 9º período noturno. Monitor das disciplinas de Direito Administrativo I e II na FESP - Faculdade de Ensino Superior da Paraíba. Estagiário do Ministério Público de Contas junto ao Tribunal de Contas do Estado da Paraíba.

**WOLNEY DA CUNHA SOARES
JÚNIOR - SP**

Graduado em Direito pela UFMG. Pós-Graduado em Direito Tributário, Ciências Penais e Direito Público, respectivamente, pela PUC/MG, UNIDERP e UnB. Procurador Federal/AGU.

SUMÁRIO

AUTORES CONVIDADOS

A Arbitragem no Direito Administrativo
Arbitration in Administrative Law
Alexandre Santos de Aragão.....19

Good Administration: the principle of transparency and its use by
the international civil society
Boa administração: o princípio da transparência e seu exercício pela sociedade
civil internacional
Wellington Migliari
Juli Ponce Solé.....59

ARTIGOS

Backlash: uma reflexão sobre deliberação judicial em casos polêmicos
Backlash: a reflection on judicial deliberation in controversial cases
Adriana Timoteo dos Santos Zagurski.....87

Breves Apontamentos Sobre a Principal Obra de Hans-Georg Gadamer
e suas Implicações Jurídicas: a verdade não é questão de método
Brief Notes on the Main Work of Hans-Georg Gadamer and its Legal
Implications: truth is not a question of method
Ana Cláudia Fagundes Oliveira Nobre Zanoni de Paula109

Imposto de Importação e Tutela ao Meio Ambiente: uma análise do café em cápsula
Import Tax and Environment Protection: a coffee capsule analysis
Camila Pintarelli.....129

O Princípio do Não-Confisco em Matéria Tributária, Direitos
Fundamentais e o Posicionamento do Supremo Tribunal Federal
The Principle of Non-Forfeiture in Tax Matters, Fundamental Rights
and Positioning of the Federal Supreme Court
Carlos Henrique Machado
Danilo Garnica Simini
Camila Saran Vezzani155

Considerações Jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça Sobre
a Impenhorabilidade do Bem de Família Legal à Luz dos Princípios da
Dignidade da Pessoa Humana e da Proteção à Moradia
Jurisprudential Considerations of the Superior Court of Justice About the
homestead in Light of the Principle of the Dignity of the Human Person and
the Right of Housing
Fernando Natal Batista179

Meio Ambiente e Redução das Desigualdades e da Pobreza <i>Environment and Reduction of Inequalities and Poverty</i> <i>Lisiane Aguiar Henrique</i> <i>Sébastien Kirwonghi Bizawu</i>	197
A Culpabilidade no Ato Ímprobo: aplicação da teoria normativa pura na análise da improbidade administrativa <i>The Culpability in the Misconduct Act: application of pure normative theory in analysis of the administrative misconduct</i> <i>Paulo Henrique Figueredo de Araújo</i>	217
A Constitucionalidade do Art. 30, Inciso IX, da Lei 8.212/91 que Prevê Hipótese de Responsabilidade Tributária de Membros de um Mesmo Grupo Econômico por Débito para com a Seguridade Social <i>The Constitutionality of the Article 30, Clause IX, of Law 8.212/91, Which Assigns Tributary Responsibility for the Members of the Economic Group for Amounts Owed to Social Security</i> <i>Renata Melo Noger</i>	239
Autonomia Técnica do AGU à Luz do Dever de Defesa da Lei ou Ato Normativo Impugnado em Controle de Constitucionalidade Perante o STF <i>Technical Autonomy of the Public Attorney in Sight of the Duty of Defense of a Normative Act Contested in Constitutionality Control Before the Brazilian Supreme Court</i> <i>Renato Saeger Magalhães Costa</i>	267
As Novas Ações Regressivas do INSS: uma análise sob a ótica do direito civil-constitucional e da função social da responsabilidade civil <i>The New Regressive Shares of INSS: An analysis from the perspective of civil - constitutional law and function of social tort</i> <i>Rodrigo Medeiros Lócio</i>	287
Os Artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil de 2015: a estabilidade da jurisprudência e a possibilidade de modulação de efeitos temporais por mudança de jurisprudência <i>Articles 926 and 927 of The Civil Procedure Code 2015: stability of jurisprudence and the possibility of modulation of effects of jurisprudence change</i> <i>Wagner Akitomi Une</i>	303
Contradições da Realização das Promessas da Constituição de 1988 <i>Contradictions of the Fulfillment of the Promises of the Brazilian Constitution of 1988</i> <i>Wagner Amorim Madoz</i>	335

A Inexigibilidade de Licitação para a Contratação de Escritórios de Advocacia <i>Unenforceability of Acquisition Process for Contracting Law Offices</i> <i>Wilker Jeymisson Gomes da Silva</i> <i>Luciana Vilar de Assis</i>	367
A Ideia de Responsabilidade Criminal Individual Internacional Presente no Estatuto de Roma <i>The Idea of International Individual Criminal Responsibility Under the Rome Statute</i> <i>Wolney da Cunha Soares Júnior</i>	389

EDITORIAL

Prezados Leitores,

O processo de reestruturação da Revista da AGU continua com o nível máximo de energia! Com as diversas mudanças que foram implementadas, o periódico tem sido procurado, cotidianamente, por pesquisadores dos mais elevados gabaritos das Ciências Sociais e do Direito de forma bastante intensa, dando a impressão de que o caminho escolhido é o correto.

Neste número, a diversidade de artigos e temas [Processo Civil, Arbitragem, Direito Administrativo, Controle de Constitucionalidade, Filosofia, Tributário, Ambiental, Direitos Fundamentais, Civil-Constitucional, Políticas Públicas, Improbidade, Empresarial, Previdenciário, Econômico, Garantias institucionais da Advocacia Pública, Responsabilidade Civil, Filosofia do Direito, Licitações, Direitos Humanos e Direito Internacioanal] demonstra a pluralidade e capilaridade institucional e jurídica da Advocacia-Geral da União.

O primeiro artigo, A arbitragem no Direito Administrativo, é do jurista (Professor da UERJ e Procurador do Estado do Rio de Janeiro) Alexandre Santos de Aragão, como autor convidado, que aborda as controvérsias do uso da arbitragem no Direito Administrativo. Trata-se de um tema ainda pouco explorado e que dá indicativos a respeito das possibilidades trazidas pela Lei nº 13.129/2015.

O segundo artigo, Good administration: the principle of transparency and its use by the international civil society, de dois autores convidados, Wellington Migliari e Juli Ponce Solé (ambos da Universidade de Barcelona, Espanha), discute o princípio da transparência como uma resposta local nascida dentro dos Estados e concebida pela sociedade civil para enfrentar os abusos dos poderes econômicos globais. Para nós, brasileiros, sem dúvidas, a discussão é bastante atual.

Em seguida, iniciam os artigos do nosso fluxo contínuo, sempre respeitando o sistema de recebimento e aprovação dos mesmos.

Adriana Timoteo dos Santos Zagurski escreve Backlash: uma reflexão sobre deliberação judicial em casos polêmicos, discorrendo sobre fenômeno chamado Backlash, originado no direito constitucional americano que significa rejeição das decisões dos tribunais.

Ana Cláudia Fagundes Oliveira Nobre Zanoni de Paula escreve Breves apontamentos sobre a principal obra de Hans-Georg Gadamer e suas implicações jurídicas: a verdade não é questão de método. Trata-se de um texto jusfilosófico que aborda os principais conceitos da obra Verdade e Método de Hans-Georg Gadamer, autor essencial no desenvolvimento da hermenêutica no século XX, para, em seguida, abordar algumas aproximações com o direito e suas consequências.

Camila Pintarelli escreve sobre Imposto de Importação e tutela ao meio ambiente: uma análise do café em cápsula, que aborda a atual questão dos resíduos sólidos pós-consumo atrelando-a à extrafiscalidade, como forma de verificar a compatibilidade da Resolução CAMEX n. 18/2015 com o ordenamento jurídico brasileiro.

Danilo Garnica Simini e Camila Saran Vezzani escrevem O princípio do não-confisco em Matéria tributária, direitos fundamentais e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em que buscam demonstrar a importância do princípio do não-confisco em questões tributárias, especialmente, no que diz respeito à sua relação com os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Fernando Natal Batista escreve Considerações jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça sobre a impenhorabilidade do bem de família legal à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção à moradia, no qual aborda o tema da impenhorabilidade do bem de família legal (Lei n.º 8.009/1990) sob o prisma da Constituição Federal de 1988.

Lisiane Aguiar Henrique e Sébastien Kiwonghi Bizawu escrevem Meio ambiente e redução das desigualdades e da pobreza, em que discorrem sobre a questão social da pobreza e da desigualdade, a partir da percepção do próprio meio ambiente e seus elementos, interações e relações.

Paulo Henrique Figueredo de Araújo escreve A culpabilidade no ato ímprobo: aplicação da teoria normativa pura na análise da improbidade administrativa, em que analisa a viabilidade de transposição, para a improbidade administrativa, da teoria da culpabilidade penal, segundo a vertente normativa-pura, componente do finalismo de Welze.

Renata Melo Noger escreve A constitucionalidade do art. 30, inciso IX, da Lei 8.212/91 que prevê hipótese de responsabilidade tributária

de membros de um mesmo grupo econômico por débito para com a seguridade social, em que se propõe a analisar a constitucionalidade do inciso IX do art. 30 da Lei nº 8.212/61, que autoriza a atribuição de responsabilidade tributária solidária a pessoas jurídicas de um mesmo grupo econômico por débitos de qualquer de seus membros para com a Seguridade Social e amplia a eficiência da arrecadação tributária, na medida em que amplia os sujeitos passivos da obrigação e, conseqüentemente, o universo patrimonial penhorável.

Renato Saeger Magalhães Costa escreve *Autonomia técnica do AGU à luz do dever de defesa da lei ou ato normativo impugnado em controle de constitucionalidade perante o STF*, em que discute todos os aspectos que circundam a AGU como instituição independente e autônoma tecnicamente, com o intuito de se enxergar as hipóteses possíveis na qual o AGU não estará obrigado a defender o ato normativo impugnado em sede de controle de constitucionalidade perante o STF.

Rodrigo Medeiros Lócio escreve *As novas ações regressivas do INSS: uma análise sob a ótica do direito civil-constitucional e da função social da responsabilidade civil*, em que analisa o instituto das “novas” Ações Regressivas Previdenciárias ajuizadas pelo Instituto Nacional da Seguridade Social – INSS para obter o ressarcimento das despesas referentes à concessão de benefícios previdenciários oriundas do cometimento de crimes de trânsito e ilícitos penais dolosos, sob o fundamento normativo da Responsabilidade Civil (art. 186 c/c 927 do Código Civil) a partir da visão da Constitucionalização do Direito Civil e da função social no dever de indenizar.

Wagner Akitomi Une escreve *Os artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil de 2015: a estabilidade da jurisprudência e a possibilidade de modulação de efeitos temporais por mudança de jurisprudência*, em que discute a segurança jurídica, especialmente sob o seu viés subjetivo da legítima confiança, como sendo o fundamento constitucional para afastar as constantes mudanças jurisprudenciais e, por vezes, a aplicação retroativa de novo entendimento jurisdicional.

Wagner de Amorim Madoz escreve *Contradições da realização das promessas da Constituição de 1988*, no qual aborda os vários percalços da realização das promessas da modernidade, contidas na Constituição Federal de 1988.

Wilker Jeymisson Gomes da Silva e Luciana Vilar de Assis escrevem A inexigibilidade de licitação para a contratação de escritórios de advocacia, discutindo a caracterização dos serviços de advocacia como serviços que autorizam a contratação pelo Poder Público, sem licitação, com base no artigo 25, da Lei nº 8.666/93.

Wolney da Cunha Soares Júnior escreve A ideia de responsabilidade criminal individual internacional presente no Estatuto de Roma, abordando os aspectos da responsabilidade criminal perante o Tribunal Penal Internacional.

Desejamos uma boa leitura com o convite para navegarem pela revista eletrônica disponível em: <http://seer.agu.gov.br>.

Paulo Fernando Soares Pereira
Vice-Editor da Revista da AGU
Vice-Diretor da Escola da AGU Ministro Victor Nunes Leal

AUTOR CONVIDADO

A ARBITRAGEM NO DIREITO ADMINISTRATIVO

ARBITRATION IN ADMINISTRATIVE LAW

Alexandre Santos de Aragão

Professor Titular de Direito Administrativo da UERJ. Doutor em Direito do Estado pela USP e Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado

SUMÁRIO: 1 A afirmação da arbitragem no Brasil; 2 A interpretação da expressão “Direitos Patrimoniais Disponíveis” no Direito Administrativo; 3 A arbitrabilidade das sanções e poderes contratuais unilaterais da contraparte pública; 4 A arbitrabilidade dos efeitos patrimoniais de direitos extrapatrimoniais ou indisponíveis; 5 A inarbitrabilidade das obrigações oriundas apenas e diretamente do ordenamento jurídico (extracontratuais); 6 Atos de Império (versus Atos de Gestão); 7 A função densificadora dos contratos na definição da arbitrabilidade de lides envolvendo a Administração Pública; 8 Breves apontamentos conclusivos; Referências.

RESUMO: Embora a Lei nº 13.129/2015 tenha garantido, aos entes políticos e entidades administrativas em geral, a possibilidade de resolverem os seus conflitos por meio da arbitragem, ainda permanecem dúvidas relevantes e grande controvérsia, inclusive na jurisprudência, a respeito das matérias administrativas que podem ser apreciadas em instância arbitral. Além de delimitarmos, com a maior precisão possível, o campo de arbitrabilidade objetiva para as lides da Administração, examinaremos neste trabalho a arbitrabilidade das sanções e poderes contratuais unilaterais da contraparte pública (diferenciando tais prerrogativas *ex contractu* do poder de polícia), bem como a possibilidade de levar à arbitragem os efeitos meramente pecuniários de direitos indisponíveis ou extrapatrimoniais. Por fim, analisaremos a possibilidade (e a conveniência) de se densificar, por meio de atos normativos regulamentares ou dos próprios contratos, o que se deve entender por “direitos patrimoniais disponíveis” para fixação das matérias que podem ou não ser apreciadas em arbitragens envolvendo o Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Administração Pública. Arbitrabilidade Objetiva. Sanções Contratuais. Poder de Polícia.

ABSTRACT: Although the new Brazilian Arbitration Act (Law nº 13.129/2015) has allowed every public entities to resolve disputes through arbitration, there is great controversy about the scope of administrative subjects that can be examined by arbitral tribunals. In addition to delimiting that scope, we will examine the arbitrability of contractual penalties and pecuniary effects of inalienable or non-monetary rights. At last, we will analyze the possibility of densifying, through regulatory acts or by the contracts themselves, what is meant by the legal expression “patrimonial and alienable rights” for the purpose of fixing the matters that may or may not be assessed in arbitrations involving the State.

KEYWORDS: Arbitration. Public Administration. Objective Arbitrability. Contractual Penalties. Police Power.

1 A AFIRMAÇÃO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

A arbitragem, como se sabe, consiste em mecanismo de heterocomposição de conflitos de interesses, informado pela celeridade, *expertise* e informalidade, que se processa fora das lindes estatais.

O reconhecimento da arbitragem, no Brasil, percorreu um caminho tortuoso. Houve quem questionasse a constitucionalidade até dos procedimentos arbitrais realizados entre pessoas jurídicas de direito privado, a respeito de direitos patrimoniais incontroversamente disponíveis, mesmo após a edição da Lei nº 9.307/1996.¹

Nos domínios da Administração Pública, a afirmação da arbitragem foi ainda mais adversa, demorada e conturbada.² De acordo com Marco Antonio Rodrigues, havia três impedimentos, de índole constitucional, que geralmente eram opostos à admissão da arbitragem para solver litígios administrativos:

(i) o princípio da legalidade (artigo 37, *caput*, da Constituição);³ (ii) a indisponibilidade do interesse público, princípio constitucional implícito que seria incompatível com o artigo 1º da Lei de Arbitragem, em sua redação prévia à reforma ocorrida em 2015; e, finalmente, (iii) o princípio da publicidade (artigo 37, *caput*, da Lei Maior), que iria de encontro com uma das principais características das arbitragens mundo afora, qual seja, a confidencialidade. Além disso, o artigo 55,

¹ A constitucionalidade da Lei da Arbitragem chegou a ser discutida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do processo de homologação de Sentença Estrangeira nº 5.206, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence. Naquela oportunidade, 12/12/2001, quatro ministros da Corte se posicionaram pela inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei 9.307/96. Em âmbito doutrinário, cf. LIMA, Alcides de Mendonça. O Juízo Arbitral em face da Constituição. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 27, p.383-385.

² Para que se possa dimensionar o quanto, chegou-se a propor emenda à Constituição (PEC nº 29) para impedir que pessoas de direito público pudessem se submeter a arbitragem. O Tribunal de Contas da União, por seu turno, exarou um sem número de decisões declarando a injuridicidade dos procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública (e.g., decisão 286/93, decisão 394/95, acórdão 584/03, acórdão 1271/05 e acórdão 1099/06).

³ Em linhas gerais, argumentava-se que, na ausência de expressa lei autorizativa, a Administração não poderia se submeter à arbitragem. Os adeptos dessa tese lançavam mão de uma visão oitocentista do princípio da legalidade, advogando que todos os atos da Administração deveriam ter o conteúdo preestabelecido pelo legislador. A respeito das diferentes concepções acerca do princípio da legalidade, conferir: ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, v. 236, p. 51-64, 2004.

parágrafo 2º, da Lei 8.666⁴ também era óbice levantado à utilização do juízo arbitral pela Fazenda Pública.⁵

Antes do advento da Lei nº 13.129/2015, embora já se constataste forte tendência *favor arbitratis* no direito público brasileiro (capitaneada sobretudo pelo STJ),⁶ ainda pairavam muitas dúvidas quanto à possibilidade de participação de entidades administrativas em arbitragens.

Com a recente alteração legislativa, porém, a discussão a respeito da arbitrabilidade subjetiva envolvendo a Administração Pública deve ser minorada, na medida em que o § 1º, acrescido ao art. 1º da Lei 9.307/96, é expresso no sentido de que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Dito de outro modo, todas as entidades administrativas (de natureza privada ou autárquica) e, até mesmo, os próprios entes políticos podem, agora por expresso permissivo legal, dirimir seus conflitos de interesses pelo método arbitral.

Diante da mencionada inovação legislativa, pois, a arbitragem no campo da Administração Pública empresarial vem experimentando processo de acelerada expansão. Dalmo de Abreu Dallari, nessa toada, esclarece serem “vários os motivos dessa ênfase, parecendo que o principal deles é a demora crescente para obtenção de uma decisão judicial definitiva”.⁷ Enfocando as necessidades das empresas, Arnaldo Wald salienta que:

São distintos os tempos da justiça e do mundo dos negócios, tendo até finalidades diferentes. Efetivamente, por muito tempo, os magistrados e

4 Lei nº 8.666/1993, art. 55, 2º: “Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei”. Defendendo que tal dispositivo configuraria empecilho à realização de arbitragens que envolvessem a Administração Pública, v. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 95.

5 RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 392-293.

6 Ilustrativamente, cita-se os seguintes precedentes: STJ, REsp 612.439/RS, rel. Min. João Otávio Noronha, DJ 14.09.2006: “São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF (LGL\1988\3), art.173, § 1.º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste”; STJ, REsp 612.345/RS, rel. Min. João Otávio Noronha, DJ 14.09.2006; STJ, AgRg no MS 11.308/DF, rel. Min. Luiz Fux, DJ 14.08.2006; STJ, EDcl no AgRg no MS 11.308/DF, rel. Min. Luiz Fux, DJ 30.10.2006.

7 DALLARI, Dalmo de Abreu. A tradição da Arbitragem e sua Valorização Contemporânea. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). *Aspectos atuais da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 99.

os juristas, em geral, não se preocuparam com a demora para que fosse encontrada uma solução definitiva para os litígios, nem davam maior importância às consequências das suas decisões. Prevalcia, ao menos na teoria, o princípio *fīat justitia, pereat mundus* (que se faça justiça, mesmo que o mundo pereça). Ao contrário, na vida comercial, as pendências não podem perdurar e não devem demorar as respectivas soluções em virtude dos prejuízos que causam às partes. Só recentemente, em todos os países, tanto no Poder Judiciário como na arbitragem, houve uma reação saudável no sentido de tornar o processo mais eficiente e rápido.⁸

Em paralelo, como também se antecipou, as arbitragens permitem que os conflitos analisados sejam resolvidos de modo mais técnico, por profissionais com notória expertise nos temas sobre os quais as partes controvertem. Nessa linha, Giovanni Ettore Nanni elenca como principais vantagens do procedimento arbitral:

A informalidade e a alternativa de adaptação dos procedimentos à conveniência das partes, a flexibilidade das regras e a opção de escolha de câmaras, a confidencialidade, a economia de tempo na obtenção de uma decisão final e, principalmente, a possibilidade de nomeação de árbitros com base em sua especialidade, experiência, cultura, tempo disponível para dedicação ao assunto e confiança que a parte deposita na pessoa que deverá julgar a desavença. Especialmente a *expertise* do árbitro constitui o grande diferencial no tema, porque a arte da hermenêutica, mormente nos contratos complexos e atípicos, orienta, se for o caso, o emprego da interpretação integradora, na qual se supre a lacuna que a regulação das partes, voluntariamente ou não, acabou gerando. [...] E, tratando-se de um contrato complexo e atípico, nada mais recomendável que o uso da arbitragem, já que permitida a eleição de árbitros dotados de tais características.⁹

No âmbito do próprio Direito Público, a arbitragem converge ainda para uma das mais fortes tendências do direito administrativo contemporâneo, que é o estímulo e a valorização da consensualidade na lida com o administrado.¹⁰ Como bem observa Onofre Alves Batista Júnior,

8 WALD, Arnoldo. As novas regras de arbitragem: maior eficiência e transparência. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, v. 33, p. 239-244, abr./jun. 2012.

9 NANNI, Giovanni Ettore. *Direito Civil e Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 3.

10 “O movimento pró-consenso atualmente verificável é apontado como decorrência de a celebração de acordos no âmbito da Administração Pública se coadunar com as demandas, cada vez mais incisivas, por celeridade no provimento administrativo, participação do administrado na tomada de decisões administrativas e eficiência quanto à conformação da atuação administrativa. Ademais, a preocupação com a governança também pelo Direito (Administrativo) coloca em voga o tema da consensualidade, então visualizada como um instrumento de grande valia à eficácia na atuação administrativa”.

O Estado Democrático de Direito (eficiente, pluralista, participativo e infraestrutural) permite a consolidação da ideia de uma ‘Administração concertada’, como ‘modo de administrar’ pelo qual a Administração Pública, a princípio, renuncia à imposição de seu próprio critério de forma imperativa e unilateral e se esforça para encontrar um ponto de equilíbrio adequado entre os interesses públicos que deve perseguir e os interesses particulares das pessoas física e jurídicas, sem o concurso de quem, mais dificilmente, pode atingir seus objetivos.¹¹

Ademais, quando empresas estatais interagem como ou com atores empresariais privados, restrições à arbitragem podem violar o princípio da paridade de regime jurídicos (CF, art. 173, § 2º), pelo qual as estatais atuantes em regime de concorrência com empresas privadas recebam, nos ônus e nos bônus, o mesmo tratamento jurídico conferido aos atores particulares. Nesse sentido, a proibição de que estatais se valham do procedimento arbitral pode representar óbice ao exercício de seu objeto social não verificável quanto às empresas privadas.¹²

No campo das atividades estatais delegadas à iniciativa privada, entre as quais os monopólios públicos (petróleo, gás natural, mineração e energia nuclear – arts. 176 e 177, CF), tais restrições podem ainda afastar potenciais investidores, violando o princípio da competitividade, insculpido inclusive no art. 3º da Lei de Licitações, pelo qual o Estado deve tomar todas as medidas possíveis para ampliar o número de competidores em suas licitações, com o que malferiria também os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade.

Em ambos os casos, a obstrução da via arbitral implicaria o aumento dos custos ou a redução dos ganhos administrativos – o que violaria também o princípio constitucional da eficiência.¹³ Em muitos setores da

CHIRATO, Vitor Rein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao Direito. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 24, 2011. p. 3. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 09 fev. 2017.

11 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações Administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 325. No mesmo sentido, v. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN, Fernandes. *Curso de Derecho Administrativo*. 5. ed. v. II, Madrid: Civitas, 1998. p. 499.

12 A respeito do tema, ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 106-119.

13 “Não se exige mais apenas que o administrador público aja dentro dos limites legais. É fundamental também que a ação administrativa seja eficiente e que produza resultados eficazes para a sociedade; daí a inclusão do princípio da eficiência no rol dos princípios aplicáveis à Administração Pública (art. 37 da CF). O direito administrativo pós-moderno instituiu um novo patamar de vinculação jurídica para a Administração Pública: a realização efetiva de um resultado determinante, sendo o princípio da eficiência

economia, ademais, a resolução de controvérsias pelo método da arbitragem já integra até mesmo a *lex mercatoria*.¹⁴

Se do ponto de vista subjetivo, a Legislação vigente categoricamente afirma que a “administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem”, os contornos da arbitrabilidade objetiva são genericamente traçados a partir de uma categoria semanticamente menos precisa: a dos “conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Os próximos tópicos serão dedicados, justamente, a identificar o que se deve entender por esta expressão, bem como apontar formas de densificação de tal conceito jurídico indeterminado.

2 A INTERPRETAÇÃO DA EXPRESSÃO “DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS” NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Como destacado acima, a Lei de Arbitragem (art. 1º, § 1º), na sua atual redação, dispõe que: “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Se a interpretação da locução “direitos patrimoniais disponíveis” no Direito Privado já não é simplória, a exegese da referida expressão no Direito Administrativo traz complexidades e desafios adicionais. Contudo, definir, de forma objetiva e precisa, o seu significado é essencial para elucidar quais são as controvérsias envolvendo a Administração que podem ser resolvidas em instância arbitral.

Quanto ao primeiro adjetivo da locução em referência, cumpre assinalar brevemente que a natureza patrimonial¹⁵ de um direito não está presente somente na hipótese de o seu conteúdo se traduzir monetariamente.

seu principal veículo condutor. O que se espera do administrador público na condução dos processos de contratação pública é a obtenção de um resultado legítimo e eficiente, se não alcançou o resultado desejado”. GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polémicas*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 73.

- 14 Valendo-nos das lições de Luís Roberto Barroso, podemos esclarecer que a *lex mercatoria* consagra “o primado dos usos no comércio internacional”, materializando-se “por meio dos contratos e cláusulas-tipo, jurisprudência arbitral, regulamentação de profissionais elaboradas por suas associações representativas e princípios gerais comuns às legislações dos países”. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Forense*, v. 358, 2001, p. 93.
- 15 A respeito do conceito de “patrimonialidade”, consulte-se: COSTA, Almeida. *Direito das obrigações*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. p. 63-66; VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedida, 1991. v. 1. p. 102-107; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 10. ed. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 2-6; GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

Como bem apontado por Eduardo Talamini, a “patrimonialidade também se configura pela aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico”.¹⁶ Para Caio Mário Da Silva Pereira, o objeto de uma obrigação contratual “há de ter caráter patrimonial”, anotando ainda que:

Via de regra e na grande maioria dos casos, a prestação apresenta-se francamente revestida de cunho pecuniário, seja por conter em si mesma um dado valor, seja por estipularem as partes uma pena convencional para o caso de descumprimento. E, como tal pena traduz por antecipação a estimativa das perdas e danos, a natureza econômica do objeto configura-se indiretamente o por via de consequência. Poderá, entretanto, acontecer que a patrimonialidade não se ostente na obrigação mesma, por falta de uma estimação pecuniária que os interessados, direta ou indiretamente, lhe tenham atribuído”. Contudo, o caráter econômico estará presente “ainda no caso de se não fixar um valor para o objeto, a lei o admite implícito, tanto que converte em equivalente pecuniário aquele a que o devedor culposamente falta, ainda que não tenham as partes cogitado do seu caráter econômico originário, e isto tanto nas obrigações de dar como nas de fazer, demonstrando que a patrimonialidade do objeto é ínsita em toda obrigação.¹⁷

Nessa ótica, as controvérsias afetas ao descumprimento de obrigações contratuais sem imediata expressão econômica (ex.: dever de confidencialidade) podem ser arbitradas, caso tenham repercussões patrimoniais (ex.: indenizações por prejuízos eventualmente causados etc.).

Por seu turno, o adjetivo “disponível”, na gramática civilista, qualifica direitos que possam ser, a qualquer tempo e independentemente de justificações vinculadas, alienados ou renunciados pelo sujeito que os titule. Nesse sentido, expõe com clareza Pontes de Miranda, ao afirmar que o princípio da disponibilidade “refere-se à capacidade em sentido

p. 20-21; LOPES, Serpa. *Curso de Direito Civil*. 5. ed. v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. p. 23-25; JUSTEN FILHO, Marçal. *Sujeição passiva tributária*. Belém: CEJUP, 1986. p. 79-80.

16 TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. *Revista de Processo*, v. 264, ano 42, p. 83-107, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 99.

17 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. II. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 21-22, grifamos.

amplo de o titular do direito [...] poder efetuar a transferência para outra pessoa, o adquirente”.¹⁸

Em idêntica direção, se anota, no campo do Direito Civil, que o “direito disponível é o alienável, transmissível, renunciável, transacionável. A disponibilidade significa que o titular do direito pode aliená-lo; transmiti-lo *inter vivos* ou *causa mortis*; pode, também, renunciar ao direito; bem como, pode, ainda, o titular transigir seu direito”.¹⁹

A consagração, na esfera do Direito Administrativo, do princípio da indisponibilidade do interesse público²⁰ só exaspera o nó dogmático que embaraça o tratamento do tema, pois alguns autores, com base nele, sustentam a indisponibilidade e, portanto, a inarbitrabilidade de todos os direitos de que a Administração é titular. E, de fato, se a tal termo se conferir o mesmo sentido que ele tradicionalmente ostenta no Direito Civil, de direito que pode ser livremente renunciado ou doado, a conclusão aventada, a nosso ver de maneira indevida, seria impositiva.²¹

Assim, com base na significação civilista do termo “disponível” e no princípio aludido, de esteio meramente livresco, sem nenhuma

18 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado - parte especial: direito das coisas: direitos reais de garantia, hipoteca, penhor, anticrese*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 478.

19 MATTOS NETO, Antônio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais. n 122, 2005. p. 151-166.

20 “A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade - internos ao setor público -, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los - o que é também um dever - na estrita conformidade do que predispor a *intentio legis*. [...] Em suma, o necessário - parece-nos - é encarecer que na administração os bens e os interesses *não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador*. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 74.

21 Na visão de Carlos Ari Sunfeld, a “linha de argumentação desenvolvida para fundamentar essa ideia é bastante simplista: como a arbitragem só teria cabimento sobre direitos disponíveis, ela estaria invariavelmente afastada dos direitos relativos à Administração, uma vez que estes seriam, todos, por força do aludido princípio, indisponíveis. O raciocínio é linear, fácil de ser assimilado e, talvez por isso, acabe exercendo um efeito sedutor em alguns intérpretes. No entanto, a aplicação do princípio da indisponibilidade do interesse público ao presente tema mostra-se completamente fora de contexto e, conseqüentemente, inadequada. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*. n. 248, p. 117-126, 2008. p. 119.

menção expressa em nosso direito positivo, há quem defenda a completa incompatibilidade do procedimento arbitral com a Administração Pública.²²

Perceba-se que, mais radicalmente, houve até mesmo quem negasse a existência dos contratos administrativos, raiz do pensamento dos que até hoje criam estorvos à arbitrabilidade dos conflitos envolvendo a Administração Pública: contratualizar, tal como colocar sob arbitragem, um interesse público, equivaleria, por essa visão, à sua simples disposição.²³

Há também quem entenda que a arbitragem só é admissível quando verse exclusivamente acerca de interesses públicos secundários (interesses patrimoniais da máquina estatal),²⁴ conforme a clássica definição de Renato Alessi.²⁵ Esses autores equiparam interesses públicos secundários

22 Por todos, v. MENDES, Renato Geraldo. *Lei de Licitações e Contratos Anotada*, 3. ed. Curitiba: Znt Editora, 1998. p. 122: “Não é possível a eleição de juízo arbitral no âmbito dos contratos administrativos, uma vez que os direitos e interesses que os compõem são, por imposição legal, indisponíveis”.

23 Os adeptos de tal corrente “argumentam que o contrato administrativo não observa o princípio da igualdade entre as partes, o da autonomia da vontade e o da força obrigatória das convenções, caracterizadores de todos os contratos. Com relação ao primeiro, afirma-se não estar presente porque a Administração ocupa posição de supremacia em relação ao particular. Quanto à autonomia da vontade, alega-se que não existe quer do lado da Administração, quer do lado do particular que com ela contrata: a autoridade administrativa só faz aquilo que a lei manda (princípio da legalidade) e o particular submete-se a cláusulas regulamentares ou de serviço, fixadas unilateralmente pela Administração, em obediência ao que decorre da lei. Mesmo com relação às cláusulas financeiras, que estabelecem o equilíbrio econômico no contrato, alegam os adeptos dessa teoria que não haveria, nesse aspecto, distinção entre os contratos firmados pela Administração e os celebrados por particulares entre si. Quanto ao princípio da força obrigatória das convenções (*pacta sunt servanda*), seria também desrespeitado no contrato administrativo, em decorrência da mutabilidade das cláusulas regulamentares, que permite à Administração fazer alterações unilaterais no contrato. A autoridade administrativa, por estar vinculada ao princípio da indisponibilidade do interesse público, não poderia sujeitar-se a cláusulas inalteráveis como ocorre no direito privado. Essa posição foi adotada, no direito brasileiro, entre outros, por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007:684). Segundo ele, as cláusulas regulamentares decorrem de ato unilateral da Administração, vinculado à lei, sendo as cláusulas econômicas estabelecidas por contrato de direito comum”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 264.

24 Por todos, v. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Arbitragem nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, 209/81-90, jul./set. 1997. p. 84: “Em outros termos e mais sinteticamente: está-se diante de duas categorias de interesses públicos, os primários e os secundários (ou derivados), sendo que os primeiros são indisponíveis e o regime público é indispensável, ao passo que os segundos têm natureza instrumental, existindo para que os primeiros sejam satisfeitos, e resolvem-se em relações patrimoniais e, por isso, tomaram-se disponíveis na forma da lei, não importando sob que regime”.

25 Cf. ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. Milano: Dott. Antonio Giufrè Editore, 1953. p. 151-152: “Estes interesses públicos coletivos, os quais a Administração deve zelar pelo cumprimento, não são, note-se bem, simplesmente interesses da Administração entendida como uma entidade jurídica de direito próprio. Trata-se, ao invés disso, do que tem sido chamado de interesse coletivo primário, formado por todos os interesses prevaletentes em uma determinada organização jurídica da coletividade, enquanto o interesse da entidade administrativa é simplesmente secundário, de modo que pode

a interesses públicos disponíveis, de acordo com o permissivo da atual redação da Lei de Arbitragem.

Olvidam, contudo, que no Direito Administrativo os interesses públicos “meramente” secundários também são, por óbvio, indisponíveis, não podendo a Administração Pública simplesmente abrir mão de seus bens, ainda que não afetados a qualquer serviço público, ou doar livremente as suas receitas.

A limitação objetiva da arbitralidade envolvendo a Administração, com base nessa importação apressada do conceito civilista de “direitos disponíveis”, conduziria, no limite, à disparatada conclusão de que qualquer contrato administrativo seria, *de per se*, juridicamente proscrito. Nessa linha, em recente estudo doutrinário, registrei que “se a Administração Pública pode celebrar contratos e [deve] cumprir voluntariamente suas obrigações nos termos pactuados, pela mesma lógica deve-se entender possível a contratação da solução por arbitragem das controvérsias deles decorrentes. Não faz sentido entender que os direitos são ‘disponíveis’ para poderem ser estabelecidos mediante um acordo de vontades (contrato) e, de outro lado, entender que são ‘indisponíveis’ para vedar que as controvérsias dele oriundas possam ser submetidas à arbitragem”.²⁶

Marçal Justen Filho, em idêntico sentido, demonstrou que “o argumento de que a arbitragem nos contratos administrativos é inadmissível porque o interesse público é indisponível conduz a um impasse insuperável. Se o interesse público é indisponível ao ponto de excluir a arbitragem, então seria indisponível igualmente para o efeito de produzir contratação administrativa. Assim, como a Administração Pública não disporia de competência para criar a obrigação vinculante relativamente ao modo de composição do litígio, também não seria investida do poder para criar qualquer obrigação vinculante por meio consensual. Ou seja, seriam inválidas não apenas as cláusulas de arbitragem, mas também e igualmente todos os contratos administrativos.”²⁷

ser realizado apenas no caso de coincidência com o interesse coletivo primário. A peculiaridade da posição jurídica da Administração Pública reside precisamente no fato de que, embora seja, como qualquer outra pessoa jurídica, proprietária de um interesse secundário pessoal, a sua função precípua não é realizar esse interesse secundário, pessoal, mas sim promover o interesse coletivo, público, primário. Assim, o interesse secundário, da entidade administrativa, pode ser realizado, como qualquer outro interesse secundário individual, apenas no caso e na medida em que coincida com o interesse público”.

26 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 403.

27 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 822.

A confusão conceitual e terminológica em referência é desfeita, com maestria, pelo professor Eros Grau, que considera não haver “qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público”, sendo certo que se pode “dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso se esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles”. Daí porque, conclui Eros Grau, “sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem”.²⁸

Nessa esteira, Carlos Ari Sundfeld leciona que “a Lei de Arbitragem afastou de seu âmbito de aplicação apenas os temas que não admitissem contratação pelas partes. Numa palavra, a lei limitou a aplicação do procedimento arbitral às questões referentes a direito (ou interesse) passível de contratação”.²⁹

De fato, se partíssemos de uma visão absoluta da indisponibilidade do interesse público, por quê a Administração Pública abriria mão do seu poder de império de desapropriar um imóvel, para promover uma licitação para comprá-lo? Por quê abriria mão do seu poder de império de requisitar um serviço médico e passaria a celebrar convênios com entidades da sociedade civil para que aqueles fossem prestados? Ora, a resposta é que contratar não é dispor, mas é de alguma forma abrir espaço também para as pretensões privadas (ainda que os contratos da Administração Pública sejam em grande parte prefixados no edital e na lei), compor, se sensibilizar diante da lógica privada, aceitar condições de preços e de técnica que são balizadas pelo Estado, mas fixados na proposta vencedora da licitação.

Em paralelo, se a distinção entre interesse público primário e secundário já nos parece artificial e imprecisa, já que a relação de instrumentalidade intrínseca existente entre eles os torna, ao menos em parte, indissociáveis,³⁰

28 GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 32, p. 20, grifamos.

29 SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, n. 248, p. 117-126, 2008, p. 120, grifamos.

30 “Raramente um interesse social direto (dito interesse público primário – ex.: serviços de saúde) pode ser atendido sem custos (dito interesse público secundário – ex.: receita para prover o salário dos médicos e enfermeiros, para a aquisição e manutenção do imóvel do hospital etc.), a distinção deve pelo menos ser relativizada, evitando-se o viés de se ver o interesse público secundário como algo menos nobre que o interesse público primário, já que quase sempre este não tem como ser realizado sem aquele”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 102.

não restam dúvidas quanto à sua impropriedade para determinar quais controvérsias podem ou não ser arbitradas. Repise-se: tanto os interesses públicos primários como os secundários são indisponíveis. Basta observar, para comprovar o ponto, que o Estado não pode dispor livremente dos seus bens dominicais nem dos seus créditos pecuniários, salvo mediante prévia lei autorizativa de alienação ou de isenção fiscal.³¹

Eduardo Talamini, partindo de outro raciocínio, chega à mesma conclusão: “Cabe a arbitragem sempre que a matéria envolvida possa ser resolvida pelas próprias partes, independentemente de ingresso em juízo. Se o conflito entre o particular e a Administração Pública é eminentemente patrimonial e se ele versa sobre matéria que poderia ser solucionada diretamente entre as partes, sem que se fizesse necessária a intervenção jurisdicional, então a arbitragem é cabível. Se o conflito pode ser dirimido pelas próprias partes, não faria sentido que não pudesse também ser composto mediante juízo arbitral sob o pálio das garantias do devido processo”.³²

Note-se que, pelo próprio princípio da legalidade, a Administração Pública não só pode como deve cumprir voluntariamente as suas obrigações, sendo impensável que apenas por títulos executivos judiciais pudesse ser obrigada a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa. Ora, se é assim, se voluntariamente pode a Administração buscar um acordo sobre como cumprir suas obrigações, *a fortiori* pode submeter as mesmas questões à arbitragem.³³

Para exemplificar, pode-se fazer menção aos *claims*³⁴ apresentados pelo contratado diretamente à Administração contratante e aos

31 Nos moldes da Lei 8.666/1993 (art. 17, I) e do Código Tributário Nacional (art. 171), respectivamente.

32 TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. *Revista de Processo*, v. 264, ano 42, p. 83-107, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 97.

33 “Isso também ocorre quando a solução é obtida diretamente pelas partes sem ingressar em Juízo – o que, reitera-se, é, em regra, possível também nas relações de direito público”. TALAMINI, Eduardo. A (in) disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória – versão atualizada para o CPC/2015. *Revista de Processo*, v. 264, ano 42, p. 83-107, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 97.

34 O *claim* consiste em “instituto que tem origem na cultura anglo-saxônica, internacionalmente reconhecido, consistente em medidas que visam o exercício de um direito contratual, legalmente previsto e faticamente fundamentado. BERNADES, Edson García. *Administração contratual e claim*. Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia de Minas Gerais. Disponível em: <<http://ibape-mg.com.br>>. Acesso em: 09 fev. 2017. Na língua portuguesa pode ser definido como “reivindicação”, “pleito”, inerentes até mesmo ao nosso direito constitucional de petição (art. 5º, XXXIV, CF): ora, se o Estado violasse o princípio da indisponibilidade do interesse público cada vez que concordasse com o particular, teria que sempre indeferir qualquer pedido administrativo, com o que a garantia constitucional ficaria exoticamente inócua.

recursos administrativos interpostos pelo contratado contra decisão da Administração que lhe tenha imposto multa de mora. Ainda mais ilustrativamente, pode-se aludir também à negociação entre as partes para fins de reequilíbrio econômico-financeiro até mesmo de contratos administrativos, em decorrência da verificação, por exemplo, de uma álea econômica extraordinária, negociação essa até mesmo imposta pela Lei nº 8.666/93, que dispõe, em seu art. 65, II,³⁵ que o reequilíbrio e uma série de outras alterações contratuais deve ser fruto de um acordo entre as partes.

Seria esse dispositivo da Lei nº 8.666/93 também inconstitucional, por dispor do interesse público, ao impor o acordo em matérias de relevante interesse público?! (*sic*)

O reconhecimento da impossibilidade de o agente público simplesmente renunciar a direitos da Administração, não faz com que os litígios administrativos não possam ser submetidos ao processo arbitral, serem objeto de acordos ou prevenidos, por meio do cumprimento espontâneo das obrigações contratuais. Tanto é a assim que há célebres casos em que o Estado voluntariamente, sem sequer lançar mão da arbitragem, faz acordo com particulares ou *sponte propria* paga indenizações por responsabilidade civil.³⁶

Como destacado por boa parte da literatura, o campo de arbitrabilidade envolvendo a Administração Pública – e, assim, o conceito de disponibilidade para esse efeito no Direito Administrativo – corresponde às matérias contratualizáveis.

Na verdade, como demonstraremos e exemplificaremos adiante, o que deve ser focado para a definição da arbitrabilidade de um direito

35 Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - omissis; II - por acordo das partes: a) quando conveniente a substituição da garantia de execução; b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários; c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço; d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

36 Exemplo se deu no recente e clamoroso caso do massacre nos presídios amazonenses: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-01/governo-do-amazonas-vai-indenizar-familias-de-detentos-mortos-em-presidio>, acesso em: 15 fev. 2017.

administrativo é a sua procedência normogenética. Se a prerrogativa examinada decorrer diretamente da lei (ou de qualquer outra fonte heterônoma), ela será insuscetível de apreciação em instância arbitral. Por outro lado, caso o direito *sub judice*, ainda que previsto mediatamente em Lei (ou em outro ato normativo estatal), demandar o assentimento particular para a sua constituição, não necessariamente para o seu exercício, ele poderá ser objeto de arbitragem.

Nos tópicos seguintes, procuraremos tratar de algumas matérias que, embora suscitem algumas dúvidas, seguramente podem ser resolvidas em sede arbitral, à luz da interpretação que acima se propôs à Lei da Arbitragem.

3 A ARBITRABILIDADE DAS SANÇÕES E PODERES CONTRATUAIS UNILATERAIS DA CONTRAPARTE PÚBLICA

O *ius puniendi* estatal é exercido de diferentes formas e com base em variados fundamentos. Ao Estado cabe, por meio do Ministério Público, promover a persecução e a responsabilização criminal; à Administração Pública, por seu turno, é dado exercer o poder de polícia, o poder disciplinar e também ministrar sanções contratuais contra os particulares que com ela se relacionem negocialmente.

Embora as sanções administrativas propriamente ditas, *stricto sensu*, por constituírem atos de império (conforme tópico 6), a princípio não possam ser revolidas no curso de arbitragens, as sanções contratuais, de base e pressupostos negociais, não encontram qualquer óbice para sê-lo. Nessa perspectiva, é imperioso que diferenciemos e bem delimitemos cada uma dessas formas de atuação punitiva da Administração Pública.

O Poder de Polícia, de acordo com a definição contida no Código Tributário Nacional (art. 78), consiste na “atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público”.³⁷ O poder de polícia, diferentemente das prerrogativas contratuais da

37 Como preleciona JEAN RIVERO, “entende-se por polícia administrativa o conjunto de intervenções da administração que tendem a impor à livre ação de particulares a disciplina exigida pela vida em sociedade” RIVERO, Jean. *Droit Administratif*, Paris: Dalloz, 1977. p. 412. De acordo com MARCELO CAETANO, o poder de polícia consiste no “modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objeto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura prevenir”. CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais de direito administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 339.

Administração, fundamenta-se diretamente na soberania que o Estado exerce sobre todas as pessoas e coisas no seu território, que faz com que toda atividade ou propriedade esteja, observado o ordenamento jurídico-constitucional, condicionado ao bem-estar da coletividade e à conciliação com os demais direitos fundamentais.³⁸

O poder de polícia, ademais, revela-se extroverso. O seu único campo de aplicação são as atividades e propriedades privadas, de modo que a Administração não exerce poder de polícia sobre os serviços, monopólios ou bens públicos – ainda que eles sejam explorados por particulares.

Conceitual e tecnicamente, o poder de polícia e as sanções administrativas propriamente ditas são necessariamente aplicáveis em relação à esfera privada da sociedade, jamais em relação à esfera pública das atividades ou bens, ainda que contratualmente exercidas por particulares. Nesses casos, haverá fiscalização e possibilidade de sanções, mas ambas serão de índole estritamente contratual – só são cogitáveis porque o particular resolveu voluntariamente aderir àquele contrato –, não se confundindo com o poder de polícia, que, naturalmente, como o poder estatal mais típico, independe de qualquer consenso do particular para poder ser exercido. Exemplificando, não se exige o consenso do particular para que o Estado possa fiscalizar uma construção irregular; mas, sem o contrato, nem se cogita do sancionamento pelo descumprimento de uma obrigação dele constante.

Como anotamos, em nosso Curso de Direito Administrativo, “os contratos de concessão regulam o exercício por particulares de serviços ou monopólios públicos, ou a exploração privada de bens públicos, não constituindo, portanto, formas de limitação de atividades privadas, mas de disciplina contratual da transferência do exercício de atividades do Estado”.³⁹ No mesmo sentido, manifestou-se Odete Medauar anota que “pelo poder de polícia a Administração enquadra uma atividade do particular, da qual o Estado não assume a responsabilidade”.⁴⁰

O fato de no contrato haver referência a regras predispostas em leis ou regulamentos em nada ilide essas assertivas. Por exemplo, boa parte das sanções aplicáveis às empresas que celebram contratos administrativos estão previstas na Lei nº 8.666/1993, mas essas são apenas a sua fonte

38 Nesse sentido, v. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 191.

39 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 194.

40 MEDAUAR, Odete. Poder de Polícia. *Revista de Direito Administrativo*, 199:89-96, 1995. p. 95.

indireta, são o que a Administração Pública deve incorporar (por cópia ou por remissão) em seus editais de licitação e instrumentos contratuais. A fonte direta da sua aplicação a particulares não é a Lei, mas sim o contrato: quem não celebrou contrato com a Administração não tem o que se preocupar com tais sanções; apenas o contrato legitima a sua aplicação; ele é a fonte direta de tais sanções.

O simples fato de a Administração Pública estar jungida a nele inscrever ou considerar como pressupostas algumas regras legais, como, por exemplo, as de determinadas sanções, não faz com que elas passem a ser sanções legais, e não mais contratuais. Tanto é assim, que, por mais que estejam na lei, se ninguém assinar os contratos por ela regulados, inviável será cogitar a sua aplicação. Como esclarece Parejo Alfonso, “neste caso, o fundamento e título não é a Lei ou o Regulamento, mas o próprio acordo de vontades”.⁴¹

O que acima se expôs só reforça o que, de longa data, percebeu Maria João Estorninho, ao constatar que “a lei passa a colaborar ativa e permanentemente com a vontade das partes podendo mesmo afirmar-se que a vontade dos contraentes e a lei passam a integrar, em estreita união, o todo incindível que é a disciplina do contrato”.⁴²

Como vimos, as sanções aplicáveis pela Administração contratante derivam, diretamente, do próprio contrato – de modo que são suscetíveis de serem apreciadas em juízo arbitral.

Para reforçar esta conclusão, destaca-se que, por vezes, a Lei, ao prever tais sanções, explícita ou implicitamente, transfere ao contrato a faculdade de regulá-las e de lhes dar eficácia. Para comprovar o ponto, basta aludir ao art. 86, da Lei 8.666/1993, que estabelece que o “atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato”.

Ainda que determinadas sanções contratuais sejam prévia e detalhadamente reguladas em sede legislativa, o seu campo de aplicação não deixa de ser uma relação jurídica negocial e o ato que lhe motiva não deixa de ser um evento contratual. O seu fundamento de aplicação imediato, reitere-se, é o contrato; a lei é apenas o quadro do qual ele parte.

41 ALFONSO, Luciano Parejo. Los actos administrativos consensuales. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional A & C*, Belo Horizonte, v. 13, 2003.

42 ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra: Almedina, 1990. p. 140 e 141. (Grifamos.)

Nesse ponto, uma vez mais, é preciso mencionar que, também no mundo estritamente privado, exemplos há de cláusulas contratuais, inclusive de viés sancionatório, cujos conteúdos são preestabelecidos pelo Poder Público, seja por meio do Estado-Legislator, seja por meio do Estado-Regulador.

O exemplo mais clássico desse fenômeno, no Brasil, são os contratos de plano de saúde, que têm boa parte das suas cláusulas predefinidas pelas Leis regentes da matéria⁴³ e por resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS.⁴⁴ Em tais avenças, geralmente celebradas apenas por particulares, de igual modo, a fonte direta dessas obrigações não são as normas estatais, mas sim os contratos de prestação de saúde assinados voluntariamente entre as empresas e os seus clientes: sem eles todas aquelas normas permaneceriam eternamente no limbo.

Tratando da questão debatida, Eros Roberto Grau, com a didática que lhe é peculiar, esclarece que, “embora a Administração disponha, no dinamismo do contrato administrativo de poderes que se tomam como expressão de *‘puissance publique’* [alteração unilateral da obrigação, *v.g.*], essa relação não deixa de ser contratual, os atos praticados pela Administração enquanto parte nessa mesma relação, sendo expressivos de meros ‘atos de gestão’. Em suma, é preciso não confundirmos o Estado-aparato com o Estado-ordenamento. Na relação contratual administrativa o Estado-aparato (a Administração) atua vinculado pelas mesmas estipulações que vinculam o particular; ambos se submetem à lei [Estado-ordenamento]; ou seja, a Administração não exerce ato de autoridade no bojo da relação contratual”.

Como já registramos, a origem legal de determinadas cláusulas não altera a sua natureza jurídica contratual nem, por conseguinte, suprime a sua arbitrabilidade.

43 Além da Lei nº 9.656/1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, há outras leis esparsas que cuidam do tema. O Estatuto do Idoso (art. 15, § 3º), por exemplo, veda “a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade” - o que, na prática, proscreve o reajuste das mensalidades devidas aos beneficiários de planos de saúde com mais de 60 anos de idade. No entanto, o tema é regulado, com maiores minúcias, por Resoluções da ANS - a exemplo das que serão citadas na nota de rodapé subsequente.

44 A regulamentação da contratação dos planos privados de assistência à saúde foi feita, em essência, pela Resolução Normativa da ANS nº 195/2009, entretanto diversas outras resoluções tratam de aspectos específicos de tais avenças. A Resolução Normativa da ANS nº 259/2011, por exemplo, estabelece os prazos máximos para a realização de cada tipo de atendimento ao beneficiário de planos de saúde privados. A Resolução Normativa da ANS nº 387/2015, por sua vez, define quais serviços devem ser obrigatoriamente oferecidos pelos planos privados de assistência à saúde. A Instrução Normativa nº 13/2006 define os requisitos e procedimentos para o reajuste da contraprestação pecuniária devida aos planos privados de assistência suplementar à saúde.

Um exemplo paralelo seria a prática existente e muitas empresas multinacionais de grande porte de, por uma questão de governança corporativa,⁴⁵ indicar disposições que deverão constar em todos os contratos celebrados pela sociedade, suas *guidelines*. Quem com ela assinar um contrato não estará obrigado diretamente por esses parâmetros, em razão das *guidelines*, mas sim, e apenas, por ter assinado o contrato.

Em todos esses exemplos, o fundamento último das sanções ou cláusulas que confirmam poderes unilaterais a uma das partes⁴⁶ é o próprio contrato – ainda que o seu conteúdo seja, em parte, predeterminado por norma geral e abstrata que vincule algum dos contratantes. Sem a aquiescência do outro, contudo, sequer constituída seria a relação negocial e, via de consequência, a potencialidade de aplicação daquelas normas e sanções.

Neste quadrante, cabe esclarecer que os direitos, para serem considerados arbitráveis, embora precisem ser negocialmente erigidos, não precisam sê-lo negociadamente. É a fonte da obrigação que precisa ser contratual (bilateral); sendo, pois, dispensável a verificação se houve ou não efetiva negociação entre as partes para a determinação do conteúdo do pacto. Por esse motivo, o contrato de adesão não deixa de ser um contrato⁴⁷ e, por isso mesmo, não se nega a ele a possibilidade de apreciação em sede arbitral.

Consoante esclarece com propriedade José Abreu:

Não importaria saber, como acentua RUGGIERO, nas linhas que transcrevemos, se os efeitos são gerados pela vontade ou pela lei, porque, em verdade, uma não pode subsistir sem a outra, embora a nós pareça que os efeitos são produzidos pelo ato de vontade – que teria feição ou essência normativa, evidentemente que necessitando do beneplácito

45 A expressão governança corporativa compreende “o conjunto de mecanismos (internos ou externos, de incentivo ou controle) que visa a fazer com que as decisões sejam tomadas de forma a maximizar o valor de longo prazo do negócio e o retorno de todos os acionistas”. SILVEIRA, Alexandre di Melici da. *Governança Corporativa no Brasil e no Mundo – teoria e prática*. São Paulo: Elsevier, 2010. p. 3.

46 Como demonstrado, apesar do hábito de parte dos administrativistas, poderes unilaterais não necessariamente dizem respeito ao exercício de poder de império do Estado, estando presentes muitas vezes até mesmo em contratos celebrados entre pessoais integralmente privadas e alheias à Administração Pública, tendo como fonte imediata apenas contratos, a exemplo do que se dá paralelamente com o contrato de partilha, contrato de direito privado celebrado pela Administração Pública.

47 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 17. ed. v. III, Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 21: “em certas eventualidades o contrato se celebra pela simples adesão de uma parte ao paradigma já redigido, conforme expressamente admitido pelos arts. 423 e 424 do Código, concluindo-se a avença pela simples atitude do interessado, traduzida como forma tácita de manifestação volitiva. [...] O princípio da liberdade de contratar ostenta-se, não obstante, na faculdade de não adotar aquelas normas-padrão ou aquele modelo pré-moldado”.

do ordenamento. Até mesmo naqueles negócios denominados pela doutrina como ‘negócios-condição’ e ‘negócios forçados’ – em que a autonomia privada sofre rude golpe na sua essência, não se pode prescindir, na sua formação, do elemento volitivo.⁴⁸

A jurisprudência brasileira ainda não logrou consolidar um entendimento a respeito da questão tratada. Em alguns poucos precedentes esparsos, em sua maioria ainda não transitados em julgado, por se confundir o fundamento e a natureza das questões controvertidas, poderes essencialmente contratuais acabaram, pelo simples fato de serem exercidos pela Administração Pública, confundidos com manifestações do poder de polícia e, assim, considerados inarbitráveis.

Nessa esteira, o e. Tribunal Regional Federal da 2ª Região assim se manifestou: “A Egrégia Oitava Turma Especializada, ao apreciar o Agravo de Instrumento nº 0101145-19.2014.4.02.0000 (2014.00.00.101145-7), sufragou, majoritariamente, entendimento no sentido de que a matéria objeto da RD nº 69/2014, da ANP, concernente à delimitação de campo de petróleo, por envolver atividade fiscalizadora, decorrente de poder de polícia da agência reguladora, configuraria direito indisponível que, por conseguinte, escaparia aos limites da cláusula de compromisso arbitral. Em respeito à decisão majoritária do Colegiado, afigura-se oportuna a concessão do provimento liminar pleiteado, de modo a resguardar a eficácia da decisão que vier a ser tomada nos autos principais”.

Todavia, o colendo Superior Tribunal de Justiça, que ainda apreciará o caso de forma colegiada, pela lavra do Min. Napoleão Nunes Maia Filho, concedeu liminar contra tal acórdão “para atribuir, provisoriamente, competência ao Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional/CCI”, asseverando “que a cláusula compromissória que serve de suporte à discussão em apreço, além de ser disposição padrão nos instrumentos que regem a espécie conflituosa em causa, mostra-se antiga, de sorte que a sua alteração súbita e unilateral impacta os termos em que se deve desenvolver a fiscalização das atividades da PETROBRAS, além de repercutir na confiabilidade e na credibilidade que se requer no exercício do mercado de prospecção e lavra de petróleo, demandante, como se sabe, de aportes de investimentos hipervultosos, envolvendo, inclusive, aspectos internacionais altamente protegidos pelo princípio da boa fé”.⁴⁹

48 ABREU, José. *O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 31, grifos nossos.

49 STJ, CC nº 139.519, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 13/04/2015.

Decisões como aquela mencionada do TRF2, com toda a vênia, julgam mais pela aparência do que pelo rigor técnico. Nem todos os poderes exercidos pela Administração Pública podem ser tecnicamente considerados poderes de polícia, que são apenas aqueles incidentes sobre os particulares independentemente da celebração de qualquer contrato.

A Administração Pública quando celebra contratos possui, a exemplo de qualquer particular que também o faça, uma série de poderes sobre a outra parte, muitos deles unilaterais (ex.: a denúncia vazia nos contratos de locação, a imposição de diversas regras pelos franqueadores, a aplicação e a execução de sanções através da caução prestada etc.). Poderes unilaterais *ex contractu* não deixam de sê-lo pelo simples fato de uma das partes ser a Administração Pública.

Note-se, nessa perspectiva, que tal conclusão não é repelida nem mesmo quando as sanções ou poderes unilaterais são incumbidos, pelo contrato, às agências reguladoras ou a qualquer outra entidade administrativa a quem se incumba a função de interveniente ou de representante do ente público contratante – opção institucional corriqueira no quadrante da Administração Pública descentralizada, especializada e multiorganizativa.⁵⁰

No meu livro a respeito das Agências Reguladoras, já havia consignado que:

Seja qual for a classificação da agência quanto à atividade regulada, todas as leis que as instituíram preveem o desempenho por parte delas de competências fiscalizatórias sobre os agentes econômicos que se encontram no seu âmbito de atuação. O fundamento da atividade fiscalizatória poderá, no entanto, variar segundo a agência seja (a) reguladora de serviço público, caso em que será um dever inerente ao Poder Concedente; (b) *reguladora da exploração privada de monopólio ou bem público, quando o fundamento da fiscalização é contratual*; ou (c)

50 CASSESE, Sabino. *Le Basi del Diritto Amministrativo*. 6. ed. Milão: Garzanti, 2000. p. 189-190:

“A Administração italiana é – como, aliás, todas as Administrações dos países desenvolvidos – multiorganizativa, no sentido de que a amplitude e a variedade das funções públicas não apenas levaram à perda da unidade da organização do Estado, mas levaram-no também a adotar diversos modelos organizativos. Por este motivo, é preferível dizer que a administração é multiorganizativa, antes que pluralística ou policêntrica. Estes termos muitas vezes não se referem a sujeitos, mas individualizam apenas o primeiro (fragmentação), e não o segundo (diferenciação), dos dois caracteres acima indicados”. Para Vital Moreira, “quanto mais a coletividade se especializa técnico-profissionalmente e se pluraliza ético-culturalmente, tanto menor se torna aquilo que é comum a todos e tanto maior é a necessidade de diferenciação político-administrativa para corresponder à diversidade dos apelos feitos aos poderes públicos”. MOREIRA, Vital. *Administração Autônoma e Associações Públicas*. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 35.

reguladora de atividade econômica privada, em que a natureza da fiscalização é oriundo do poder de polícia exercido pela agência.⁵¹ (Grifo acrescido).

Assim, as competências fiscalizadoras e sancionadoras que a ANP, por exemplo, exerce sobre as empresas que exploram petróleo e gás (monopólios públicos) no Brasil, por meio de contratos de concessão petrolíferos ou de contratos de partilha de produção, buscam fundamento de validade no próprio contrato de que são partes a própria ANP e os sujeitos fiscalizados (e, eventualmente, sancionados). Sempre que o fundamento e o campo de atuação da ANP estiverem associados a uma relação contratual, arbitráveis serão os atos adotados pela agência.

Ao revés, quando a ANP – ou qualquer outra agência – fiscalizar agentes que exercem, por título próprio (ainda que sujeitos a meras autorizações ou licenças), atividades econômicas privadas, a atuação da Agência calcar-se-á exclusivamente na Lei, caracterizando-se como expressão do poder de polícia.⁵² Nessa hipótese, não será dado em princípio submeter os seus atos à instância arbitral.

Os poderes que a Administração Pública exerce sobre os autorizatários advêm diretamente da lei, não havendo qualquer contrato celebrado entre eles e a Administração Pública que os condicione. Já as atividades econômicas em sentido estrito sujeitas ao monopólio do Estado (art. 177, CF), não são privadas, e nenhum particular tem direito constitucional de livre iniciativa para exercê-las, o que só se cogita se a Administração Pública e ele voluntariamente celebrarem um contrato nesse sentido. É por esta razão que, naquele caso, estamos diante de poderes de polícia, em princípio inarbitráveis, e, neste caso, estamos diante de poderes contratuais, perfeitamente arbitráveis.

Ainda em exemplificação do exposto, tem-se que quando a ANP, integrando um contrato de concessão ou de partilha, delibera sobre a unitização dos blocos de petróleo ou sobre a forma de observância da cláusula de conteúdo local, o fundamento das suas decisões será o próprio

51 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 337, grifos acrescidos ao original.

52 Este é o caso, por exemplo, da atuação fiscalizadora ou sancionadora da ANP sobre as distribuidoras de combustíveis, agentes que exercem atividade privada, por direito constitucional próprio de livre iniciativa. Por mais que tenham que pedir uma autorização à Administração Pública, essa autorização não tem natureza contratual, mas sim de um ato de consentimento de polícia, assim como, para esse efeito, uma licença ambiental ou uma licença para dirigir.

contrato – pois a Agência atuará como parte e com base nas cláusulas do referido pacto – e, portanto, serão elas suscetíveis de serem arbitradas.

Por outro lado, como já mencionado, caso o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA constate que o consórcio responsável pela exploração petrolífera cometeu uma infração ambiental, as suas reprimendas fundamentar-se-ão exclusivamente no poder de polícia outorgado diretamente por Lei – e, portanto, independentemente do assentimento do particular – a tal autarquia (que agirá enquanto entidade externa à relação contratual estabelecida entre as petroleiras e a União), de modo que aquelas penalidades devem, em princípio, ser consideradas inarbitráveis.

O que deve ficar claro é que as reprimendas e os poderes unilaterais outorgados pelo contrato (ainda que previstos mediatemente em Lei) à Administração Pública não se confundem com o poder de polícia⁵³ e, portanto, não podem ser considerados como insuscetíveis de apreciação em sede arbitral. O seu fundamento imediato e definitivo não é a Lei, nem muito menos a soberania estatal, mas o negócio jurídico estabelecido pelos contratantes, do mesmo modo que seria (e o é) em relação a agentes particulares.

Nada obstante, apontamos ainda que, diversamente dos poderes unilaterais contratuais avançados entre a Administração e as suas delegatárias, o poder de polícia não pode ser exercido sobre os bens, serviços e monopólios públicos (como é o caso do petróleo), sendo característico apenas das atividades tipicamente particulares. Assim, por todos esses fatores, mister se faz diferenciar e, por conseguinte, conferir tratamento jurídico autônomo à categoria em exame.

Em conclusão, uma vez mais reitere-se que, sempre que afirmada a natureza contratual de dada controvérsia, possível será submetê-la à resolução perante organismos arbitrais, ainda que a questão controvertida se relacione a poderes unilaterais ou às sanções contratuais aplicáveis pela Administração.

No tópico seguinte, trataremos da arbitrabilidade dos efeitos meramente patrimoniais de direitos ou interesses indisponíveis ou insuscetíveis de mensuração econômica.

53 Paralelamente, não se desconhece que tem se verificado até mesmo a possibilidade, em certos casos, de negociação a respeito da atividade sancionadora de polícia da Administração Pública, tendência intensamente verificada no Direito Comparado, sobretudo nos setores regulados. A matéria, no entanto, além de possuir requisitos próprios e mais excepcionais, é prescindível para o objeto do presente parecer.

4 A ARBITRABILIDADE DOS EFEITOS PATRIMONIAIS DE DIREITOS EXTRAPATRIMONIAIS OU INDISPONÍVEIS

O presente tópico se destina a ir um pouco além do anterior, para afirmar que, mesmo os direitos extrapatrimoniais ou indisponíveis, não contratualizáveis e, portanto, em princípio inarbitráveis, podem ter as suas consequências meramente econômicas submetidas à arbitragem.

Discorrendo sobre um instituto próximo (mas bem distinto) ao da arbitragem, a transação,⁵⁴⁻⁵⁵ cujo objeto também são os “direitos patrimoniais disponíveis”,⁵⁶ Caio Mário da Silva Pereira esclarece que tal restrição é relativa apenas aos próprios direitos transacionáveis, não alcançando eventuais efeitos patrimoniais deles decorrentes:

A restrição aqui apontada compreendeu os direitos em si mesmos, sem exclusão dos efeitos patrimoniais que possam gerar. Assim é que se o *status familiae* é insuscetível de transação, os efeitos econômicos respectivos podem ser por ela abrangidos; se o direito a alimentos é intransmissível, é válida a que compreende o montante das prestações respectivas.⁵⁷

No mesmo sentido, Orlando Gomes esclarece que o “interesse não precisa ser econômico, mas o objeto da prestação há de ter conteúdo patrimonial. Na sua contextura, a prestação precisa ser patrimonial, embora possa corresponder a interesse extrapatrimonial”.⁵⁸ Temos o célebre exemplo dos alimentos familiares, que não podem em abstrato ser renunciados ou transacionados, mas a sua expressão econômica, em pecúnia, não só pode como deve ser negociada, tanto que há audiência

54 Conforme preceitua o art. 840 do Código Civil, a transação é um negócio jurídico firmado para prevenir ou por fim a litígio, mediante concessões recíprocas das partes.

55 Não se deve confundir a arbitragem com a transação, cuja referência justifica-se apenas para a interpretação da expressão “direitos patrimoniais disponíveis”, que constitui o objeto de ambos institutos. Sobre as diferenças entre a transação e a arbitragem, v. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*. n. 248, p. 117-126, 2008, p. 121: “É importante ressaltar que, ao submeter uma discussão à arbitragem, as partes não estão abrindo mão de seus direitos ou mesmo transigindo (isto é, aceitando perder parte do seu direito). Ao se valerem da arbitragem, as partes na verdade escolhem um juízo privado para pôr termo ao litígio. A arbitragem apontará quem tem razão na disputa. Cada parte terá oportunidade de expor seus argumentos, defendê-los, produzir prova, enfim, terá oportunidade de influenciar na decisão a ser tomada, de modo a proteger seus interesses. Não se confunde com um mero acordo, com a aceitação passiva da redução de seu patrimônio ou com algo semelhante”.

56 Código Civil, art. 841: “Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”.

57 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 17. ed. v. III, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 468.

58 GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 24.

nas varas de família com o objetivo específico de promover a conciliação quanto à matéria.

Em outros termos, embora determinados “fundos de direito”⁵⁹ possam ser insuscetíveis de mensuração econômica (extrapatrimoniais) ou indisponíveis e, portanto, inarbitráveis, os seus reflexos meramente patrimoniais, por atender aos dois requisitos cumulativos da arbitrabilidade objetiva, podem ser decididos através desse mecanismo extrajudicial de resolução de controvérsias.

É o caso de algumas obrigações contratuais que, embora monetariamente intraduzíveis quando abstratamente consideradas, geram efeitos pecuniários aflitivos a qualquer das partes da avença. Convém lembrar, nessa ótica, que a “patrimonialidade também se configura pela aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico”.⁶⁰

Sendo assim, ainda que se considerasse, ao contrário do exposto no tópico anterior, que as funções fiscalizatórias e sancionatórias contratuais outorgadas à contraparte administrativa são expressões do poder de império do Estado, do seu poder de polícia, ainda assim seus efeitos meramente pecuniários (ex.: o valor da multa em dinheiro), poderiam ser equacionados pelo método arbitral.

Ainda que se queira impropriamente reconduzi-las ao *ius imperii* do Estado, de qualquer forma ter-se-ia que admitir a abertura da via arbitral para os efeitos pecuniários decorrentes do exercício de tais supostas prerrogativas administrativas. Exemplifica-se.

Pode-se considerar, por exemplo, que os poderes de alterar ou de resilir unilateralmente os contratos administrativos (Lei 8.666/93, art. 58, I e II) constituem faculdades intangíveis da Administração, necessariamente

59 Os fundos de direitos correspondem a uma situação jurídica fundamental, da qual podem decorrer efeitos jurídicos diversos. Da condição de autor de uma obra literária, por exemplo, exsurgem direitos patrimoniais e extrapatrimoniais, sendo certo que os primeiros, diversamente dos últimos, podem ser submetidos à arbitragem. Não é raro que, do mesmo suporte fático, derivem direitos de naturezas distintas. É o que o já saudoso Ministro Teori Zavascki denominava “situações jurídicas heterogêneas”. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 46.

60 TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. *Revista de Processo*, v. 264, ano 42, p. 83-107, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 99.

tributárias de um suposto regime jurídico administrativo, da própria *puissance* publique de que falava Maurice Hauriou, envolvendo até mesmo, potencialmente, cláusulas de serviço.⁶¹ Ainda que assim se entenda, razão não haveria para negar a arbitrabilidade do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, em caso de modificação unilateral do pacto (art. 65, § 6º), ou da indenização pelos prejuízos e custos de desmobilização decorrentes da rescisão contratual determinada pela Administração, sem que haja culpa do contratado, pois constituem mero reflexo patrimonial do exercício daquelas supostas *puissances publiques* (art. 79, § 2º).

5 A INARBITRABILIDADE DAS OBRIGAÇÕES ORIUNDAS APENAS E DIRETAMENTE DO ORDENAMENTO JURÍDICO (EXTRACONTRATUAIS)

No interior de um contrato celebrado pela Administração Pública, não são arbitráveis apenas as cláusulas que lá se encontrem com finalidade exclusivamente didática, aquelas que já seriam de todo aplicáveis a qualquer particular independentemente da celebração de qualquer avença (ex.: obrigação de não poluir ou de assinar a carteira de trabalho do seu pessoal). Na verdade, como essas matérias prescindiriam completamente do contrato, podemos afirmar que são contratuais apenas formalmente.

Como vimos, o escopo de arbitrabilidade do Direito Administrativo abrange todas as matérias suscetíveis de serem contratualmente fixadas ou, melhor dizendo, todas aquelas que tenham em um contrato a sua fonte jurídica imediata e imprescindível.

No entanto, a simples enunciação dessa conclusão seria de pouca valia à essa altura. Portanto, neste tópico, buscaremos distinguir, mais precisamente, as matérias contratuais das incontractuais.

Como vimos, mesmo o poder de polícia admite contemporaneamente alguma abertura à consensualidade (*vide* os Termos de Ajustamento de Conduta). Contudo, além de excepcional, o assentimento particular será sempre acidental e posterior à constituição das prerrogativas insuscetíveis de disposição contratual, que a ele preexistem e continuam a existir na sua falta.

Nesse sentido, em conhecida lição, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, citando Dupuis, sublinha que o “essencial é que as normas unilaterais se imponham aos sujeitos ‘independentemente do seu

61 HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public général: à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*. Paris: P. Larose, 1901. p. 227-237.

consentimento’, e não que os particulares afetados tenham estado ou não de acordo com essa decisão, pois, ela não deixaria de regular a sua conduta se eles não lhe tivessem dado o seu acordo”.⁶²

Dáí se extrai a inarbitrabilidade dos poderes tipicamente administrativos (cujo traço caracterizador é a heteronomia), que serão melhor examinados no tópico seguinte. Eles decorrem diretamente da Lei e não são moldados nem existem em função de uma relação negocial, ainda que a Administração excepcionalmente, e desde que diante de temas discricionários, possa concertar alguns de seus aspectos, se assim recomendar o interesse público.

Por outro lado, algumas atuações administrativas que, à primeira vista, aparentam ser estritamente unilaterais, a um olhar mais atento, mostram-se de base contratual, a exemplo das sanções oriundas de contrato, como vimos acima.

Como já expusemos no tópico III, onde expusemos que as sanções e os poderes unilaterais da Administração contratante só são instituídos e passam a ser exercitáveis com a aquiescência do particular contratado – elemento indispensável para o advento da própria relação jurídica em que, nos limites do contrato, poderá a Administração intervir de modo unilateral. Ou seja, o assentimento privado, ainda que prévio (dado no momento da assinatura do pacto), é requisito inerente à própria constituição de tais prerrogativas.

Sendo assim, podemos afirmar que apenas as obrigações heterônomas do Direito Administrativo, ou seja, aquelas que se impõem ao particular de maneira inteiramente vertical – sem em nada precisar da sua aquiescência –, não podem ser objeto de contrato e, conseqüentemente, de arbitragem.

No próximo tópico, abordar-se-á a tese da inarbitrabilidade dos chamados atos de império, na verdade detalhando-se dogmáticamente o acima asseverado.

6 ATOS DE IMPÉRIO (VERSUS ATOS DE GESTÃO)

Além dos limites gerais à arbitrabilidade objetiva, parte da doutrina sustenta que os atos, de alguma maneira, relacionáveis ao poder de império do Estado seriam insuscetíveis de serem resolvidos pelo mecanismo arbitral.

62 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 474-475.

Como explica José dos Santos Carvalho Filho, os “atos de império são os que se caracterizam pelo poder de coerção decorrente do poder de império (*ius imperii*), não intervindo a vontade dos administrados para sua prática. Como exemplo, os atos de polícia (apreensão de bens, embargo de obra), os decretos de regulamentação etc. O Estado, entretanto, atua no mesmo plano jurídico dos particulares quando se volta para a gestão da coisa pública (*ius gestionis*). Nessa hipótese, pratica atos de gestão, intervindo frequentemente a vontade de particulares. Exemplo: os negócios contratuais (aquisição ou alienação de bens). Não tendo a coercibilidade dos atos de império, os atos de gestão reclamam na maioria das vezes soluções negociadas”.⁶³⁻⁶⁴

A classificação das atuações estatais em atos de império e de gestão foi proposta, no final do século XIX, como forma de relativizar a imunidade de jurisdição dos Estados soberanos,⁶⁵ classicamente concebida em termos absolutos. Em 1891, o Instituto de Direito Internacional, por meio da Resolução de Hamburgo, passou a restringir a imunidade de jurisdição dos Estados nacionais às atuações fundadas em seu poder soberano (*ius imperii*), negando-lhe às oportunidades em que ele atua como se particular fosse (*ius gestionis*).⁶⁶ Segundo Peter Trooboff,⁶⁷ a Corte de Cassação da Bélgica foi a primeira a adotar essa distinção, admitindo que uma ação fosse ajuizada em face dos Países Baixos, sob o fundamento de que envolvia a prática de atos de mera gestão. Logo em seguida, em 1926, a Corte de Cassação da França também excepcionou a imunidade de jurisdição de que gozava uma delegação comercial russa, com base no mesmo fundamento.

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, por exemplo, propõem que o campo de matérias administrativas arbitráveis seja circunscrito com base nesta antiga distinção entre os atos de império e de gestão:

63 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 131.

64 Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, os atos de império são “os que a Administração praticava no gozo de prerrogativas de autoridade”, como, por exemplo, “a ordem de interdição de um estabelecimento”. Atos de gestão seriam “os que a Administração praticava sem o uso de poderes comandantes”. Como seria o caso da “venda de um bem” ou “os relativos à gestão de um serviço público” (*Curso de direito administrativo*, 2012. p. 429).

65 A imunidade de jurisdição é uma construção consuetudinária, posteriormente tutelada em tratados internacionais, que se funda na ideia de soberania recíproca e de igualdade entre as pessoas jurídicas de direito internacional. Em linhas gerais, a imunidade de jurisdição “significa a impossibilidade de submissão de um conflito envolvendo um Estado à jurisdição doméstica de outro”. FERRAZ, Rafaela. *Arbitragem em litígios comerciais com a Administração Pública*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008. p. 67).

66 Resolução de Hamburgo, art. 4º, § 2º.

67 TROOBOFF, Peter D. *Foreign state immunity: emerging consensus on principles*. Recueil des cours, v. 200, 1986. p. 261-262.

Os primeiros dizem respeito a matérias inerentes ao Estado, que corresponderiam ao plexo de interesses ‘indisponíveis’ do Poder Público. Os outros envolvem os atos de mera administração. São atos despidos de prerrogativas especiais, cujo objetivo é fixar relações jurídicas normais (de direito comum) entre a Administração e outras pessoas jurídicas. Aproveitando desta vetusta classificação, seria possível afirmar que a intenção da Lei de Arbitragem foi reservar para seu escopo as matérias objeto de atos de gestão. Estariam excluídos de sua abrangência aqueles temas que são objeto de atos de império.⁶⁸

No mesmo sentido, manifesta-se Selma Maria Ferreira Lemes, ao registrar que “o que não se pode confiar aos árbitros são matérias ou atribuições que importem o exercício de um poder de autoridade ou de império e dos quais não se pode transigir”.⁶⁹

Não discordamos da tese em referência. Consideramos, contudo, que ela já está abarcada pelo critério adotado pela maior parte da doutrina para definir o plexo de matérias administrativas suscetíveis de arbitramento. Assim, a utilidade da classificação dos atos administrativos em de império e de gestão, para os fins ora colimados, é ao menos duvidosa. Isso porque os atos de império não podem ser objeto de disposição contratual, não buscam fundamento de validade nem são aplicáveis no interior de relações negociais.

Quanto a este ponto, o art. 4º, inciso III, da Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004) prevê a “indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado”, corroborando o entendimento de que os atos lastreados exclusivamente na soberania estatal, sem nem cogitar que qualquer figura contratual, não podem ser objeto de arbitragem.

Da mesma maneira, o exercício do poder de polícia é tido pelo STF como atividade exclusiva do Estado e, portanto, insuscetível de delegação a particulares. A premissa da decisão prolatada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1717/DF, de relatoria do Min. Sydney Sanches, é justamente essa: de impossibilidade de delegação plena do poder de polícia a entes privados, ainda que integrantes da Administração Pública. De acordo com esse entendimento, o poder de polícia deveria ser exercido

68 SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*. n. 248, p. 117-126, 2008. p. 121.

69 LEMES, Selma Maria Ferreira. A arbitragem e os novos rumos empreendidos na Administração Pública. A empresa estatal, o Estado e a concessão de serviço público. MARTINS, Pedro Antônio Batista *et alli* (ORGS.). Aspectos Fundamentais da Lei da Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 193.

no âmbito do regime jurídico de direito público, porque este traria as garantias necessárias ao seu exercício isento.

De acordo com a ADI nº 1717/DF, “a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas”.

Temos uma sinonímia no Direito Administrativo: atos de império, *jus imperii*, atos de soberania, atos heterônomos (no sentido de sujeitarem indivíduos através de regras ditadas por outros, heteroditadas), atos tipicamente estatais, atos reservados à Administração Pública.

Os atos de império fundam-se direta e exclusivamente na Lei ou na Constituição, constituem prerrogativas de autoridade, exaradas com verticalidade pelo gestor público, no exercício de poderes tipicamente administrativos (de polícia, disciplinar, hierárquico etc.).

Tais prerrogativas são heterônomas, porquanto prescindem do consentimento do particular para serem impostas (ainda que, excepcionalmente, mesmo nessa seara, a Administração possa, a seu critério, admitir alguma abertura à consensualidade como instrumento do seu processo de decisão, que permanece sendo *in fieri* unilateral).

Sendo incontratualizáveis (justamente, por serem heterônomos), os atos de império são também inarbitráveis. Nenhum deles precisam de qualquer base contratual para poderem ser praticados. Basta lembrarmos da distinção já vista entre sanções de polícia administrativa e as sanções contratuais administrativas: aquelas diretamente aplicáveis pela Administração Pública, e estas só cogitáveis se previamente anuídas pelo particular mediante a sua voluntária adesão a um contrato do Estado.

Em seguida, abordaremos o papel que os contratos celebrados pela Administração Pública não só podem, como, visando ao incremento da segurança jurídica para ambas as partes, devem ter na definição ou, ao menos, na exemplificação das matérias apreciáveis em instância arbitral.

Trata-se de conferir aos contratantes o poder de, no interior da (consideravelmente fluída e controversa) moldura legal, determinar quais

controvérsias poderão ser levadas à arbitragem, mantendo-se naturalmente dentro dessa moldura, mas densificando-a, detalhando-a.

7 A FUNÇÃO DENSIFICADORA DOS CONTRATOS NA DEFINIÇÃO DA ARBITRABILIDADE DE LIDES ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como preleciona Caio Mário Da Silva Pereira, “todo contrato parte do pressuposto fático de uma declaração volitiva, emitida em conformidade com a lei, ou obediente aos seus ditames. O direito positivo prescreve umas tantas normas que integram a disciplina dos contratos e limitam a ação livre de cada um, sem o que a vida de todo o grupo estará perturbada”. Contudo, como a linguagem raramente é inequívoca⁷⁰ e os comandos legais frequentemente são permeados por elevado grau de generalidade e abstração, reserva-se aos contratantes, de um modo geral, a faculdade de concretizar e minudenciar as regras e os princípios, com maior ou menor vagueza, enunciados pelo legislador.

Nessa linha, recupera-se clássica lição de Hans Kelsen: “Na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como fato produtor de Direito, confere aos indivíduos, que lhe estão subordinados, o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, através de normas criadas pela via jurídico-negocial”.⁷¹

No campo administrativo, como expõe Paulo Modesto: “Muitas vezes a redução da incerteza, a densificação da imprecisão legal, interessa tanto a Administração quanto aos particulares. A autovinculação não concorre com a legalidade. A rigor, a desenvolve e densifica, ampliando o alcance prático dos princípios da igualdade e da proteção da confiança para âmbitos nos quais falta precisão ou determinabilidade para os preceitos legais.”⁷²

70 Como alerta Carlos Maximiliano, a “linguagem, como elemento de Hermenêutica, assemelha-se muitas vezes a certas rodas enferrujadas das máquinas, que mais embarçam do que auxiliam o trabalho”. Desse modo, são “inevitáveis os extravasamentos e as compressões; resultam da pobreza da palavra, que torna esta inapta para corresponder à multiplicidade das ideias e à complexidade da vida”. (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 92-98).

71 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1962. p. 123, grifamos.

72 MODESTO, Paulo. Autovinculação administrativa. Salvador: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 24, 2010. p. 7.

Ressalvadas as zonas (positiva e negativa) de certeza,⁷³ todo conceito jurídico indeterminado é preenchido por uma área grísea,⁷⁴ cujos fluídos contornos podem (e devem) ser indubitavelmente fixados, em nome da segurança jurídica, por atos ou negócios jurídicos posteriores.⁷⁵

Celso Antônio Bandeira De Mello, em conhecida lição, esclarece que “ao lado de conceitos unissignificativos, apoderados de conotação e denotação precisas, unívocas, existem conceitos padecentes de certa imprecisão, de alguma fluidez, e que, por isso mesmo, se caracterizam como plurissignificativos. Quando a lei se vale de noções do primeiro tipo ter-se-ia vinculação. De revés, quando se vale de noções aí tanto vagas ter-se-ia discricionariedade. Sendo impossível à norma legal - pela própria natureza das coisas - furtar-se ao manejo de conceitos das duas ordens, a discrição resultaria de um imperativo lógico, em função do que sempre remanesceria em prol da Administração o poder e encargo de firmar-se em um dentre os conceitos possíveis.”⁷⁶

73 As zona de certeza de um conceito jurídico indeterminado são constituídas por “fatos que, com certeza, se enquadram no conceito (zona de certeza positiva) e aqueles que, com igual convicção, não se enquadram no enunciado (zona de certeza negativa)”. BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 220.

74 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 990: “É certo que todas as palavras têm um conteúdo mínimo, sem o quê a comunicação humana seria impossível. Por isso, ainda quando recobrem noções elásticas, estão de todo modo circunscrevendo um campo de realidade suscetível de ser apreendido, exatamente porque recortável no universo das possibilidades lógicas, mesmo que em suas franjas remanesça alguma imprecisão. Em suma: haverá sempre, como disse Fernando Sainz Moreno, uma ‘zona de certeza positiva’, ao lado da ‘zona de certeza negativa’, em relação aos conceitos imprecisos, por mais fluidos que sejam, isto é: ‘el de certeza positiva (lo que es seguro que es) y el de certeza negativa (lo que es seguro que no es)’”.

75 CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO afirma que a regulamentação da Lei cumpre “a imprescindível função de, balizando o comportamento dos múltiplos órgãos e agentes aos quais incumbe fazer observar a lei, de um lado, oferecer segurança jurídica aos administrados sobre o que deve ser considerado proibido ou exigido pela lei (e, *ipso facto*, excluído do campo da livre autonomia da vontade), e, de outro lado, garantir aplicação isonômica da lei, pois, se não existisse esta normação infralegal, alguns servidores públicos, em um dado caso, entenderiam perigosa, insalubre ou insegura dada situação, ao passo que outros, em casos iguais, dispensariam soluções diferentes” (*Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 367). À página 370 da obra citada, arremata o autor: “os regulamentos serão compatíveis com o princípio da legalidade quando, no interior das possibilidades comportadas pelo enunciado legal, os preceptivos regulamentares servem a um dos seguintes propósitos: (I) limitar a discricionariedade administrativa, seja para (a) dispor sobre o *modus procedendi* da Administração nas relações que necessariamente surdirão entre ela e os administrados por ocasião da execução da lei; (b) caracterizar fatos, situações ou comportamentos enunciados na lei mediante conceitos vagos cuja determinação mais precisa deva ser embasada em índices, fatores ou elementos configurados a partir de critérios ou avaliações técnicas segundo padrões uniformes, para garantia do princípio da igualdade e da segurança jurídica; (II) decompor analiticamente o conteúdo de conceitos sintéticos, mediante simples discriminação integral do que neles se contém”.

76 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 983.

Se é dos conceitos jurídicos indeterminados que, em grande medida, advém a discricionariedade, é no campo das competências discricionárias em que se dá, por excelência, o exercício consensualizado dos poderes administrativos.

Nesse sentido, manifesta-se com clareza Luciano Parejo Alfonso: “A programação legal da atividade administrativa confere a esta, paradoxalmente, certa margem de manobra (conceitos jurídicos indeterminados, margem de apreciação) e, desde logo, faculdades discricionárias – que, justamente, permitem à Administração a introdução de elementos volitivos próprios à fixação do conteúdo do ato administrativo consensual. É óbvio que a discricionariedade não é uma técnica de extensão do Direito, mas somente de reconhecimento de uma competência de decisão capaz de estabelecer, para cada caso, a regra jurídica pertinente, que, contudo, deve se circunscrever ao marco legal preestabelecido. Portanto, a capacidade de fixação, por decisão própria, do conteúdo do ato consensual deve mover-se em conformidade com o aludido marco, pressupondo, em todo caso, um exercício legítimo da discricionariedade”.⁷⁷

Assim, o legislador ao positivar um conceito jurídico indeterminado a ser aplicado pela Administração – como o faz a Lei de Arbitragem em relação aos “direitos disponíveis” –, implicitamente lhe confere um poder, de índole discricionária, para reduzir as possibilidades interpretativas franqueadas pela Lei. Essa prerrogativa de densificação das categorias legais pode ser exercida de forma vertical e abstrata, por meio de um decreto regulamentar, ou de forma horizontal (negocial) e específica, por meio de um contrato, que produzirá efeitos apenas *inter partes*.

Um dos exemplos de densificação regulamentar do conceito de “direitos disponíveis” da Lei de Arbitragem, ocorreu recentemente, quando a Presidência da República editou o Decreto nº 8.465/2015, que minudencia as normas para a realização de arbitragens no setor portuário. Em prestígio da segurança jurídica, optou-se por especificar, em um elenco não exaustivo, algumas das matérias que podem ser objeto de arbitragens no setor. Confira-se, portanto, o dispositivo pertinente do Decreto nº 8.465/2015:

Art. 2º-Incluem-se entre os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis que podem ser objeto da arbitragem de que trata este Decreto:

I - inadimplência de obrigações contratuais por qualquer das partes;

77 ALFONSO, Luciano Parejo. Los actos administrativos consensuales. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional A & C*, Belo Horizonte, v. 13, 2003.

II - questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; e

III - outras questões relacionadas ao inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq.

As partes, em sede negocial,⁷⁸ valendo-se da função densificadora dos contratos, também podem definir o que se deve entender por “direitos patrimoniais disponíveis”, ou decompor, a partir de tal categoria legal, alguns dos litígios que consideram integrá-la, desde que não penetrem, ressalva-se uma vez mais, a zona de certeza negativa do referido conceito.

Isso porque, como bem diagnostica José Abreu, os contratantes exercem “uma verdadeira atividade de conteúdo preceitual, pelo negócio jurídico, resultando de tal atuação uma função tipicamente normativa”.⁷⁹ Em sequência, o autor inclui “o negócio jurídico como instrumento da autonomia privada, ao lado da lei e do regulamento, como uma das fontes normativas, ou seja, como um meio idôneo à criação de normas jurídicas”, lembrando, porém, que essa atividade negocial “estaria delimitada pelo ordenamento jurídico, que traçaria os limites dentro dos quais o indivíduo exerceria este poder”.⁸⁰

De acordo com o clássico Vicente Ráo, a autonomia das pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou público, “pode ser concebida através de duas funções distintas: a) como fonte de normas destinadas a formar parte integrante da própria ordem jurídica que a reconhece como tal e por meio dela realiza uma espécie de descentralização da função normogênica, fonte, esta, que poderia ser qualificada como regulamentar, por ser subordinada à lei e b) como pressuposto e fato

78 Essa forma de atuação administrativa estaria em consonância com o que Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva chama de “Administração Pública concertada”. Para o autor lusitano, o “recurso à concertação com os particulares é a consequência da condenação ao fracasso da tentativa de utilização de meios autoritários nos domínios da Administração prestadora e conformadora ou infraestrutural. [...] De autoritária e agressiva, a Administração habitua-se a procurar o consenso com os particulares, quer mediante a generalização de formas de actuação contratuais, quer pela participação e concertação com os privados, ainda quando estejam em causa actuações unilaterais. Existe aqui, como escreve RIVERO, a ‘procura de um fator de obediência à regra diferente da simples coacção: a adesão dos atingidos pela aplicação da decisão tomada, quer dizer, a participação na sua elaboração’”. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Edições Almedina, 2016. p. 466-467.

79 ABREU, José. *O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 23, grifamos.

80 *Ibidem*, p. 37.

gerador de relações jurídicas já disciplinadas, em abstrato e geral, pelas normas da ordem jurídica”.⁸¹

Em idêntico sentido, Vincenzo Roppo leciona que, como manifestação de autonomia, o contrato tem a função de criar regulamentos: regras que os próprios contratantes impõem a si mesmos, com base na legislação vigente. Daí o autor italiano se valer da expressão “*regolamento contrattuale*”. Para ele, o regulamento contratual possui duas fontes distintas: a autônoma e a heterônoma. A fonte autônoma se sintetiza na vontade das partes, operando no âmbito interno do contrato: o acordo volitivo. A fonte heterônoma (ou externa), por seu turno, corresponderia essencialmente a duas categorias distintas: a lei e a decisão judicial.⁸²

Em essência, expôs-se neste tópico que cabem às partes de um contrato, dentro da moldura que lhes foi deixada pelo legislador, definir quais controvérsias relacionadas à avença poderão ser resolvidas no foro arbitral. Essa faculdade decorre do poder de autovinculação das pessoas físicas e jurídicas, bem como do grau de indeterminação linguístico do conceito legal que deve ser aplicado ao contrato. Em algum momento, seja em regulamento ou em uma posterior decisão judicial, esse conceito será densificado; nada melhor que o próprio edital de licitação já o faça previamente, evitando surpresas futuras para ambas as partes e permitindo que o mercado possa avaliar as propostas a serem apresentadas à Administração dispendo de todas as variáveis necessárias.

8 BREVES APONTAMENTOS CONCLUSIVOS

Em linhas gerais, pode-se afirmar que todos os direitos e obrigações que decorram, em última análise, de contratos celebrados pela Administração Pública podem, também por disposição negocial nesse sentido (cláusula compromissória ou compromisso arbitral), ser submetidos à arbitragem.

O campo de arbitrabilidade objetiva, no Direito Administrativo, não fornece guarida apenas às disposições efetivamente heterônomas, ou seja, constituídas sem o necessário concurso volitivo do administrado. Nesse sentido, vimos que, ainda que algumas prerrogativas possam ser exercidas de modo unilateral e parte das cláusulas de um contrato administrativo estejam predispostas em diplomas legislativos, é o encontro de vontades que

81 RÁO, Vincenzo. *Ato Jurídico*: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 50. Grifamos.

82 ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. 2. ed. Milão: Giuffrè Editore, p. 430.

constitui aqueles poderes e obrigações aludidos pela Lei – que será fonte apenas indireta do negócio jurídico. Na verdade, o que a Legislação faz nessas hipóteses é prever uma obrigação, para a Administração Pública, de inscrever nos contratos que celebre determinadas cláusulas – essa obrigação, contudo, não alcança nem poderia por si só alcançar os particulares que não venham a contratar com o Estado.

Vimos também que os reflexos pecuniários de direitos extrapatrimoniais ou indisponíveis podem ser apreciados perante os Tribunais arbitrais, a exemplo do que ocorre no instituto da transação. Por fim, destacamos a possibilidade – e a conveniência, já que esta solução promove a segurança das relações jurídicas – de se densificar, por meio de atos normativos regulamentares ou dos próprios contratos, o que se deve entender por “direitos patrimoniais disponíveis” para fins de fixação das matérias que podem ou não ser apreciadas em arbitragens envolvendo o Estado.

Em suma, o teste a ser feito é o seguinte: este poder, esta prerrogativa ou esta sanção é aplicável ao particular apenas porque ele firmou o contrato com a Administração Pública? Para todas as cláusulas em que a resposta for afirmativa, poderão as partes prever a arbitragem.

REFERÊNCIAS

- ABREU, José. *O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. Milano: Dott. Antonio Giuffrè Editore, 1953.
- ALFONSO, Luciano Parejo. Los actos administrativos consensuales. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional A & C*, Belo Horizonte, v. 13, 2003.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, v. 236, 2004. p. 51-64.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- _____. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Forense*, v. 358, 2001.

- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações Administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BERNADES, Edson Garcia. *Administração contratual e claim*. Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia de Minas Gerais. Disponível em: <<http://ibape-mg.com.br>>. Acesso em: 09 fev. 2017.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CASSESE, Sabino. *Le Basi del Diritto Administrativo*. 6. ed. Milão: Garzanti, 2000.
- COSTA, Almeida. *Direito das obrigações*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1984.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. A tradição da Arbitragem e sua Valorização Contemporânea. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). *Aspectos atuais da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo Contrato Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990.
- FERRAZ, Rafaela. *Arbitragem em litígios comerciais com a Administração Pública*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN, Fernandes. *Curso de Derecho Administrativo*. 5. ed. v. II, Madrid: Civitas, 1998.
- GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 32.
- HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public général: à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*. Paris: P. Larose, 1901.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: RT, 2014.

_____. *Sujeição passiva tributária*. Belém: CEJUP, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1962.

LEMES, Selma Maria Ferreira. A arbitragem e os novos rumos empreendidos na Administração Pública. A empresa estatal, o Estado e a concessão de serviço público. In: MARTINS, Pedro Antônio Batista *et alli* (ORGS.). *Aspectos Fundamentais da Lei da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 193.

LIMA, Alcides de Mendonça. O Juízo Arbitral em face da Constituição. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 27, p.383-385.

LOPES, Serpa. *Curso de Direito Civil*. 5. ed. v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

MATTOS NETO, Antônio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 122, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDAUAR, Odete. Poder de Polícia. *Revista de Direito Administrativo*, 199:89-96, 1995.

MENDES, Renato Geraldo. *Lei de Licitações e Contratos Anotada*, 3. ed. Curitiba: Znt Editora, 1998.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado - parte especial: direito das coisas: direitos reais de garantia, hipoteca, penhor, anticrese*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MODESTO, Paulo. Autovinculação administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 24, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Arbitragem nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, 209/81-90, jul./set. 1997.

MOREIRA, Vital. *Administração Autônoma e Associações Públicas*. Coimbra: Coimbra, 1997.

NANNI, Giovanni Ettore. *Direito Civil e Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. II. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RÁO, Vicenzo. *Ato Jurídico*: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RIVERO, Jean. *Droit Administratif*, Paris: Dalloz, 1977.

RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2016.

ROPPO, Vicenzo. *Il Contratto*. 2. ed. Milão: Giuffrè.

SCHIRATO, Vitor Rein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao Direito. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 24, 2011.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 2016.

SILVEIRA, Alexandre di Miceli da. *Governança Corporativa no Brasil e no Mundo – teoria e prática*. São Paulo: Elsevier, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, n. 248, p. 117-126, 2008.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. *Revista de Processo*, v. 264, ano 42, p. 83-107, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

TROOBOFF, Peter D. *Foreign state immunity: emerging consensus on principles*. Recueil des cours, v. 200, 1986.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. v. 1. 7. ed. Coimbra: Almedida, 1991.

WALD, Arnaldo. As novas regras de arbitragem: maior eficiência e transparência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 33, p. 239-244, abr./jun. 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

AUTOR CONVIDADO

GOOD ADMINISTRATION: THE PRINCIPLE OF TRANSPARENCY AND ITS USE BY THE INTERNATIONAL CIVIL SOCIETY

BOA ADMINISTRAÇÃO: O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA E SEU EXERCÍCIO PELA SOCIEDADE CIVIL INTERNACIONAL

Wellington Migliari

PhD Candidate in Public International Law and International Relations, Faculty of Law, University of Barcelona - Scholar financed by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

Juli Ponce Solé

Tenured Professor of the Administrative Department, Faculty of Law, University of Barcelona - Director of the Institute of Research TransJus.

TABLE OF CONTENTS: Introduction: transparency for public-private relationships; 1 Privatising the capital: transparency as a legal evidence for State institutions; 2 Governance and low compliance in private sectors for transparency; 3 Transparency through participation as a transnational principle: international framework and the beginning of private responsibility; 4 Conclusion: including civil actors for more transparency in the public eye. Bibliographical References.

ABSTRACT: The principle of transparency is one of the cornerstones in governance debate. It orients more creditable practices for the making of public policies and draws citizens' attention to the combat of corruption. In addition, less opaque relations in public-private businesses may strengthen the confidence of investors and tend to deconstruct asymmetric relations in long-running scenarios. Nonetheless, it is important to bring to the fore in that debate the birth of a transversal rationality that has forged civil society in the international community beyond the national borders. More and more, civil actors on social media networks organise debates and opinions from local platforms to elaborate worldwide topics. The aim of the present article is to suggest transparency as a local response born inside States and conceived by the civil society to confront abuses of global economic powers. Comparative analyses on constitutions and domestic legislations related to transparency usually show how asymmetric can be the perception of private investments and public sectors; the former mostly seen as virtuous and the latter vicious.

KEYWORDS: Governance. Good Administration. Transparency. Comparative Public Law. Civil Society.

RESUMO: O princípio da transparência é uma das pedras angulares do debate sobre governança. Orienta práticas mais confiantes para a elaboração de políticas públicas e alerta cidadãos para o combate à corrupção. Além disso, as relações menos opacas nas empresas público-privadas podem fortalecer a confiança de investidores e tendem a desconstruir relações assimétricas em cenários de longo prazo. No entanto, é importante trazer à tona nesse debate o nascimento de uma racionalidade transversal que tem forjado uma sociedade civil na comunidade internacional para além das fronteiras nacionais. Cada vez mais, atores civis em redes sociais organizam debates e opiniões desde plataformas locais para elaborar temas mundiais. O objetivo do presente artigo é sugerir a transparência como uma resposta local nascida dentro dos Estados e concebida pela sociedade civil para enfrentar os abusos dos poderes econômicos globais. Análises comparativas sobre constituições e legislações nacionais relacionadas à transparência geralmente mostram quão pode ser assimétrica a percepção de investimentos privados e setores públicos; o primeiro visto como virtuoso e o último vicioso.

PALAVRAS-CHAVE: Governança. Boa Administração. Transparência. Direito Público Comparado. Sociedade Civil.

INTRODUCTION: TRANSPARENCY FOR PUBLIC-PRIVATE RELATIONSHIPS

A guideline published by the *Economic and Social Commission for Asia and the Pacific*, United Nations Programme for socioeconomic and sustainable development, calls the attention to the importance of urban actors for the exercise of good governance and its definition.¹ It is important to include the private sector in the debate of transgovernmental policies, but also provide States mechanisms of control to avoid the political disputes with economic benefits only for private enterprises distorting global market relations through the deformation of governance policies.² Initially, we assume as important the transparent relations between State and economic powers with a political orientation to impede and predict corruption nonetheless. Therefore, accountability, responsiveness and efficiency in public-private partnership must work for both governments and private companies.

However, there is another component that leads us in the question of how solving conflicts involving private interests in the public affairs or vice-versa. We suggest two categories of public-private relations to further the argument. On the one hand, the understanding that State and public affairs cannot be a partnership of the economic elites for the making of politics. In a nutshell, money is condemnable in political institutions, because the social morality has created a long tradition that does not accept such marriage pointing the government as the most probeable entity to carry the burden of the general interest. On the other hand, we have States that assume an intimate institutional relationship with the economic powers, but the relations are clearly regulated and defined by interposable limits. If the powers, public or private, exceed in their transparent conjugal bonds, the punishment for the spurious practices are classified as criminal evidences against the social order and the private enterprise punishable financially. Along the present article, cases of corruption in Spain, Brazil, Iceland and United States will illustrate these two categories.³

Before initiating our discussion on transparency nonetheless, it is urgent a more precise definition of what can be considered corruption. For example, whether a bar of chocolate among other supermarket items

1 Available at: <<http://www.unescap.org/sites/default/files/good-governance.pdf>>.

2 KAL RAUSTIALA. 2002. "The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law". *Virginia Journal of International Law*, 43 (1): 25.

3 KUHNER, T. K. 2017. "Plutocracy and Partyocracy: the Corruption of Liberal and Social Democracies", in Cerrillo-i-Martínez, A. & Ponce, J., Preventing Corruption and Promoting Good Government and Public Integrity. Brussels: Bruylant.

bought with public money should be considered a crime as the case of the Swedish social-democrat leader Mona Sahlin known as “Toblerone Affair” in the 1990s.⁴ Or if the private interest must be considered central in the process of State public affair co-optation such as the fact involving the National Property Board of Sweden and the forest industry Company Holmen with prominent figures such as the Finnish Nordea’s chairman Björn Walhroos, Lars G. Josefsson when he was the CEO of the multinational energy company Vattenfall and the former governor of Östergötland.⁵ In order to overcome that imprecision for language on corruption, we use the category of misconduct hereon divided into three realms. The first one touches the meta-ethics which is devoted to the study of moral judgment (legitimacy or acceptancy of practices in the public eye); normative ethics or simply the “right” or “wrong”, “licit” or “illicit”, counted in binary; and applied ethics in specific cases that though formally legal, they cause perverse consequences for the general interest since individual pursuits tend to maximize their benefits regardless of public or private enterprises.⁶ These three dimensions for the definition of corruption appeared in the field of International Political Theory igniting a peruse of transnational themes including justice, war and security, cooperation, peace, distribution of resources in global scale, universal human rights, political freedom, and responsibility on public interest, but mainly examining whether State corruption has been an isolated phenomenon without any external influence.⁷

It is also quintessential, for our preliminary issues on governance and transparency, how some authors have investigated the absence of the State in private enterprises observing that the misconduct in human relations does not depend necessarily on public lawful practices. Social norms creating benefits for some and disadvantages for others are also present in private business.⁸ It is also noticed in some cases that

4 Available at: <<https://www.thelocal.se/20101102/29984>>.

5 Available at: <<http://nordic.businessinsider.com/swedens-former-finance-minister-suspected-of-corruption-in-hunting-scandal-2017-1/>>.

6 HEALD, David. 2006. “Varieties of Transparency”, in Hood, Christopher and David Heald (eds.), *Transparency – The Key to Better Governance?* Oxford: Oxford University Press.

7 BEITZ, C. 1979. “Bounded Morality: Justice and the State in World Politics”, *International Organization*, 33 (3): 405-424. On the lack of transparency in public-private partnerships in Scandinavia and Australia with empirical data, read Greve, Carsten and Graeme Hodge. 2011. “Transparency in Public-Private Partnerships: Some Lessons from Scandinavia and Australia”, paper presented at the 1st Global Conference on Transparency Research Rutgers University, 19-20 May, Newark.

8 MICK MOORE. 1989. “The Fruits and Fallacies of Neoliberalism: the Case of Irrigation Policy”. *World Development*, 17 (11): 1733-1750.

external agents around the public sphere tend to coopt or influence State's behaviour, public administrations, law courts and legislatures much before the formal relations with public institutions.⁹ For all these possible scenarios, transparency may work as a tool to put forward a political agenda in which synergies between State and society give room to developmental issues with the help of private investments assuming all actors are suspect when they touch money.¹⁰ It is reasonable to think corruption is beyond public sector, but it is somewhat of a mistake to assume corruption in private companies is a side-effect behaviour caused by State agents. In the following section, we will show the public-private interests in conflict and how public institutions respond differently to misconduct either concentrating the task of combating corruption in State's hands or sharing the burden with the public eye as an instrument of perception to protect the general interest.

1 PRIVATISING THE CAPITAL: TRANSPARENCY AS A LEGAL EVIDENCE FOR STATE INSTITUTIONS

The present section analyses four cases we classify as forms of corruption in which the public power is captured by private enterprises. Spain and Brazil are close to the category that State policies for transparency must be public, protect private money and not share the burden of probity in public affairs since governments are expected to have the absolute control of public contracts. It is a class of transparency that connects governance to public opinion constantly moving from meta to normative ethics, i.e., between a moral judgment moulding the public perception and the strict interpretation of legal codes.¹¹ In that circumstance, the

9 ALEXY, R. 2016. "Justicia como Corrección", in *La Institucionalización de la Justicia*. Granada Comares.

10 "In May 1992, a Grameen Bank-type rotating credit association was begun in the environs of Ho Chi Minh City. Participation was limited to poor households, and 95 percent of the participants were women. They used the loans for working capital in petty trading ventures (e.g., selling vegetables) or to buy equipment for craft production (e.g., sewing machines). The loans had a substantial impact on the women's income earning capacity, and the reported repayment rate on the loans was an astonishing 100 percent". See Peter Evans. 1996. "Government Action, Social Capital, and Development: Reviewing the Evidence on Synergy", *World Development*, 24 (6): 1119-1132.

11 However, there seems to be a global crisis in using meta-ethics and normative ethics as two parameters to combat or avoid corruption since judicial actions trespassing that frontier may constitute practices of the "State of exception" to refer to Carl Schmitt's theology and its critical review on the theme by Giorgio Agamben. So, the more justices use international analogies to harmonise the dimension of applied ethics, the more cases come to light promoting confidence in the realm of public-private businesses through a "judicial comparative transparency". See the debate on law for jurists and morality in community proposed by Ronald Dworkin in the book *Justice for Hedgehogs*, chapter 19 on Law. Up to a certain extent, if public morality can adjust law for the author, we suggest the use of a transnational

role of applied ethics takes into consideration the two previous aspects of ethics, but going further using international analogies for specific cases to standardise effective protocols of governance. Iceland and United States have represented the three-dimensions of global ethics in two cases after the 2008 financial crisis, i.e., the public *res* depends on private capital and regulation does not exempt private corrupters in paying literally the price for their illicit actions. In that case, we derive energies from public and private conflicts to distributive justice in John Rawls' words meaning capital and natural resources should be accessed equally with the support of democratic States limiting the excesses caused by private greed.¹²

SPAIN

Among a myriad of private contracts for urban infrastructure signed between public administrations and companies in the contemporaneous Spain, seven out of ten euros end up in the hands of the top ten biggest companies of construction in the country.¹³ The groups of ACS, ACCIONA Servicios Urbanos, FCC, FERROVIAL and SACYR were the biggest companies contracted by public administrations for urban services, city projects and means of transportation. The Fundación Civio has announced how opaque is the control of these private agents once the Uniones Temporales de Empresas play non-transparent roles with reference to the general interest.¹⁴ Civil society must have power and mechanisms as a counter-power to impede abuses of elected governments while running

morality on transparency and governance from international law freely expressed by the States in agreements, documents and governance to adequate global private sectors in areas such as financial market, property and trade.

- 12 RAWLS, John. 1999. "Distributive Shares", in *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press. Robert Keohane and other authors have approximate assumptions on regimes, international law and private interests in global order for regimes. See Goldstein, Judith, Miles Kahler, Robert O. Keohane and Anne-Marie Slaughter. 2000. "Introduction: Legalization and World Politics", *International Organization*, 54 (3): 385–89.
- 13 See the *Spanish Official Gazette*, «BOE» núm. 89, de 13 de abril de 2010, páginas 38932 a 38932 (1 pág.), about contracts, prices and public money in "Acuerdo de la Dirección General de la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre, Sociedad Anónima (SEITT) por la que se hace pública información relativa a diversos contratos de obra licitados por la Sociedad; «BOE» núm. 44, de 20 de febrero de 2003, páginas 1349 a 1350 (2 págs), Resolución del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid por la que se hace público las adjudicaciones efectuadas en el año 2001; «BOE» núm. 267, de 4 de noviembre de 2016, páginas 67621 a 67622 (2 págs), Anuncio del Ayuntamiento de Madrid por el que se hace pública la formalización del contrato de gestión del servicio público, modalidad concesión, de contenerización, recogida y transporte de residuos en la ciudad de Madrid.
- 14 Fundación Civio [on-line]. ¿Quién cobra la obra? [Accessed on 17 January 2016]. Available at: <http://www.civio.es/dev/wp-content/uploads/2016/11/NP_Quiencobraobra_20161116.pdf>.

the general interest as a system of favouritism interchanges.¹⁵ Executive powers must also be attentive to the relation budget-public debt in real proportions in order to avoid insolvency since they do not have to spend more than it is collected from taxes. However, State contracts with private companies are not only the single source of irregularities, opacity and corruption.

The speculative rating firms have also the power to construct the images of cities based on investments which are measured mainly by the political facet governments assume. The case of Barcelona shows us the effect of a transparent administration and the positive externalities for private sectors as we can see in Moody's Report: "The Baa2 rating reflects the city's good budgetary management and solid financial fundamentals in recent years, which have ensured a high self-financing capacity and, as a result, a limited debt burden. This is mainly reflected in high gross operating balances (20% of operating revenue on average for 2010-14) and moderate debt levels (41% of operating revenue in 2014). The rating also reflects Barcelona's good liquidity position, with abundant cash on hand and limited debt obligations".¹⁶ Is the capacity of private companies interested in positive marginal returns a sort of corruption? In Warsaw, Poland, public debt clock is a very eloquent sign in the public eye for a topic that the citizenship understood as a very useful tool for transparency impeding the monopoly of the information in the hands of the rating firms.¹⁷ It also means the public eye considers or at least suspects of both State and private initiatives.

BRAZIL

In Brazil, Odebrecht, OAS, Andrade Gutierrez and UTC are of the constructors involved in scandals of corruption with politicians financing their campaigns to pass federal acts in the National Congress. The companies have also implemented in their departments special sectors to adjust their accountabilities to systems of bribery. Their corruptive actions affect city interests and international investments forging also an oligopolistic construction market with overvalued public contracts. The case of Petrobras is relevant for the understanding of how the public

15 ELIZABETH BURLESON. 2010. "Non-State Actor Access and Influence in International Legal and Policy Negotiations", Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), 104 (1): 325-328.

16 See also the complete report. Available at: <https://www.moody.com/research/Moodys-changes-outlook-on-ratings-of-14-Spanish-sub-sovereigns--PR_343979>.

17 Read W. MIGLIARI. 2016. "São Paulo, Warsaw and Landlocked Areas: from Functionality to Proto-right to the City", *Studia Iuridica*, 63 (1): 175-194.

opinion turned on State, but alleviating the private sector was involved in the scandal. Because of that blurring limit of what is corruption, that is to say, only the State or public administrations are demonized, we miss the point observing critically the level of involvement of the private capital in the public life. As the City of Barcelona, for instance, the degree of investment by international financial agencies such as the Fitch Ratings given to the São Paulo Municipality dictates the areas the public money will be invested. So, the core of general interest operates regarding what is convenient for the private good. The city was awarded with AA+ in national level and BBB- in global scale for what is commonly said “good payer”.¹⁸ What does that mean? Low credit risk and high financial responsibility in the public fiscal accounts for future investors. Is that relation of influential investors a sort of corruption relying on a perverse public debt system? The Brazilian *modus operandi* for corruption goes beyond the private sector interfering directly in the economy, but it has also to do with the public debt system and oligopoly of the means of communication.¹⁹ The cases of corruption during the 2014 World Cup were also emblematic and in the perception of the Brazilian citizenship, but they did not generate financial consequences for the Swiss institution.²⁰

Three hot topics about São Paulo State must be commented. The first one is about a case of corruption related to catering contracts for State schools. Some civil servants and politicians produced the appearance of open-free competition to hire food suppliers, but in fact members of the São Paulo State government took part of a fraud in which they accepted bribes from the Cooperative Orgânica Familiar (COAF) to benefit the private company. The other one refers to a giant infrastructure project called Rodoanel. The investment was defended as a way to promote the integration of massive highways from different parts of Brazil creating a ring around the centre of São Paulo Municipality to alleviate the traffic jam. Both scandals were not object of preventive actions like public hearings, participative audits, open-governments practices to check the authenticity in the competition, accessible data on internet about the contract and an efficient criminal justice seizing the private patrimony in case of evident fraud as a manner to compensate the general interest. The third case is about the low-quality services to keep the penitentiary system for

18 Available at: <<http://www.capital.sp.gov.br/portal/noticia/7250#ad-image-0>>.

19 SOUZA, Jessé. 2015. *A Tólice da Inteligência Brasileira*. São Paulo: Leya. Read also Souza, Jessé. 2016. *A Radiografia do Golpe*. São Paulo: Casa da Palavra-Ley.

20 Francisco Gabriel Ruiz Sosa. 2014. “The Paradox of the Order and Progress in Brazil: the Demonstrations before, during and after the 2014 World Cup”, *Desbordes Revista de Investigaciones de la Escuela de Ciencias Sociales, Artes y Humanidades*, 5 (1): 91-96.

adolescents who are seriously involved in torts, drug dealing and other crimes. The project Fundação Casa consumes a mine of gold every year and its administration by the private sector very opaque.²¹

ICELAND

Based upon the international magnitude of bank finances affecting economic, social and cultural rights, the Supreme Court of Iceland convicted bankers for market manipulation and fraud. In October 2016, the Icelandic Supreme Court decided in the *Kaupthing* case that nine bank officials were involved in criminal actions during the Icelandic banking crisis of 2008. After investigation, it was proved the Kaupthing Bank used to buy its own stock with the intention of keeping the market value shares artificially high. The court's diligences also found in the Case No. 498/2015, October 2016, that the Kaupthing officials, ranging from a board member, the CEO of the Luxembourg branch, and a member of the loan committee to traders, were operating internationally in risky financial markets manipulating capital data. Eight of them were sent to prison. Although the Court did not decide through an exhaustive interpretation of the law, the practices were seen as abusive even under the argument of the defendant the money invested in shares had come formally from the private savings of the accused.

Following the previous Icelandic leading case, Kaupthing officials let Sheikh Mohammed Bin Khalifa Bin Hamad Al-Thani of Qatar buy shares in the Kaupthing Bank using the capital that he had loaned from the institution. A practice of leverage morally condemned, but not illegal at the time of the transactions. However, Mr. Björk Thorarinsdottir, who was intimately linked to the loan committee, ended up in prison for economic abuse of power. Mr. Magnus Gudmundsson, who was the former CEO of the bank, had an additional penalty beyond the one he had already been sentenced for his previous links with Al-Thani. Mr. Hreidar Mar Sigurdsson, who had been convicted and sentenced to five and a half years in prison for contributing to Al-Thani's financial crimes, was convicted to more half year in prison. His total conviction summed up six years in prison. Mr. Gudmundsson had already been condemned for four and a

21 The legal diploma 911/2002 Complementary Act of the State of São Paulo concentrates the power of investigation in cases of irregularity. The 34/2012 São Paulo State Constitutional Amendment reinforces that control. Available at: <<https://www4.tce.sp.gov.br/6524-conjurcom-oab-sp-diz-ser-urgente-criacao-cpi-para-investigar-escandalo-merenda>>, <http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/repositorio_noticias/Acordo%20com%20Minist%C3%A9rio%20P%C3%ABlico%20para%20obras%20no%20Ordoanel%20de%20S and <http://www.conjur.com.br/2015-jan-12/perspectiva-caixa-preta-fundacao-casa>>.

half years in prison as a result of his participation in the Al-Thani case. The Kaupthing officials were sentenced for fraud and crimes attempting to fair market by the Icelandic Supreme Court according to the General Penal Code. The Icelandic Securities Act, No. 19, passed in 1940, *which was amended in 2013*, and the Act on Securities Transactions, No. 18/2007, Iceland Ministry of Industries.²²

UNITED STATES

Washington Mutual, Inc. was a savings bank holding firm, but also the former owners of Washington Mutual Bank. It was the largest savings and loan association until its collapse in 2008 mortgage global crisis. The US Office of Thrift Supervision (OTS) acquired the Washington Mutual Bank from the Washington Mutual, Inc. reallocating it in the Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC). After that, caused by a withdrawal around 9% of all deposits in a time a little longer than a week, the FDIC started selling the banking subsidiaries discounting the unsecured debt and equity claims to JPMorgan Chase. The operation was called Project West to regain the confidence of the investors. The most interesting part of that case has to do with the way the U.S. federal authorities dealt with the irresponsibility of the mortgage system interpreting the global crisis as a corrupted system in the sense intermediate speculative investors broke the rule of creating infinite net of products such as derivatives, unpayable credits secured by real properties and high interest rates. The cases of Kaupthing and Washington Mutual, Inc. are illustrative of how the capital is privatized when private owners menace the public or general interest with property speculative markets. It is important to observe transparency is used not only against public powers, but as a legal evidence of corruption against bankers. The Judgment 111/1983, *Rumasa Bank v. Spain*, was a very interesting example close to what happened in Iceland and United States. The provision 14 of the 1954 Expropriation Act paved the path for a fair trial since the plaintiffs of the *recurso de amparo* said the Spanish Government was respecting the rule of law.²³ It is important to notice

22 Available at: <<http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/iceland-supreme-court-convicts-bankers-in-market-manipulation-and-fraud-case/>>. The recent biggest scandals of corruption in Spanish and Brazilian societies, respectively, Barcena's Case and Minha Casa, Minha Vida Programme, are intimately linked to housing issues, construction of State infrastructure and private-public relationships in property issues. See the following articles to check the social impact of these cases. Available at: <<http://bit.ly/1n8GzQy> and <http://glo.bo/26nS9yj>>.

23 Ley de Expropiación Forzosa de 1954.

the parliamentary dimension is prominent even in technical issues.²⁴ The Spanish Constitutional Court affirmed any kind of control on *potestas* should be oriented by the principles of reasonableness, connecting factor and transparency.²⁵ The governmental decision in expropriating the Rumasa Bank was taken inside technical limits as the Spanish Bank Bulletin corroborated.

2 GOVERNANCE AND LOW COMPLIANCE IN PRIVATE SECTORS FOR TRANSPARENCY

BARCELONA

The legal and institutional mechanisms of transparency designed for the City of Barcelona is intriguing. The locals may dispose of three documents in which transparency leads to participative administration. The first one is the Municipal Chart of Barcelona. In its Preamble, it calls the attention to an open-government defending citizenry participation as a principle. The second document is known *Normes Reguladores de Participació Ciutadana de 2002*. The Article 4 mentions the access of information as a tool for the municipal management while the Article 5 makes explicit the right to participation. The Article 7 affirms the right to the citizenry participation and the 8 supports citizens' association. The Article 26 is about the need for the public hearings and the Articles 22 to 25 establish all the rules for the assemblies.²⁶ Conflicts will count on community cooperation in order to be solved relying on the Article 31. The other text named *Normes Reguladores del Funcionament dels Districtes*

24 The Royal Decree 2/1983 instrument was converted into Decree Act 7/1983 with the support of the Spanish General Courts: “[...] en un procedimiento legislativo que tiene su origen en un Decreto Ley se culmina con una Ley que sustituye – con los efectos retroactivos inherentes a su objeto – al Decreto-Ley”. Judgment 111/1983. As follows: “El Gobierno, ciertamente, ostenta el poder de actuación en el espacio que es inherente a la acción política; se trata de actuaciones jurídicamente discrecionales, dentro de los límites constitucionales, mediante unos conceptos que si bien no son inmunes al control jurisdiccional, rechazan – por la propia función que compete al Tribunal – toda injerencia en la decisión política, que correspondiendo a la elección y responsabilidad del Gobierno, tiene el control, también desde la dimensión política, además de los otros contenidos plenos del control, del Congreso”. Op. cit.

25 The Judgment 111/1983 also mentions: “Es claro que el ejercicio de esta potestad de control implica que dicha definición sea explícita y razonada y que exista una conexión de sentido entre la situación definida y las medidas que en el Decreto-Ley se adoptan”; or even “Según el Banco de España la situación del Grupo comprendido en la medida ordenada por el Decreto-Ley en cuestión reclamaba una acción pública inmediata; el informe analiza las medidas o alternativas de acción posible y entre ellas, con una insinuada preferencia, la de toma de control del Grupo como conjunto ante el riesgo que se anuda a las otras alternativas o ante su inoperatividad. Dentro de este análisis, el Gobierno optó por la alternativa del control global a través de una expropiación, ordenada por el Decreto-Ley impugnado”.

26 Available at: <http://governobert.bcn.cat/sites/default/files/norm_reg_part.pdf>.

de 2009 refers to the functioning of the Barcelona districts. The Article 1 defines municipal districts shall pursue the principle of participative citizenship as a tool to correct unbalanced policies. This provision is a very important one to correct the excess of investments in some urban zones in detriment of others. The Article 4 highlights the importance of competences for participative citizenship creating strong relations between public administrations and citizens, transparency and access to information, the collective groups or individuals subject to effects of the decision-making process. The Article 13.8 insists on close relations evolving the president of the District Board and citizenship. The Article 17.6 and 25.1, letter “n”, defend open dialogue with all actors. The Article 10.6, letter “f”, affirms the District Board shall emit a perceptive bulletin on any petition from individual or collective demands. The Article 32.1 predicts the creation of commissions for consultancy with the help of citizenship and all Government Commissions must be open to citizens as it says the Article 33.5. The Article 34.1 tells us that ordinary work of the District Board and its intentions for plans of actions shall not affect the interests of the citizenship. All sessions are open to people as seen in the Article 35.2 and all citizens are allowed to intervene in the meetings based upon the Article 38. According to the Article 39.3, public hearings are part of a participative citizenship. The Article 40 says Citizenry District Board is the maximum representative organism for the scope of the document in which entities and associations are also included.

SPAIN AND CATALONIA

The 1978 Spanish Constitution says in its Article 9.2 public powers shall remove all obstacles that impede the exercise of citizenship and its participation in social, political and economic issues. The Provision 105 affirms a Spanish Act will regulate public hearings and the access to documents except those ones considered under the scrutiny of State security. The 19/2013 Spanish Act on Transparency and Good Government (SATGG) affirms the access to information through technologies in its Article 10 in different matters. Control of public administrations’ practices, statistics, public budget, juridical information and other issues evolving institutional organisation of domestic institutions are some of the topics under the umbrella of a concept called active publicity.²⁷ Apart some exceptions based upon the principle of national security and military defense provided for the Article 14, we find constitutional mechanisms

²⁷ The Article 5 of the Act sets the stage for the making of publicity practices. It opens the Chapter offering a corollary of principles that converge expectations of good administration on international grounds.

The Articles 6 to 9 bring details to a myriad of possibilities in making less opaque administrative life.

in the Article 12 such as citizenship participation and “open-archive” with strategic legal policies: “Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley”.

One of the challenges yet to be overcome by good government’s idea, different from the construct of good administration, relies on the concentration of power. As we see in the Article 36.2, the 19/2013 SATGG, the Commission for Transparency and Good Government predicts just one representative called “people’s defender” or ombudsman. Although the name, that mandate is constituted by election and creates competences to represent citizenship not power of investigation in public-private contracts.²⁸ According to the Article 39.1, all the legal apparatus that may complement and guide the 19/2013 SATGG does not include transversal participation of civil society with interrogatory powers.²⁹ So, expedients of any supposed malfunction shall be diligently conducted by relative secrecy meeting other principles such as the presumption of innocence, *in dubio pro reo* and non-arbitrariness. It is a top-down system in which lack of confidence is not part of accountability or responsiveness exercise in public affairs, but a moral shame. The Article 137.1 of the 30/1992 Act on the Juridical Regime for Public Administrations, which is mentioned by the Article 39.1 of the 19/2013 SATGG, defends the procedures related to sanctions will respect the presumption of no administrative responsibility till it is proved the opposite. The historical and institutional ambiguities of what we put in perspective as a legal good governance is a trace of a very traditional hierarchy in law.³⁰

28 The president of the Commission is designated by Real Decree, i.e., the executive power in office. One senator and one parliamentary representative meet political reasons that are not necessarily the interests of a general citizenship over a specific political agenda of one party.

29 The article received a complex set of enacted legislation against corruption or “bad” government. See the following letters from the Article 39.1, SATGG: “a) Las disposiciones de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que le sean de aplicación. Anualmente elaborará un anteproyecto de presupuesto con la estructura que establezca el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para su elevación al Gobierno y su posterior integración en los Presupuestos Generales del Estado. b) El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. c) La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, y, en lo no previsto en ella, por el Derecho privado en sus adquisiciones patrimoniales. d) La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y las demás normas aplicables al personal funcionario de la Administración General del Estado, en materia de medios personales. e) La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y por la normativa que le sea de aplicación, en lo no dispuesto por esta Ley, cuando desarrolle sus funciones públicas”.

30 Henríquez Salido, y María do Carmo. 2014. “La Fórmula in Dubio en la Jurisprudencia Actual”, *Revista de Llengua i Dret*, 62 (1): 5-22

SÃO PAULO

The 16.050/2014 São Paulo Urban Planning Act is a refined and advanced norm devoted to the principles we pointed out before as a multilevel transparent tool. It is a legal apparatus for a broad range of matters such as environment, green protected areas, common space, education, municipal health system, sports, urban land of cultural interest and landscape. The Article 290 of the norm defends the refinement of public mechanisms and comptrollers about the use of natural resources. That provision is inserted in the urban planning act as a manner to establish environment, green and commons areas as a matter of public interest. Citizenship, participation and transparency are crucial in that sense. The Article 390 says strategic actions and democratic management are needed for social policies in municipal jurisdiction. The Part I affirms the idea of fortifying participative administration and civil society control on social policies in the field of social assistance. Municipal boards divided into sectors such as protective ones for the defense of children and adolescents. Elderly people and organisations for a better quality of life are some of the other boards with participative authorities. Part II makes explicit transparency and collective participation as two mechanisms for managing the monetary funds related to social assistance, elderly people policies, child and adolescent care. The Article 317 uses the same formula about control, participation and transparency in urban land of cultural interest and landscape. The Part II of that provision says the board in these matters shall be created on the principle of equity with representative of public power and civil society to follow, assess and pass plans, policies and studies related to the topics of the *caput*. The § 1 defends also public audits with social participation from representative groups of society.

So, why are these practices prone to good administration than good governance? Mainly for the fact they invert the actor of control in public policies, the power of police and access to information. Citizenship, civil society and collectives are the actors able to interact as any other public agent or official with public matters. The question is why do we need public servers then? The public employees are mediators of a complex task to be conducted. Available information, the executive responsibility in making transparent data beforehand and full access of information for individuals conform the constructs of a democratic public administration. The Article 322 of the 16.050/2014 São Paulo Urban Planning Act corroborates multilevel transparency in municipal system for urban issues.³¹ Much before the approval of the norm in question, the municipality incentivised civil

31 Civil society participation was formalised by the Planning Act on the 30 of June 2014 when the Municipal Parliament passed the norm. It started being valid on the 31 of July 2014. However, there were meetings happening before August.

society to be part of public hearings.³² The following chart shows that during the year of 2014 there were 12 events between June-July. Local openness in the public administration was important also to influence the decision-making process in the Municipal Parliament.³³ The open topics of these formal public hearings were many. Sports, housing, health, infrastructure, social assistance and urban mobility.³⁴

BRAZIL AND SÃO PAULO

The 1988 Brazilian Constitution mentions public administrations shall pursue the principle of publicity as we see in its Article 37, *caput*. That command was reaffirmed by the Constitutional Amendment N° 199/1999. The Federal Act 8.666/1993, Article 3, says the same principle must be taken into consideration in case all entities of the federation make contracts. Isonomy, sustainability, impersonal interests and legal certainty are also legal principles defended by the document. The logic of best price for the highest quality in public contracts have some exceptions that do not make easier clear calculations for the common citizen.³⁵ Public administrations may buy hardware and services connected to information prioritising national sellers. In that sense, there is an extensive conflict of interest between society and public powers misbalancing the control of the criteria since the technical pieces of information tend to be infinite. The notion of accountability and transparency in public contracts are evoked to avoid any deviation of common interest. It is necessary to analyse the mechanisms offered by the Brazilian legal system to check whether there is or not legal application of multilevel transparent mechanisms against corruption.

In Brazil, accountability tends to put in practice more the power of police in higher institutions than the notion of a multilevel transparency in

32 We understand public hearings as meetings, election for representatives of any kind and debates of any topic not necessarily a decision-making assembly.

33 Along 2014, there were 1 meeting in March, 1 in April, 4 in June, 1 in July, 5 other meetings in August, 1 more in October and 1 meeting in December. In 2015, 1 in February and the last one in April. Available at: <http://planejasampa.prefeitura.sp.gov.br/biblioteca/atas/>.

34 Available at: <http://planejasampa.prefeitura.sp.gov.br/biblioteca/atas/>.

35 The Federal Act 8.248/1991 converts the notion of best offer relying on the aspect of coherence into an opaque practice. Public administrations must contract those products and services considered the best one, but preferably items suitable to the Brazilian legislation and serving national interests. Under that logic, it is hard for citizenship to have any idea if there is in fact an effective practice to meet the expectations of a good administration in all federative levels.

which citizenship participation should be the main important value.³⁶ That top-down relation is tense once the Federal Government is constitutionally able to intervene in States' and Municipal's administrations. The Article 34 of the 1988 Federal Constitution, VII, letter "d", obliges lower federal entities in explaining how monetary funds are used. Up to a certain extent, it may seem an effective measure pro-transparency, however, the true effect is a massive concentration of numbers and data in few hands. So, opacity gains exponentially the terrain of secrecy. The Fiscal Responsibility Act N° 101/2000, Articles 1 and 48, did not include citizenship for the control of public administrative actions and transparency. After Luiz Ignacio Lula da Silva's election for presidency that non-participative agenda changed radically with the Capiberibe Act N° 131/2009 in which forms of popular participation, open-government principles and public hearings were included in the new text. Any citizen, political party, association or union may evoke the principle of transparency to demand public accountability using the webpage "Portal da Transparência".³⁷ Reading the Provisions 48-A, 73-A and 73-B of the Capiberibe Act N° 131/2009 it is notable positive effects that promoted low-cost checks and balances, accessible means of communication for public opinion follow-ups and individual controllers of the Brazilian public administrations. That legal apparatus puts forward a more transversal system of law in which the right to access of information and practices of good administration are present.

However, all these gains in terms of citizenship participation and more collective forms of public administrative control are at risk. After Dilma Rousseff's process of impeachment, a series of attacks proceeded against open-government principles. The interim government of Michel Temer, who was in the position of Vice-President, assumed the control of the Brazilian Federation with the impediment of Dilma Rousseff's mandate, extinguishing the body that controlled the abuses against the Brazilian State executive power. Public hearings, audits and policy accountabilities under the responsibility of the Comptroller General's Office ceased with the signature of the Provisional Measure 726/2016, Article 1, III. The same text created in its Article 3, I, the Ministry of

36 The principle of transparency is only referred explicitly in its Article 216-A, IX, but curiously in matters evolving culture. The Constitutional Amendment N° 71, 2012, reinforces the vote of the constituency during the 1980s. Transparency and the obligation of sharing information are the two tasks expected to be conducted by the public federal powers in the National System of Culture. Rouanet 8.313 Act, Article 4, § 1, National Programme for Culture Support, says the Ministry of Culture shall control the funds for artistic projects, but there are not tools of citizenship participation nor transparent agendas imposed for the highest board in the matter.

37 Available at: <<http://www.transparencia.sp.gov.br/>>.

Transparency, Monitoring and Control. Many of the new ministers were formally accused or involved in cases of corruption. The Transparency International Organisation showed its preoccupation with these events and claimed Brazil had to face a deep political reform to get back civil society's trust.³⁸ During the first two weeks of the new government, a ministry was discovered in a secret audio conspiring against the anti-corruption operation called "Car Wash".³⁹ His voice was recorded by a politician who is under the accusation of trying to impede justice investigating the names evolved in Petrobras scandal.

The idea of good administration for the Brazilian public administrations is not ripe yet, although it is notable the Federal Act for Transparency 12.527/2011. The Article 01, parts I and II, says all federative competences, public and partially public, which we may understand as public-private companies or contracts, are subject to the act. Public funds invested in projects run by private actors are also object of scrutiny under the same legal text as it is found in the Article 2. The Article 3, parts I and II, mentions the principle of publicity as general rule and secrecy as exception for the access of information. That rationale is interpreted as a part of fundamental rights corollary regardless of any petition or motion. Public enterprises are supposed to be born under transparent practices. The Article 3, part IV, refers to the social control of the public administration. In few words, the Federal Act for Transparency is an attempt of multilevel legal tools and social custom for open-government and anti-opaque actions. Yet some difficulties such as different stages of what means transparency for each entity of the federation, it is mandatory the access to information through clear and objective language according to the Article 5: "É dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão".⁴⁰ The federal text on transparency talks about the right to information and suppose the acts of publicity do not need to be motivated as we see in the Articles 7 and 8. The § 2 of the Article 8 obliges all actors of the federation use internet to make available all numbers, data and contracts. Once more, all public administrative competences are expected to be committed to an agenda based upon horizontal control of information. It means all opaque

38 Available at: <http://www.transparency.org/news/feature/brazils_corruption_clean_up>.

39 The ex-Minister Fabiano Silveira criticised the Operação Lava-Jato and resigned after a massive demand for more coherence by the Brazilian society in the supposed new government against corruption.

40 The Complementary Act N° 846/1998 regulates transparency in specific areas. Health, culture, sports, observation and rights of the physically and mentally disabled, children and adolescent's rights, environmental issues and financial investments, competition and development.

forms of administration managing data, numbers and contracts with limited access create a rigid hierarchy for transparent practices. Excess of formalities to motivate public powers and lists of those actors who are or not permitted to pose questions on public issues make more difficult the collective participation in critical topics in which money, power and responsibilities are present.⁴¹ The Article 10, caput and § 1, demands the identification of the citizen or the company in those administrative petitions generated by non-available information. If the public competence did not meet the principle of publicity in any issue, the interested part must fill in forms with personal information. This corroborates the opposite of an invisible individual for public administration and the principle of isonomy. Information related to fundamental rights cannot be denied as the Article 21 defends. The responsibilities predicted in the Article 32 include licit conduct of the public employee and good faith in all procedures described by the Federal Act for Transparency. If any fault or fraud is detected, the official or public agent will face administrative process as it is expressed in the Article 33. Only military servers are subject to penal sanctions, other offenders suffer from warnings, fines, anti-ethical declarations and interdiction.⁴²

3 TRANSPARENCY THROUGH PARTICIPATION AS A TRANSNATIONAL PRINCIPLE: INTERNATIONAL FRAMEWORK AND THE BEGINNING OF PRIVATE RESPONSIBILITY

COUNCIL OF EUROPE

Transparency through participative processes are mostly present in the literature on local and good governance. Nonetheless, when we analyse supranational documents that had been formulated to guide public administrations with harmonised practices, it is the principle of good administration that has translated effectively such challenges closer to civil society. The Recommendation CM/Rec(2007)7 on good administration, which was elaborated by the Committee of Ministers, Council of Europe, suggests that the member States through the Articles 8 and 10, respectively, internalize rules for the participation of privates in public decisions with more transparent practices in public administrations.⁴³ The role of the citizenship

41 In cases related to federal public administration, the Article 20 of the Federal Act for Transparency says the principle of subsidiarity shall be used relying on the 9.784/1999 Act.

42 The Article 32, § 1, Part I.

43 SOLE, Juli Ponce. 2011. "EU Law, Global Law and the Right to Good administration", in Chiti, Edoardo and Bernardo Giorgio Matarella (eds.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparisons*. Berlin: Springer.

is indispensable in some realities since the culture of the public is generally concentrated in few hands, top-down experiments without contestation and the discretionary power sometimes not used for the general interest.

EUROPEAN UNION

The *White Paper for European Governance* (2001), Section II, is another example of good administration very similar to what is currently defined as good governance. The document calls the attention to openness, participation, accountability, effectiveness and coherence in public themes.⁴⁴ Along the text, we also check the presence of public hearings, the notion of civil society dialogue with elected authorities and consultation practices. The minimum agenda of that soft law document is supposed to be all over national territories of the member States in European Union. Nevertheless, a political stage that probably spills over European Union paves the path to other countries as well. One of first reason for that relies on the notion of avoiding asymmetry of information related to public administrations and governments. A second one is based on worldwide civil society participation, State commitment for democratic principles and public hearings involving mainly the working class.⁴⁵ Organizations such as *Technology for Transparency* and *Transparency International* were founded having as some of their cornerstones the creation of an international community to combat opaqueness regarding the general interest.

Other important transnational document is the *European Charter of Fundamental Rights* (2007) as a legal apparatus as any other regional treaty. The Article 41 mentions in concrete the right to good administration and contains other citizens' rights. The same Article, point 1, averts procedures and affairs must be handled in reasonable time. The letters "a", "b" and "c" of Article 41 defend that every individual, respectively, has the right to be heard, to have access to personal files and to demand the reasons on which procedures related to the evolved in public expedients are based upon. The Article 42 reinforces the right of access to documents from public administrations and the provision 44 refers to the right of petition to the European Parliament. The *Treaty*

44 Public participation is explicitly defined in the White Paper for European Governance as well: "Such consultation helps the Commission and the other Institutions to arbitrate between competing claims and priorities and assists in developing a longer term policy perspective. Participation is not about institutionalising protest. It is about more effective policy shaping based on early consultation and past experience". Available at: <http://europa.eu/rapid/press-release_DOC-01-10_en.htm>.

45 Cheol-Sung Lee. 2007. "Labor Unions and Good Governance: a Cross-National, Comparative Analysis", *American Sociological Review*, 72 (4): 585-609.

on the *Functioning of the European Union* (2007), Article 6, letter “g”, mentions administrative cooperation. The idea of a cooperative public administration seems to point out the principle of reciprocity, the understanding of archives should be relatively open if they are related to public affairs in the zone and up to a certain extent it commands practices of multilevel transparency. There is also an international goal to support healthy administrative measures to guarantee national or local supervision of democratic legal systems. The Article 15 affirms that “In order to promote good governance and ensure the participation of civil society, the Union’s institutions, bodies, offices and agencies shall conduct their work as openly as possible”. The Provision 63, letter “b”, says: “to take all requisite measures to prevent infringements of national law and regulations, in particular in the field of taxation and the prudential supervision of financial institutions, or to lay down procedures for the declaration of capital movements for purposes of administrative or statistical information, or to take measures which are justified on grounds of public policy or public security”.⁴⁶ The Article 74 highlights the need for administrative cooperation in freedom, security and justice matters among member States of the European Union. Once more, citizenship is in the core of what is defined by us as a multilevel transparent practice and necessarily linked to less opaque public expedients since policies shall be oriented by the defense of fundamental rights. In January 2017, the European Commission opened a public consultation term for all those citizens, civil society associations and public administrations among other groups of interests through the European One Health Action Plan against Antimicrobial Resistance on public health and food safety as an example of synergies between EU institutions, governments in all levels and individuals.⁴⁷

MERCOSUR

A legal transnational diploma is also seen out of the European regional context.⁴⁸ The task of harmonising legislation is predicted by the *Tratado de Asunción* (1991) in its Article 1. The *Protocol of Ouro Preto* (1994) in its Articles 28, 29 and 30 advanced in questions of representation for civil demands. Yet a non-binding procedure, the voice of privates could be directed to the organism of MERCOSUR. Democratic principles were

46 Available at: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>>.

47 Available at: <https://ec.europa.eu/health/amr/consultations/consultation_20170123_amr-new-action-plan_en>

48 Article 4, unique paragraph, 1988 Brazilian Federal Constitution, affirms the Brazilian society assumes Latin-American integration as a value and corroborates the idea of solid bonds among South-Americans.

reassured by the *Protocol of Ushuaia* (1998) in its Article 1 and the following provisions.⁴⁹ But the civil participation and practices close to transparent governments started being institutionalised by the MERCOSUR's actions after the *Protocolo Constitutivo del Parlamento de MERCOSUR* (2005). The Article 2.4 affirms the right to civil participation and representation in the organism. In the point 5 of the same provision, values related to citizenship and collective consciousness' construction are mentioned. The Article 3.2 says the principle of transparency is important to right of access to information and the decision-making process. Trust and citizenry participation are stimulated by transparent practices among member States. According to the Article 4.9, the MERCOSUR Parliament is in charge of organising public meetings, but that competence implies also the obligation of assembling civil society for the regional discussions. With the intention of avoiding conflicts among public competences, the Article 4.14 affirms there must be the harmonisation of national and regional legal design for the pursuance of parliamentary tasks. That aspect is similar to the multilevel transparent practice that we pointed out previously as a trace of good administration. The MERCOSUR's agenda seems to be aware of the tensions created by hierarchical and top-down institutional models of governance. The Parliament's activities tend to be more open and democratic, but mainly central as a political basis for the administrative task. It does have to do with the political debate and citizenship participation the elements for a sophisticated legal design in which the values agreed in citizenry forums in different levels will define relatively low pressure in domestic administrations. The Article 19 avers the qualified and ample participative model for parliamentary acts since that political body is able to enact studies on specific topics, projects and anti-projects for norms, declarations and recommendations among others. Re-stating the provision, if the political exercise of the MERCOSUR Parliament does not comply with civil society, the organism de-characterises its own existence. So, private sector and capital are objects of transparent practices.

49 Available at: <<http://www.mercosur.int/innovaportal/v/4054/2/innova.front/textos-fundacionales>>. Argentina, Paraguay and Uruguay are part of the origins in the regional agreement in question. Bolivia and Venezuela are State-observers. Yet there is a democratic binding notion to guarantee the good functioning of the public administrations in MERCOSUR, the South-American reality still suffers from instability. In 2012, the President elected Fernando Lugo was taken office by Senate votes after a countryside confront in which some people died. Lugo' support for the land cause in his biography was considered a real motif for his removal. The President elected Dilma Rousseff in 2014 for a second-round mandate suffered a process of impeachment for misbalancing public budget. The doubt persisted in a fragile accusation of the executive Brazilian representative based upon the 1950 Act for Government Budget Equilibrium and the Article 37, paragraph 4, Brazilian Federal Constitution of 1988.

INTERNATIONAL ORGANIZATION

The United Nations Convention against Corruption (2003) is a recent transnational effort made against despicable practices in public administrations. In its Article 5 it is affirmed all States shall make domestic efforts in their legal systems to promote anti-corruption policies and practices: “Each State Party shall, in accordance with the fundamental principles of its legal system, develop and implement or maintain effective, coordinated anti-corruption policies that promote the participation of society and reflect the principles of the rule of law, proper management of public affairs and public property, integrity, transparency and accountability”.⁵⁰ The Article 7, 1 (a), defends transparency as a principle that must be applied to public sectors as well. The point 3 of the same provision points out the importance of non-opaque also in the legislative process: “Each State Party shall also consider taking appropriate legislative and administrative measures, consistent with the objectives of this Convention and in accordance with the fundamental principles of its domestic law, to enhance transparency in the funding of candidatures for elected public office and, where applicable, the funding of political parties”. At that point, it seems to be clear how the private capital has an influence on the making of politics. The Articles 9, 10 and the letter “a” of the 12.2 refer, respectively, to transparency in public finances, the need for public reports and cooperative links between private firms and law enforcement agencies. The judiciary power is a key-partner in that journey. The Article 13.1 calls the attention to citizenry participation and non-governmental organisations as some of the key-actors for anti-corruption practices: “promote the active participation of individuals and groups outside the public sector, such as civil society, non-governmental organizations and community-based organizations, in the prevention of and the fight against corruption and to raise public awareness regarding the existence, causes and gravity of and the threat posed by corruption”.⁵¹

IBEROAMERICAN CODE OF GOOD GOVERNANCE

In 2006, the *Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo* (CLAD), including Brazil, Spain and other Latin-American

50 Available at: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf>.

51 Available at: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf>.

countries, agreed in making a code for public administrations based upon common principles, democratic binding rules for democratic practices, standards of ethics in governments and provide the means for the implementation of the *Iberoamerican Code of Good Government*. With reference to the mandatory criteria for public governance, the point 25 of the document affirms that the member States must support the participation of citizenship and peoples to formulate, adopt and evaluate public policies: “Fomentarán la participación de los ciudadanos y los pueblos en la formulación, implantación y evaluación de las políticas públicas, en condiciones de igualdad y razonabilidad”. Among the values and principles public administrations are committed to and oriented by the concept of good governance, we find impartiality, transparency and gender among many others: “Los valores que guiarán la acción del buen gobierno son, especialmente: Objetividad, tolerancia, integridad, responsabilidad, credibilidad, imparcialidad, dedicación al servicio, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, igualdad de género y protección de la diversidad étnica y cultural, así como del medio ambiente”. Furthermore, if there is any suspicion of preferential treatment affecting the general interest promoted by private clients, the executive power is expected to be away from personal, familiar, corporative, clientelist or any other spurious relation against citizenship: “Perseguirá siempre la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y los pueblos, y sus decisiones y actuaciones se fundamentarán en consideraciones objetivas orientadas hacia el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio”. It is also a relevant information that the Preamble of the *Código Iberoamericano de Buen Gobierno* conceives principles and practices relying on governmental mandates in which the public scrutiny in their actions are easily publicised: “Un Gobierno que dificulte el escrutinio público sobre su toma de decisiones”.⁵²

4 CONCLUSION: INCLUDING CIVIL ACTORS FOR MORE TRANSPARENCY IN THE PUBLIC EYE

Occupy Wall Street movements proved the liberal cause-effect assumption between legal arrangements and politics was not enough

52 *Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo* [on-line]. Código Iberoamericano de Buen Gobierno. Establece las obligaciones y principios que se tomaron mediante el consenso de Montevideo, de fecha de junio de 2006 en el que se detallan las reglas vinculadas: a) a la naturaleza del gobierno; b) a la ética gubernamental; y c) a la gestión pública. [Accessed on 29 May 2017]. Available at: <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/ICAP/UNPAN027945.pdf>>.

to predict how States or powerful companies behave. The rallies made evident international financial markets violated the values of integrity, responsiveness and, when not the law, the legality condemning many people to indignity. As Robert Cox defended during the 1990s, labour is one of the central keys for globalisation as an alive spectrum from the Cold War still defining the world order nowadays. At the Zuccotti Park and at the Broadway entrance, protesters held signs saying that “I won’t believe a corporation is a person until Texas hangs one” or “Licensed social work with no job, no health care and thousands of \$ in student debt”. Relatives took their children outdoor to send the message “Kindergartner against greed”. There was also an ex-soldier holding a sign “WWII vet and still occupying” making a military tactics pun of territory reconnaissance that was about to escalate to a world war level.⁵³ These demands are basically unified by social impoverishment, scarcity of qualified jobs and concentration of wealth. Regardless other values and cultural differences, money and richness as the result of how much effort individuals make to achieve them were seen in this movement as childish fable. The public opinion also understood that the irresponsibility or even the irresponsiveness of large companies were not personal, but systematically entangled by spurious alliances between the governmental practices and the money barony. It looks like we are having a different experience in the organization of the working class in the sense the political party model exists with different forms of assemblies and platforms.⁵⁴ The financial crisis represented a turning point for international labour organisation in which the costs must be transnationally socialised⁵⁵

A systemic overview leading to the construction of an international alternative seems to be global, transparent and participative in which individuals use their own views on facts to express their own subjectivity.⁵⁶ We would say there is a sort of transversal reason with the support of the social media claiming transparency as a moral principle organising the social, legal and political global order.⁵⁷ It is not a vertical top-down or bottom-up worldwide relation stemming from the formalities of democracy,

53 SCHERER, M. 2011. “Introduction: Taking it to the Streets”, in Time (Ed.), What is Occupy? Inside the Global Movement. New York: Time Books. Read also Rawlings, N. 2011. “First Days of a Revolution”, in Time (Ed.), What is Occupy? Inside the Global Movement. New York: Time Books.

54 CASTELLS, M. 1983. The City and the Grassroots. Berkeley: California University Press.

55 COX, R. 1996. Approaches to World Order. Cambridge: Cambridge University Press.

56 REUS-SMIT, C. 2005. “Constructivism”, in Burchill, S. & et al. (Eds.), Theories of International Relations. London: Palgrave Macmillan.

57 NEVES, M. 2013. “From Structural Couplings to Transversal Rationality”, in Transconstitutionalism. Oxford: Hart Publishing. About the backgrounds on transversal reason [das Konzept der transversalen

but a transversal set of principles legitimised by rational demands to impede low-paid jobs and precarious jobs combined with the growing polarization of incomes.⁵⁸ It seems to be complex discourses and narratives constructed and overlapped by different geographical points, but with a common thread running through indignation, exclusion and disappointment with institutions. In Spain, as it happened in United States, the 15-M had already echoed the grassroots movements' clamour following the same patterns of collective contestation, but mainly suggesting political and economic powers had to coalesce into the acceptance of participative democracy as a value.⁵⁹ Therefore, individuals should be more engaged in massive transparent and participative practices to "re-order" the global power, but not prone to coalesce into market nor hierarchy.⁶⁰ In other words, social platforms and civil society may be a third-party actor to help the construction of more investigative tools of transparency. Moreover, the notion of influence from affluent companies can be studied with the lens of accountability and responsiveness by these actors in order to create a democratic understanding of very sensitive topics such as public debt, bank credit and financial markets that depend more and more on public affairs.

The section on transparency from an international perspective shows us how transnational organisms with plural actors tend to accept the power of participation from civil society. The formulation, implementation and the capacity of assessment of public policies are part of instruments for good governance or administration. The task of combating illicit practices and corruption is not solely the burden of the State. As we showed, the United Nations Convention against Corruption (2003) pointed out how important it is to observe the conflictual relations between political parties and public affairs. The section on local governments and how the formalities on transparency create obstacles for participative practices. Another aspect had to do with the legal emphasis on transparency as a portrait of documents, data and public action that must be available for the public eye not an instrument to judge in favour or against actors based on their conduct. The cases of Spain, Brazil, Iceland and United States have in common the privileges private enterprises take from the public contracts despite only the two-latter cases had non-exhaustive legal or

vernunft], read Welsch, W. 2013. "Reason and Transition: on the Concept of Transversal Reason", Scholarly Publications. Available at: <<https://ecommons.cornell.edu/handle/1813/54>>.

58 COX, R. W. 2000. "Thinking about Civilizations", *Review of International Studies*, 26 (5): 217–234.

59 BROWN, C. 1999. "History Ends, Worlds Collide", *Review of International Studies*, 25 (5): 41–57.

60 POWELL, W. 1990. "Neither Market Nor Hierarchy: Network Forms of Organization", *Research in Organizational Behavior*, 12 (1): 295–336.

formal elements to be judged. When the abuse of the economic power was understood as a clear method of making money in Iceland and United States, the public authorities stayed at the side of the international public opinion. Therefore, transparency has reached two objectives. One of them was less opaque relations in public-private relations as an effective means of judgment with the support of abstract principles, i.e., accountability and responsiveness. The other one derives from a transversal rationality which is simply the comprehension of facts or events not necessarily determined by pure geographical or national frontiers. It is a phenomenon that has chased the international capital corruption not the States as we saw in Occupy Wall Street and 15-M.

BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES

ALEXY, R. 2016. *La Institucionalización de la Justicia*. Granada: Editorial Comares.

AGAMBEN, Giorgio. 2007. *The Coming Community*. Minneapolis: Minnesota University Press.

_____. 2005. *State of Exception*. Chicago: University of Chicago Press.

BROWN, C. 1999. "History Ends, Worlds Collide", *Review of International Studies*, 25 (5): 41-57.

CASTELLS, M. 1983. *The City and the Grassroots*. Berkeley: California University Press.

CHARLES R. BEITZ. 1979. "Bounded Morality: Justice and the State in *World Politics*", *International Organization*, 33 (3): 405-424.

CHEOL-SUNG LEE. 2007. "Labor Unions and Good Governance: A Cross-National, Comparative Analysis", *American Sociological Review*, 72 (4): 585-609.

COX, R. W. 1996. *Approaches to World Order*. Cambridge: Cambridge University Press.

DWORKIN, Ronald. 2011. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press.

ELIZABETH BURLESON. 2010. "Non-State Actor Access and Influence in *International Legal and Policy Negotiations*", *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 104 (1): 325-328.

FRANCISCO GABRIEL RUIZ SOSA. 2014. “*The Paradox of the Order and Progress in Brazil: the Demonstrations before, during and after the 2014 World Cup*”, *Desbordes Revista de Investigaciones de la Escuela de Ciencias Sociales, Artes y Humanidades*, 5 (1): 91-96.

GOLDSTEIN, Judith, Miles Kahler, Robert O. Keohane and Anne-Marie Slaughter. 2000. “*Introduction: Legalization and World Politics*”, *International Organization*, 54 (3): 385–89.

GREVE, Carsten and Graeme Hodge. 2011. “*Transparency in Public-Private Partnerships: Some Lessons from Scandinavia and Australia*”, paper presented at the 1st Global Conference on Transparency Research Rutgers University, 19-20 may, Newark.

HEALD, David. 2006. “*Varieties of Transparency*”, in Hood, Christopher and David Heald (eds.), *Transparency – The Key to Better Governance?* Oxford: Oxford University Press.

KAL RAUSTIALA. 2002. “*The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law*”, *Virginia Journal of International Law*, 43 (1): 1-103.

KUHNER, T. K. 2017. “*Plutocracy and Partyocracy: the Corruption of Liberal and Social Democracies*”, in *Cerrillo-i-Martínez, A. & Ponce, J., Preventing corruption and promoting good government and public integrity*. Brussels: Bruylant.

HENRÍQUEZ SALIDO, y Maria do Carmo. 2014. “*La Fórmula in Dubio en la Jurisprudencia Actual*”, *Revista de Lengua i Dret*, 62 (1): 5-22.

MICK MOORE. 1989. “*The Fruits and Fallacies of Neoliberalism: the Case of Irrigation Policy*”. *World Development*, 17 (11): 1733-1750.

NEVES, M. 2013. *Transconstitutionalism*. Oxford: Hart Publishing.

PETER EVANS. 1996. “*Government Action, Social Capital, and Development: Reviewing the Evidence on Synergy*”, *World Development*, 24 (6): 1119-1132.

POWELL, W. 1990. “*Neither Market Nor Hierarchy: Network Forms of Organization*”, *Research in Organizational Behavior*, 12 (1): 295-336.

RAWLINGS, N. 2011. “*First Days of a Revolution*”, in Time (Ed.), *What is Occupy? Inside the Global Movement*. New York: Time Books.

- RAWLS, John. 1999. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press.
- REUS-SMIT, C. 2005. "Constructivism", in Burchill, S. & et al. (Eds.), *Theories of International Relations*. London: Palgrave Macmillan.
- ROBERT W. Cox. 2000. "Thinking about Civilizations", *Review of International Studies*, 26 (5): 217–234.
- SCHERER, M. 2011. "Introduction: taking it to the streets", in Time (Ed.), *What is Occupy? Inside the Global movement*. New York: Time Books.
- SCHMITT, Carl. 2005. *Political Theology*. Chicago: University of Chicago Press.
- SOLE, Juli Ponce. 2011. "EU Law, Global Law and the Right to Good administration", in Chiti, Edoardo and Bernardo Giorgio Matarrella (eds.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law*. Relationships, Legal Issues and Comparisons. Berlín: Springer.
- SOUZA, Jessé. 2015. *A Tolice da Inteligência Brasileira*. São Paulo: Leya.
- _____. 2016. *A Radiografia do Golpe*. São Paulo: Casa da Palavra-Ley.
- W. MIGLIARI. 2016. "São Paulo, Warsaw and landlocked Areas: from Functionality to Proto-Right to the City", *Studia Juridica*, 63 (1): 175-194.

RECEBIDO EM: 20/02/2017

APROVADO EM: 28/04/2017

BACKLASH: UMA REFLEXÃO SOBRE DELIBERAÇÃO JUDICIAL EM CASOS POLÊMICOS

***BACKLASH: A REFLECTION ON JUDICIAL DELIBERATION IN
CONTROVERSIAL CASES***

Adriana Timoteo dos Santos Zagurski
Doutoranda em Direito pela PUC/PR, mestrado em Direito Economico e
Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
Professora da Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breves considerações sobre a expansão do Poder Judiciário; 2 Conceito de backlash; 3 O backlash no sistema constitucional brasileiro; 3.1 O caso das uniões homoafetivas; 3.2 A Lei da Ficha Limpa; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo aborda o fenômeno chamado Backlash, originado no direito constitucional americano que significa rejeição das decisões dos tribunais. No direito americano várias teorias procuram explicá-lo bem como seus efeitos. Dentre essas teorias destaca-se o “Constitucionalismo democrático” desenvolvido por Reva Siegal e Robert Post. Para esta teoria, o backlash é positivo para o direito, especialmente porque expressa o desejo de um povo livre para influenciar o conteúdo de sua Constituição, onde a integridade do Estado de direito colide com a necessidade de legitimidade da nossa ordem constitucional democrática. Nesta perspectiva, o artigo pretende verificar a ocorrência deste fenômeno no Brasil e, para isso, foram investigados dois casos julgados pelo STF que causaram forte reação social: o caso das uniões homoafetivas e a Lei da Ficha Limpa. Apresenta, ainda, aspectos identificadores, raízes históricas e pressupostos de aplicabilidade do backlash. Ao final conclui-se que é necessário que a participação popular seja estimulada, possibilitando o debate para conferir maior legitimidade e eficácia às decisões judiciais. A metodologia utilizada foi a análise documental de artigos e estudos produzidos sobre o tema bem como as decisões do STF sobre união homoafetiva e a Lei da Ficha Limpa.

PALAVRAS-CHAVE: Backlash. Constitucionalismo. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The article addresses the phenomenon called Backlash, originating in American constitutional law that means rejection of court decisions. In American law various theories seek to explain it as well as its effects. Among these theories stands out the “democratic Constitutionalism” developed by Reva Siegal and Robert Post. For this theory, the backlash is positive for the right, especially since it expresses the desire of a free people to influence the content of their Constitution, where the integrity of the rule of law runs counter to the legitimacy of our democratic constitutional order. In this perspective, the article intends to verify the occurrence of this phenomenon in Brazil and, for that, two cases judged by the STF that caused a strong social reaction were investigated: the case of homoaffective unions and the Clean Sheet Law. It also presents identifying aspects, historical roots and backlash applicability assumptions. In the end, it is concluded that it is necessary that popular participation be stimulated, allowing the debate to give greater legitimacy and effectiveness to judicial decisions. The methodology used was the documentary analysis of articles and studies produced on the subject as well as the STF decisions on homoaffective union and the Clean Sheet Act.

KEYWORDS: Backlash. Constitutionalism. Supreme Court.

INTRODUÇÃO

Backlash, ou, numa tradução livre, rejeição das decisões judiciais, foi inicialmente estudado no direito constitucional americano, tendo como origem o caso *Roe versus Wade*, julgado em 1973, onde se discutiu a legalização do aborto. Não obstante a decisão ter permitido o aborto, ela causou forte reação na sociedade americana de grupos pró-vida que se mobilizaram e acabaram por anos depois, fazer aprovar leis estaduais que, na prática, restringiam o aborto em situações em que antes o admitiam.

Esse julgamento da Suprema Corte é até hoje estudado e teorias buscam explicar como o Poder Judiciário deve se comportar diante de casos polêmicos, com grande repercussão social ou moral.

CASS SUNSTEIN¹ defende a teoria chamada minimalista onde o Judiciário decide de forma restritiva, atendo-se ao caso concreto e deixando a deliberação sobre a questão polêmica para a sociedade ou para o legislativo, desta forma, o minimalismo promoveria a deliberação democrática e conseqüentemente conferiria maior legitimidade à decisão, que não seria tomada apenas por juristas, de maneira técnica.

Por outro lado, há aqueles que defendem que o Judiciário deve se manifestar sobre tais casos, mesmo que haja uma rejeição da decisão pela sociedade (backlash). Nesse sentido a teoria denominada “Constitucionalismo democrático” desenvolvida por REVA SIEGAL e ROBERT POST² afirma que as principais instituições do poder público e as organizações cidadãs essencialmente têm que desempenhar a interpretação e configuração do direito constitucional em geral e a garantia da constituição em particular. O governo, o congresso e os tribunais têm a responsabilidade de fazer cumprir o texto constitucional, interagindo com outros ramos do poder público. Nos sistemas jurídicos constitucionalizados, as democracias necessitam de um Estado de Direito forte, mas também que o diálogo constitucional seja fluído e constante.

Assim, para os autores, o backlash não seria negativo e a discordância interpretativa, uma condição normal para o desenvolvimento do direito constitucional.

1 SUNSTEIN, Cass R., *Backlash's Travels*. University of Chicago, *Public Law Working Paper No. 157*; Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review (CR-CL), Forthcoming. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=970685>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

2 POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: SigloVeinteuno, 2013. p.12.

Neste contexto, o presente estudo objetiva verificar se o fenômeno ocorre no Brasil e quais seus desdobramentos. Verificou-se que aqui os estudos sobre o tema são recentes e a produção teórica ainda é insipiente, porém na prática, especialmente ante a postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e a crescente judicialização de temas complexos referentes a direitos fundamentais o tema ganha relevância e pode-se verificar a ocorrência do Backlash.

A análise de questões polêmicas pelo STF (como por exemplo, o casamento homoafetivo e a Lei da Ficha Limpa) favorece outras indagações: a questão da legitimidade da decisão sem deliberação legislativa, a necessidade de discussão ou debate democrático, o enfraquecimento do legislativo e a transferência de funções atípicas para o judiciário, entre outras.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO

A Constituição é o fundamento de validade de toda ordem jurídica. Fruto da vontade soberana da população, possui função controladora e fiscalizadora do Direito, não podendo nenhuma lei ou decisão judicial a ela se contrapor. O direito deve conformar-se aos princípios nela explicitados, no entanto, a interpretação da vontade popular encartada na Constituição nem sempre constitui tarefa fácil.

Conforme explica GARGARELLA³ ao criticar a invalidação da lei pelo Judiciário, há necessidade de investigar a vontade do legislador não só no seu aspecto histórico, mas também considerar que muitas constituições não refletem a vontade da maioria, posto serem frutos de um processo constituinte bastante antidemocrático e com pequena participação popular.

Toda essa problemática leva à questão da invalidação da lei pelo poder Judiciário e a legitimidade desse poder para dar a resposta ao caso concreto. Também remete à possibilidade de os tribunais decidirem situações onde não houve deliberação legislativa e a ausência de norma legal é objeto da decisão judicial.

A essa controvérsia soma-se a judicialização, que significa que, questões antes restritas aos demais poderes (Executivo e Legislativo) hoje são levadas ao Judiciário, diante da omissão ou ineficiência dos demais poderes.

3 GARGARELLA, Roberto. *La dificultad de defender el control judicial de las leyes*. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-dificultad-de-defender-el-control-judicial-de-las-leyes-0/>>. Acesso em: 27 jun. 2015.

A expressão judicialização tem sua origem na obra de TATE e VALLINDER⁴, em que foram formuladas linhas de análise comuns para a pesquisa empírica comparada do Poder Judiciário em diferentes países. “Judicialização da política” e “politização da justiça” seriam expressões correlatas, que indicariam os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas⁵.

Para VALLINDER *apud* BARBOSA⁶, a judicialização apresenta dois distintos significados:

- (1) The expansion of the province of the court sorthe judges at the expense of the politicians and/orthe administrators, thatis, the transfer of decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts, or, at least;
- (2) The spread of judicial decision-making methods out side the judicial province proper.⁷

Embora sejam várias as causas da judicialização, o fenômeno ilustra em alguma medida uma crise de credibilidade do Legislativo, em especial no Brasil, onde muitas das questões que deveriam ser ali deliberadas, com oportunidade de amplo debate democrático, são postergadas por um período longo de tempo, gerando a necessidade de judicialização por aquele cidadão ou grupo que sente seu direito lesado ou ameaçado.

Essa desconfiância ou enfraquecimento do Legislativo não é um fenômeno brasileiro. JEREMY WALDRON⁸ em sua obra “A dignidade da legislação” já chamava atenção para a necessidade de resgatar “uma legislação elaborada por uma assembléia popular como fonte respeitável de direito”.

A ausência de lei regulamentadora de um tema não impede que haja uma ação judicial e o pronunciamento do tribunal sobre a controvérsia.

4 VALLINDER, Torbjörn; TATE, Chester Neal. *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. New York, New York University, 1995.

5 KOERNER, Andrei; MACIEL, Debora Alves. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Revista Lua Nova*, n. 57, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57>>. Acesso em: 03 out. 2015. p 114.

6 BARBOSA, Claudia Maria. A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política. In: BARRETO, V.; DUARTE, F.; SCHWARTZ, G. *Direito da sociedade policontextural*. Curitiba: Appris, 2013.

7 “(1) A competência das cortes e dos juízes, em detrimento dos políticos e dos administradores, quer dizer, a transferência do poder decisório do legislativo, do executivo ou da administração pública para as cortes ou, pelo menos, (2) a propagação dos métodos próprios de tomadas de decisão judicial para além da jurisdição apropriada”.

8 WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 197

No ordenamento jurídico brasileiro, dado o sistema de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição de 1988, o Judiciário deverá, por força do princípio do *non liquet* decidir sobre um caso mesmo não havendo norma específica, ou, poderá invalidar uma lei existente tida como inconstitucional.

Na primeira hipótese (decidir mesmo ante a ausência de norma legal) muitos questionamentos surgem, especialmente se a análise considerar a ausência de deliberação popular.

Num regime democrático, a elaboração de leis pelos representantes eleitos reflete a vontade da maioria, dos representados. Essa sistemática confere legitimidade democrática uma vez que pressupõe o debate, a oportunidade de confronto entre ideias diversas.

No caso da decisão pelo judiciário, questiona-se se não seria o caso de ilegitimidade da decisão, uma vez que se estaria suprimindo a vontade do povo externada pelo legislador.

Como destaca GARGARELLA⁹, juízes não são eleitos, não representam o povo e as decisões são tomadas de forma isoladas sem uma discussão coletiva. Essas críticas somam-se a outro fator: quando um julgamento entra em rota de colisão com as aspirações de setores organizados que detêm poder na sociedade, o efeito backlash.

Segundo Vanice Regina LIRIO DO VALLE¹⁰

[...] parece previsível que o backlash se intensifique, num cenário de ampliação crescente do universo temático sobre o qual recaem as manifestações judiciais – do Supremo Tribunal Federal inclusive. Decidir mais não significa necessariamente decidir melhor; e decidir mais em matérias sensíveis como o são as grandes questões morais e os temas que envolvem diretamente a proteção a direitos fundamentais, importa em adentrar firmemente em terreno sujeito a grandes controvérsias – portanto, férteis à reação, inclusive creditada

9 GARGARELLA, Roberto. *La dificultad de defender el control judicial de las leyes*. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-dificultad-de-defender-el-control-judicial-de-las-leyes-0/>>. Acesso em: 27 jun. 2015.

10 VALLE, Vanice Regina Lirio do. *Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática*. Disponível em: <http://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_posibilidade_democr%C3%A1tica>. Acesso em: 28 jun. 2015.

à insuficiência na transformação empreendida pela nova conformação das coisas desenvolvida pela ordem judicial.

Na mesma ordem de ideias, Gabriel Antunes HESS, José RIBAS VIEIRA e Margarida Maria LACOMBE CAMARGO explicam que:

A doutrina constitucional entende, majoritariamente, como negativos os efeitos desse fenômeno, visto que ele traria retrocessos a direitos já garantidos.(sic) Aconselhando então algumas correntes que as decisões judiciais não devam discrepar violentamente daquilo que o povo entende como adequado.

De outro lado, REVA SIEGAL e ROBERT POST¹¹, embora compreendam o efeito negativo do backlash para o constitucionalismo democrático, entendem que para o direito ele pode ser positivo, já que se constitui em um movimento de reação da opinião popular, essencial à vida democrática.

Sobre o constitucionalismo democrático de que falam Siegel e Post, José RIBAS VIEIRA e Deo CAMPOS DUTRA afirmam que o mesmo, ao considerar as posições clássicas em torno do conhecido debate entre os originalistas e os não originalistas, explicita “o paradoxo de que a autoridade constitucional depende a receptividade democrática e da legitimidade da lei”. E prosseguem:

O constitucionalismo democrático seria uma nova forma de abordagem que busca superar a preponderância do modelo originalista, ao aliar uma teoria preocupada com a mobilização popular, com as diferenças culturais, com uma participação da sociedade civil na qual os compromissos progressistas possam ser expressos por meio da lei, utilizando os “founding fathers” sem, entretanto, desautorizar novas formas de autoridade constitucional. Trata-se de uma abordagem inovadora que marca um novo momento no debate norte-americano, em que a reação liberal procura aliar argumentos jurídicos e políticos para se contrapor de forma eficaz à interpretação conservadora que atualmente prepondera na suprema corte americana.¹²

11 POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: SigloVeinteuno, 2013.

12 VIEIRA, José Ribas; DUTRA, Deo Campos. O debate entre originalismo e o constitucionalismo democrático: aspectos atuais da teoria da interpretação constitucional norte-americana. *Revista NEJ – Eletrônica*, v. 18, n.1. p. 51-62, jan./abr. 2013. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4483/2476>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

O constitucionalismo democrático permite compreender como a Constituição pode continuar a inspirar lealdade e compromisso, apesar de um persistente desacordo.¹³

Algum grau de conflito pode ser uma consequência inevitável de reivindicar direitos constitucionais.

2 CONCEITO DE BACKLASH

Como já dito, o caso *Roe versus Wade*, julgado em 1973 pela Suprema Corte norte americana é tido como a origem do Backlash. Nele se discutia a legalização do aborto no caso de violência contra a mulher, no entanto a Suprema Corte opinou pela descriminalização do aborto e que esse era um direito das mulheres, como consequência do direito à privacidade protegido pela Emenda nº 14 à Constituição norte-americana.

A sociedade americana reagiu por meio de grupos pró-vida que se mobilizaram e acabaram por anos depois, fazer aprovar leis estaduais que, na prática, restringiam o aborto em situações em que antes o admitiam.

Muitas críticas surgiram, especialmente em relação ao ativismo judicial, uma vez que o Tribunal não deliberou apenas sobre o aborto em caso de violência contra a mulher, como o caso requeria, mas decidiu de forma ampla.¹⁴

Vale destacar que o conceito de ativismo judicial no direito americano não é mesmo que no Brasil. Com sistema diverso (common law) no direito estadunidense, o papel criativo dos juizes consiste na busca, dentro dos princípios constitucionais, de soluções para problemas concretos, transformando questões políticas em jurídicas.¹⁵

No Brasil o conceito de ativismo é bastante polêmico e tem sido objeto de debate na doutrina. Por vezes é invocado “como forma de legitimar a integração da legislação onde não exista norma escrita, configurando

13 POST, Robert and SIEGAL, Reva B., *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper N. 131. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=990968>>. Acesso em: 23 jun. 2015. p. 12.

14 Segundo a teoria minimalista defendida por SUNSTEIN (que remete à autocontenção) a corte não deveria dizer mais do que o necessário para justificar o resultado, e deixar o máximo possível não decidido.

15 Sobre o sistema estadunidense e o ativismo, vide o artigo de Estefania Maria de QUEIROZ BARBOZA e Kata KOZICKI: O Judicial Review e o ativismo judicial da Suprema Corte americana na proteção de direitos fundamentais. *Espaço Jurídico: Journal of Law [EJL]*, v. 17, n. 3, p. 733-752, 2016. Disponível em: <<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/8750/pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

mecanismo desejável, que colabora para a rápida prestação da justiça”, por outro lado, alguns doutrinadores vislumbram no instituto uma “forma de invasão da função jurisdicional no âmbito de atuação próprio do Poder Legislativo”¹⁶.

Sem adentrar no conceito de ativismo, uma vez que este não é o objetivo do artigo, é certo que, muitas vezes os tribunais proferem decisões constitucionais que por vezes, provocam resistência, especialmente se eles ameaçam o status de grupos que estão acostumados a exercer a autoridade e que acreditam que a resistência pode evitar a mudança constitucional. Onde a controvérsia é inevitável, o cumprimento de um direito pode ser justificado se os valores em causa são suficientemente importantes¹⁷.

Para SIEGEL e POST, o backlash desafia a presunção de que os cidadãos devem concordar com as decisões judiciais. Desafia a fala desinteressada do direito, desafia a presunção de que leigos cidadãos devem, sem protesto, adiar para os profissionais da área jurídica os julgamentos constitucionais. O backlash expressa o desejo de um povo livre para influenciar o conteúdo de sua Constituição, é onde a integridade do Estado de direito colide com a necessidade de legitimidade da nossa ordem constitucional democrática:

Backlash challenges the presumption that citizens should acquiesce in judicial decisions that speak in the disinterested voice of law. Backlash twice challenges the authority of this voice. In the name of a democratically responsive Constitution, backlash questions the autonomous authority of constitutional law. And in the name of political self-ownership, backlash defies the presumption that lay citizens should without protest defer to the constitutional judgments of legal professionals. [...] Backlash expresses the desire of a free people to influence the content of their Constitution, yet backlash also threatens the independence of law. Backlash is where the integrity of the rule of Law clashes with the need of our constitutional order for democratic legitimacy.¹⁸

16 MENDONÇA, Grace Maria Fernandes. O Ativismo Judicial Na Modulação Temporal dos Efeitos da Decisão Declaratória de Inconstitucionalidade. *Revista da AGU*, [S.l.], mar. 2016. ISSN 2525-328X. Disponível em: <<http://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/793/687>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

17 POST, Robert and SIEGAL, Reva B., Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper No. 131. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=990968>>. Acesso em: 23 jun. 2015. p. 82.

18 *Ibidem*, p. 3-4.

Afirmam que o fenômeno estimula a sociedade a se organizar, já que os cidadãos que se opõem às decisões judiciais precisam, para tanto, ser politicamente ativos, e procuram persuadir outros cidadãos a se engajar politicamente contribuindo para o fortalecimento de uma identidade nacional junto à Constituição:

Constitutionalism suggests, moreover, that controversy provoked by judicial decision making might even have positive benefits for the American constitutional order. Citizens Who oppose court decisions are politically active. They enact their commitment to the importance of constitutional meaning. They seek to persuade other Americans to embrace their constitutional understandings.¹⁹

O backlash, para o constitucionalismo democrático, é justamente expressão de diálogo constitucional, que é a essência das propostas que o sustenta. Ele corrobora a tese de que não há uma última palavra em matéria de controvérsias em torno de direitos fundamentais, por exemplo, a ser manifestada pelo judiciário. Ao contrário, são necessários mecanismos que favoreçam o diálogo entre os Poderes de Estado, e destes com a sociedade, justamente para evitar tal tipo de reação. A reação, embora ruim para os direitos, é salutar para a sociedade, na medida em que pressupõe cidadãos ativos e responsáveis, em um movimento social que vai fortalecer a democracia e a própria Constituição.

No caso do Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88) o STF se fortaleceu especialmente mediante o controle abstrato de constitucionalidade. Mais recentemente com a emenda 45 ampliaram-se os mecanismos de participação nos processos constitucionais e questões relevantes foram discutidas na Suprema Corte com a participação da sociedade (especialmente nas audiências públicas).

Por outro lado, inobstante essa abertura à participação da sociedade, o STF não pode se guiar somente pela opinião pública ou buscar índices de popularidade, ao contrário, seu papel é justamente desconfiar das maiorias – papel contramajoritário²⁰ – zelando pelos princípios e direitos fundamentais elencados na Constituição (a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação).

19 POST, *op.cit.*, p. 19.

20 Competência, atribuída aos juízes, para declarar a nulidade de atos produzidos por agentes eleitos.

Segundo Andrei KOERNER²¹ “o STF se coloca no papel de guardião e promotor das virtudes republicanas, redefine seu modo de atuação no regime governamental, contrariando lideranças políticas, não só do governo, mas da oposição”.

Desta forma, algumas decisões, muitas vezes por sua natureza política, desagradam setores da sociedade. Essa repercussão social negativa ocorreu em alguns julgados recentes do STF como o reconhecimento da união homoafetiva, a marcha da maconha, o aborto de fetos anencéfalos e a lei da ficha limpa.²²

3 O BACKLASH NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

No presente tópico, a partir do exame da jurisprudência do STF relacionados ao julgamento dos processos referente a união homoafetiva e a Lei da Ficha Limpa, pretende-se verificar a repercussão negativa (backlash) das decisões tal como exposto nos tópicos acima.

3.1 O CASO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS

Em 5 de maio de 2011 o STF reconheceu, em votação unânime, a família homoafetiva, conferindo aos casais homossexuais o direito à união estável. Esta decisão foi proferida no julgamento da ADI n. 4277-DF²³ e ADPF n. 132-RJ²⁴.

21 KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estudos - CEBRAP*, n. 96, São Paulo, jul. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002013000200006&script=sci_arttext>. Acesso em: 28 jul. 2015.

22 Ao comentar sobre o backlash, George Marmelstein Lima destaca que o ministro Luís Roberto Barroso mencionou explicitamente o efeito “backlash” como um dos fatores que influenciou sua decisão de liberar apenas o uso da maconha e não de todas as demais drogas. Para ele, seria preciso ser mais cauteloso nessa matéria, tanto para “conquistar a maioria do tribunal” quanto para evitar “o risco de haver uma reação da sociedade contra a decisão, o que os americanos chamam de backlash”. Em seguida, defendeu: “a minha ideia de não descriminalizar tudo não é uma posição conservadora. É uma posição de quem quer produzir um avanço consistente”. LIMA, George Marmelstein. *Liberação do Uso de Maconha e Efeito Backlash*. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2015/09/17/liberacao-do-uso-de-maconha-e-efeito-backlash/>>. Acesso em: 08 dez. 2015.

23 A ADI 4277 foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR) com pedido de interpretação conforme a Constituição Federal do artigo 1.723 do Código Civil, para que se reconheça sua incidência também sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituição de família.

24 Considerando a omissão do Legislativo Federal sobre o assunto, o governo do Rio de Janeiro ajuizou a ADPF 132 alegando que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal.

Antes, a união estável era um direito apenas do homem e da mulher, em razão do que dispunha o artigo 1.723 do Código Civil. O STF afastou a expressão ‘homem e mulher’ da lei e permitiu a interpretação extensiva aos casais de mesmo sexo.

O Ministério Público Federal, a Advocacia-Geral da União opinaram favoravelmente ao pedido, mas, houve reação contrária por grupos conservadores e ligados à Igreja como a CNBB– Conferência Nacional dos Bispos do Brasil e a Associação Eduardo Banks, que participaram do processo como *amicus curiae*²⁵.

Embora tenha permanecido inerte, forçando a Suprema Corte a deliberar acerca da matéria, o Legislativo ainda possui um importante papel a desempenhar na regulamentação das relações jurídicas decorrentes dessa decisão judicial, o que até o momento não ocorreu e, de certa forma, reflete a resistência ainda presente na atuação de grande parte dos parlamentares em relação a questões que envolvem a família tradicional e os direitos dos homossexuais, e que os impede de promover direitos à população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros).

Na decisão, o STF, embora tenha estendido o direito, teve o cuidado de manter o Legislativo como instância deliberativa e afirmou ser sua a competência para regular as consequências advindas dessa equiparação. Veja-se a manifestação do Ministro Cezar Peluso:

[...] da decisão da Corte, importantíssima, sobra espaço dentro do qual, penso eu, com a devida vênia – pensamento estritamente pessoal –, tem que intervir o Poder Legislativo. O Poder Legislativo, a partir de hoje, deste julgamento, precisa expor-se e regulamentar as situações em que a aplicação da decisão da Corte será justificada também do ponto de vista constitucional. Há, portanto, uma como convocação que a decisão da Corte implica em relação ao Poder Legislativo, para que assuma essa tarefa, a qual parece que até agora não se sentiu ainda muito propenso a exercer, de regulamentar esta equiparação (BRASIL, 2011, p. 876).

25 Participaram do processo como *amicus curiae* entidades como o IBDFam (Instituto Brasileiro de Direito de Família), GRUPO ARCO-ÍRIS DE CONSCIENTIZAÇÃO HOMOSSEXUAL, GRUPO DE ESTUDOS EM DIREITO INTERNACIONAL DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS - GEDI-Ufmg, CENTRO DE REFERÊNCIA DE GAYS, LÉSBICAS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS, TRANSEXUAIS E TRANSGÊNEROS DO ESTADO DE MINAS GERAIS - CENTRO DE REFERÊNCIA GLBT TT entre outros.

Parlamentares favoráveis à decisão e à equiparação apresentaram o Projeto de lei n. 612/2011 ainda em tramitação (anteriormente já havia o PL n. 1151/1995 que trata da união civil entre pessoas do mesmo sexo), acrescido em 2013 ao Projeto de lei n. 5120/13 que altera artigos do Código Civil para reconhecer o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. De outro lado, a decisão gerou reação contrária da comunidade jurídica²⁶, seja por seu ativismo ao usurpar o papel do Legislador, seja por ferir o princípio da Separação dos Poderes uma vez que decidiu sobre matéria que deveria ser objeto de deliberação parlamentar²⁷.

A decisão também recebeu críticas de vários setores da sociedade. Pesquisa realizada pela FGV no período de 14 a 20 de julho de 2011, onde foram entrevistados 1.200 cariocas e paulistas sobre a percepção da população acerca do Supremo Tribunal Federal e sua atuação em casos de grande relevância e repercussão na agenda pública nacional, 21% dos entrevistados respondeu que o reconhecimento da união afetiva foi a notícia que mais chamou atenção e cerca de 40% dos entrevistados respondeu que nesse caso a decisão deveria ser da população, através de plebiscito, e não do STF²⁸, apesar de concordarem com o teor da decisão.

Em outra pesquisa, elaborada com a mesma finalidade, Joaquim FALCÃO e Fabiana OLIVEIRA concluem que quando se trata de decidir temas polêmicos, como a união homoafetiva, os cidadãos querem ser diretamente ouvidos indicando que o principal responsável por decidir sobre

26 Em Goiânia, o juiz titular da Vara da Fazenda Pública anulou de ofício um contrato de reconhecimento de união estável mesmo após a decisão do Supremo e determinou que cartórios se recusassem a registrar esse tipo de união. A decisão foi posteriormente cassada pela Corregedoria do Tribunal de Justiça de Goiás. Conferir em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/06/juiz-goiano-anula-uniao-homoafetiva-e-oab-contesta.html>> e <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/06/tj-go-cassa-decisao-que-anulou-uniao-estavel-de-casalgay.html>>. Acesso em: 24 abr. 2016.
Lênio Streck (2009), entende ativista a conduta do Supremo. Vide em: <<http://leniostreck.blogspot.com.br/2011/06/sobre-decisao-do-stf-unioes.html>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

27 A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) aprovou durante sua 49ª Assembleia Geral, reunida em Aparecida (SP) realizada em 2011, uma nota na qual estranha que o Supremo Tribunal Federal (STF) tenha se pronunciado sobre a união homoafetiva, porque, em sua avaliação, o exame da matéria caberia ao Legislativo. “Preocupa-nos ver os poderes constituídos ultrapassarem os limites de sua competência, como aconteceu com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal”, afirma o documento”. Notícia veiculada em 11 de maio de 2011 no site do Jornal do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,cnbb-critica-decisao-do-stf-sobre-uniao-homoafetiva,717854>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

28 FVG – Fundação Getúlio Vargas. *Pesquisa: Decisões do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/Pesquisa_STF_Opiniao_Publica.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2015.

esses temas seria o povo através do plebiscito, existindo “uma demanda por maior participação e ampliação da democracia”.²⁹

Já a pesquisa divulgada pelo Ibope³⁰ em 28/07/2011 revelou que 55% dos brasileiros eram contrários à decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) de estender aos casais homossexuais o direito da união estável perante o Registro Civil. Muitos cartórios e até juízes³¹ recusaram-se a habilitar ou celebrar casamento civil ou, até mesmo, de converter união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo, levando o STF a expedir a Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013 do CNJ – Conselho Nacional de Justiça.

A Resolução 175 veio esclarecer o assunto, uma vez que alguns estados da confederação reconheciam, outros não, o direito à conversão da união em casamento gerando uma desigualdade de tratamento. Não havia ainda no âmbito das corregedorias dos tribunais de Justiça uniformidade de interpretação e de entendimento sobre a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo e da conversão da união estável entre casais homoafetivos em casamento.

A constitucionalidade da Resolução foi questionada através da ADI n. 4966 ajuizada pelo Partido Social Cristão (PSC) que aguarda julgamento, e pelo Mandado de Segurança (MS 32077), que teve seu mérito rejeitado imediatamente por decisão do ministro relator.

As fortes posições a favor e contra essa decisão equipara-se em alguns de seus aspectos ao backlash do direito americano, gerando até mesmo um retrocesso de pensamento e questionamento de direitos já adquiridos. Veja-se: após a decisão do STF, o tema dos direitos dos homossexuais foi objeto de projetos de lei altamente conservadores, demonstrando um retrocesso em temas que antes não eram objeto de discussão legislativa.

29 FALCAO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 429-469, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000100013&lng=en&nrm=i>. Acesso em: 09 dez. 2015.

30 Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/07/pesquisa-aponta-que-55-dos-brasileiros-e-contra-uniao-civil-de-homossexuais.html>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

31 Em 01 de julho de 2012, um casal homossexual teve o pedido de habilitação para casamento negado pela juíza Sirlei Martins da Cosa, da 1ª Vara de Família e Sucessões de Goiânia. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/07/06/juiza-contraria-determinacao-do-stf-e-nega-pedido-de-casamento-homoafetivo-em-goiania.htm>>. Acesso em: 07 jul. 2015.

Um exemplo é o projeto de lei conhecido como “cura gay” que foi apresentado em 2013 de autoria do deputado João Campos (PSDB-GO)³². Chegou a ser aprovado na comissão de Direitos Humanos, quando o colegiado era presidido pelo deputado Marco Feliciano (PSC-SP) mas foi retirado de tramitação após pedido do próprio autor.

Em 2014, projeto semelhante foi novamente apresentado pelo deputado Pastor Eurico (PSB-PE), e tem por objeto derrubar a resolução de 1999 do Conselho de Psicologia que proíbe tratamentos destinados a reverter a homossexualidade³³.

Outra reação a essa decisão e que pode ser considerada como retrocesso em termos de reconhecimento de direitos e igualdade entre pessoas homossexuais, é o projeto de lei conhecido como Estatuto da Família (Projeto de Lei 6583/13). Conforme o relatório do deputado Diego Garcia (PHS-PR), esse projeto define a família como o núcleo formado a partir da união entre um homem e uma mulher, retirando o status de família assegurado pela decisão do STF.

3.2 A LEI DA FICHA LIMPA

Como dito antes, outro caso no Brasil que pode caracterizar o fenômeno do backlash é o da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/2010³⁴). Nos anos de 1996 e 1997 diversos setores da sociedade civil brasileira mobilizaram-se através da campanha “Combatendo a corrupção eleitoral” pela Comissão Brasileira Justiça e Paz – CBJP e Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, com o objetivo de punir os políticos

32 Trata-se do Projeto de Decreto Legislativo n. 234/2011 que susta a aplicação do parágrafo único do art. 3º e o art. 4º, da Resolução do Conselho Federal de Psicologia nº 1/99 de 23 de Março de 1999, que estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=505415>>. Acesso em: 08 jul. 2015.

33 Projeto de Decreto Legislativo n. 1457/2014. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=611176>>. Acesso em: 08 jul. 2015.

34 A Lei Complementar 135/2010 modificou a Lei Complementar nº 64/1990 (Lei das Inelegibilidades) com alterações que buscam aprimorar o sistema eleitoral: a) aumentou o rol de situações que podem impedir o registro de uma candidatura analisando a vida pregressa dos candidatos (A lei prevê que serão considerados inelegíveis os candidatos que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão da prática de crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; e contra o meio ambiente e a saúde pública; serão também considerados inelegíveis os candidatos que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão da prática de crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; e contra o meio ambiente e a saúde pública); b) estendeu os prazos para as inelegibilidades que passam a ter duração de oito anos; c) tornou mais rápidos os processos judiciais que tratam das inelegibilidades.

que lesaram a administração pública, aumentar a idoneidade dos candidatos e combater a corrupção no país.

Em abril de 2008, o movimento ganhou força com a chamada “Campanha Ficha Limpa”, liderada pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral – MCCE. Contou também com mobilização na internet através do Twitter, do Facebook e do capítulo brasileiro da Avaaz.org, uma rede de ativistas para mobilização global através da Internet.

O movimento trabalhou mais de um ano para coletar 1,3 milhão de assinaturas (1% do eleitorado nacional) nos 26 estados da federação e no Distrito Federal. A Campanha visava enviar à Câmara dos Deputados um projeto de lei de iniciativa popular dando origem ao Projeto de Lei de Iniciativa Popular n.º 519/09. E, em 04 de junho de 2010, o projeto foi sancionado pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva, na Lei Complementar n.º 135/2010.

Imediatamente surgiram dúvidas acerca da aplicabilidade da Lei para as eleições de outubro de 2010, havendo forte pressão popular pela sua aplicabilidade imediata. O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) passou a aplicar a lei e indeferir a candidatura de políticos condenados pela Justiça os quais não poderiam ser candidatos no pleito de outubro daquele ano.

No entanto, vários candidatos barrados pela lei da Ficha Limpa entraram na justiça para terem o direito de se candidatar alegando que a lei seria inconstitucional ou que ela não poderia valer para aquele ano já que existia outra lei contrária a alterações no processo eleitoral no mesmo ano das eleições.

A ação do Congresso em publicar a lei às portas de uma eleição transferiu a responsabilidade quanto aos precedentes dos candidatos participantes do pleito do Legislativo para o Judiciário, pois coube a esse se manifestar sobre a dúvida que surgiu com a Lei da Ficha Limpa, se ela alterava o processo eleitoral imediatamente ou não, gerando polêmica por deixar dúvida quanto a sua validade para as eleições de 2010.

A questão da sua constitucionalidade e validade foi levada a julgamento (iniciado somente em 2011 e concluído em 2012) no Supremo Tribunal Federal – STF, que reafirmou a legalidade do texto integral, com aplicação apenas a partir das eleições de outubro de 2012 (respeitado o artigo 16 da CF/88), vez que prevaleceu naquele tribunal a observância estrita ao princípio da legalidade e segurança jurídica conforme julgamentos das ações ADC n. 29 proposta pelo Partido Popular Socialista, ADC n.

30 proposta pelo Conselho Federal da OAB e ADI 4578n. proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL³⁵.

Por ocasião do julgamento, o Ministro Luis Fux se referiu à opinião popular citando o fenômeno do backlash como “forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos”. No voto, o ministro novamente apreciou o fenômeno da reação popular:

É crescente e consideravelmente disseminada a crítica, no seio da sociedade civil, à resistência do Poder Judiciário na relativização da presunção de inocência para fins de estabelecimento das inelegibilidades.

Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular. POST e SIEGEL, debruçados sobre a experiência dos EUA – mas tecendo considerações aplicáveis à realidade brasileira –, sugerem a adesão a um constitucionalismo democrático, em que a Corte Constitucional esteja atenta à divergência e à contestação que exsurtem do contexto social quanto às suas decisões.

Se a Suprema Corte é o último player nas sucessivas rodadas de interpretação da Constituição pelos diversos integrantes de uma sociedade aberta de intérpretes (cf. HÄBERLE), é certo que tem o privilégio de, observando os movimentos realizados pelos demais, poder ponderar as diversas razões antes expostas para, ao final, proferir sua decisão.

Assim, não cabe a este Tribunal desconsiderar a existência de um descompasso entre a sua jurisprudência e a hoje fortíssima opinião popular a respeito do tema “ficha limpa”, sobretudo porque o debate se instaurou em interpretações plenamente razoáveis da Constituição e da Lei Complementar nº 135/10 – interpretações essas que ora se adotam. Não se cuida de uma desobediência ou oposição irracional, mas de um movimento intelectualmente embasado, que expõe a concretização do que PABLO LUCAS VERDÚ chamara de sentimento constitucional, fortalecendo a legitimidade democrática do constitucionalismo. A

35 Novamente a sociedade se mobilizou sendo criado uma petição on line no site Avaaz pugnando pelo reconhecimento da constitucionalidade da Lei conforme se verifica em < https://www.avaaz.org/po/stf_protect_ficha_limpa_/?v1>.

sociedade civil identifica-se na Constituição, mesmo que para reagir negativamente ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.³⁶

Verifica-se que o ministro acompanhou a teoria de SIEGAL e POST, entendendo como benéfica para a democracia o movimento da sociedade, ainda que contrário à decisão do Supremo Tribunal Federal ao entender inaplicável a Lei para o pleito de 2010.

De fato, o que se pode destacar é a participação, o engajamento popular com o tema e a tentativa de influir no processo de deliberação. O fato da sociedade participar é extremamente salutar para a democracia, sinalizando que está atenta às decisões do judiciário, o que certamente, será considerado em futuros julgamentos.

Esses fatos ocorridos na história recente do Brasil, a mobilização social em torno de julgamentos do STF somada às manifestações de julho de 2014 demonstram a maior participação da sociedade brasileira, uma forma de exercício da democracia.

4 CONCLUSÃO

A reação contrária aos julgamentos de casos polêmicos pelo STF no caso brasileiro, semelhante ao que ocorre no direito americano tem gerado uma mobilização da sociedade.

Infelizmente, no caso do reconhecimento da união homoafetiva, a decisão gerou muitos efeitos negativos. Projetos de lei foram apresentados e, caso aprovados, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial.

Por outro lado, deve-se reconhecer o efeito benéfico do backlash. O pronunciamento do STF fez com que setores da sociedade se organizassem e efetivamente participassem do processo decisório. Nesse sentido pode-se afirmar que há um fortalecimento da democracia e da Constituição.

³⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 30 DF*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411>>. Acesso em: 30 jun. 2015. p. 14.

Como afirma José Ribas Vieira e outros, “a manifestação democrática dos reais detentores do poder é de ser vista não como uma ameaça à estabilidade das instituições, mas como um lembrete de que estas estão a serviço do povo e, portanto, devem ser receptivas às suas percepções e demandas”³⁷.

Não é necessário que todas as decisões tomadas pelo poder Judiciário, sejam apoiadas majoritariamente pela população, mas é importante permitir o debate e as manifestações contrárias a fim de conferir legitimidade e eficácia à essas decisões. Se é certo que a legitimidade das cortes constitucionais não provém diretamente da aprovação popular, nem por isso deixa de ser uma legitimidade democrática. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso³⁸ afirma que, ainda que os magistrados não tenham o voto popular, desempenham, por legitimação da própria Constituição Federal, um poder político, capaz inclusive de invalidar atos dos outros dois Poderes. A legitimidade portanto, é normativa, e decorrente da própria Constituição Federal.

Por outro lado, o Judiciário não pode ficar alheio ao *nomos social* existente. STF deve dialogar com os demais com os demais atores em busca de um possível consenso.

Ouvir a população através de plebiscito, realizar audiências públicas, estabelecer um diálogo com o Legislativo, são exemplos de algumas medidas que podem incrementar a participação social e beneficiar o jogo democrático.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Claudia Maria. A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política. In: BARRETO, V.; DUARTE, F.; SCHWARTZ, G. *Direito da sociedade policontextural*. Curitiba: Appris, 2013.

37 VIEIRA, José Ribas *et al.* *Reação às “Jornadas de Junho” passa pelo campo jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-07/25-anos-constituicao-federal-1988-jornadas-junho#author>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

38 BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009 Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 30 DF. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB – Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 4277 DF. Requerente: Procuradora-Geral Da República. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

FALCAO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 429-469, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000100013&lng=en&nrn=iso>. Acesso em: 09 dez. 2015.

FVG – Fundação Getulio Vargas. *Pesquisa: Decisões do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/Pesquisa_STF_Opiniao_Publica.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2015.

GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-dificultad-de-defender-el-control-judicial-de-las-leyes-0/>>. Acesso em 27 jun. 2015.

HESS, Gabriel Antunes; VIEIRA, José Ribas Vieira; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. O constitucionalismo democrático e suas implicações na inteligibilidade do judiciário brasileiro. UFRJ/Ago 2013. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/168090325/O-CONSTITUCIONALISMO-DEMOCRATICO-E-SUAS-IMPLICACOES-NA-INTELEGIBILIDADE-DO-JUDICIARIO-BRASILEIRO-1-pdf#scribd>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estudos – CEBRAP*, n. 96, São Paulo Jul. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002013000200006&script=sci_arttext>. Acesso em: 28 jul. 2015.

KOERNER, Andrei; MACIEL, Debora Alves. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Revista Lua Nova*, n. 57, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57>>. Acesso em: 03 out. 2015.

LIMA, George Marmelstein. *Liberção do uso de maconha e efeito backlash*. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2015/09/17/liberacao-do-uso-de-maconha-e-efeito-backlash/>>. Acesso em: 08 dez. 2015.

MENDONÇA, Grace Maria Fernandes. O ativismo judicial na modulação temporal dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade. *Revista da AGU*, [S.l.], mar. 2016. ISSN 2525-328X. Disponível em: <<http://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/793/687>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

POST, Robert; SIEGAL, Reva B., Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 2007; Yale Law School, *Public Law Working Paper*, n. 131. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=990968>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. *Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: SigloVeintiuno, 2013.

SUNSTEIN, Cass R., Backlash's Travels. University of Chicago, Public Law Working Paper n. 157; *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review (CR-CL)*, Forthcoming. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=970685>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática*. Disponível em: <http://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_possibilidade_democr%C3%A1tica>. Acesso em: 28 jun. 2015.

VALLINDER, Torbjörn; TATE, Chester Neal. *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. New York: New York University, 1995.

VIEIRA, José Ribas; DUTRA, Deo Campos. O debate entre originalismo e o constitucionalismo democrático: aspectos atuais da teoria da interpretação constitucional norte-americana. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 18, n.1. p. 51-62, jan./abr. 2013. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4483/2476>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

VIEIRA, José Ribas et all. Reação às *Jornadas de Junho passa pelo campo jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-07/25-anos-constituicao-federal-1988-jornadas-junho#author>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RECEBIDO EM: 06/03/2017

APROVADO EM: 25/05/2017

BREVES APONTAMENTOS SOBRE A PRINCIPAL OBRA DE HANS-GEORG GADAMER E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS: A VERDADE NÃO É QUESTÃO DE MÉTODO

*BRIEF NOTES ON THE MAIN WORK OF HANS-GEORG GADAMER
AND ITS LEGAL IMPLICATIONS: TRUTH IS NOT A QUESTION OF
METHOD*

*Ana Cláudia Fagundes Oliveira Nobre Zanoni de Paula
Mestranda em Direito pela Faculdade Guanambi
Professora na Faculdade Guanambi
Professora Auxiliar da Universidade do Estado da Bahia
Advogada.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Noções elementares de hermenêutica; 2 Breves apontamentos sobre a hermenêutica filosófica de Gadamer; 3 Reflexos da proposta hermenêutica gadameriana no direito; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O objetivo do presente trabalho é abordar os principais conceitos da obra *Verdade e Método* de Hans-Georg Gadamer, autor essencial no desenvolvimento da hermenêutica no século XX, para, depois, abordar algumas aproximações com o direito e suas consequências. Influenciado por Martin Heidegger, ele demonstrou, na obra em apreço, a natureza da compreensão humana, e que a linguagem passa a ser vista, com o giro linguístico, como meio para a compreensão do indivíduo no mundo. Ele se apoia nos ensinamentos de Heidegger, no sentido do sujeito estar imerso em um contexto histórico-linguístico, que molda e fornece um horizonte de sentidos para se chegar a verdade em um ato interpretativo. Para tanto, Gadamer diz que a interpretação se dá a partir da existência de pré-juízos, e é em função da tradição que o intérprete fala o Direito e do Direito, formando, assim, interpretações mais adequadas.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica Filosófica. Gadamer. Compreensão. Interpretação. Verdade.

ABSTRACT: The aim of the present work is to discuss the main concepts of the work *Truth and Method* of Hans-Georg Gadamer, an essential author in the development of hermeneutics in the 20th century, and then to approach some approximations with law and its consequences. Influenced by Martin Heidegger, he's demonstrated, in the work at hand, the nature of human understanding, and that language is seen, with the linguistic turn, as a means of understanding the individual in the world. He relies on Heidegger's teachings in the sense that the subject is immersed in a historical-linguistic context, which shapes and provides a horizon of meanings for reaching truth in an interpretative act. To this end, Gadamer says that interpretation comes from the existence of pre-judgments, and it is because of tradition that the interpreter speaks Law and about Law, thus forming more suitable interpretations.

KEYWORDS: Philosophical Hermeneutics. Gadamer. Understanding. Interpretation. Truth.

INTRODUÇÃO

Com a virada linguística, que deslocou a linguagem para condição de possibilidade do conhecimento, o foco das investigações filosóficas deixou de ser o sentido presente nas próprias coisas passando a se dar na e pela linguagem, que deixa de significar uma simples forma de representar a realidade já pré-existente. Nas palavras de Martini¹, que traduzem uma ideia de Humboldt, “a linguagem não é meio para expor a verdade conhecida; antes disso, ela descobre o que era desconhecido”.

Esse novo enfoque colocou a linguagem no centro de todos os questionamentos filosóficos, pois deixou de ser “instrumento de mera designação de objetos²”, tornando-se uma forma de existência, ou seja, “passa a ser vista como aquilo que possibilita a compreensão do indivíduo no mundo³”.

Deste modo, a relação do indivíduo com o mundo se concretiza através da linguagem e, por isso, não há como dissociá-la da compreensão, o intérprete está imerso em conexões com fatos, pessoas e coisas; razão porque não há como impor um muro entre o investigador e o objeto investigado. Ele usa a historicidade como parte integrante de toda a compreensão por meio da reabilitação de pré-juízos, que o cercam, e da tradição.

Não obstante o giro linguístico estar mais afeto à filosofia analítica, podemos encontrar suas influências na hermenêutica filosófica, foco do presente estudo, por se tratar de objeto de criação de Hans-Georg Gadamer. Em Gadamer existem diversas posições claras nas quais ele se refere à dimensão primeva da linguagem, defendendo, inclusive, que o ser pode ser compreendido pela linguagem.

Ressalta-se, neste ponto, que apesar das contribuições de Heidegger para a hermenêutica, a hermenêutica contemporânea é inaugurada por Gadamer, com a criação da hermenêutica filosófica.

- 1 MARTINI, Ângela. *O ato de julgar como atividade concretizadora da constituição: uma proposta à luz da hermenêutica filosófica*. 2006. Dissertação - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Vale dos Sinos, São Leopoldo, 2006. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2372/6%20ato%20de%20julgar.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 31 out. 2016.
- 2 MOREIRA, Rui Verlane Oliveira; MENDES, Ana Araújo Ximenes Teixeira. A eficácia das normas constitucionais e a interpretação pragmática da Constituição. *THEMIS - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, v. 6, n. 2 (2008). Disponível em: <file:///C:/Users/515/Downloads/197-678-1-PB.pdf>. Acesso em: 31 out. 2016.
- 3 PEDRON, Flávio Quinaud. O giro linguístico e a auto-compreensão da dimensão hermenêutica pragmática da linguagem jurídica. *Vox Forensis*, Espírito Santo do Pinhal, n. 1, v. 1, p. 199-213, jan./jun. 2008.

Pode-se dizer que Gadamer foi discípulo de Heidegger, contudo, ele não pode ser reduzido a um mero intérprete de Heidegger, apesar de este ser decisivo para os estudos gadamerianos, que, resumidamente, posicionou-se contra a hermenêutica clássica, a qual previa que a existência de um método científico era condição *sine qua non* para se chegar à verdade.

Sem embargo o constante diálogo de Gadamer com Heidegger, e mais, mesmo que se possa encontrar uma certa aproximação entre os filósofos, podemos apontar inúmeras diferenças entre os dois, a saber: a hermenêutica para Heidegger cede em relação a filosofia e/ou a fenomenologia, sendo que a principal questão desta é o ser. Já para Gadamer, a hermenêutica passa a ser um substantivo, deste modo, a hermenêutica que é filosófica.

Ao contrário de Heidegger, a análise de Gadamer da compreensão do sentido não parte semanticamente da abertura linguística ao mundo, mas pragmaticamente da busca por entendimento mútuo entre autor e intérprete⁴.

Outro ponto que os diferencia é que na análise feita por Gadamer existe uma maior preocupação com questões concretas, com a interpretação de textos, obras de arte, etc., dando um direcionamento mais específico para o problema, ou seja, se há objetividade e legitimidade na interpretação do texto, se existe interpretação correta ou não. Já as observações de Heidegger, são mais abstratas e reflexivas.

Pode-se, ainda, diferenciá-los pelo fracionamento das etapas interpretativas, feito pela hermenêutica clássica (a compreensão, a interpretação e a aplicação), que não ocorre em Gadamer, quem acredita haver um único momento, a *applicatio*⁵, significando dizer que cada texto comporta uma compreensão, a cada momento e a cada situação concreta, concedendo espaço para o momento da criação. A aplicação é um momento do processo hermenêutico tanto quanto a compreensão e a interpretação, pois o entendimento não é um método, mas um acontecer.

Por fim, consoante já afirmado alhures, a hermenêutica filosófica é criação de Gadamer, muito embora se possa enquadrar nesta classificação o

4 HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 86.

5 "Ora, nossas reflexões nos levaram a admitir que, na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete. Nesse sentido, nos vemos obrigados a dar um passo mais além da hermenêutica romântica, considerado como um processo unitário não somente a compreensão e a interpretação, mas também a aplicação". GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2003. p.407.

trabalho de outros autores, contudo, autores como Friedrich Schleiermacher e Wilhelm Dilthey nunca usaram essa expressão antes de Gadamer.

1 NOÇÕES ELEMENTARES DE HERMENÊUTICA

A hermenêutica, quando surgiu no século XVII, era entendida como a arte de interpretação de textos e sinais⁶, e é criação atribuída ao teórico J. C. Dannhauer. Hodiernamente, “pode ser definida como teoria ou arte da interpretação e compreensão de textos produzidos, principalmente no âmbito da literatura, da teologia ou do direito⁷”.

No que tange à dúvida quanto a sua cientificidade, se se trata de teoria ou arte, há algumas discussões, contudo, não resta dúvidas de que o objetivo preponderante desta é o desenvolvimento de estratégias para se atingir o conteúdo correto dos textos que busca analisar.

Apesar de não se poder auferir com precisão a origem da hermenêutica, etimologicamente, a palavra “hermenêutica” remonta aos gregos, especificamente ao semideus Hermes, que era responsável pela mediação entre deuses e homens, isto porque, Hermes tornava compreensível o que era dito pelos deuses, traduzindo para a linguagem humana, ou seja, ele interpretava o que diziam os deuses⁸. Nesse sentido, a palavra hermenêutica sugere o processo de tornar compreensível.

O caráter teórico assume relevância no contexto do renascimento e da Reforma Protestante, pois utilizada na interpretação de textos bíblicos, clássicos da literatura e textos jurídicos. Ela assume contornos mais sofisticados no romantismo alemão, através de Schleiermacher, sendo definida como filosofia dotada de universalidade.

Schleiermacher, com o escopo de enfrentar o problema dos mal-entendidos, os quais poderiam levar a uma interpretação distinta da que o autor do texto queria a ele imprimir, criou o método circular, denominado de círculo hermenêutico, “através do qual o intérprete se movimentaria do

6 GRODIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 23.

7 ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; CARNIO, Henrique Garbellini. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 418.

8 *Ibidem*, p. 419.

todo para a parte e da parte para o todo, de modo a apurar sua compreensão a cada movimentação efetuada⁹”.

O processo interpretativo na hermenêutica clássica estava embasado na adoção de princípios metodológicos que subjazem à interpretação, que se apresenta relativista e reduzida a um processo repetitivo na busca a um “sentido verdadeiro”.

Neste contexto, o ato interpretativo era meramente reprodutivo, pois o intérprete apenas reproduziria o sentido que está preso ao texto, razão pela qual Schleiermacher dizia que, para conseguir uma interpretação correta, o intérprete deveria voltar ao corpo do autor.

Importante consignar que tanto a hermenêutica clássica como a filosófica partem de objetivos comuns, qual seja: em qualquer projeto interpretativo há uma pretensão de correção, isto porque, todo intérprete deseja atingir a interpretação correta (quando se interpreta, não se imagina, ou melhor, não se quer chegar a erro, a mal-entendidos).

Entrementes, o que vai a diferenciar é o “como”. Dentro da hermenêutica clássica, existe uma certa intenção normativa, pois quer estabelecer regras que devem ser seguidas pelos intérpretes para se chegar ao sentido correto do texto, por isso diz ser metodológica. Isto é criticado por Gadamer, para quem interpretar independe de regras metodológicas, já que antes mesmo do homem criar a hermenêutica, antes da ciência estudá-la, o homem já interpretava textos.

A partir desta crítica, fica evidente que a intenção de Gadamer é diferente, pois não se preocupa em dizer como interpretar, ele diz o que acontece quando se interpreta.

Neste contexto, há que se advertir que em sua principal obra, na verdade, diferentemente do que o nome parece propor, não contém nenhuma teoria da verdade e nada sobre o método.

Para ele, a verdade não é questão de método. E mais, seguir um método, muitas vezes, nos levaria a chegar ao erro, pois o apego metodológico leva ao reducionismo que eventualmente levaria a inverdades.

9 ABBOUD; OLIVEIRA, op. cit., p. 352.

Em Gadamer fica evidente que a hermenêutica é uma questão universal, não porque tem método, tampouco porque ela é o estatuto epistemológico das ciências humanas, mas sim, porque em qualquer lugar que tenha linguagem, há um problema interpretativo ou de compreensão.

A hermenêutica filosófica está ancorada na linguagem, eis que a existência do ato interpretativo se deve a ela. Aqui a linguagem dá o sentido de existência da interpretação. Para a hermenêutica filosófica, o conhecimento da verdade considera a pré-compreensão inerentes ao intérprete que se debruça sobre a realidade casuística, tornando peculiarmente visível o processo interpretativo.

Pode-se afirmar que a linguagem assume um lugar fundamental das relações jurídico-sociais, passando-se de uma interpretação reprodutiva para a produção de sentido.

A pré-compreensão é algo que te posiciona e te possibilita compreender as coisas. Quanto maior o espaço pré-compreensivo, quanto maior o ajuste existencial, maior a probabilidade de fazer interpretações corretas.

Por fim, há uma diferença entre pré-compreensão no sentido de limitar e possibilitar seus projetos interpretativos daquilo que pode ser considerado com preconceito ou pré-juízo, que será abordado mais adiante.

2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE GADAMER

A contribuição de Hans-Georg Gadamer, com a obra *Verdade e Método*, faz com que a hermenêutica alcance um caráter universal, tornando-se uma filosofia. Contudo, diferentemente do que parece propor, conforme já asseverado, sua obra não contém nenhuma teoria da verdade e nada sobre o método.

Haja vista a inefetividade da hermenêutica clássica, naturalmente metodológica, nasceu a necessidade de compreender o direito a partir de ser-no-mundo, ou seja, a partir da hermenêutica filosófica. “A hermenêutica deixa de ser um método para tornar-se uma ontologia, o “modo de ser do homem”, o modo de “compreender”, desvalorizando, dessa maneira, a teoria positivista¹⁰”.

10 LOPES, Ana Maria D'Ávila. *A hermenêutica jurídica de Gadamer*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/560/r145-12.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 9 abr. 2017.

Gadamer é um dos autores mais importantes acerca da hermenêutica filosófica¹¹, sendo que seus estudos buscam superar o problema hermenêutico relacionado ao conceito metodológico. A hermenêutica desenvolvida por ele afasta-se de uma doutrina de métodos das ciências do espírito e almeja seguir um olhar além de sua autocompreensão metódica através da experiência do homem no mundo.

Espírito é uma questão intrinsecamente alemã, diz respeito à dimensão do ser humano que não é corpo (biologia, fisiologia, etc). Espírito está ligado às questões não materiais da experiência humana (psicologia, antropologia, etnologia, história, etc). No nosso contexto, tudo aquilo que chamamos de ciências humanas.

Convém esclarecer, ainda, que há uma diferença entre ciências humanas e sociais aplicadas (direito, sociologia, ciência política, etc), mas, neste contexto alemão do final do Século XIX e início do Século XX, mesmo as “sociais aplicadas” fariam parte das ciências do espírito.

Hans-Georg Gadamer entende que há verdade para além do método, até mesmo porque, muito antes da ciência se preocupar com a hermenêutica, o homem já interpretava mensagens. Neste sentido, ele defende a inviabilidade da aplicação de métodos para o domínio e controle da experiência da linguagem, pois esta não se deixa capturar pelo sujeito racional a partir de um contexto objetivável e isolado. A linguagem pertence a uma tradição que se encontra em contínua formação; esta pluralidade de vozes que ecoa do passado e se integra no presente para a construção do futuro, não pode ser isolada de nós mesmos para melhor investigação¹².

Deste modo, a hermenêutica proposta por Gadamer passa de um conjunto de técnicas de interpretação, a filosofia, que moldou o modo de ver o mundo, influenciando as ciências humanas, preponderantemente, o Direito.

Ele propõe um novo modo de pensar o universo da compreensão, afastando-se dos modelos clássicos hermenêuticos, já que busca refletir sobre a verdade nas ciências do espírito.

11 Na verdade, o termo “hermenêutica filosófica” é criação do Gadamer. Após, em razão de características peculiares à sua criação, é que outros autores (Schleiermacher, Diltley, Heidegger) foram incluídos ou não como adeptos a esta corrente filosófica.

12 MAIA, Lízea Magnavita. *A hermenêutica filosófica - um novo caminho para a hermenêutica constitucional*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-23-JULHO-2010-LIZEA-MAIA.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2016.

Chama-se de virada hermenêutica, o que aconteceu com os ensinamentos de Heidegger (hermenêutica da factividade enquanto filosofia hermenêutica) e levado adiante por Gadamer (enquanto hermenêutica filosófica).

Gadamer parte da descoberta heideggeriana da estrutura ontológica do círculo hermenêutico, que é derivada da temporalidade do Dasein: a hermenêutica como autoesclarecimento da situação existencial¹³.

Para chegar-se à verdade é necessário o desvelamento do ser, ou seja, a arte de compreender consiste sempre em compreender-se. A compreensão de um texto é, assim, um constante reprojeter-se a partir de determinada perspectiva do intérprete, contudo, esta (opiniões prévias) não deve ser confundida com arbitrariedade. Para se chegar à verdade (à compreensão), as perspectivas do intérprete não podem ser arbitrarias, para tanto, o intérprete deve deixar que o texto fale por si, para evitar mal-entendidos.

Toda vez que um sentido se apresenta, cria-se um sentido do todo a partir das perspectivas de quem lê. Contudo, tem que haver um constante reprojeter, pois, o projeto prévio sempre será revisado ao se progredir a leitura, com o fim de se buscar o sentido mais adequado.

Pelo círculo hermenêutico, deve-se entender o todo a partir do individual e o individual a partir do todo, aumentando a unidade de sentido compreendido em círculos concêntricos.

Veja, quando se inicia uma leitura, o indivíduo o faz com certa expectativa, uma opinião prévia em relação ao objeto de estudo, que denominamos de pré-compreensão, a partir da qual se estabelece um projeto de compreensão do todo¹⁴.

Com efeito, a atividade de compreender não é inserir no texto, de maneira direta e acrítica, nossos hábitos linguísticos, ao contrário, deve-se abrir à opinião do outro, à do texto, deve-se deixar que o texto fale conosco¹⁵.

13 JÚNIOR, Bruno Henriger. *A hermenêutica filosófica de Gadamer: tradição, linguagem e compreensão*. Disponível em: <<http://www.fmp.com.br/revistas/index.php/FMP-Revista/article/view/3>>. Acesso em: 31 out. 2016.

14 “A compreensão é sempre a continuação de uma conversação já iniciada antes de nós. Projetados para dentro de uma determinada interpretação, nós continuamos essa conversação. Dessa forma, nós assumimos e modificamos, por novos achados de sentido, as perspectivas de significado que nos foram transmitidas, com base na tradição e do seu presente em nós” (GRODIN, op cit., p. 194).

15 “[...] quem quer compreender um texto, em princípio, tem que estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde

E mais, para Gadamer, o ato interpretativo tem como ponto de partida os pré-juízos do intérprete (preconceitos), que são juízos que se formam “antes da prova definitiva de todos os momentos determinantes segundo a coisa¹⁶”. Esclarece, ainda, que são muito mais do que meros juízos individuais, constituem a realidade histórica do seu ser.

Ao iniciar sua atividade, o intérprete faz um projeto preliminar com base em suas concepções prévias e naquilo que o texto lhe oferece. Vê-se, pois, que não há compreensão livre de pré-juízos. Ocorre que, o intérprete deve analisar a legitimidade dos mesmos, para não incorrer em erros, com a utilização de pressupostos que não encontram sustentação no texto.

Gadamer fala que os pré-juízos podem ser classificados em positivos (legítimos e ligados com a hermenêutica histórica) e negativos (representando um juízo não fundamentado e decidido diante de um tribunal da razão - limitadores).

Neste ensejo, convém advertir que não se pode confundir pré-compreensão e pré-juízo. Este é objetivável, já que está numa dimensão de interpretação que se tem maior controle enquanto intérprete e são condicionados de acordo com sua visão de mundo. Noutra giro, não há como mapear a pré-compreensão, não há como transformá-la em objeto de análise. Nós a temos por estarmos inseridos em uma comunidade onde há escolhas políticas, objetivos e ideais de Estado.

Deste modo, quanto mais o intérprete se insere no universo da tradição, mais ele aumenta o seu espaço de existência, maior sua pré-compreensão, o que, por conseguinte, permite maiores possibilidades de projetos interpretativos.

Ocorre que a fundamentação em uma decisão, por exemplo, ou na criação de uma lei, não pode estar embasada em fundamentos que não se trata da “coisa mesma”, para não ser arbitrário. Deve-se afastar os pré-juízos para interpretar corretamente o texto, isto porque, deve-se saber se são pré-juízos legítimos ou ilegítimos. Se legítimos, deve-se confirmar e continua o processo interpretativo; se ilegítimos, deve-se excluir e substituí-lo por outro, pois não se confirma naquilo que é o objeto de interpretação.

o princípio, para a alteridade do texto, mas essa receptividade não pressupõe nem neutralidade em relação à coisa nem tampouco autoanulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes” (GADAMER, op. cit., p. 358).

16 Ibidem, p. 407.

O que Gadamer quer dizer é que a interpretação não pode ser condicionada por pré-juízos ilegítimos. Se o intérprete leva a sério o texto e efetivamente quer compreendê-lo, tem que suspender os pré-juízos inautênticos, tem que deixar o texto falar, não pode impor sentido ao texto, tem que estar aberto ao diálogo com o texto, sendo que este diz algo a partir da tradição. É com a tradição que o sentido vai se revelando.

A noção de tradição deve ser aqui abordada, pois a verdade deve ser buscada a partir de expectativas de sentido que nos dirigem e provêm de nossa tradição específica, em relação a qual nós estamos subordinados. Nas palavras de Oliveira¹⁷, “onde quer que compreendemos algo, nós o fazemos a partir do horizonte de uma tradição de sentido, que nos marca e precisamente torna essa compreensão possível”.

Nas palavras de Oliveira e Moura¹⁸, o círculo hermenêutico “descreve a compreensão como sendo a dialética entre o movimento da tradição e movimento do intérprete”. “Portanto, a compreensão se dá no interior de um conjunto relacional manifestado na forma de transmissão da tradição por meio da linguagem”.

É válido ressaltar que quando se fala em compreensão, fala-se em interpretação, já que o pensamento gadameriano não os diferencia, pois compreender é interpretar, constituindo, como já observado, em um processo hermenêutico unitário, já que o ato interpretativo ocorre por meio da fusão de horizontes históricos, que é possível através da “consciência da história efetual¹⁹”.

Com efeito, como nos elucida Oliveira & Moura²⁰, a fusão de horizontes ocorre por meio da interpretação, em que a “atividade interpretativa implica a produção de um texto novo, que é obtido através da adição de sentido que é dada pelo intérprete dentro de uma concepção dialógica”.

Ainda há que se ressaltar que em determinados momentos a interpretação é condicionada a autoridade.

17 OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 228.

18 OLIVEIRA, Daniela Rezende de.; MOURA, Rafael Soares Duarte de. *Apostamentos acerca da pré-compreensão e da compreensão nas Teorias Hermenêuticas de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer e suas implicações no ato de julgar*. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1131.pdf?>>. Acesso em: 29 out. 2016.

19 Ibidem.

20 Ibidem.

Para Gadamer, no ato interpretativo pode haver influência de autoridade e isto não degenera o processo interpretativo compreensivo, desde que haja um reconhecimento. O ato de autoridade é ato de conhecimento e de reconhecimento, pois segundo Gadamer, a autoridade só é legítima se reconhecida. E quem dá coordenadas para o reconhecimento é a tradição.

Segundo Gadamer, a reabilitação de autoridade e tradição é o ponto de partida do problema hermenêutico, cuja tarefa é “defender o sentido razoável do texto contra toda imposição²¹”.

Nesse ínterim, a partir da tradição e da consciência histórica toma-se conhecimento de certas verdades, que formam pré-juízos, se legítimos, são utilizados em novo processo interpretativo. Quando se fala em autoridade, é o reconhecimento de legitimidade de certa tradição ou certo posicionamento, em virtude do qual se apoia para proferir novos juízos. Tudo isso, segundo Gadamer, corrobora para se chegar à verdade em um ato interpretativo.

A consciência histórica faz parte da tradição, da herança que nos é legada por gerações anteriores e que nós temos como destino entrar nessas veredas e tentar compreendê-la.

O fato ocorrido no passado e interpretado no mesmo momento ou em momento posterior pode ter uma interpretação muito diferente de uma reflexão realizada posteriormente. Quanto mais tempo distanciar o fato ou a obra analisada de sua interpretação, melhores conceitos serão retirados.

Um exemplo claro da validade deste argumento é o sistema Nazista alemão implementado por Hitler, onde, à época, era um modelo glorificado e acreditado pelos alemães e, hoje, trata-se de um modelo radical e racista que os envergonha²².

Em sua obra, Dilthey denomina de consciência histórica a aptidão do ser humano em “analisar fatos passados e presentes, interpretando-o

21 GADAMER, op. cit. p. 417.

22 JOBIM, Marco Félix. *O compreender em Hans-Georg Gadamer a partir da análise da obra “O Príncipe” de Nicolau Maquiavel*. Disponível em: <<http://www.ajdd.com.br/links/artigos/pdf/hermeneutica/art4.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2016.

conforme a época em que vive²³”. Isto é de suma importância para Gadamer, que entende por consciência histórica “o privilégio do homem moderno de ter plena consciência da historicidade de todo presente e da relatividade de toda opinião²⁴”.

Distância temporal é o interstício de tempo entre o texto a ser interpretado, ocorrido no passado, e sua interpretação posterior. Esta distância temporal não deve ser vista como um problema na hora de interpretar, muito pelo contrário, segundo Gadamer, a historicidade é o que possibilita compreender melhor um texto ou uma obra.

Conforme afirma Jobim²⁵, em Schleiermacher, para que a interpretação fosse correta, o intérprete deveria voltar no tempo e se colocar na pessoa do escritor, pois assim, colocar-se-ia na perspectiva do leitor para o qual era destinada a obra. Gadamer não entende da mesma forma, até mesmo porque diz ser impossível tal esforço, preponderantemente por prescindir da efetiva historicidade de cada um, a saber, da relação que cada um possui com seu ambiente e com sua situação.

Para ele é desnecessário a transcendentalidade do intérprete, podendo este se valer, para sua interpretação, de conhecimentos que adquiriu²⁶, bem como de outras interpretações já dadas desde a época que o texto foi escrito. E mais, acrescenta que a interpretação posterior é superior à originária, por isso, diz que há “uma diferença insuperável entre o intérprete e o autor, diferença que é dada pela distância histórica²⁷”.

Na visão gadameriana, o autor perde importância para o texto, que desconhece o valor da própria obra, razão pela qual, determinadas obras em certa época não são consideradas clássicos e noutra sim.

Importante também observar que o verdadeiro sentido de uma obra ou de um texto nunca se esgota, visto ser, coeso o autor alemão, um processo infinito, sendo que o verdadeiro significado da obra é exteriorizado pelo último intérprete²⁸.

23 JOBIM, op. cit.

24 GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Organizado por Pierre Fruchon. Tradução por Paulo Cesar Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003. p.17.

25 JOBIM, op. cit.

26 Ibidem.

27 Ibidem.

28 Ibidem.

3 REFLEXOS DA PROPOSTA HERMENÊUTICA GADAMERIANA NO DIREITO

A interpretação do Direito é assunto que gera inúmeras polêmicas entre os aplicadores e estudiosos desta ciência jurídica, já que, além de se fazer justiça aos casos concretos, para tanto deve-se achar a solução correta para se ter melhores decisões, o Direito deve garantir a segurança jurídica.

Conforme elucida LOPES²⁹ “A função normativa do Direito é regular os comportamentos dos cidadãos e das instituições da vida social, sendo indispensável a compreensão interpretativa da norma”. E continua, “Mas a compreensão do Direito só será possível por meio da aplicação da norma a uma situação jurídica concreta”, sendo que, dada a complexidade das relações sociais,

cada nova situação irá requerer uma nova aplicação da norma, pois a sua generalidade e sua historicidade impedem uma aplicação imediata. No Direito, não existe um processo interpretativo independente da aplicação da norma, já que só nesse momento é possível compreender todo o seu sentido, é ali que se fundamenta sua validade. Compreensão, interpretação e aplicação não são três momentos autônomos, mas interdependentes. A autonomia interpretativa só existiria se se entendesse a aplicação jurídica como uma simples subsunção da norma ao caso concreto, afastada da sua historicidade (LOPES, 2000).

O que não é possível, como já asseverado acima, pois a historicidade é que permite o real compreender e mais, tendo em vista se tratar de uma “sociedade complexa e conflituosa na qual o crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social reclamam novas posturas dos operadores jurídicos³⁰”.

As contribuições de Hans-Georg Gadamer propuseram uma nova forma de pensar as ciências do espírito, dentre elas, o direito (conforme asseverado alhures, no contexto alemão do final do Século XIX e início do Século XX, as ciências sociais aplicadas - o direito - fariam parte das ciências do espírito). Isto porque, com as mudanças trazidas pela virada linguística, sobrepondo a metafísica clássica, o foco das investigações filosóficas deixou de ser o sentido presente nas próprias coisas (sujeito-objeto) passando a se dar na e pela linguagem (sujeito-sujeito), assim, o

29 LOPES, op. cit.

30 STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 17.

Direito passou a ser entendido partir da centralidade da linguagem, não podendo dela se dissociar.

Para Gadamer a interpretação do direito e sua aplicação é um processo unitário³¹, até mesmo por que “o intérprete não se depara com o texto constitucional separado da realidade social e dos demais textos infraconstitucionais³²”.

Fica evidente na obra de Gadamer que a aplicação do Direito deve se afastar da forma metodificada, que, por seu rígido formalismo, não permite, na aplicação da lei, interferências de caráter cultural, ético, social, na busca da melhor interpretação, ou seja, não há lugar para fundamentos teórico-filosóficos.

Sabe-se que o papel do Direito e, por conseguinte, do juiz que o aplica aos casos concretos, não se esvazia com a mera subsunção, já que a norma não possui um único significado.

Até mesmo porque, consoante Ribeiro e Braga³³, “a ideia de um sistema fechado mantido pelas técnicas interpretativas é refratária ao Estado Democrático de Direito”, pois neste, exige-se

um “pensar problematizador”, no qual a ideia de um sistema fechado, rigoroso e prévio seja afastada em prol de uma reconstrução dialógica que reivindica o caso concreto. Ante as constatações de que o horizonte tradicional da hermenêutica técnica se revela cada vez mais insuficiente para o desiderato da interpretação jurídica, os pressupostos teórico-científicos, metodológicos e também filosóficos da Ciência do Direito postos em evidência pela Hermenêutica de Gadamer necessitam ser estudados e aprofundados (RIBEIRO; BRAGA, 2008).

A hermenêutica filosófica de Gadamer, contrapondo a hermenêutica clássica, “abre caminho para uma hermenêutica de cunho produtivo em que a interpretação da lei é uma tarefa eminentemente criativa³⁴”, afastando-se da mera reprodução de sentido.

31 GADAMER, op. cit. p. 463.

32 ABOUD; OLIVEIRA; CARNIO. op. cit. p. 450-451.

33 RIBEIRO, Fernando José Armando; BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. *A aplicação do Direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160157/Aplica%C3%A7%C3%A3o_direito_perspectiva_hermeneutica_177.pdf?sequence=4>. Acesso em: 9 abr. 2017.

34 ABOUD; OLIVEIRA; CARNIO. op. cit. p. 451.

Razão pela qual, não se deve, na aplicação do direito ou na busca pelo sentido original da lei, tentar reconstruir a vontade do legislador, o que “seria igual a tentar reduzir os acontecimentos históricos à intenção dos protagonistas³⁵”. A hermenêutica gadameriana mostra que não é possível retomar o sentido querido pelo autor, que a interpretação é uma questão de situação histórica e que a distância temporal é aliada ao processo interpretativo, é o que permite a compreensão, e não uma barreira.

A estrutura circular do processo interpretativo exige que o intérprete esteja atendo àquilo que o texto quer lhe falar, sendo que a cada leitura, a cada aplicação a casos concretos diferentes, se inicia um novo projeto interpretativo, que leva em consideração pré-compreensões diferentes, por meio da tradição, possibilitando cada vez mais uma melhor interpretação, já que o processo hermenêutico não é fixo.

Ante o que se expõe, resta evidente que a hermenêutica não é uma questão de método, já que o entendimento não é questão de método, mas um acontecer.

Vê-se, pois, que a partir de Gadamer, é possível desconstruir alguns pressupostos da hermenêutica jurídica que são falaciosos.

Convém, por fim, ressaltar que, não obstante a aplicação dos ensinamentos de Gadamer à ciência jurídica, Gadamer aborda a compreensão como um todo e não diretamente para uma área específica, não diretamente para o direito. Todavia, como observado por ABBoud et al³⁶, “certo é que, as análises acerca do compreender, da história e da linguagem que são realizadas em *Verdade e Método* produzem profundas alterações no modo como a ciência jurídica se constitui”.

4 CONCLUSÃO

Ao analisar, ainda que de maneira breve, a teoria hermenêutica proposta por Gadamer, vê-se que ele elevou a hermenêutica ao patamar de filosofia, rompendo-se com a tradição hermenêutica de cunho metodológico. Na busca pela verdade, Gadamer estuda as condições de possibilidade da compreensão e interpretação a partir das experiências humanas.

35 LOPES. op. cit.

36 ABBoud; OLIVEIRA; CARNIO. op. cit. p. 444.

Diferentemente dos adeptos à hermenêutica clássica, Gadamer afasta a possibilidade do processo interpretativo estar vinculado ao método, por entender que isso levaria a reducionismo e eventualmente ao erro interpretativo.

Isto porque, para se chegar a verdade, se esta fora intenção do intérprete - normalmente o é -, o intérprete não pode se desvincular de suas experiências e conhecimentos prévios, não há como separá-lo da obra interpretada; contudo, esse pré-juízos só podem subsidiar sua fundamentação se legítimos e encontrar embasamento com o contexto o qual se interpreta.

Prossegue ele dizendo que esses pré-juízos e a sua pré-compreensão podem ser adquiridos por meios de experiências próprias ou de outros, recebidos através da tradição, sendo que, quanto maior a vivência do intérprete, menos ignorante, por conseguinte, maior a possibilidade de acerto no processo interpretativo.

Para o reconhecimento da tradição, Gadamer aponta a existência da consciência histórica e da autoridade, muitas vezes anônima. Àquela no sentido de que à todos cabe saber o que nos é passado por gerações, que nos preenchem no processo pré-compreensivo. Esta significando dizer conhecimento, mas além dele, o reconhecimento. Não há que se falar em autoridade sem que lhe seja reconhecido tal patamar.

E mais, quanto mais distante estiver o intérprete do objeto analisado, maior a possibilidade de uma correta interpretação, isto porque, consegue percorrer por toda a tradição e consciência histórica, conseguindo chegar ao melhor significado possível de tal objeto, sendo que o verdadeiro sentido de uma obra não se esgota, visto ser um processo infinito.

Por tudo isso, diz-se que, a partir da hermenêutica filosófica, criada por Gadamer, que o ato interpretativo é produtivo e não apenas reprodutivo de sentido.

No que tange à aplicação ao direito, a partir da proposta gadameriana, pode-se desconstruir alguns pressupostos da hermenêutica jurídica, já que, como visto, a hermenêutica não é uma questão de método e, para a correta aplicação do direito, não há que se falar em achar a vontade do legislador, tampouco em mera subsunção do fato à norma, tendo em vista que as relações sociais são extremamente complexas, o que geraria injustiças ou, melhor dizendo, levaria a um processo hermenêutico falho.

Conclui-se, ainda, que Gadamer não reduz a aplicação dos seus ensinamentos à ciência jurídica, mas sim, à compreensão como um todo.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; CARNIO, Henrique Garbellini. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Organizado por Pierre Fruchon. Tradução de Paulo Cesar Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

_____. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

GRODIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

JOBIM, Marco Félix. *O compreender em Hans-Georg Gadamer a partir da análise da obra "O Príncipe" de Nicolau Maquiavel*. Disponível em: <<http://www.ajdd.com.br/links/artigos/pdf/hermeneutica/art4.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2016.

JÚNIOR, Bruno Henriger. *A hermenêutica filosófica de Gadamer: tradição, linguagem e compreensão*. Disponível em: <<http://www.fmp.com.br/revistas/index.php/FMP-Revista/article/view/3>>. Acesso em: 31 out. 2016.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *A hermenêutica jurídica de Gadamer*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/560/r145-12.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 9 abr. 2017.

MAIA, Lízea Magnavita. *A hermenêutica filosófica - um novo caminho para a hermenêutica constitucional*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-23-JULHO-2010-LIZEA-MAIA.pdf>. Acesso em: 30 out. 2016.

MARTINI, Angela. O ato de julgar como atividade concretizadora da constituição: uma proposta à luz da hermenêutica filosófica. 2006. *Dissertação - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Vale dos Sinos*, São Leopoldo, 2006. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2372/0%20ato%20de%20julgar.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 31 out. 2016.

MOREIRA, Rui Verlainne Oliveira; MENDES, Ana Araújo Ximenes Teixeira. A eficácia das normas constitucionais e a interpretação pragmática da Constituição. *THEMIS - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, v. 6, n. 2 (2008). Disponível em: <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/197>>. Acesso em: 31 out. 2016.

OLIVEIRA, Daniela Rezende de; MOURA, Rafael Soares Duarte de. *Apontamentos acerca da pré-compreensão e da compreensão nas Teorias Hermenêuticas de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer e suas implicações no ato de julgar*. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1131.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2016.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática*. São Paulo: Loyola, 1996.

PEDRON, Flávio Quinaud. O giro linguístico e a auto-compreensão da dimensão hermenêutico pragmática da linguagem jurídica. *Vox Forensis*, Espírito Santo do Pinhal, n. 1, v. 1, p. 199-213, jan./jun. 2008.

RIBEIRO, Fernando José Armando; BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. *A aplicação do Direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160157/Aplica%C3%A7%C3%A3o_direito_perspectiva_hermeneutica_177.pdf?sequence=4>. Acesso em: 9 abr. 2017.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

RECEBIDO EM: 15/03/2017

APROVADO EM: 03/05/2017

IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO E TUTELA AO MEIO AMBIENTE: UMA ANÁLISE DO CAFÉ EM CÁPSULA

*IMPORT TAX AND ENVIRONMENT PROTECTION: A COFFEE
CAPSULE ANALYSIS*

Camila Pintarelli

Mestre e Doutoranda em Direito Econômico pela PUC/SP

Membro da Comissão de Direito Administrativo da OAB/SP - Seção São Paulo

Procuradora do Estado de São Paulo

SUMÁRIO: Introdução; 1 O café em cápsula e as cápsulas de café; 1.1 O café em cápsula: conceito e a massificação de seu consumo na atualidade; 1.2 As cápsulas de café: a geração deste resíduo no cenário brasileiro; 2 A Resolução CAMEX n. 18/2015 e o ordenamento jurídico brasileiro; 2.1 Intervenção do estado no domínio econômico e extrafiscalidade: um exame do imposto de importação; 2.2 A alíquota do imposto de importação e sua função na tutela ao meio ambiente (art. 3º, 'a', Lei Federal n. 3244/57); 2.3 A Resolução CAMEX n. 18/2015, a Lei Federal n. 12.305/2010 e o mercado nacional de cápsulas de café; 3 Conclusões; Referências.

RESUMO: O estudo aborda a atual questão dos resíduos sólidos pós-consumo atrelando-a à extrafiscalidade, como forma de verificar a compatibilidade da Resolução CAMEX n. 18/2015 com o Ordenamento Jurídico brasileiro. Para tanto, o estudo discorre sobre a massificação do consumo do café em cápsula no Brasil e no mundo, e suas consequências em termos de geração de resíduos. Ainda, verificaremos se o consumo ambientalmente sustentável pode atuar como condicionante no arbitramento de alíquotas de tributos extrafiscais, em análise desenvolvida a partir da noção de intervenção do Estado no domínio econômico. Ao final, faremos algumas reflexões conclusivas sobre os equívocos legais a opção tributária externada na Resolução CAMEX n. 18/2015.

PALAVRAS-CHAVE: Café em Cápsula. Resíduos Sólidos. Imposto de Importação. Intervenção do Estado no Domínio Econômico.

ABSTRACT: Our study will cover the current issue of post-consumer waste tying it to extrafiscality as a way to verify the compatibility of Camex Resolution no. 18/2015 with the Brazilian legal system. Therefore, we will discuss the mass consumption of coffee capsules in Brazil and the world, and its consequences in terms of waste generation. Also, we will study whether the environmentally sustainable consumption can act as a constraint on regulatory taxation, in analysis developed from the state intervention in the economic domain concept. In the end, we will make some conclusive reflections on the legal misconceptions of the tax option expressed in Camex Resolution no. 18/2015.

KEYWORDS: Coffee Capsule. Waste. Import Tax. State Intervention in the Economic Domain.

INTRODUÇÃO

A passagem da sociedade de produtores para a sociedade de consumidores, tal como nos ensina Bauman¹, trouxe consigo diversos problemas oriundos da cultura do consumo e da descartabilidade e um dos principais deles é o aumento considerável na geração de resíduos sólidos pós-consumo, com graves consequências ambientais que demandam reação não apenas dos entes públicos, como principalmente dos agentes econômicos.

No Brasil, a fim de disciplinar a matéria sobre a importância do tema, foi editada a Lei Federal n. 12.305/2010, que introduziu no país a Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS. Fundada sobre princípios e diretrizes que visam à gestão integrada e ao gerenciamento ambientalmente adequado dos resíduos sólidos, a PNRS aproxima a tutela ao meio ambiente do consumo sustentável, prevendo instrumentos, a serem utilizados pelo Poder Público, pelos cidadãos e entes privados, cujos objetivos são, essencialmente, evitar a geração de resíduos e conferir-lhes destinação adequada. Em termos mais amplos, trata-se de legislação que objetiva alinhar os valores da atual sociedade de consumo à necessária tutela e preservação do meio ambiente, conjugação esta cujas dificuldades práticas podem ser visualizadas ao se voltar os olhos a um dos principais exemplos de geração de resíduos pós-consumo na atualidade: o café em cápsula.

O consumo de café no Brasil e no mundo integra o cotidiano de milhares de pessoas. Com efeito, de acordo com dados da Organização Internacional do Café, no ano de 2014 foram consumidas mais de 9 milhões de toneladas de café ao redor do mundo, em um percentual médio de crescimento de 2,5% desde 2011², e que só tende a expandir-se nos próximos anos.

O conceito de *coffee capsules* remonta ao ano de 1976. Criado por Eric Favre, um funcionário da Nestlé, e desenvolvido em escala industrial pela marca na década de 1980, o café em cápsula baseia-se em cápsulas produzidas em plástico e alumínio, que proporcionam a possibilidade de consumo rápido e individual de doses de café, por meio de máquina própria para o manuseio das cápsulas.

1 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro : Zahar, 2008. p. 43-44.

2 Dados obtidos junto à Organização Internacional do Café (ICO – *International Coffee Organization*), que divulgou que em 2014, 150,2 milhões de sacas de 60kg de café foram consumidas no mundo. Informações disponíveis em: <http://www.ico.org/monthly_coffee_trade_stats.asp>. Acesso em: 01 mar. 2016.

Com a ajuda de grandes ações de publicidade da Nestlé, as cápsulas de café expandiram-se globalmente, trazendo ao mercado cafeeiro novos adeptos e apreciadores da bebida. Após a expiração do prazo de validade da patente do modelo originário, outras empresas passaram a produzir o chamado café em cápsula, em modelos que poderiam ser usados em máquinas próprias ou simultaneamente em diversos maquinários, o que consolidou essa forma de consumo.

Atualmente, cerca de um terço da população dos Estados Unidos possui uma máquina de café em cápsula em suas residências e, no Reino Unido, estima-se que 186 milhões de cápsulas sejam consumidas anualmente.³ No Brasil, embora o café em cápsula represente pouco mais de 0,6% do mercado de café⁴, em 2014 suas vendas alcançaram o volume de 660 toneladas⁵, com perspectiva de triplicação da comercialização até 2019⁶, segundo dados disponibilizados pela Associação Brasileira das Indústrias de Café.

A massificação do consumo do café em cápsula trouxe consigo a reflexão acerca de questões empresariais, sociais, jurídicas e ambientais, especialmente aquelas relacionadas ao pós-consumo do café encapsulado. De fato, embora existam até alternativas lúdicas criadas para conferir utilidade às cápsulas de café usadas – como é o caso da construção de objetos decorativos valendo-se das cápsulas descartadas – é certo que, e conforme veremos ao longo deste estudo, a destinação final da grande maioria destes recipientes é o lixo comum, sem qualquer cuidado com o descarte. A própria composição material destas cápsulas traz questionamentos sobre a correta nomenclatura jurídica a ser-lhes dada após o consumo⁷: seriam resíduos sólidos? Seriam rejeitos? Seriam as cápsulas usadas lixo, na concepção mais ampla deste termo?

-
- 3 LUSHER, Adam. *Inventor of the coffee capsule "feels bad" for environmental damage – and prefers to use filters*. Independent. Março/2015. Disponível em: <<http://www.independent.co.uk/life-style/food-and-drink/news/inventor-of-the-coffee-capsule-feels-bad-for-environmental-damage-and-prefers-to-use-filters-10083379.html>>. Acesso em: 30 mar. 2016.
 - 4 FONSECA, Danielle. Cápsulas de café atraem mais investimentos. *Jornal do Café – ABIC*. ed. 193. Rio de Janeiro, fev/2016, p. 16. Disponível em: <http://issuu.com/abic/docs/jc_193_saida_web_/1?e=4956551/33236891>. Acesso em: 23 mar. 2016.
 - 5 Disponível em: <<http://www.abic.com.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=59&infol=5125>>. Acesso em: 23 mar. 2016.
 - 6 *Reportagem produzida pela Band Terra Viva*. Disponível em: <<http://www.abic.com.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=59&infol=5334>>. Acesso em: 30 mar. 2016.
 - 7 O artigo 3º, incisos XV e XVI, da Lei Federal n. 12.305/2010, traz o que seria considerado rejeito e resíduo sólido para as finalidades da Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Sobre o descarte das cápsulas, recentemente, a mídia brasileira passou a indagar se à majoração no consumo de café encapsulado, acima mencionado, acompanhou a conscientização de reciclagem destas embalagens. A resposta é negativa.⁸

A realidade do pós-consumo do café em cápsula no Brasil contrasta com a existência de legislação voltada, justamente, a disciplinar a gestão ambientalmente adequada de resíduos sólidos no país, sobretudo quando levamos em consideração que a intensificação do consumo de café em cápsula – e, portanto, do descarte de cápsulas de café – é posterior à edição da Política Nacional de Resíduos Sólidos, de 2010.

E, como a Lei Federal n. 12.305/2010 tem como destinatários, tanto o Poder Público como os particulares e demais agentes econômicos, faz-se mister analisar a postura dos entes públicos frente ao aumento considerável de geração de resíduos sólidos oriundos do consumo em massa de café em cápsula no país.

Trata-se de corte metodológico que encontra fundamento em atual movimentação internacional que questiona as práticas adotadas pela Administração Pública com relação à tutela ambiental via gestão de resíduos sólidos, sendo digna de nota a recente proibição de contratação pública de café em cápsula feita pela cidade alemã de Hamburgo, que banuiu das repartições esta modalidade de consumo de café, sob a justificativa de que não se mostrava adequado utilizar dinheiro público adquirindo um produto cuja embalagem – que contém praticamente metade de seu peso total – apresenta grandes dificuldades para ser corretamente descartada e acondicionada após seu consumo, acarretando, por via de consequência, dispêndio adicional de dinheiro público para a garantia dos interesses ambientais.⁹

Além disso, e até como decorrência do dever constitucional previsto aos entes públicos no artigo 225, § 1º, inciso VI, da Constituição Federal, cabe à Administração Pública, em todas as suas esferas, a tarefa de conscientização pública da preservação ao meio ambiente, a qual perpassa pela gestão adequada de resíduos. Compete aos entes públicos o dever de

8 CUNHA, Joana. Febre nas cápsulas de café não é acompanhada pela reciclagem. *Folha de São Paulo* (online). Disponível em: <<http://www.abic.com.br/publico/cgi/egilua.exe/sys/start.htm?sid=59&infoid=5142>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

9 Guia para orientar compras sustentáveis de Hamburgo. Janeiro/2016, p. 125. Disponível em: <<http://www.hamburg.de/contentblob/4672386/data/umweltleitfaden.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2016, em tradução livre realizada. Ainda, vide matéria disponível em: <<http://www.bbc.com/news/magazine-35605927>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

dar exemplo à população, razão esta que justifica a análise do pós-consumo do café em cápsula sob o viés da atuação dos entes públicos.

Ao lado das mencionadas restrições em contratações públicas, outra prática passível de ser adotada pela Administração Pública é a utilização de tributos como forma de incentivar atividades econômicas que promovam, na prática, os objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos. A própria Lei Federal n. 12.305/2010 prevê nos artigos 8º, inciso IX, e 44, a tributação como instrumento de gestão ambientalmente adequada de resíduos sólidos, consolidando no Brasil o que há muito se convencionou chamar de Direito Ambiental Tributário.¹⁰

Ocorre que, no caso do café em cápsula, a postura governamental foi de encontro à utilização do tributo como mecanismo de proteção ambiental. Com efeito, em março de 2015, a Câmara de Comércio Exterior – Camex editou a Resolução n. 18, prevendo alíquota zero às operações de importação de café em cápsula e de máquinas de café que utilizem cápsulas.¹¹ Desde então, as operações de importação de café em cápsula e de máquinas de café que utilizam cápsulas estão isentas do imposto de importação, o que impacta diretamente no aumento de geração de resíduos no âmbito doméstico.

Tendo em vista que o imposto de importação é um tributo cujas finalidades não são arrecadatórias, mas essencialmente regulatórias, e levando em consideração as diretrizes de tutela ao meio ambiente e estímulo ao consumo sustentável estatuídas pela Lei Federal n. 12.305/2010, a opção tributária exercida pela Camex merece análise mais detida, afastada do simples modismo do consumo das *coffee capsules*, para que seja possível avaliar se o consumo ambientalmente sustentável pode atuar como condicionante constitucionalmente legítima ao exercício da extrafiscalidade.

A relevância e a atualidade do presente estudo estão justificadas na medida em que se trata de trabalho que aborda, em um primeiro momento, os aspectos que circundaram o surgimento do café em cápsula, sua transformação em produto de massas e os corolários que seu pós-consumo acarreta. O estudo segue com a extrafiscalidade, por meio de análise feita a partir de noções sobre intervenção do Estado no domínio econômico e dos parâmetros constitucionais para a alteração de alíquotas de tributos extrafiscais, circundando a análise ao caso do imposto de importação e

10 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Direito Ambiental Tributário*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2010.

11 Resolução Camex n. 18/2015. Disponível em: <<http://www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/1366>>. Acesso em: 07 jun. 2016.

aos reflexos na seara tributária trazidos pela tutela ao meio ambiente via gestão de resíduos sólidos e pelo consumo sustentável.

Utilizaremos, como base teórica de nosso trabalho, textos doutrinários e jornalísticos nacionais e estrangeiros, com pontuais citações jurisprudenciais e normativas. No que tange à abordagem metodológica, o estudo assume caráter essencialmente dogmático, com ênfase na dimensão analítica, isto é, na análise de conceitos e situações, nas relações existentes entre eles e nas consequências que a interpretação conjunta revela na prática jurídica.

O tema proposto é atual e instigante, pois possibilita, a um só tempo, a análise da preocupante questão do aumento da geração de resíduos pós-consumo, situando essa discussão no âmbito da extrafiscalidade, e permite estudo diferenciado sobre o mercado do café no Brasil e no mundo, um tema que carece de produções acadêmicas de cunho jurídico, merecendo análise mais compromissada.

1 O CAFÉ EM CÁPSULA E AS CÁPSULAS DE CAFÉ

A propagação do café pelo mundo é recente e data do século XVIII, tendo sido introduzido no Brasil através da Guiana Francesa e logrado desenvolver-se de forma bem-sucedida na região Sudeste do país ao longo do século XIX¹², consolidando-se rapidamente como produto nacional, com repercussões no desenvolvimento industrial do país e na realocação brasileira nas cadeias econômicas mundiais da época.¹³

O protagonismo do café na economia brasileira persiste até os dias de hoje. Com efeito, e de acordo com dados divulgados em obra coordenada pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior do Governo Federal, atualmente são quase 300 mil cafeicultores no Brasil, que ocupam 2,2 milhões de hectares de terra e produzem cerca de 50 milhões de sacas de café beneficiado. A indústria do café está presente em todos os Estados brasileiros, contando com aproximadamente 1.400 empresas do segmento. E, não obstante cerca de 70 países plantem café no mundo, é o Brasil o maior produtor de café, sendo responsável por 1/3 da produção mundial, com 40% de sua safra consumida internamente (o equivalente a

12 SCANTIMBURGO, João de. *O café e o desenvolvimento do Brasil*. São Paulo : Melhoramentos / Secretaria de Estado da Cultura, 1980. p. 14-20.

13 FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 6. Reimpressão. São Paulo : Companhia das Letras, 2007. p. 168-169 e 172.

mais de 20 milhões de sacas em 2014), o que nos torna, também, um dos maiores consumidores mundiais de café.¹⁴

Por sermos um dos maiores consumidores mundiais de café, as tendências de consumo experimentadas no Brasil refletem, de certa forma, aquelas demonstradas em outros países ao longo do tempo, dentre as quais a do café em cápsula.

1.1 O CAFÉ EM CÁPSULA: CONCEITO E A MASSIFICAÇÃO DE SEU CONSUMO NA ATUALIDADE

O surgimento e a expansão mundial do conceito de *coffee capsules* estão atrelados ao sistema Nespresso, que ganhou popularidade na década de 1990 e estabeleceu-se como uma das mais viáveis formas de o cidadão ter acesso e poder apreciar café expresso de qualidade no conforto de sua residência.¹⁵

Cerca de dez anos após a criação do sistema por Eric Favre, a Nespresso SA, uma empresa do grupo Nestlé, foi fundada e passou a dedicar-se à produção e venda de café encapsulado. Restrito inicialmente aos mercados suíços, japoneses e italianos, esse novo conceito em pouco tempo alcançou o mercado norte-americano, conquistando posteriormente o mundo ao introduzir facilidade e rapidez no preparo de doses individuais de café de qualidade.

Além da comodidade trazida pelas monodoses encapsuladas de café, a Nespresso alcançou popularidade mundial graças aos grandes investimentos em peças publicitárias e em produtos com design diferenciado e preços acessíveis, de forma a atrelar a marca e seu produto a nichos globais de luxo e a relacionar o consumo do café em cápsula ao bom gosto e vanguarda. Provas disso são as boutiques de café da marca e o impulso comercial global experimentado logo após o lançamento de uma de suas

14 SÓRIO, André (coord). *Reposicionamento estratégico das indústrias processadoras de café do Brasil*: propostas para sistematização de políticas públicas e estratégias de negócio. Passo Fundo: Méritos, 2015, p. 7.

15 Vale a pena mencionar, a título de curiosidade, que bem antes do surgimento do sistema Nespresso, a reconhecida marca italiana de café Illy havia idealizado algo semelhante às atuais cápsulas de café, em uma ideia cuja concepção retrocede ao ano de 1934, quando o fundador da companhia, Francesco Illy, foi o primeiro a inserir o pó de café em embalagens pressurizadas com nitrogênio, com o intuito de preservar seu sabor e garantir sua durabilidade. Um ano depois, a empresa introduziu no mercado a primeira máquina de café expresso da era moderna, a Illeta, capaz de servir doses individuais de café. E quarenta anos mais tarde, em 1974, retomando aquele conceito originário, porém com as devidas adequações tecnológicas, a Illy trouxe ao mercado os sachês de café (*coffee pods*), a serem utilizados na pioneira máquina de café Easy Serving Espresso. Informações disponíveis em: <<http://www.newyorker.com/tech/elements/before-the-coffee-pods>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

mais famosas máquinas de expresso, o modelo Concept¹⁶, um dos primeiros a proporcionar rapidez e agilidade para utilização e remoção das cápsulas, aliado a design industrial inovador com cores vibrantes.¹⁷

As cápsulas são características da chamada “segunda onda de consumo de café”¹⁸, que foi influenciada pela propagação mundial do conceito de café expresso, pela busca por padronização de sabores e por uma bebida de qualidade melhor, porém ainda disponibilizada no varejo e em grandes quantidades e variedades. Interessante mencionar que, com relação à aludida padronização de sabores, se voltarmos os olhos aos objetivos de cafeterias como a Starbucks e a Peet’s Coffee and Tea, veremos que estas redes visavam e ainda têm como uma de suas finalidades proporcionar um padrão constante de qualidade de café aos seus clientes, independentemente do local onde a loja estivesse ou esteja situada. Com as cápsulas não é diferente, pois o consumidor aprecia dentro e fora de sua casa o mesmo sabor de café, com a qualidade e origem garantidas pelo fornecedor.¹⁹

Ainda, as cápsulas são contemporâneas ao surgimento da noção de sociedade de consumo e ao amadurecimento de conceitos mais individualizados do ser humano, fatores estes essenciais à compreensão

16 Informações disponíveis em <http://www.nestle-nespresso.com/about-us/our-history#Phase_Phase 3>. Acesso em: 28 mar. 2016.

17 É importante mencionar que o sucesso das máquinas Nespresso deve-se também ao fato de que o valor de máquinas de café expresso geralmente era (e ainda o é) superior que o da Nespresso, o que afastava clientes potenciais que apenas vieram a ter contato com a noção residencial de café expresso com o sistema das cápsulas. Em pesquisa realizada no varejo brasileiro, no mês de abril/2016, o valor de uma máquina de expresso residencial de qualidade superior era de aproximadamente R\$ 2.200,00, enquanto que um modelo similar Nespresso poderia ser encontrado por R\$ 500,00.

18 Em 2003, foi publicado em um boletim de notícias do *The Roasters Guild*, cooperativa ligada à *Specialty Coffee Association of America*, um artigo que, de certa maneira, revolucionou a forma de visualizar o consumo do café ao longo da história. Elaborado por Trish R. Skeie e intitulado *Norway and Coffee*. Disponível em: <http://web.archive.org/web/20031011091223/http://roastersguild.org/052003_norway.shtml>. Acesso em: 23 mar. de 2016, esse texto cunhou o que se convencionou chamar de “ondas do consumo de café”, nomenclatura esta que se difundiu internacionalmente. De acordo com as ideias trazidas neste primeiro artigo e aperfeiçoadas posteriormente, é possível visualizarmos as tendências mundiais de consumo e venda de café em três marcos, que convivem entre si ao longo do tempo: a) um primeiro momento caracterizado pelo consumo do café exclusivamente por suas propriedades bioenergéticas, com ênfase no café de coador; b) um segundo marco com a expansão do café expresso no mundo, proliferação de cafeterias buscando a padronização da bebida servida e preocupação do consumidor com a origem e a qualidade do café consumido; e c) uma terceira onda, marcada pelo resgate da noção artesanal de café, porém com enfoque na preparação individual, com cuidado na seleção de grãos, na origem, no sabor e na qualidade do café apreciado.

19 Aliás, justamente como forma de conter essa padronização qualitativa do café é que os adeptos da chamada “terceira onda de consumo de café” buscam um café artesanal e exclusivo, produzido singularmente e em pequenas quantidades.

da massificação do consumo de café encapsulado na atualidade e, por conseguinte, da geração de resíduos que ele acarreta.

Com efeito, na segunda metade do século XX, o modelo social construído a partir da revolução industrial e calcado em uma sociedade de produtores passa a declinar²⁰, dando lugar à chamada sociedade de consumo, marcada pela visão do homem como *homo economicus*, isto é, aquele que atua no mercado, que consome e que se define pelos produtos e serviços aos quais tem acesso, e pelas informações e conhecimentos que detém.²¹ Os hábitos sociais – dentre os quais, o consumo de café – passaram, então, por releituras à luz desse novo plexo axiológico que emergiu a partir da década de 1970 e que trazia ao homem, enquanto consumidor, o anseio de se portar socialmente de acordo com os produtos aos quais tinha acesso econômico.

São deste mesmo período, também, alterações sociais nos núcleos familiares, que passaram a ser cada vez menores ou até mesmo individuais. Essa nova fase social, além disso, coloriu a rotina diária com novos afazeres e, paulatinamente, a agenda humana sobrecarregou-se a tal ponto que tarefas simples e diárias passaram a ser suprimidas ou alteradas, para que fossem praticadas com agilidade e rapidez.

A estas circunstâncias sociais o sistema Nespresso amoldou-se com bastante facilidade. Ao mesmo tempo em que as cápsulas proporcionavam um café expresso de qualidade superior em poucos segundos e sem desperdício, elas traziam ao consumidor a sensação de estar integrado à realidade que a marca difundia em suas peças publicitárias, boutiques de café e desenhos industriais revolucionários de suas máquinas de expresso.

A massificação do consumo do café em cápsula foi, então, uma questão de tempo. No Brasil, tal como em outros lugares de mundo, a Nespresso alcançou altos índices de sucesso, tendo aberto lojas em diversos centros urbanos e comerciais. E com a expiração do prazo de validade da patente em solo nacional, estima-se que quase cem empresas do ramo passaram a dedicar-se a essa forma de produzir e comercializar café.²² A receita

20 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro : Zahar, 2008. p. 43.

21 MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno; LIXINSKI, Lucas. Desenvolvimento e Consumo – Bases para uma Análise da Proteção do Consumidor como Direito Humano. In: PIOVESAN, Flávia. SOARES, Inês Virgínia Prado. *Direito ao Desenvolvimento*. Belo Horizonte : Fórum, 2010. p. 213-214.

22 CHAUDHURI, Saabira. *Avalanche de rivais ameaça da Nespresso nas cápsulas de café*. The Wall Street Journal. 24 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.abic.com.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=59&infoid=5228>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

.com a venda no segmento de cápsulas no Brasil foi de R\$ 1,443 bilhão em 2015, havendo projeções que já indicam que este valor pode alcançar surpreendentes R\$ 3,5 bilhões até 2020, o que corrobora, de uma vez por todas, a consolidação deste mercado no país, seja em termos de consumo, seja com relação ao fortalecimento da indústria nacional a ele atrelada.

Contudo, o consumo massificado do produto afastou, ainda que de forma temporária, uma maior reflexão por parte dos consumidores acerca de particularidades envolvendo o café em cápsula, dentre as quais vale a pena citarmos o próprio preço do quilo deste produto²³, quando comparado a outros cafés de altíssimo padrão mundo afora. Outro problema que passou ao largo neste primeiro momento foi a destinação de milhões de cápsulas usadas, sem cuidado algum no descarte ou na reutilização. É justamente sobre tal ponto que passaremos a nos dedicar.

1.2 AS CÁPSULAS DE CAFÉ: A GERAÇÃO DESTES RESÍDUO NO CENÁRIO BRASILEIRO

A despeito de inúmeras particularidades sobre o café em cápsula estarem sendo debatidas na atualidade²⁴, é certo que um dos principais problemas que o consumo de café sob essa modalidade acarreta é a destinação ambientalmente adequada a ser dada às cápsulas usadas.

Conforme mencionamos na introdução deste estudo, apesar de a comercialização de café em cápsula no Brasil ter alcançado números surpreendentes e crescentes nos últimos dez anos, os dados estatísticos envolvendo a reciclagem destas embalagens é desconhecido²⁵, o que vai de encontro com a existência de legislação no país que justamente disciplina a gestão ambientalmente adequada de resíduos sólidos.

23 Em pesquisa no varejo realizada no mês de março/2016, constatamos que enquanto o quilo do café gourmet torrado para expresso com qualidade certificada era comercializado por R\$ 28,00 com rendimento aproximado de 100 xícaras, a mesma quantidade de monodoses de café em cápsula, caso comercializadas pela líder do segmento de café em cápsulas no Brasil, seria vendida, em sua versão mais econômica, por cerca de R\$ 175,00.

24 A título de exemplo, citamos estudo veiculado pela conceituada revista *Nature* sobre a presença, na bandeja repositória das cápsulas das máquinas Nespresso, de bactérias desenvolvidas a partir da cafeína. VILANOVA, C. et al. *The coffee-machine bacteriome: biodiversity and colonization of the wasted coffee tray leach*. *Sci. Rep.* 5, 17163; doi: 10.1038/srep17163 (2015). Disponível em: <<http://www.nature.com/articles/srep17163>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

25 CUNHA, Joana. Febre nas cápsulas de café não é acompanhada pela reciclagem. *Folha de São Paulo (online)*. Disponível em: <<http://www.abic.com.br/publico/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=59&infol=5142>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

Ainda líder do mercado nesse segmento, a Nespresso possui pontos de coleta de cápsulas usadas e um centro de reciclagem, onde é feita a separação do conteúdo das cápsulas usadas: a borra do café é reutilizada como composto orgânico e o alumínio da embalagem seguiria para reciclagem. Porém, não há informações disponíveis a respeito da demanda efetivamente atendida²⁶ e daquela que é possível atender diante do crescimento do consumo desse café no Brasil. Outras empresas do segmento, por seu turno, delegam ao próprio consumidor a tarefa da separação do conteúdo do produto usado para coleta seletiva.²⁷

Não se trata de um problema restrito ao cenário brasileiro, que somente passou a integrar essa cadeia de consumo de café nos últimos anos, ao contrário de outros países do mundo. Recentemente, pesquisas desenvolvidas por organizações ambientais indicaram que apenas a empresa norte-americana Keurig Green Mountain, uma das maiores do segmento, produz quantidade suficiente de cápsulas para circular 10,5 vezes o globo terrestre todos os anos²⁸, não havendo comprovação do quanto destas cápsulas usadas é objeto de reuso ou reciclagem, ou ainda sequer se elas são de fato ambientalmente adequadas.²⁹

À preocupação com a destinação das cápsulas acresce-se a reflexão sobre a própria inevitabilidade da geração de resíduos pós-consumo. Isso porque o consumo humano deve pautar-se pela não produção de qualquer tipo de resíduo e, apenas quando isso for infactível, é que devemos passar a falar em reciclagem, ideia esta, aliás, encampada no Brasil no artigo 9º, da Lei Federal n. 12.305/2010.³⁰

26 KOTTASOVA, Ivana. *This German city just banned coffee pods*. CNN Money International. Fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://money.cnn.com/2016/02/23/news/coffee-pods-banned/index.html>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

27 CUNHA, Joana. Febre nas cápsulas de café não é acompanhada pela reciclagem. *Folha de São Paulo (online)*. Disponível em: <<http://www.abic.com.br/publico/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=59&infol=5142>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

28 LUSHER, Adam. *Inventor of the coffee capsule "feels bad" for environmental damage – and prefers to use filters*. Independent. Março/2015. Disponível em: <<http://www.independent.co.uk/life-style/food-and-drink/news/inventor-of-the-coffee-capsule-feels-bad-for-environmental-damage-and-prefers-to-use-filters-10083379.html>>. Acesso em: 30 março 2016.

29 GELLES, David. Keurig's new K-cup Coffee is recyclable, but Hardly Green. *New York Times (online)*. Abril/2016. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2016/04/17/business/energy-environment/keurigs-new-k-cup-coffee-is-recyclable-but-hardly-green.html?smid=tw-nytimes&smtyp=cur&_r=0>. Acesso em: 04 maio 2016.

30 Art. 9º, Lei Federal 12305/2010 – Na gestão e gerenciamento de resíduos sólidos, deve ser observada a seguinte ordem de prioridade: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos.

Trazendo estes aspectos à questão do imposto de importação, e levando em conta que o Poder Público é um dos principais destinatários das balizas estatuídas pela Política Nacional de Resíduos Sólidos – além de possuir o dever constitucional de conscientizar a sociedade sobre a necessária preservação ambiental –, temos que estes preceitos de gestão de resíduos também devem ser levados em consideração nas medidas administrativas e legislativas que circundam a incidência tributária, como forma de propiciar estímulo ao consumo sustentável e desencorajar a aquisição de produtos cujo consumo gere resíduos sólidos.

Não é por outro motivo, aliás, que o próprio legislador positivou tais ideias na Lei Federal n. 12.305/2010, ao estatuir, dentre os instrumentos de gestão ambientalmente adequada dos resíduos sólidos, incentivos fiscais e creditícios (art. 8º, IX, e art. 44). Em outras palavras, a fixação de alíquotas e a instituição de isenções tributárias deve levar em consideração as consequências, em termos de geração de resíduos, que tal opção tributária acarretará.

É nesse cenário em que, de um lado, temos a cultura do consumo de café em cápsula e, de outro, a necessária gestão dos resíduos que este consumo acarreta, que a opção tributária manifestada pela Resolução Camex n. 18/2015 deve ser analisada.

2 A RESOLUÇÃO CAMEX N. 18/2015 E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O imposto de importação compõe o rol dos chamados tributos extrafiscais no Brasil, os quais ostentam, como função precípua, não a arrecadação, mas sim a regulação de mercados e de opções de consumo. É o caso, também, do imposto de exportação, imposto sobre produtos industrializados e imposto sobre operações financeiras.

Nem sempre, contudo, o imposto de importação traduziu caráter extrafiscal. Com efeito, dos primórdios do Brasil Império até meados do século XX, o tributo era uma das principais fontes de arrecadação e de sustentação tributária da economia brasileira. Tanto assim que algumas das crises econômicas pelas quais o país passou tiveram origem em medidas radicais de uniformização de alíquotas da então chamada tarifa alfandegária.

Com a consolidação do mercado interno e com o amadurecimento do papel arrecadatório do imposto sobre consumo (atual ICMS), o imposto de importação paulatinamente perdeu seu caráter fiscal e, até mesmo, certo protagonismo na política tributária brasileira. Com efeito, a regulação e o controle

de importações entre as décadas de 1930 a 1960 foram relegados a atuações cambiais e administrativas, as quais não demandavam autorizações legislativas para que modificações tributárias fossem implementadas, coadunando-se, assim, com a velocidade que o comércio exterior já passava a ostentar nesse período.³¹

A partir da Constituição de 1946, o imposto de importação volta à cena tributária brasileira, reassumindo posição de destaque com a Lei Federal n. 3.244/57, que disciplinou sistema de modificação de alíquotas capaz de conferir ágil e tempestiva reação administrativa a eventuais alterações na conjuntura econômica interna e externa. O imposto de importação transforma-se, assim, em importante instrumento de intervenção do Estado no domínio econômico, sobretudo nas esferas de incentivo à produção nacional e de proteção do mercado consumidor interno.

Embora não haja diploma legal que estabeleça as finalidades do imposto de importação, a experiência histórica demonstra que está excluído desse rol o propósito arrecadatório. A evolução do imposto sobre o consumo, que mais tarde seria desmembrado entre o imposto sobre produtos industrializados e o imposto sobre circulação de mercadorias, somada à bem-sucedida implantação do imposto de renda tornou a arrecadação tributária independente dos impostos incidentes sobre o comércio exterior. Dessa maneira, o instrumento, já na década de cinquenta, não mais precisava ser manobrado de acordo com preocupações atreladas ao tema finanças públicas. Constata-se, então, que a tarifa de 1957 se coloca na posição de uma ferramenta regulatória, ou seja, de caráter extrafiscal.³²

Em um primeiro momento, e já sob a égide da legislação editada em 1957, a alteração de alíquotas era conduzida pelo Conselho de Política Aduaneira, cujas funções foram transferidas, em 1990, à Secretaria Nacional de Economia. Posteriormente, com a Medida Provisória n. 2158-35/01 e com a edição do Decreto 3765/01, tais atribuições foram repassadas à Câmara de Comércio Exterior (Camex), a qual, atenta aos limites legais e aos compromissos internacionais assumidos pelo país – especialmente perante a Organização Mundial de Comércio – OMC e o Mercosul –, passou a estipular e arbitrar as alíquotas deste tributo, fazendo-o até os dias de hoje.

Atualmente, as alíquotas do imposto de importação obedecem, essencialmente, às diretrizes da chamada Tarifa Externa Comum – TEC do

31 REIS, Marcelo. O imposto de importação e suas alíquotas. Da Tarifa do Império à Tarifa Externa Comum. *Revolução EBook*, abr. 2015, posição 546.

32 Ibid.

Mercosul, e suas alterações podem ser levadas adiante de forma unilateral pelo país (por intermédio da Camex) ou através de consenso entre os países do bloco.

O caso tratado neste estudo envolve hipótese em que a alteração da alíquota do tributo configura exceção à Tarifa Externa Comum, podendo ser feita, pois, de forma unilateral pelo país. Com efeito, nos termos da Decisão do Conselho Mercado Comum – CMC do Mercosul n. 26/2015, o Brasil ficou autorizado a fixar, até 31 de dezembro de 2021, alíquotas próprias para até cem códigos de classificação fiscal, códigos estes que seguem a nomenclatura comum do Mercosul – NCM e são inseridos no Anexo II, da Resolução Camex n. 94/2011, que trata das exceções à Tarifa Externa Comum. E, para arbitrar tais alíquotas, o país deve seguir a legislação de regência sobre o tema – que, no caso, é compreendida pela Constituição Federal e pela Lei Federal n. 3.244/57 –, bem como diretrizes da OMC incorporadas internamente.

Nesse diapasão, a Resolução Camex n. 18/2015 inseriu no aludido Anexo II, da Resolução Camex n. 94/2011, dois novos códigos NCM referentes a café em cápsula, prevendo alíquota zero para a operação de importação destes produtos: a) o código 0901.21.00 com o ex-tarifário 001, sobre a importação de café torrado e moído em doses individuais acondicionadas em cápsulas; e b) o código 8516.71.00 com o ex-tarifário 001, sobre a importação de aparelhos eletrotérmicos de uso doméstico para preparação instantânea de bebidas, em doses individuais, a partir de cápsulas.

A despeito da possibilidade constitucional e legal da previsão de alíquota zero para estas duas hipóteses de operação de importação, esta opção tributária consubstanciada na Resolução Camex n. 18/2015 precisa ser analisada de forma mais ampla, em cotejo não apenas com a sistemática tributária brasileira ou com o momento cultural de consumo destes produtos, mas especialmente com os princípios estruturantes da ordem econômica brasileira (art. 170, CRFB) e, também, com a Política Nacional de Resíduos Sólidos, uma vez que, conforme observado no decorrer deste estudo, o pós-consumo de café em cápsula está diretamente atrelado à maior geração de resíduos sólidos com particularidades que dificultam seu reuso e sua reciclagem.

2.1 INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E EXTRA-FISCALIDADE: UM EXAME DO IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 tratou da atividade econômica como um gênero – artigo 170, *caput*, e artigo 174 –, do qual fazem parte a atividade econômica em sentido estrito e os serviços públicos. Enquanto os serviços públicos são titularizados pelo Poder Público, que pode prestá-

los diretamente ou delegar sua execução a particulares (art. 175, CRFB), a atividade econômica em sentido estrito é titularizada pela iniciativa privada, podendo o Poder Público participar em caráter subsidiário e excepcional (art. 173, CRFB).

Esse apontamento inicial é importante para definirmos que somente há falar-se em intervenção do Estado no domínio econômico quando este atua em área titularizada por outra pessoa ou ente, isto é, no âmbito da atividade econômica em sentido estrito.

De acordo com a festejada doutrina de Eros Grau³³, a intervenção do Estado no domínio econômico ocorre basicamente de duas maneiras: a) direta, nas hipóteses de intervenção por absorção ou participação, em que o Estado atua no domínio econômico como agente econômico (em regime de monopólio ou de competição); e b) indireta, em que o Estado desenvolve atividade regulatória, podendo ocorrer por direção (determinação de mecanismos e normas de comportamento compulsório) e por indução.

O Estado intervirá de forma indireta por indução ao manipular os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados, de forma a, como o próprio nome diz, induzir comportamentos e atitudes a serem praticadas pelos agentes econômicos. É a intervenção do Estado no domínio econômico de forma indireta por indução que assume relevância a este estudo.

Com efeito, a utilização de tributos como forma de intervenção do Estado no domínio econômico é fenômeno recente, ligado que está à ascensão do Estado social fiscal³⁴ e de uma conformação contemporânea do próprio federalismo. Nesse cenário, o tributo assume importante papel indutor de condutas comissivas e omissivas.

Como ao Estado é vedado obrigar que o contribuinte pratique o fato gerador de tributo, pode o ente federativo, no exercício de sua competência tributária e à luz dos limites constitucionais ao poder de tributar, estatuir situação jurídica que induza ou não o comportamento apto a ensejar a incidência do fato gerador. Em outras palavras, por meio da intervenção indireta por indução no domínio econômico, o Estado vale-se da tributação como instrumento condutor de comportamentos, seja do sujeito passivo da tributação, seja de pessoas atingidas com a opção de tributar feita pelo sujeito ativo.

33 GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

34 BOMFIM, Diego. *Tributação & Livre Concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 102.

E o campo da extrafiscalidade é farto em exemplos que demonstram essa modalidade de intervenção no domínio econômico, podendo ser citadas como exemplo as recorrentes alterações feitas na alíquota do IPI, com repercussão no preço final do produto, como forma de estimular ou dificultar seu consumo.

É esse o raciocínio vigente, também, no caso do imposto de importação, que tem, dentre seus objetivos, a tutela ao mercado nacional. Assim sendo, diante da importação recorrente de determinado produto que possa comprometer a produção nacional de igual mercadoria, a União, por meio da Camex e seguindo as diretrizes internacionais aplicáveis caso a caso, pode majorar ou diminuir as alíquotas deste tributo.

Em sendo a extrafiscalidade forma de intervenção indireta por indução no domínio econômico, deve ela estar atrelada, também, aos preceitos conformadores da ordem econômica, estatuídos no artigo 170, da Constituição Federal. Logo, a despeito de não demandarem rigoroso processo legislativo para alteração de suas alíquotas, os tributos extrafiscais e suas alíquotas devem observância à estrutura da ordem econômica brasileira e aos seus princípios estruturantes, com o que as opções tributárias nessa seara serão fundamentadas e legitimadas.

E dentre os princípios estruturantes da ordem econômica brasileira, encontramos no artigo 170, incisos V e VI, da Constituição Federal, a defesa do consumidor e do meio ambiente, aqui inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços envolvidos, e seus respectivos processos de elaboração e produção.

Eis, assim, a fundamentação constitucional para que os tributos com caráter extrafiscal possam ser utilizados como instrumentos aptos a induzir comportamentos no campo do consumo sustentável e da tutela ao meio ambiente, no que inserimos a proteção ambiental feita pela gestão adequada aos resíduos sólidos, tratada pela Lei Federal n. 12.305/2010.

No caso do imposto de importação, a alteração de suas alíquotas não fica adstrita, pois, unicamente às balizas dos compromissos internacionais incorporados pelo Brasil ou aos critérios entabulados na Lei Federal n. 3.244/57, mas também ao disposto no artigo 170, da Constituição Federal, que passa a servir de parâmetro, outrossim, para apurar eventual excesso ou insuficiência de alíquota deste tributo.

2.2 A ALÍQUOTA DO IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO E SUA FUNÇÃO NA TUTELA AO MEIO AMBIENTE (ART. 3º, 'A', LEI FEDERAL N. 3244/57)

Conforme vimos anteriormente, as alíquotas do imposto de importação obedecem, essencialmente, à Tarifa Externa Comum – TEC, firmada entre os países membros do Mercosul. Suas alterações submetem-se a diferentes regimes, podendo ser feitas de forma unilateral pelos países componentes do bloco ou mediante consenso de seus membros.

Nos casos em que a alíquota pode ser alterada unilateralmente por um dos países do bloco – como é o caso ora em estudo –, esse procedimento submete-se a outras balizas internas e internacionais, como aquelas oriundas da OMC. No caso do Brasil, como já vimos, esse parâmetro encontra-se na Lei Federal n. 3.244/57.

O artigo 3º, alínea 'a', da Lei Federal n. 3.244/1957³⁵, prevê a possibilidade de alteração de alíquotas do imposto de importação que se revelem insuficientes ou excessivas ao adequado cumprimento dos objetivos deste tributo, dentre os quais está a tutela do mercado e da produção nacionais. Assim sendo, a alíquota de uma determinada operação de importação pode demonstrar-se excessiva caso iniba a entrada em território nacional de determinado produto que seja essencial à cadeia de produção interna de outro bem. Da mesma forma, a alíquota pode revelar-se insuficiente caso proporcione o ingresso de itens estrangeiros que são igualmente produzidos no Brasil e cuja indústria nacional demande incentivos para desenvolver-se de forma satisfatória a fim de passar a integrar a economia internacional.

Além da proteção ao mercado e à produção brasileiras, o imposto de importação – por se tratar de instrumento de intervenção indireta do Estado no domínio econômico por indução – deve atender, outrossim, aos princípios estruturantes da ordem econômica brasileira. Dessa forma, concretizar tais máximas da melhor forma possível passa igualmente a ser objetivo do imposto de importação, tal qual de qualquer outro tributo extrafiscal.

Nessa toada, a aferição de excesso ou insuficiência para fins de alteração da alíquota do imposto de importação perpassa, também, pela análise dos princípios estruturantes da ordem econômica e pela aferição de sua efetividade a partir das hipóteses de incidência tributária estatuídas.

35 Art.3º, Lei 3244/57 - Poderá ser alterada dentro dos limites máximo e mínimo do respectivo capítulo, a alíquota relativa a produto: a) cujo nível tarifário venha a se revelar insuficiente ou excessivo ao adequado cumprimento dos objetivos da Tarifa.

Nesse contexto e sob a ótica da promoção do consumo ambientalmente sustentável derivada do artigo 170, incisos V e VI, da Constituição da República, as alíquotas deste tributo podem revelar-se excessivas quando prejudicam a operação de importação de determinado produto cujo consumo é compatível com a tutela ao meio ambiente, ou insuficientes, quando facilitam a importação de produto cujo consumo acarreta dano ambiental.

Aliás, e em se tratando da tutela ao meio ambiente no pós-consumo, a mencionada postura do legislador na Lei Federal n. 12.305/2010 encontra consonância com esta realidade tributária, ao dispor sobre incentivos fiscais a empresas e atividades econômicas que promovam a gestão ambientalmente adequada de resíduos sólidos³⁶, gestão esta que não se resume apenas à destinação correta de tais resíduos, mas sobretudo à própria não geração destes.³⁷

À vista de todas estas colocações, indaga-se: a Resolução Camex n. 18/2015 é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro?

2.3 A RESOLUÇÃO CAMEX N. 18/2015, A LEI FEDERAL N. 12.305/2010 E O MERCADO NACIONAL DE CÁPSULAS DE CAFÉ

Há duas vertentes igualmente válidas para a análise da Resolução Camex n. 18/2015 no cenário econômico do café em cápsula e da gestão ambientalmente adequada de resíduos sólidos: uma que a examina sob o viés a tutela do mercado nacional e a outra – que ostenta interesse direto ao nosso estudo – que a analisa à luz dos preceitos de preservação do meio ambiente e do incentivo ao consumo sustentável, objetivando a gestão das cápsulas usadas de café.

36 Art. 8º, IX, Lei Federal n. 12305/10 – São instrumentos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, entre outros: [...] IX - os incentivos fiscais, financeiros e creditícios.

Art. 44, Lei Federal n. 12305/10 – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de suas competências, poderão instituir normas com o objetivo de conceder incentivos fiscais, financeiros ou creditícios, respeitadas as limitações da *Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000* (Lei de Responsabilidade Fiscal), a: I - indústrias e entidades dedicadas à reutilização, ao tratamento e à reciclagem de resíduos sólidos produzidos no território nacional; II - projetos relacionados à responsabilidade pelo ciclo de vida dos produtos, prioritariamente em parceria com cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda; III - empresas dedicadas à limpeza urbana e a atividades a ela relacionadas.

37 Art. 7º, II, Lei Federal n. 12305/10 – São objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos: [...] II - não geração, redução, reutilização, reciclagem e tratamento dos resíduos sólidos, bem como disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos.

Art. 9º, Lei Federal n. 12305/10 – Na gestão e gerenciamento de resíduos sólidos, deve ser observada a seguinte ordem de prioridade: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos.

Sob o primeiro aspecto e conforme vimos acima, a ascensão do consumo de café encapsulado no país, embora tenha ocorrido posteriormente à consolidação deste mercado em outros países, deu-se contemporaneamente às grandes ações de publicidade da Nespresso em níveis globais, consolidando-se definitivamente no Brasil com a expiração do prazo de patente das cápsulas desta marca. Com isso, a indústria nacional deste segmento passou a crescer substancialmente ano após ano, alcançando, em 2015, a receita de R\$ 1,443 bilhão, com projeções de que tal valor possa alcançar R\$ 3,5 bilhões em 2020 e de vendas no patamar de mais de 1800 toneladas já em 2019.³⁸

Atualmente, são quase 100 empresas brasileiras que se dedicam à fabricação de café em cápsula, número este que representa mais de dez vezes a quantidade de fabricantes que existia em 2014 (apenas oito). O crescimento empresarial e o interesse cada vez maior despertado pelos consumidores fizeram com que a Associação Brasileira das Indústrias de Café – ABIC criasse, em maio de 2016, um novo selo de certificação de qualidade, voltado exclusivamente ao café encapsulado³⁹, fato este que comprova que essa forma de consumir o café passou a integrar a cultura industrial e econômica do Brasil, realçando ainda mais o papel do país na cadeia mundial de consumo e produção de café.

Não há dúvidas, assim, que a indústria nacional de café em cápsula experimenta momento glorioso, estando em franco crescimento.

Ao trazermos essa constatação à lógica tradicional do arbitramento de alíquotas do imposto de importação – a qual preconiza a tutela do mercado e da produção nacionais –, verificamos que a Resolução Camex n. 18/2015 aparenta incongruência prática.

Em um cenário de crise econômica vivenciada pelo país, a postura dos entes públicos e dos próprios agentes econômicos deve levar em consideração o estímulo à comercialização de produtos fabricados internamente, como forma de incentivar a iniciativa privada brasileira, com o que, obviamente, empregos e arrecadação tributária são garantidos e estabilizados.

38 Reportagem produzida pela Band Terra Viva. Disponível em: <<http://www.abic.com.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=59&infol=5334>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

39 FERREIRA, Lucas Tadeu. Associação Brasileira da Indústria de Café lança selo de certificação de café em cápsulas no Brasil. *Portal Embrapa*, 23 de maio de 2016. Disponível em: <<https://www.embrapa.br/busca-de-noticias/-/noticia/12796847/associacao-brasileira-da-industria-de-caffe-lanca-selo-de-certificacao-de-caffe-em-capsulas-no-brasil>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

E se há indústrias e empresas que, mesmo diante das limitações do cenário econômico brasileiro atual, conseguem projetar ganhos e possibilidade de crescimento e expansão – como é o segmento de café encapsulado –, ficam ainda mais acentuados os deveres de incentivo do poder público e de prestígio do produto nacional a ser feito pelos agentes econômicos.

Logo, ignorar a sedimentação da indústria brasileira do café em cápsula e incentivar a importação destes produtos, mediante a isenção destas operações, conforme o fez a Camex em sua Resolução n. 18/2015, são condutas tomadas em momento inadequado e que não traduzem tutela do mercado nacional, mas sim verdadeiro estímulo à concorrência desleal, possibilitando que produtos importados, com benefícios tributários, concorram com produtos nacionais sujeitos a diversas formas de tributação durante a cadeia econômica de produção.

A isenção de imposto de importação a tais operações revela não apenas insuficiência de alíquota, nos termos do artigo 3º, alínea ‘a’, da Lei Federal n. 3.244/57, como principalmente opção tributária incompatível com o artigo 3º, inciso II e com o artigo 170, incisos I e IV, ambos da Constituição Federal, já que se traveste de instrumento de intervenção do Estado no domínio econômico que inibe a liberdade de concorrência e macula a livre iniciativa deste segmento no país.

O fortalecimento da indústria nacional deste segmento não pode ser ignorado, sobretudo em um momento de crise econômica. Contudo, a partir do momento em que o crescimento da produção nacional de produtos cujo consumo acarreta geração de resíduos sólidos não é acompanhado da respectiva preocupação com a destinação ambientalmente adequada a ser dada a estes resíduos, surge a necessidade de utilização de instrumentos que desencorajem o consumo destes itens ou que obriguem seus fabricantes e consumidores a comprovarem a destinação adequada a estes resíduos.

No Brasil, conforme vimos acima, não há dados capazes de demonstrar se está efetivamente ocorrendo a gestão ambientalmente adequada das cápsulas usadas de café. Diante da ausência de tais estatísticas e enquanto perdurar a aparente omissão dos envolvidos neste segmento quanto ao pós-consumo do café em cápsula, compete aos entes públicos atuar com mecanismos que desestimulem o consumo destes produtos, a fim de conscientizar a população em geral sobre as questões envolvendo o descarte das cápsulas usadas, sua reutilização ou reciclagem, e até mesmo a sobre a necessidade em si de consumir café sob uma forma que gera resíduos sólidos.

É o caso da vedação de contratações públicas de café em cápsula aplicada em Hamburgo e mencionada em nossa introdução, tal como também é o caso da utilização de instrumentos tributários com tal finalidade, no que ingressamos na segunda vertente de análise da Resolução Camex n. 18/2015, agora cotejando sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro sob o viés da tutela ao meio ambiente via gestão dos resíduos sólidos.

Sob este enfoque, temos que a opção tributária expressada nesta resolução é um exemplo de tributação que estimula a degradação do meio ambiente, incentivando o consumo de itens importados que geram danos ambientais no ambiente nacional sob a forma de geração desnecessária de resíduos sólidos.

Ao isentar de imposto de importação as operações que trazem ao país cápsulas estrangeiras de café, a Camex, além de ignorar a realidade da indústria brasileira deste segmento, facilitou a aquisição destes itens, gerando um pós-consumo intensificado de tais produtos em solo nacional, com o descarte simultâneo de cápsulas usadas nacionais e de estrangeiras, sendo certo que, com relação a estas últimas, há também dificuldades adicionais de fiscalização efetiva da postura do produtor diante do descarte inadequado da cápsula usada.

Indo mais além, percebemos que a tributação aqui acaba por estimular o consumo não sustentável, premiando com isenção tributária aqueles que optem por importar café em cápsulas e suas respectivas cafeteiras, sem qualquer contrapartida ambiental atrelada ao descarte das cápsulas usadas, o que contraria toda a lógica conceitual que envolve a extrafiscalidade.

Com efeito, a extrafiscalidade caracteriza-se por ser modalidade de intervenção indireta do Estado no domínio econômico por indução, tendo por objetivo, pois, induzir comportamentos econômicos comissivos ou omissivos, os quais devem guardar consonância não apenas com o artigo 170, da Constituição Federal, mas também com todo o ordenamento jurídico brasileiro. Nesse aspecto, o consumo sustentável passa ser um parâmetro constitucionalmente legítimo a balizar o exercício da extrafiscalidade.

A partir do momento em que uma determinada regra de isenção tributária estimula comportamentos que acarretam maior produção de resíduo sólido, sem qualquer condicionante para que isto ocorra e tampouco comprovação de há a destinação ambientalmente adequada das cápsulas importadas e usadas de café, estamos diante de regra de isenção que estimula a prática de comportamentos contrários à sistemática do ordenamento

jurídico brasileiro no que tange à preservação ambiental. Trata-se, como dissemos, de prêmio ao consumo não sustentável.

Nesse diapasão, e uma vez que a análise da insuficiência de alíquota perpassa pela verificação do atendimento aos preceitos estruturantes da ordem econômica brasileira, a Resolução Camex n. 18/2015 prevê alíquota insuficiente à luz dessa vertente de exame, pois estimula o consumo interno de produto capaz de gerar mais resíduo sólido. Em outras palavras, trata-se de opção tributária que incita o consumo não sustentável e até mesmo irresponsável, na medida em que sequer alude a possíveis contrapartidas ambientais para que a isenção tenha aplicação prática (isenção condicionada a critérios ambientais, no caso, à comprovação da destinação ambientalmente adequada das cápsulas usadas de café). Nesse cenário, outra conclusão não há senão a incompatibilidade da Resolução Camex n. 18/2015 com o artigo 170, incisos V e VI, e artigo 225, parágrafo 1º, inciso IV, ambos da Constituição Federal, beirando, também, o conflito normativo com os preceitos e objetivos estatuídos pela Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei Federal n. 12.305/2010).

3 CONCLUSÕES

Não há dúvidas sobre a consolidação do consumo do café em cápsula no Brasil e no mundo. Se com o sistema Nespresso esta nova forma de apreciar café já havia alcançado índices surpreendentes de sucesso e propagação internacional, com a expiração do prazo de validade daquela patente e a inserção de novos agentes econômicos no segmento, as cápsulas de café passaram a integrar o mercado global de café.

No Brasil, a indústria nacional vem consolidando-se neste segmento, com projeções animadoras de vendas e arrecadação já para os próximos anos, o que levou a Associação Brasileira das Indústrias de Café – ABIC a criar, inclusive, o selo de qualidade do café em cápsula, a fim de garantir ao consumidor brasileiro o acesso a café de qualidade sob esta modalidade.

Paralelamente à necessidade de se tutelar os interesses daqueles que exercem a atividade econômica neste segmento, surge, na atualidade, o dever do cidadão, do empresário e do Poder Público em lidar com o pós-consumo, o que, no específico caso do café encapsulado, equivale a lidar com a destinação ambientalmente adequada das cápsulas usadas de café.

Tanto a Constituição Federal como a legislação de regência sobre resíduos sólidos no país trazem mecanismos aptos para lidar com a questão dos resíduos sólidos pós-consumo, dentre os quais se destaca a utilização da tributação com a finalidade de evitar ou minorar a geração de resíduos, instrumento que está previsto na Lei Federal n. 12.305/2010 e frui de ampla aceitação prática no Brasil, especialmente quando se trata de tributos extrafiscais com objetivos de tutela ao meio ambiente.

A atenção à finalidade ambiental e ao dever dos entes públicos em promover a conscientização da tutela ao meio ambiente foram olvidadas na edição da Resolução Camex n. 18/2015, que isentou a importação de café em cápsulas e cafeteiras correlatas, promovendo verdadeiro estímulo à geração de resíduos sólidos sem que haja comprovação no país da destinação dada a estas cápsulas usadas de café. Além disso, a mesma resolução ignorou por completo a bonança do setor empresarial brasileiro deste segmento, deixando de tutelar o próprio mercado nacional.

Possivelmente, a opção tributária editada nesta resolução seja reflexo das grandes controvérsias despertadas pelo consumo de café em cápsula, oriundas do fato de este produto estar intimamente ligado a padrões de consumo contemporâneos, podendo ser até mesmo compreendido como parte integrante de estilo de vida de determinada parcela social.

De toda forma, a par dessa observação, a busca pela concretização dos objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos deve passar a integrar a ordem do dia dos entes públicos, razão pela qual é essencial que reflexões sobre estímulo ao consumo sustentável perpassem não apenas pelo exercício da extrafiscalidade, mas principalmente por todas as áreas de atuação do Estado, a fim de evitar que medidas conflitantes – como é justamente o caso desta resolução, que conflita com legislação voltada a gerir os resíduos sólidos no país – estejam sendo implementadas paralelamente pela Administração Pública brasileira.

Essa questão, aliada às demais abordadas no trabalho, evidenciam a atualidade do tema estudado, que não se esgota no presente texto, haja vista a necessidade de que mais reflexões sobre consumo sustentável no Brasil sejam desenvolvidas de forma compromissada e, principalmente, que mais debates sobre o mercado de café e o café em si sejam produzidos ao lado de construções jurídicas e legislativas sobre o tema.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BOMFIM, Diego. *Tributação & Livre Concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CHAUDHURI, Saabira. Avalanche de rivais ameaça da Nespresso nas cápsulas de café. *The Wall Street Journal*. 24 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.abic.com.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=59&inford=5228>>. Acesso em: 30 mar. 2016.
- CUNHA, Joana. Febre nas cápsulas de café não é acompanhada pela reciclagem. *Folha de São Paulo (online)*. Disponível em: <<http://www.abic.com.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=59&inford=5142>>. Acesso em: 23 mar. 2016.
- FERREIRA, Lucas Tadeu. Associação Brasileira da Indústria de Café lança selo de certificação de café em cápsulas no Brasil. *Portal Embrapa*, 23 de maio de 2016. Disponível em: <<https://www.embrapa.br/busca-de-noticias/-/noticia/12796847/associacao-brasileira-da-industria-de-caffe-lanca-selo-de-certificacao-de-caffe-em-capsulas-no-brasil>>. Acesso em: 12 jun. 2016.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Direito Ambiental Tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FONSECA, Danielle. Cápsulas de café atraem mais investimentos. *Jornal do Café – ABIC*. ed. 193. Rio de Janeiro, fev/2016, p. 16. Disponível em: <http://issuu.com/abic/docs/jc_193_saida_web_/1?e=4956551/33236891>. Acesso em: 23 mar. 2016.
- FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 6. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- GELLES, David. Keurig's new K-cup Coffee is recyclable, but Hardly Green. *New York Times (online)*. Abr. 2016. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2016/04/17/business/energy-environment/keurigs-new-k-cup-coffee-is-recyclable-but-hardly-green.html?smid=tw-nytimes&smtyp=cur&_r=0>. Acesso em: 04 maio 2016.
- GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

INTERNATIONAL COFFEE ORGANIZATION. <http://www.ico.org/monthly_coffee_trade_stats.asp>. Acesso em: 01 mar. 2016.

KOTTASOVA, Ivana. This German city just banned coffee pods. *CNN Money International*. Fev. 2016. Disponível em: <<http://money.cnn.com/2016/02/23/news/coffee-pods-banned/index.html>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

LUSHER, Adam. *Inventor of the coffee capsule “feels bad” for environmental damage – and prefers to use filters*. Independent. mar. 2015. Disponível em: <<http://www.independent.co.uk/life-style/food-and-drink/news/inventor-of-the-coffee-capsule-feels-bad-for-environmental-damage-and-prefers-to-use-filters-10083379.html>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno; LIXINSKI, Lucas. Desenvolvimento e Consumo – Bases para uma Análise da Proteção do Consumidor como Direito Humano. In: PIOVESAN, Flávia. SOARES, Inês Virgínia Prado. *Direito ao Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

NOTÍCIAS AGRÍCOLAS - CAMPINAS/SP. Venda de café em cápsula cresce 52,4% no Brasil. Disponível em: <<http://www.abic.com.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=59&inford=5125>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

_____. BAND TERRA VIVA. *Vendas de cápsulas de café deve triplicar até 2019*. 2016. Disponível em: <<http://www.abic.com.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=59&inford=5334>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

REIS, Marcelo. O imposto de importação e suas alíquotas. Da Tarifa do Império à Tarifa Externa Comum. *Revolução EBook*, abr. 2015.

SCANTIMBURGO, João de. *O café e o desenvolvimento do Brasil*. São Paulo: Melhoramentos / Secretaria de Estado da Cultura, 1980.

SÓRIO, André (coord). *Reposicionamento estratégico das indústrias processadoras de café do Brasil: propostas para sistematização de políticas públicas e estratégias de negócio*. Passo Fundo: Méritos, 2015.

VILANOVA, C. *et al.* *The coffee-machine bacteriome: biodiversity and colonisation of the wasted coffee tray leach*. *Sci. Rep.* 5, 17163; doi: 10.1038/srep17163 (2015). Disponível em: <<http://www.nature.com/articles/srep17163>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

RECEBIDO EM: 14/03/2017

APROVADO EM: 26/05/2017

O PRINCÍPIO DO NÃO-CONFISCO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*THE PRINCIPLE OF NON-FORFEITURE IN TAX MATTERS,
FUNDAMENTAL RIGHTS AND POSITIONING OF THE FEDERAL
SUPREME COURT*

*Carlos Henrique Machado
Doutorando e Mestre em Direito(UFSC)*

*Danilo Garnica Simini
Doutorando em Ciências Humanas e Sociais (UFABC) e Mestre em Direito
(UNESP). Pós-Graduação em Direito Público (Escola Paulista de Magistratura).
Docente na Universidade de Ribeirão Preto/SP (UNAERP). Advogado.*

*Camila Saran Vezzani
Doutoranda no Curso de Pós Graduação em Direito (PUC/SP).
Mestre em Direito (UNESP). Professora Assistente Voluntária da disciplina de
Direito de Família PUC/SP. Advogada.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceito de vedação de confisco e seus desdobramentos; 2 Vedação do confisco dentro da história do sistema constitucional brasileiro; 3 O princípio do não confisco em matéria tributária como cláusula pétrea; 4 O posicionamento do Supremo Tribunal Federal; 5 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente trabalho buscou demonstrar a importância do citado princípio, especialmente, no que diz respeito à sua relação com os direitos e garantias fundamentais do cidadão. Sendo assim, foi apresentada a conceituação do princípio do não-confisco, seus desdobramentos e a sua cronologia histórica dentro de nosso ordenamento jurídico. Constatou-se que o princípio carece de certa precisão, competindo ao Poder Judiciário fixar os devidos limites e parâmetros, especialmente, o Supremo Tribunal Federal. Por isso, mostrou-se importante investigar o posicionamento da Suprema Corte em relação ao citado princípio. Foi realizada uma revisão da bibliografia e pesquisa de jurisprudência junto ao Supremo Tribunal Federal, tendo se concluído que a atuação do Supremo Tribunal Federal é importante em relação à fixação de limites e parâmetros para a aplicação prática do princípio, mas também os mesmos parâmetros adotados pelo Tribunal acabam por prejudicar a análise da violação ou não ao princípio do não-confisco em determinadas matérias.

PALAVRAS-CHAVE: Não-Confisco. Supremo Tribunal Federal. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: This study aimed to demonstrate the importance of that principle, especially with regard to their relationship with the fundamental rights and guarantees of citizens. So, it was presented the concept of the principle of non-forfeiture, its consequences and its historical chronology within our legal system. It was found that the principle lacks some precision, racing to the courts set the appropriate limits and parameters, especially the Supreme Court. So it proved to be important to investigate the position of the Supreme Court in relation cited principle. A review of the literature and case law research at the Federal Supreme Court was held, having concluded that the actions of the Supreme Court is important in relation to setting limits and parameters for the practical application of the principle, but also the same parameters adopted by Court end up harming the analysis of violation or not to the principle of non-forfeiture in certain matters.

KEYWORDS: Non-Forfeiture. Supreme Court. Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu o princípio da vedação do confisco em seu artigo 150, inciso IV, dentro da Seção II, que aborda as limitações ao poder de tributar, bem como trata sobre a tributação e o orçamento, estipulando ser vedada à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a utilização de tributo com efeito de confisco. De tal forma o princípio deve ser encarado como um limite capaz de garantir os direitos e garantias fundamentais de todos os contribuintes, já que está interligado ao direito de propriedade, aos princípios da capacidade contributiva, da razoabilidade, da proporcionalidade e da igualdade, sendo instrumento ímpar no que diz respeito à obtenção da justiça tributária.

Ocorre que a sua conceituação tende a conter termos indeterminados e vagos. Em outras palavras, o grande problema está justamente em fixar o seu limite e seu alcance, ou seja, a problemática está na própria definição dos seus parâmetros quantitativos (MACHADO, 2011, p. 59). Mesmo expressões como excesso, onerosidade, abuso, dentre outras, pouco servem para ajudar a delimitar o princípio da vedação do confisco, justamente porque é possível a ocorrência de tributos de alíquotas onerosas sem que sejam considerados inconstitucionais.

Nesse contexto, tem-se a importância do papel do Poder Judiciário, especialmente, o Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à fixação dos limites e parâmetros relacionados ao princípio em questão. Por outro lado, ainda que a definição e delimitação do instituto seja complexa, o princípio da vedação do efeito do confisco dos tributos revela-se um eficiente e válido instrumento para defesa dos contribuintes, tendo sido inclusive classificado como cláusula pétrea, segundo o parágrafo quarto, do artigo 60 da Constituição Federal de 1988 (MACHADO, 2011, p. 59).

Dentro desse enfoque, o presente trabalho visa tratar da importância do princípio do não-confisco em matéria tributária e de que forma o Supremo Tribunal Federal vem aplicando o citado princípio na prática. Sendo assim, será apresentada a sua conceituação, seus desdobramentos e a sua cronologia histórica dentro de nosso ordenamento jurídico. Em termos metodológicos, realizou-se uma revisão da bibliografia e pesquisa de jurisprudência junto ao Supremo Tribunal Federal.

Esse trabalho se mostra relevante em termos sociais e científicos. Inicialmente, a investigação proposta é imperiosa para que haja a comprovação da importância do princípio da vedação do confisco no âmbito tributário, já que se trata de um postulado integrativo, uma garantia contra

a tributação desmedida por parte do Estado, fazendo com que a vedação confisco não possa ser descartada do cenário constitucional nacional (MACHADO, 2011, p. 59). Por outro lado, o trabalho pretende contribuir com os estudos já realizados, incrementando as análises existentes ao discutir de que forma o Supremo Tribunal Federal vem aplicando o princípio do não confisco em matéria tributária em seus julgamentos.

1 CONCEITO DE VEDAÇÃO DE CONFISCO E SEUS DESDOBRAMENTOS

Inicialmente, antes de se passar a conceituação do que seria não confisco tributário, deve-se tecer algumas brevíssimas considerações acerca da acepção clássica do que é tributo. A definição clássica de tal instituto conceitua tributo como toda a: “prestação pecuniária, compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa expressar, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída por lei, cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. (BORBA, 2004, p. 14)

Importante trazer à tona, também, o que são as limitações estatais ao poder de tributar. Tal conceituação está estritamente relacionada aos direitos dos contribuintes, sendo garantias constitucionais e legais incidentes sobre o Sistema Tributário Nacional. Tudo isso está ligado tanto à qualidade do tributo objeto da exação quanto ao sujeito passivo da obrigação. Não obstante, ocorrem, ainda, entraves ao poder de tributar que se aplicam a todos os tributos.

Como modelo de limitações ao poder de tributar ligado propriamente ao tributo, temos o princípio da progressividade, acentuado por José Afonso da Silva (2005) como aquele que permite que a alíquota do imposto aumente em razão da majoração da base de cálculo. Quando falamos propriamente da vedação ao confisco ou princípio do não confisco, tem-se que este se trata de um exemplo evidente de limitação ao poder de tributar que se aplica a todos os tributos. O artigo 150, IV, da Constituição Federal é muito claro nesse sentido, ainda que seja extremamente enxuto.

Leandro Paulsen (2007, p. 220) tece considerações importantes sobre o princípio do não confisco:

O inciso comentado refere-se à forma velada, indireta, de confisco, que pode ocorrer por tributação excessiva. Não importa a finalidade, mas o efeito da tributação no plano dos fatos. Não é admissível que a alíquota de um imposto seja tão elevada a ponto de se tornar insuportável, ensejando atentado ao próprio direito de propriedade. Realmente, se tornar inviável a manutenção da propriedade, o tributo será considerado confiscatório.

Conforme a própria redação do artigo 150, inciso IV, da Carta Magna, não há qualquer menção assinalando a possibilidade de redução ou determinação dos efeitos ou necessidade de complementação posterior infraconstitucional do dispositivo. De tal forma, trata-se evidentemente de norma de eficácia plena.

Ademais, por ser norma de eficácia plena, não há qualquer limitação em seu efeito, sendo considerada também como norma de *status* constitucional privilegiado. Isso decorre da interpretação do texto constitucional, onde a doutrina e jurisprudência nacional apontam que os direitos dos cidadãos, existentes no artigo 150 da Constituição Federal são considerados fundamentais. Tal fundamento é retirado a partir da leitura conjunta dos artigos 5º, parágrafo segundo, 150, *caput*, e 60, parágrafo quarto, todos da Constituição, conforme já referendado pelo próprio STF, no julgamento da ADI 939/DF.

No entanto, a Constituição não trouxe em sua redação limites objetivos sobre o que precisamente venha a ser o impedimento ao confisco tributário, cabendo ao Poder Judiciário definir, caso a caso, se as alíquotas incidentes, e consequentes valores dos tributos cobrados, têm ou não caráter confiscatório. Logo, num primeiro momento, é válida a discussão se o não confisco tributário seria uma regra, um princípio ou um postulado (MACHADO, 2011, p. 125).

Para Ronald Dworkin (2002) as regras e os princípios, às vezes, podem desempenhar papéis muito semelhantes, de modo que a diferença central entre ambos restringe-se a uma questão de forma (MACHADO, 2011, p. 126). Assim, nessas situações, a utilização de conceitos vagos ou indeterminados determina uma aproximação entre os princípios e regras.

Alguns dos ditos “princípios tributários” não são apenas enunciados gerais e precisam de normatização posterior para firmar a sua concretude (MACHADO, 2011, p. 126). Diferente é a situação do princípio da vedação à utilização de tributos com efeito de confisco. Por isso, a doutrina tem demonstrado bastante eloquência na tentativa de estabelecer a natureza jurídica da vedação do efeito de confisco tributário. Segundo Ricardo Lobo Torres (2009, p. 66 *apud* MACHADO, 2011, p. 59), “a proibição do confisco é imunidade tributária de uma parcela mínima necessária à sobrevivência da propriedade privada”. Para Roque Antônio Carraza (2010, p.107-108), “deriva do princípio da capacidade contributiva” aderindo ao conceito de direito tributário justo associado ao direito de propriedade.

Além do direito de propriedade, a vedação do confisco está vinculada diretamente à capacidade contributiva, servindo para fixar o limite tributário conforme a condição de cada contribuinte, baseado na riqueza produzida por cada um. De igual forma, vinculado à vedação do confisco tributário, está também o princípio da igualdade, justamente no sentido de que os iguais, em nível tributário devem ser tratados como iguais, e os desiguais de forma desigual na medida de sua desigualdade. Por fim, também se relacionam ao não-confisco os princípios da pessoalidade, da progressividade e o da seletividade.

Segundo aponta Fábio Goldschmidt, ao analisar-se o artigo 150 da Constituição Federal como um todo, chega-se a conclusão, que em seu inciso IV, a intenção da vedação ao efeito do confisco tributário é de estabelecer limites objetivos. No entanto:

O fato é que, em que pesem todas essas evidências, que apontam para o enquadramento do princípio da vedação ao efeito de confisco como um limite objetivo, há um fator fundamental que demonstra que, tal como ele se apresenta hoje no texto constitucional, deve ser classificado como valor: o princípio do não confisco é de difícil identificação. O texto constitucional não oferece qualquer auxílio na penosa situação dos limites da tributação com efeito de confisco e, nem os juristas, nem o legislativo, nem o Judiciário lograram até agora fornecer qualquer subsídio objetivo na sua identificação. O traço de imediatidade de verificação, cerne da distinção entre valores e limites objetivos, naufraga diante do raso desenvolvimento desse princípio na práxis. (GOLDSCHMIDT, 2003, p. 88-89).

Valores e limites objetivos são noções distintas, e toda Constituição é composta por normas que assumem a condição de valores ou de limites objetivos, cada qual com suas características. O princípio do não confisco pode assumir tanto a característica de limite objetivo quanto a de valor, de acordo com a sociedade em que estiver inserido. Se conceituado como valor, implica necessariamente uma permanência no plano axiológico, o que implicaria em tratar da teoria dos valores, onde alcançaria, inevitavelmente, um alto grau de subjetividade inerente a essa classificação; e, no entanto, se positivada como limite objetivo, torna-se imperioso a fixação de limites quantitativos (MACHADO, 2011, p. 127).

Na definição de Humberto Ávila (2008), todos os ditos direitos e princípios fundamentais, ainda que possam sofrer restrição, podem ser obtidos em seu núcleo essencial (MACHADO, 2011, p. 127). O

postulado constitucional de proibição de excesso, que em muito se adéqua a ideia de proibição do efeito do confisco, com reconhecimento e aplicação pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que não constitua norma específica do direito tributário, pode ser bastante útil em sua compreensão, integrando-se normalmente com a proporcionalidade e com a liberdade do comércio.

Em igual sentido, Luís Felipe Difini (2007, p. 75-82 *apud* MACHADO, 2011, p. 128) afirma que “a norma em questão se caracteriza pela sua intensa abertura semântica e conseqüentemente elevado grau de vagueza, o que, por si só, impede a sua aplicação por subsunção”. A norma do artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, constitui sim um princípio, mas um princípio diferencial, ou seja, uma norma que rege a aplicação de outros princípios. Concebe, desta forma, um verdadeiro elemento de uniformidade do direito constitucional tributário.

Dentro da órbita tributária, o princípio da não-confiscatoriedade tem por finalidade demarcar o direito que os entes públicos possuem de expropriar bens privados, exigindo uma atitude traçada pela razoabilidade e proporcionalidade na quantificação da exigência tributária, buscando uma tributação justa, sendo assim mais do que mero dever de otimização.

Contudo, no Brasil, são poucas as inclinações, principalmente jurisprudenciais, quanto à fixação de limites ou critérios objetivos para medir o efeito confiscatório (MACHADO, 2011, p. 132). A doutrina, por sua vez, tem feito algumas tentativas. Na lição de Antônio Roberto Sampaio Dória (1986, p.195 *apud* MACHADO, 2011, p. 133), “o poder tributário, legítimo, se desnatura em confisco, vedado, quando o imposto absorva substancial parcela da propriedade ou a totalidade da renda do indivíduo ou da empresa”.

Hugo de Brito Machado (2004b, p. 239-240 *apud* MACHADO, 2011, p. 133) afirma que:

Tributo com efeito de confisco é tributo que, por ser excessivamente oneroso, seja sentido como penalidade. É que o tributo, sendo instrumento pelo qual o Estado obtém os meios financeiros de que necessita para o desempenho de suas atividades, não pode ser utilizado para destruir a fonte desses recursos. Nesse sentido o tributo não pode ser antieconômico, vale dizer, não pode inviabilizar o desenvolvimento de atividades econômicas geradoras de riqueza, ou promotoras da circulação desta.

E ainda, segundo, Luiz Emygdio Rosa Júnior (2007, p. 274 *apud* MACHADO, 2011, p. 133), o tributo com efeito confiscatório “é aquele que pela sua taxaço extorsiva corresponde a uma verdadeira absorço, total, ou parcial, da propriedade particular pelo Estado, sem o pagamento da correspondente indenizaço ao contribuinte”. O grande problema nessas conceituaçoes doutrinárias é que acabam gerando novos conceitos indeterminados (MACHADO, 2011, p. 134), em que a aplicabilidade prática requer esforços.

A vedaço ao feito do confisco dos tributos não é uma mera ideologia a ser cobiçada. Como é um componente que integra o direito tributário, o princípio atua como um organismo operacional destinado à proteço e efetivaço de direitos constitucionais. Corretas são as palavras de Paulo de Barros Carvalho (2011, p. 241 *apud* MACHADO, 2011, p. 135/136):

Intrincado e embaraoso, o objeto da regulaço do referido art. 150, IV, da CF, acaba por oferecer unicamente um rumo axiológico, tênue e confuso, cuja nota principal repousa na simples advertência ao legislador dos tributos, no sentido de comunicar-lhes que existe um limite. Somente isso.

A grande questão que vem à tona quando se trata do princípio da vedaço do confisco está em, justamente, determinar o que é feito de confisco (MACHADO, 2011, p. 130). Sabe-se que o tributo é uma obrigaço cogente do cidadão contribuinte, obrigatória e correspondente de um imperativo vital da coletividade (MACHADO, 2011, p. 130). Não obstante, a tributaço não pode constituir jamais uma invasão exagerada ao patrimônio do particular, de tal forma que o inviabilize por completo em sua individualidade. Nesse sentido:

Não será confiscatória, exclusivamente, a lei tributária que estabelecer alíquotas de 100% (cem por cento) incidentes sobre o valor da renda ou patrimônio, mas toda imposiço tributária que, substancialmente, reduzir o patrimônio. A dificuldade está, exatamente, em estabelecer a proporço. Em termos genéricos, pode-se dizer que os seguintes critérios e circunstâncias são relevantes para a determinaço do caráter confiscatório do tributo. (BALEIRO, 1999, p. 576).

Cumpra salientar que o confisco não é vedado pelo Direito, e constitui modalidade de penalidade, que deve estar prevista, necessariamente, dentro do ordenamento. A própria Constituiço Federal, como ensina Regina Helena Costa (2009), permite em dois casos o confisco de bens. O

primeiro, ao tratar dos dispositivos afetos à matéria penal (art. 5º, XLV e XLVI); e o segundo, dentro das disposições gerais, como penalidade pelo cultivo ilegal de plantas psicotrópicas (art. 243) (MACHADO, 2011, p. 140). O confisco decorrerá, então, sempre de ato administrativo ou sentença expedida pelo Judiciário, fundamentados na lei, ou, caso contrário, poderá ser caracterizado como medida arbitrária e contrária ao próprio Direito (MACHADO, 2011, p. 140).

Há elementos essenciais para a caracterização e conceituação do confisco, quais sejam: existência do Estado; o emprego de força coercitiva por parte do Estado; o bem jurídico que passaria ser propriedade do Estado; o proprietário do bem jurídico afetado pela ação e, finalmente, a violação à lei que legitimou a conduta estatal.

Não está vedada no ordenamento constitucional brasileiro, tampouco no direito tributário, a aplicação de penalidade referente ao confisco. O que se proíbe é que o contribuinte sofra com a tributação os efeitos de uma punição (MACHADO, 2011, p. 141), porque a hipótese originária da incidência tributária delinea abstratamente um fato ou um comportamento lícito. De tal forma, o impedimento constitucional é para situações em que ocorra efeito do confisco quando não era exemplo de uma hipótese de confisco permitida. Ou ainda, que não haja efeito punitivo quando não seja um exemplo de punição (MACHADO, 2011, p. 141).

A tributação é consentida pela Constituição, desde que não transgrida o direito de propriedade e os demais direitos fundamentais, realizando a vedação ao efeito de confisco (proibição de excesso) (MACHADO, 2011, p. 143) como uma função na equalização desses interesses. Podendo, inclusive, ser interpretado o efeito de confisco como uma garantia de justiça (MACHADO, 2011, p. 143).

Não bastasse toda essa problemática apresentada, o princípio tributário ainda tem mais um grande entrave: o modelo federativo. Outro tema de destaque da discussão doutrinária é justamente se o princípio de vedação ao efeito do confisco dos tributos deve levar em consideração a integralidade da carga fiscal suportada pelo contribuinte ou apenas o tributo isoladamente (MACHADO, 2011, p. 143).

Hugo de Brito Machado (2004a, p. 54 *apud* MACHADO, 2011, p. 143) sobre o tema dirá que “o caráter confiscatório do tributo há de ser avaliado em função do sistema, vale dizer, em face da carga tributária das exações em conjunto”. Em complemento, Luiz Emygdio Rosa Júnior (2007)

explica que nem cada tributo isoladamente, nem o sistema tributário como carga genérica, podem atingir aquela renda mínima do cidadão necessária para cobrir os gastos pessoais e familiares, como moradia, alimentação, educação e saúde, etc (MACHADO, 2011, p. 144).

Por outro lado, a opinião contrária entende que não há uma possibilidade lógica de haver um sistema confiscatório, sem que exista, inicialmente, um ou mais tributos confiscatórios. Paulo Cesar de Castilho (2002, p. 103 *apud* MACHADO, 2011, p. 144) expõe que a questão é de política fiscal, “adotada pelo legislador constituinte na medida em que deu a cada um dos entes federados a competência para exigir tributos, e, portanto, insuscetível de restrições, pois goza de autorização da Carta Política”.

De fato, não é possível ignorar a unidade sistemática do fenômeno jurídico, que deve ser compreendido em sua integralidade. O direito, enquanto conjunto de enunciados prescritivos, precisa ter um mínimo de racionalidade a fim de ser compreendido pelos sujeitos destinatários (MACHADO, 2011, p. 145). A vedação do confisco é uma garantia constitucional com aplicação garantida por todos os entes da Federação, empregada como meio de impedir a Administração Tributária de arrecadar sem qualquer espécie de controle e limite, garantindo que o contribuinte não sofra abusos e se veja lesado dentro de suas prerrogativas fundamentais.

2 VEDAÇÃO AO CONFISCO DENTRO DA HISTÓRIA DO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

No curso da história, o conceito de confisco sofreu grande modificação, com base em múltiplos contextos históricos desde as guerras, com as expropriações de bens dos vencidos, seguidas das revoluções burguesas, em decorrência dos altos tributos cobrados pelo rei e, por fim, como busca pela proteção da propriedade particular contra a apropriação do Estado. Neste sentido, ensina Eduardo Sabbag (2009, p. 188):

Perante a História, durante a passagem dos séculos, a retórica do confisco foi marcada por alto grau de evolução, ligando-se a diferentes contextos fáticos: (I) às guerras, em razão da apropriação dos bens públicos confiscáveis dos inimigos, como medida punitiva e preventiva; (II) ao tenso convívio entre a burguesia, alvo do tributo, e os reis, detentores do poder de tributar, culminando nas famosas revoluções, que, em grande parte, eram inevitáveis consequências do descontentamento do povo com a opressão fiscal; (III) à crescente proteção da propriedade contra a apropriação estatal.

Embora o princípio da vedação do confisco tenha sido estabelecido dentro do ordenamento apenas quando a Constituição Federal de 1988 foi promulgada, sua ideia já era aceita pela doutrina e aplicada pelos Tribunais Pátrios, tornando a novidade constitucional somente uma positivação de um direito que já havia sido reconhecido, ainda que constantemente associado ao direito de propriedade. Não obstante a sua recente previsão dentro do ordenamento, o princípio do não confisco vem solidificado em outros princípios, tais como o da garantia ao direito de propriedade e o da capacidade contributiva.

Na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e na Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) dos Estados Unidos da América de 1791 há menção expressa de que a tributação deve ser proporcional a suas respectivas capacidades. Ou seja, a ideia de que a tributação deve ser proporcional a capacidade do contribuinte nada mais é do que a vedação ao tributo que possa ser superior à capacidade daquele que o paga desfalcando o seu patrimônio, ou seja, claramente, veda-se o confisco.

A Constituição do Império do Brasil já trazia incluído o conceito que exprimia, exclusivamente, o critério de justiça, o princípio da capacidade contributiva e, por consequência, o do não confisco. A falha existente compreende o fato de que conceituar justiça gera inúmeras definições, o que torna o conceito demasiadamente genérico, sendo sua determinação variável e dificultosa.

A Constituição de 1891 manteve o direito de propriedade, mas acrescentou o conceito de legalidade para a criação de imposto, mesmo não tratando de confisco explicitamente, apenas de forma implícita. Já em 1934, a nova Constituição Brasileira compreendeu uma ideia que estabelecia parâmetros objetivos para a conceituação do confisco. O texto constitucional afirmava que nenhuma espécie de tributo deveria ser elevada acima de 20% (vinte por cento) do seu valor quando da data do aumento. Assim, mais uma vez, ainda não existia qualquer menção expressa a respeito do não-confisco. Com a Constituição de 1937, no entanto, não houve qualquer menção ao confisco, embora manteve-se as garantias fundamentais, como o direito de propriedade.

As Constituições de 1946 e 1967 também proibiam a aplicação da pena de confisco em caráter geral, ligado ainda à ideia de punição por crime. Posteriormente, como reflexo da ditadura militar que se implantou no País, a Emenda Constitucional n.º 1/69 alterou a disposição constitucional e passou a admitir o confisco “nos casos

de guerra externa, psicologia adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei a determinar”, conforme § 11 do art. 153. Referido artigo foi novamente alterado pela Emenda Constitucional n.º 11/78, quando a palavra confisco foi suprimida do texto legal; no entanto, tal modificação não retirou a eficácia da aplicação do princípio do não confisco, tanto de forma geral quanto em relação à matéria tributária. Por fim, com a Constituição de 1988, veio a positivação do princípio do não-confisco, conforme art. 150, IV. Transformou-se o que era apenas proibição genérica em vedação específica ao Direito Tributário. (BALBINO, 2007, p. 37).

Luiz Felipe Silveira Difini (2007) explica que a redação do princípio da capacidade contributiva elaborado pela Constituição de 1946 foi melhor formulada inclusive se comparada com a presente Constituição, o que propiciava a extração do princípio da vedação do confisco tributário, bem como demonstrava clareza para a aplicação da graduação aos tributos instituídos. Portanto, antes da Constituição vigente, foi na Constituição de 1946 que o princípio da vedação do confisco tributário, mesmo que implicitamente, demonstrou um maior vigor interpretativo. Esta conclusão se perfaz pelo ambiente democrático no qual estas Constituições foram formuladas, já que ambas foram promulgadas após períodos ditatoriais longos em que a sociedade ansiava e exigia por reformas que preservassem os direitos fundamentais e protegessem o direito à liberdade e à propriedade. Com o desenvolvimento crescente da proteção ao direito de propriedade, nasceu, por consequência, a necessidade de positivação de algumas garantias diretamente ligadas a ele, tais como a vedação ao confisco, pois:

Assim sendo, direito de propriedade e confisco tributário são institutos incompatíveis entre si. Ou a ordem jurídica reconhece o poder de confisco tributário e nesse caso a propriedade não estará garantida, ou reconhece o direito de propriedade e nesse caso o confisco estará vedado. *Tertia non datur*: aqui se aplica a regra do terceiro excluso. (BORGES, 2001, p. 212).

A vedação ao confisco é uma garantia ao direito de propriedade. Sua positivação constitucional foi de grande significância, posto que a expressa menção ao princípio é crucial do ponto de vista interpretativo. Portanto, é evidente que o princípio do não-confisco tributário nasceu da necessidade de proteção ao direito de propriedade privada, como limitação do Estado para instituir tributos com tal efeito, sendo que, na atualidade, além de reforçar o direito fundamental à propriedade estipula um limite explícito às discriminações arbitrárias.

3 O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA COMO CLÁUSULA PÉTRA

O estudo das constituições nos ensina que a Carta Magna de determinado Estado é aquela fruto do trabalho do denominado Poder Constituinte, podendo este ser conceituado como o poder de criar ou modificar determinada Constituição através da eliminação, alteração ou acréscimo de normas constitucionais, sendo que a titularidade do Poder Constituinte pertence ao povo, este, no caso brasileiro, composto por aqueles indicados no artigo 12 da Constituição Federal de 1988 (TEMER, 1998).

De acordo com a conceituação, o Poder Constituinte é dividido em originário e derivado. O derivado, por sua vez, se subdivide em reformador, decorrente e revisor. A primeira categoria, qual seja, o Poder Constituinte Originário é aquele que cria uma nova Constituição, dando origem a um novo Estado e uma nova ordem jurídica. Já o Poder Constituinte Derivado é decorrente do originário e através dele poderão ser modificadas as normas de determinado texto constitucional.

Para fins deste trabalho, nos interessa o Poder Constituinte Derivado Reformador. Este possui a capacidade de modificar a Constituição Federal por meio de procedimento previamente previsto no próprio texto constitucional vigente. No caso brasileiro, a manifestação do Poder Constituinte Derivado Reformador se dá através das denominadas emendas constitucionais (artigos 59, inciso I, e 60, ambos da Constituição Federal).

Ocorre que o Poder Constituinte Derivado Reformador, ao contrário do Poder Constituinte Originário, apresenta limitações impostas por este em relação àquele. Logo, a manifestação do Poder Constituinte Derivado Reformador através das emendas constitucionais apresenta limitações e condicionantes.

As limitações às emendas constitucionais são classificadas tradicionalmente em formais ou procedimentais, circunstanciais e materiais. As limitações procedimentais traçam regras acerca da forma de aprovação das emendas constitucionais e quais são os agentes competentes para sua propositura. De outra parte, as limitações circunstanciais enunciam situações fáticas onde há vedação de alterações no texto constitucional por meio das emendas. Já as limitações materiais podem ser traduzidas como determinadas matérias em que se veda propostas de emendas à constituição tendentes a aboli-las.

De acordo com artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição Federal não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa do Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais. Estas são matérias pertencentes ao núcleo intangível da Constituição, denominadas tradicionalmente de cláusulas pétreas.

Feitas tais considerações, deve-se então indagar se o princípio do não confisco em matéria tributária, previsto no artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, seria uma cláusula pétrea e, portanto, se o Poder Constituinte Derivado Reformador poderia ou não, por meio de emendas constitucionais, suprimir tal princípio tributário de nosso texto constitucional vigente.

Sacha Calmon Navarro Coêlho (2005, p. 79) ao analisar o tema conclui que os princípios constitucionais tributários, entre eles o princípio do não confisco, não podem ser objeto de emenda constitucional tendente a aboli-los, já que guardam estreita relação com os direitos fundamentais:

Para começar, ditos princípios traduzem no imo e em suas expansões projeções de direitos fundamentais, ou melhor, no miolo, são garantias de direitos fundamentais, notadamente capacidade, liberdade, dignidade humana, propriedade e igualdade, além de valores republicanos, federalistas e solidaristas (...) Os princípios constitucionais tributários e as imunidades (vedações ao poder de tributar) traduzem reafirmações, expansões e garantias dos direitos fundamentais e do regime federal. São, portanto, cláusulas constitucionais perenes, pétreas, insuprimíveis.

Ives Gandra da Silva Martins (2005, p. 33) afirma de forma didática que “sem prejuízo de outras garantias, todas aquelas elencadas no artigo 150, por serem garantias individuais, são normas imodificáveis”, assim como também ressalta José Eduardo Soares de Melo (2005, p. 185) ao dizer que “no sistema tributário nacional é possível identificar, no rol dos direitos e garantias que constituem o Estatuto dos Contribuintes (arts. 150, 151 e 152), os direitos e garantias que estão amparados pela cláusula pétrea do artigo 60, § 4º, IV, da Constituição”.

Helenilson Cunha Pontes (2005, p. 269) também aborda a problemática e ressalta que os princípios constitucionais tributários são verdadeiras limitações constitucionais ao poder de tributar. Logo, “se as limitações constitucionais ao poder de tributar pudessem ser livremente reduzidas ou suprimidas pelo constituinte derivado, esvaziada estaria sua função de proteção contra o arbítrio estatal”.

Portanto, o princípio do não confisco em matéria tributária, previsto no artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal não pode ser suprimido, sob pena de violação ao artigo 60, § 4º, inciso IV, também da Constituição Federal. Feitas tais considerações, deve-se agora analisar de que forma que o Supremo Tribunal Federal vem interpretando e aplicando o princípio do não confisco em seus julgados, já que este Tribunal possui um papel importante no que se refere à fixação de limites e parâmetros na aplicação do princípio em tela.

4 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

De acordo com o texto constitucional, compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe, dentre outras atribuições, processar e julgar originariamente ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, bem como processar e julgar ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (artigo 102, inciso I, alínea “a”). Ademais, também compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo do texto constitucional vigente (artigo 102, inciso III, alínea “a”).

Por outro lado, a dificuldade “a priori” em se afirmar que determinado tributo é ou não confiscatório faz com que o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, ocupe papel de destaque no que diz respeito ao controle constitucional das normas tributárias, estabelecendo, através de sua atuação, parâmetros e balizas que irão influenciar toda a atividade judicial subsequente.

Cabe ao Judiciário dizer quando um tributo é confiscatório. A regra constitucional, no mínimo, deu ao Judiciário mais um instrumento de controle da voracidade fiscal do Governo, cuja utilidade certamente fica a depender da provocação dos interessados e da independência e coragem dos magistrados, especialmente dos que integram o Supremo Tribunal Federal (MACHADO, 2004a, p. 71).

Neste contexto, verifica-se a importância da atuação do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à análise dos princípios e garantias fundamentais em matéria tributária, pois seja através de controle concentrado ou difuso, toda e qualquer violação ao texto constitucional poderá chegar até a Suprema Corte, ou será por esta decidida em única instância a depender da situação.

Aliás, deve-se ressaltar que trinta e nove por cento dos casos de repercussão geral que se encontram no Supremo Tribunal Federal guardam relação com o direito tributário (VIEIRA, 2013). Por outro lado, estima-se que as ações tributárias existentes nos Tribunais Superiores, especificamente Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, podem causar um impacto estimado de R\$ 350 bilhões para os contribuintes ou para o fisco, a depender dos resultados dos julgamentos (LÉLLIS, 2013). Logo, conclui-se que a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito à vedação de utilização de tributos com efeito confiscatório, se mostra de suma importância.

Através do mecanismo de pesquisa de jurisprudência existente no “site” do Supremo Tribunal Federal foram pesquisados precedentes relacionados à vedação da utilização de tributos com efeito de confisco. A sistematização e, conseqüentemente, a elaboração de comentários acerca dos precedentes irão proporcionar uma melhor visão acerca da relação entre a questão do confisco em matéria tributária e a forma que o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, vem interpretando e aplicando a regra prevista no artigo 150, inciso IV, da Carta Magna de 1988.

Feitas tais considerações, pode-se afirmar que um dos principais julgamentos acerca da proibição de tributos com efeito de confisco foi o proferido nos autos da ADC 8-MC, tendo o Supremo Tribunal Federal estabelecido alguns importantes parâmetros, conforme verifica-se através de trecho extraído do acórdão:

A identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária, mediante verificação da capacidade de que dispõe o contribuinte considerado o montante de sua riqueza (renda e capital) – para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar, dentro de determinado período, à mesma pessoa política que os houver instituído (a União Federal, no caso), condicionando-se, ainda, a aferição do grau de insuportabilidade econômico-financeira, à observância, pelo legislador, de padrões de razoabilidade destinados a neutralizar excessos de ordem fiscal eventualmente praticados pelo Poder Público. Resulta configurado o caráter confiscatório de determinado tributo, sempre que o efeito cumulativo – resultante das múltiplas incidências tributárias estabelecidas pela mesma entidade estatal – afetar, substancialmente, de maneira irrazoável o patrimônio e/ou rendimentos do contribuinte (STF, Pleno, ADC-MC 8/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13.10.1999, DJ 04.04.2003).

Através do trecho reproduzido acima, constata-se que o Supremo Tribunal Federal entende que não se deve analisar o tributo de modo isolado, já que o seu impacto, quando auferido individualmente, não levará necessariamente ao efeito confiscatório. Logo, o estudo deve compreender o tributo objeto de análise e outros que incidam sobre a mesma manifestação de riqueza, bem como se as exações são cobradas pelo mesmo ente político (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios).

Utilizando-se de tal parâmetro jurisprudencial, o próprio Supremo Tribunal Federal ao analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.010 entendeu que a utilização de alíquotas progressivas nas contribuições previdenciárias para servidores públicos federais ativos, majoradas de acordo com o rendimento do servidor, podendo chegar até 25% sobre remunerações elevadas, seria inconstitucional por apresentar caráter confiscatório.

No citado julgamento, os Ministros entenderam que os contribuintes da contribuição previdenciária estariam sujeitos não apenas às contribuições previdenciárias, mas também ao Imposto de Renda cuja alíquota pode chegar a 27,5%. Assim, os servidores públicos federais ativos seriam tributados em praticamente metade de seus rendimentos (contribuição + Imposto de Renda), tributos estes devidos ao mesmo ente político, qual seja, a União. Por isso, a alíquota progressiva na contribuição previdenciária, analisada por si só, poderia não violar a Constituição, mas quando a análise é feita em termos globais a inconstitucionalidade seria evidente.

Não obstante as ponderações feitas, entendo que possui inquestionável relevo jurídico a arguição de que as alíquotas progressivas instituídas pela Lei 9.783/1999 – especialmente porque agravadas pelo ônus resultante do gravame tributário representado pelo imposto sobre a renda das pessoas físicas – revestir-se-iam de efeito confiscatório vedado pelo art. 150, inciso IV, da Constituição (STF Pleno, ADI-QO 2.010/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13.06.2002, DJ 28.03.2003, p. 62)

Outra questão importante debatida pelo Supremo Tribunal Federal diz respeito à relação entre taxas e o princípio do não confisco. De início, deve-se lembrar que a análise da possível inconstitucionalidade se dá de forma diversa. As taxas, ao contrário dos impostos, possuem caráter contraprestacional, já que através delas remunera-se o ente público por uma atividade especificamente destinada ao contribuinte. Portanto, a verificação do caráter confiscatório da taxa é realizada mediante a comparação entre o custo da atividade público e o valor cobrado a título de taxa. Se o valor da taxa for desproporcional ao custo da atividade pública, há violação ao princípio do não confisco.

A taxa, enquanto contraprestação a uma atividade do Poder Público, não pode superar a relação de razoável equivalência que deve existir entre o custo real da atuação estatal referida ao contribuinte e o valor que o Estado pode exigir de cada contribuinte, considerados, para esse efeito, os elementos pertinentes à alíquotas e à base de cálculo fixadas em lei. Se o valor da taxa, no entanto ultrapassar o custo do serviço prestado ou posto à disposição do contribuinte, dando causa, assim, a uma situação de onerosidade excessiva, que descaracterize essa relação de equivalência entre os fatos referidos (o custo real do serviço, de um lado, e o valor exigido do contribuinte, de outro), configurar-se-á, então, quanto a esta modalidade de tributo, hipótese de ofensa à cláusula vedatória inscrita no art. 150, inciso IV, da Constituição da República (STF Pleno, ADI-MC-QO 2.551/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 02.04.2003. DJ 20.04.2006, p-5).

O Supremo Tribunal Federal também analisou a relação entre princípio do não confisco e sua aplicabilidade em relação às multas tributárias. Através de uma interpretação literal do artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal se poderia chegar a conclusão de que o princípio somente se aplicaria aos tributos. Contudo, o Tribunal em diversas ocasiões, entre elas no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.075, reconheceu ser aplicável às multas o princípio constitucional da vedação do uso do tributo com efeito de confisco, sendo que a intensidade da penalidade deve guardar relação de proporcionalidade com a gravidade da ofensa.

Contudo, a pesquisa realizada junto ao “site” do Supremo Tribunal Federal também nos apresenta um aspecto importante e delicado. A Suprema Corte ao partir do pressuposto de que o efeito confiscatório não deve ser analisado de modo individual e abstrato, mas sim mediante análise conjunta de todo o sistema tributário, acaba por ocasionar certas restrições no âmbito de sua análise.

É sabido que em sede de recurso extraordinário não se pode reexaminar matéria fática, conforme Súmula 279 do próprio Supremo Tribunal Federal. Portanto, o Tribunal vem negando provimento a recursos que demandariam por parte dos Ministros reapreciação de matéria de fato contida nos autos, conforme se verifica através de trecho extraído do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 448.432/CE.

A caracterização do efeito confiscatório pressupõe a análise de dados concretos e de peculiaridades de cada situação ou operação, tomando-se em conta custos, carga tributária global, margens de lucro e condições

pontuais do mercado e de conjuntura social e econômica. No caso em exame, o isolado aumento de alíquota do tributo, de 4% para 14% é insuficiente para comprovar a absorção total ou demasiada do produto econômico da atividade privada, de modo a torná-la inviável ou excessivamente onerosa. Para se chegar a conclusão diversa daquela a que se chegou no acórdão recorrido seria necessário o reexame de matéria fática, o que encontra óbice da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evidencia que este órgão traçou diretrizes importantes em relação à aplicabilidade do princípio do não confisco em matéria tributária, quais sejam: a) o caráter confiscatório de determinado tributo não deve ser investigado mediante análise individual, mas sim por meio de análise de toda a carga tributária incidente sobre a mesma manifestação de riqueza e levando-se em consideração todos os tributos nesta situação que são instituídos ou cobrados pelo mesmo ente político; b) o princípio do não confisco também se aplica às multas tributárias; c) no que diz respeito às taxas tributárias, estas só serão inconstitucionais em razão de efeito confiscatório se houve desproporção entre o custo do serviço e o valor cobrado.

Por outro lado, as balizas traçadas pelo Supremo Tribunal Federal também acabaram por restringir a discussão quanto à violação da regra prevista no artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal, já que muitas vezes a análise exigida pela própria Suprema Corte demandaria reapreciação de matéria fática, tornando-a impossível em razão da Súmula 279 do próprio Supremo Tribunal Federal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme ficou demonstrado nas linhas acima, a Constituição Federal de 1988 introduziu em nosso ordenamento jurídico importantes balizas e limites à atividade tributária, entre eles a vedação de tributos com efeito de confisco (artigo 150, inciso IV). Ficou demonstrado que o princípio do não confisco guarda estreita relação com os direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional, fazendo com que a tributação excessiva e desmedida seja considerada inconstitucional, justamente por violar direitos e garantias fundamentais, tais como o direito de propriedade, a dignidade humana e o direito de livre iniciativa em matéria econômica.

Sendo assim, justamente pela nítida relação entre princípio do não confisco e direitos e garantias fundamentais, ficou demonstrado que toda emenda constitucional tendente a abolir a vedação do confisco em matéria

tributária deve ser considerada inconstitucional, por se tratar de cláusula pétrea, conforme artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal.

De outra parte, ficou demonstrada a importância dos precedentes do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito ao princípio do não confisco em matéria tributária, já que a jurisprudência acaba por fixar limites e parâmetros para aplicação prática desta importante regra constitucional tributária.

Neste contexto, pode-se citar que o Supremo Tribunal Federal entende que deve-se analisar toda a carga tributária incidente sobre a mesma manifestação de riqueza e exigida pelo mesmo ente político, afastando-se o entendimento de que o tributo deve ser analisado isoladamente. Também restou pacificado que o princípio do não confisco se aplica às multas. Finalmente, em relação às taxas, o Supremo Tribunal Federal entende que deve haver razoabilidade entre o preço do serviço e o valor cobrado em face do contribuinte.

Por fim, ainda no que diz respeito ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, demonstrou-se que os parâmetros adotados pelo próprio Tribunal acabam por prejudicar a própria análise acerca da violação ou não ao princípio do não confisco em determinadas matérias, pois não admite-se reexame de matéria fática quando da análise de recursos extraordinários.

De qualquer forma, o presente trabalho buscou ressaltar a importância do princípio do não confisco em matéria tributária, especialmente, sua relação com os direitos e garantias fundamentais, bem como buscou demonstrar a importância do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à fixação de limites e parâmetros para a aplicação prática em nosso ordenamento jurídico do citado princípio.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*: de acordo com a emenda constitucional n. 53, de 19-12-2006. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BALBINO, Juliana Lamego. *O princípio do não-confisco no direito tributário brasileiro*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Empresarial da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito parcial à obtenção do Título de Mestre em Direito. Minas Gerais: Nova Lima, 2007.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

- BARRETO, Aires F; BARRETO, Paulo Aires. *Imunidades tributárias: limitações constitucionais ao poder de tributar*. São Paulo: Dialética, 1999.
- BORBA, Cláudio. *Direito tributário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- BORGES, José Souto Maior. *Revista tributária e de finanças públicas*. 40. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BRASIL. *Código Tributário Nacional*: Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1966.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso em: 6 out. 2013.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade n.º 939-7/DF*. Relator Ministro Sydney Sanches. Publicada em 18 mar. 1994.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade n.º 2.010/MC*. Relator Ministro Celso de Mello. Publicada em 12 abr. 2002.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 8/DF*, Relator Ministro Celso de Mello. Publicada em 04 abr. 2003.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 2.551/MG*, Relator Ministro Celso de Mello. Publicada em 20 abr. 2006.
- CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CASTILHO, Paulo Cesar Baria de. *Confisco tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. Limitações ao poder positivo e segurança jurídica. In: *Limitações ao poder impositivo e segurança jurídica – Pesquisas Tributárias*, v. 11. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

- COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: constituição e código tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Proibição de tributos com efeito de confisco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Direito constitucional tributário e due process of law*. 2. ed, Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GOLDSCHMIDT, Fábio Brun. *O princípio do não-confisco no direito tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- LÉLIS, Leonardo. *Questões fiscais na Justiça envolvem R\$ 350 bilhões*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-11/questoes-fiscais-pendentes-stf-stj-envolvem-350-bilhoes2013>>. Acesso em: 25 abr. 2014;
- MACHADO, Carlos Henrique. *Princípio de vedação ao efeito de confisco: uma interpretação a partir da redefinição crítica do direito tributário*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito, Florianópolis, 2011, 188 f.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004a.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Os princípios jurídicos da tributação na constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2004b.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Limitações ao poder positivo e segurança jurídica. In: *Limitações ao poder impositivo e segurança jurídica – Pesquisas Tributárias*, v. 11. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MELO, José Eduardo Soares de. Limitações ao poder positivo e segurança jurídica. In: *Limitações ao poder impositivo e segurança jurídica – Pesquisas Tributárias*, v. 11. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PAULSEN, Leandro. *Direito tributário*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PONTES, Helenilson Cunha. Limitações ao poder positivo e segurança jurídica. In: *Limitações ao poder impositivo e segurança jurídica – Pesquisas Tributárias*, v. 11. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de direito financeiro & direito tributário: doutrina, jurisprudência e legislações atualizadas*. 20. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VIEIRA, Victor. *40% dos casos de repercussão geral são da área tributária*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-04/40-processos-repercussao-geral-stf-sao-materia-tributaria2013>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

RECEBIDO EM: 13/03/2017

APROVADO EM: 02/05/2017

CONSIDERAÇÕES JURISPRUDENCIAIS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA LEGAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PROTEÇÃO À MORADIA

*JURISPRUDENTIAL CONSIDERATIONS OF THE SUPERIOR
COURT OF JUSTICE ABOUT THE HOMESTEAD IN LIGHT OF THE
PRINCIPLE OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON AND THE
RIGHT OF HOUSING*

Fernando Natal Batista

*Analista Judiciário e Assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça
Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito
Público – IDP. Pós-Graduado pela Fundação Escola Superior do Ministério
Público do Distrito Federal e Territórios – FESMPDFT. Bacharel em Direito pela
Universidade de Brasília – UnB.*

“Não é ao lado do que anda de má-fé que se deve colocar o direito; sua função é proteger a atividade humana orientada pela moral, ou pelo menos, a ela não oposta” (CLÓVIS BEVILÁQUA).

SUMÁRIO: Introdução; 1 Considerações iniciais sobre a cláusula legal de impenhorabilidade do bem de família; 2 Considerações jurisprudenciais sobre a cláusula legal de impenhorabilidade do bem de família à luz do princípio da dignidade da pessoa humana: características e mitigações; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem como proposta abordar o tema da impenhorabilidade do bem de família legal (Lei n.º 8.009/1990) sob o prisma da Constituição Federal de 1988, mormente à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da proteção à família e à moradia, restringindo, todavia, para fins metodológicos, em sua análise, ao âmbito da construção jurisprudencial gradualmente estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ. A partir do exame jurisprudencial do bem de família legal, mediante a indicação e o estudo de julgados daquela Corte, percebe-se o movimento de constitucionalização do direito civil (incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas), surgido após a promulgação da Carta Política de 1988, no intuito de proteger o patrimônio existencial digno do indivíduo nas relações civis, em detrimento de direitos creditórios.

PALAVRAS-CHAVE: Bem de Família Legal. Lei n.º 8.009/1990. Cláusula de Impenhorabilidade do Imóvel Familiar. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Incidência dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas.

ABSTRACT: The purpose of this article is to examine, as object, the impenhorability of family property, under the prism of the Federal Constitution of 1988, in the light of the principles of human dignity and family protection. However, for methodological purposes, the analysis has as scope the jurisprudential construction gradually established by the Brazilian Superior Court of Justice. From the jurisprudential examination of the legal family property, through the indication and study of the Court's judgments, we can notice the movement of constitutionalisation of the civil law (incidence of fundamental rights in private relations), which emerged after the promulgation of the Magna Charter of 1988, to protect the individual's existential worthy in civil relations against the satisfaction of credit rights.

KEYWORDS: Homestead. Jurisprudence. Superior Court of Justice. Principle of Human Dignity. Family Protection. Incidence of Fundamental Rights in Private Relations.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como proposta abordar o tema da impenhorabilidade do bem de família legal sob o prisma da Constituição Federal de 1988 – CF/88, mormente à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF/88), da proteção à família (art. 226 da CF/1988) e do direito social à moradia (art. 6º da CF/1988), restringindo, todavia, para fins metodológicos, em sua análise, ao âmbito da construção jurisprudencial gradualmente estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Realizada a delimitação do objeto de estudo, será, ainda, ao longo do trabalho, desenvolvida uma contextualização crítica dos argumentos firmados nos julgados e precedentes do STJ – ora analisados e indicados, objetivando demonstrar a compatibilidade entre esta garantia fundamental e as regras jurídicas contidas no sistema processual civil, sobretudo no processo de execução, porquanto, tratada como direito fundamental pelo Estado Constitucional de Direito, a dignidade da pessoa humana traduz um valor inestimável que, em razão de sua reconhecida prevalência, subsume a aplicação e a interpretação das normas infraconstitucionais à sua observância¹.

O objetivo, destaca-se, é retratar o perfil jurisprudencial dominante da Corte da Cidadania, de modo que o ensaio também versará obrigatoriamente sobre as hipóteses em que a Lei n.º 8.009/1990, de forma expressa, excepciona a regra da impenhorabilidade do bem de família legal, prevalecendo naquele Tribunal Superior o posicionamento de sua insuscetibilidade de interpretação extensiva.

Seguindo a tendência da incidência dos direitos fundamentais às relações privadas, predomina no entendimento pretoriano daquela Corte Superior de Justiça, a leitura de que a impenhorabilidade do bem de família legal deve ser interpretada em harmonia com o preceito constitucional que inclui o direito social à moradia² como direito fundamental (art. 6º,

1 “A Lei 8.009/1990 institui a impenhorabilidade do bem de família como um dos instrumentos de tutela do direito constitucional fundamental à moradia e, portanto, indispensável à composição de um mínimo existencial para vida digna, sendo certo que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se em um dos baluartes da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF/1988), razão pela qual deve nortear a exegese das normas jurídicas, mormente aquelas relacionadas a direito fundamental” (REsp 950.663/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 23/04/2012).

2 “A proteção legal conferida ao bem de família pela Lei n.º 8.009/1990, ao instituir a sua impenhorabilidade, objetiva a proteção da própria família ou da entidade familiar, de modo a tutelar o direito constitucional fundamental da moradia e assegurar um mínimo para uma vida com dignidade dos seus componentes” (REsp 1.422.466/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 23/05/2016).

caput, da Constituição Federal), alicerçada na proteção à família³, como um dos fundamentos republicanos na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I, da CF/1988).

Vale destacar, por fim, que tanto a instalação do Superior Tribunal de Justiça, concretizada em 07 de abril de 1989, quanto à edição da Lei de Impenhorabilidade do Bem de Família (Lei n.º 8.009 de 29/03/1990), enquanto contemporâneas, são posteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988 e exemplificam, concretamente, o viés transformador promovido pela nova ordem constitucional no hodierno Estado brasileiro.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A CLÁUSULA LEGAL DE IMPE-NHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA

O antecedente histórico mais significativo, que primeiro normatizou e disciplinou a proteção do bem de moradia familiar, foi o “*Homestead Exemption Act*”, uma lei texana, datada de 26 de janeiro de 1838, cujo objetivo era proteger a propriedade dos pequenos produtores rurais dos agentes financeiros, evitando-se, assim, a desocupação territorial daquele ente federativo.

Como leciona o professor ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO⁵, “teve esse diploma legislativo, principalmente, em vista fixar o homem à terra, objetivando o desenvolvimento de uma civilização, cujos cidadãos tivessem o mínimo necessário a uma vida decente e humana”.

3 “A impenhorabilidade do bem de família não se limita apenas ao imóvel que sirva como residência do núcleo familiar. Os princípios da dignidade humana e da proteção à família servem, in casu, como supedâneo à interpretação da Lei n.º 8.009/90” (AgRg no Ag 1.249.531/DF, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/11/2010, DJe 07/12/2010).

4 Só em 1839, em 26 de janeiro, como visto, foi promulgada a Lei do Homestead, neste teor: “De e após a passagem desta lei, será reservado a todo cidadão ou chefe de uma família, nesta República, livre e independente do poder de um mandado de fieri facias ou outra execução, emitido por qualquer Corte de jurisdição competente, 50 acres de terra, ou um terreno na cidade, incluindo o bem de família dele ou dela, e melhorias que não excedam a 500 dólares, em valor, todo mobiliário e utensílios domésticos, provendo para que não excedam o valor de 200 dólares, todos os instrumentos (utensílios, ferramentas) de lavoura (providenciando para que não excedam a 50 dólares), todas ferramentas, aparatos e livros pertencentes ao comércio ou profissão de qualquer cidadão, cinco vacas de leite, uma junta de bois para o trabalho ou um cavalo, vinte porcos e provisões para um ano; e todas as leis ou partes delas que contradigam ou se oponham aos preceitos deste ato são ineficazes perante ele. Que seja providenciado que a edição deste ato não interfira com os contratos entre as partes, feitos até agora (Digest of the Laws of Texas § 3.798)” (AZEVEDO, p. 14)

5 AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família internacional: necessidade de unificação. *Revista dos Tribunais*, RT, São Paulo, v. 89, n. 782, p. 11-19, dez. 2000.

No Brasil, a proteção ao bem de família foi introduzida e regulada pelo Código Civil de 1916 (artigos 70 a 73), que concedida às pessoas isentas de dívidas o direito de declarar, perante o Cartório de Registro de Imóveis, a destinação exclusiva de seu imóvel para seu domicílio e de sua família (“bem de família voluntário”).

Para que fosse constituído por escritura pública, o bem de família voluntário deveria atender requisitos cumulativamente traçados e taxativamente definidos em lei, quais sejam: a) a propriedade do bem por parte do instituidor; b) a declaração de destinação específica de moradia da família; e, c) a solvabilidade do instituidor. Ausente qualquer um desses requisitos específicos, não estaria o imóvel protegido pela cláusula de impenhorabilidade, podendo, portanto, ser alienado em processos executivos.

Posteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, houve a publicação da Lei n.º 8.009/1990, pelo legislador ordinário, no intuito de assegurar à família brasileira (art. 226 da CF/1988) uma existência digna (art. 1º, inc. III, da CF/1988), por meio da qual um único imóvel residencial (casal ou entidade familiar) é, em regra, considerado impenhorável, vale dizer: não responderá por qualquer tipo de dívida, salvo as exceções prescritas na mencionada lei.

O STJ, nesse sentido, à luz dos aludidos princípios constitucionais fundamentais, firmou o entendimento de que a impenhorabilidade do bem de família legal é irrenunciável pela vontade do seu titular por se tratar de um princípio relativo às questões de ordem pública, porquanto o escopo da proteção ao bem de família é a proteção da própria entidade familiar e não do patrimônio do devedor em face de suas dívidas, devendo as exceções à impenhorabilidade ser interpretadas restritivamente à hipótese prevista em lei (AgRg no Ag 1.355.749/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 01/06/2015).

FREDDIE DIDIER JUNIOR⁶ recorda, a propósito, que:

A CF/88 ampliou o conceito de entidade familiar, para abranger a família monoparental e a união estável. Mas deve considerar-se aí compreendidos os irmãos que vivem juntos e a união homossexual. Até o solteiro está abrangido pela impenhorabilidade se reside só no imóvel – isso, em nome da proteção à dignidade da pessoa humana e da moradia digna. Na verdade, houve uma mudança de compreensão

6 DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Execução*. v. 5, JusPodivum: Salvador, 2009. p. 567.

acerca do sentido de proteção: de proteção da família à proteção da moradia, indispensável à preservação da dignidade da pessoa humana.

Côncio desta mudança semântica da proteção legal, o Superior Tribunal de Justiça, depois de reiterados julgados⁷, editou a Súmula 364, segundo a qual “o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente às pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

A Lei n.º 8.009/1990 também protegeu o bem familiar rural⁸ (art. 4º, § 2º), mormente porque a proteção da pequena propriedade agrícola⁹ ganhou, com o advento da nova Carta Política, status constitucional, tendo sido estabelecido, no capítulo voltado aos direitos fundamentais, que a referida propriedade, “assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento” (art. 5º, inc. XXVI, da CF/1988).

A impenhorabilidade do bem de família, vale lembrar, é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo quando tiver sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens (AgRg no REsp 1.479.146/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 16/03/2016).

O advento do novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015) não promoveu alterações marcantes ou significativas na semântica da Lei n.º 8.009/1990, muito embora como registre o professor JOSÉ MIGUEL

7 “A interpretação teleológica do Art. 1º, da Lei 8.009/90, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia” (EREsp 182.223/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Rel. p/ Acórdão Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/02/2002, DJ 07/04/2003, p. 209).

8 “A jurisprudência desta Corte Superior é assente no sentido de que o imóvel que se enquadra como pequena propriedade rural, indispensável à sobrevivência do agricultor e de sua família, é impenhorável, consoante disposto no parágrafo 2º do artigo 4º da Lei n. 8.009/1990, norma cogente e de ordem pública que tem por escopo a proteção do bem de família, calcado no direito fundamental à moradia” (EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 222.936/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 26/02/2014).

9 “O bem de família agrário é direito fundamental da família rurícola, sendo núcleo intangível - cláusula pétrea -, que restringe, justamente em razão da sua finalidade de preservação da identidade constitucional, uma garantia mínima de proteção à pequena propriedade rural, de um patrimônio mínimo necessário à manutenção e à sobrevivência da família” (REsp 1.408.152/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 02/02/2017).

GARCIA MEDINA¹⁰, a comissão especial que tratava da reforma do Código de Processo Civil, na Câmara dos Deputados, tenha pretendido flexibilizar a impenhorabilidade do bem de família, com a estipulação de um valor máximo para os imóveis impenhoráveis, de forma que bens acima desse montante poderiam ser penhorados até o limite estipulado e o excedente seria utilizado para pagar o débito.

A proposta, todavia, não restou frutífera.

Cumpra destacar, a propósito, que recentemente o Superior Tribunal de Justiça se deparou com a hipótese do bem de família suntuoso ou luxuoso, tendo firmado a tese, ainda que por maioria, de que:

A lei não prevê qualquer restrição à garantia do imóvel como bem de família relativamente ao seu valor, tampouco estabelece regime jurídico distinto no que tange à impenhorabilidade, ou seja, os imóveis residenciais de alto padrão ou de luxo não estão excluídos, em razão do seu valor econômico, da proteção conferida aos bens de família consoante os ditames da Lei 8009/90 (REsp 1.351.571/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 11/11/2016)¹¹.

O voto vencido, por sua vez, na diretriz defendida pela comissão especial do Novo Código de Processo Civil, consignou que não se pretendia naquela oportunidade firmar a tese de que os bens de alto valor, ainda que sirvam de moradia ao devedor e sua família, serão sempre penhoráveis, mas, apenas, possibilitar a penhora de percentual do elevado valor econômico desses bens, viabilizando a coexistência de princípios de igual importância: a preservação da dignidade do devedor e, também, a satisfação do crédito do credor, tudo à luz de um juízo de ponderação, calcado pelo respeito à ordem jurídica e pela observância dos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade.

10 Disponível em: <<https://professormedina.com/2011/11/28/impenhorabilidade-do-bem-de-familia-novo-cpc-e-na-jurisprudencia/>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

11 No mesmo sentido, confira-se: “Os imóveis residenciais de alto padrão ou de luxo não estão excluídos, em razão do seu valor econômico, da proteção conferida aos bens de família pela Lei nº 8.009/90” (REsp 1.440.786/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 27/06/2014) e “Para que seja reconhecida a impenhorabilidade do bem de família, de acordo com o artigo 1º, da Lei nº 8.009/90, basta que o imóvel sirva de residência para a família do devedor, sendo irrelevante o valor do bem (REsp 1.178.469/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/11/2010, DJe 10/12/2010)”.

Ora, como restou asseverado, o mencionado diploma instituiu a proteção legal do bem de família como instrumento de tutela do direito fundamental à moradia da família e, portanto, indispensável à composição de um mínimo existencial para a vida digna, apesar de que a referida impenhorabilidade não seja absoluta, ela somente sofre temperamentos, notadamente, com relação às regras de exceção previstas pela lei de regência, conforme o que restou definido, inclusive, no REsp 1.363.368/MS¹², julgado no rito dos recursos repetitivos.

A impenhorabilidade do imóvel de família é, portanto, relativa, inexistindo, por conseguinte, em nosso ordenamento valores absolutos, tanto é que o regramento normativo comporta expressamente exceções (art. 3.º da Lei n.º 8.009/1990):

- a) pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;
- b) pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida;
- c) para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;
- d) para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;
- e) por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens; e,
- f) por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

As exceções à regra geral da impenhorabilidade do bem de família, destaque-se, segundo a exegese firmada pelo STJ, são previstas de forma

12 REsp 1.363.368/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 21/11/2014.

taxativa, sendo insuscetíveis de interpretação extensiva¹³ (REsp 1.074.838/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 30/10/2012).

2 CONSIDERAÇÕES JURISPRUDENCIAIS SOBRE A CLÁUSULA LEGAL DE IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: CARACTERÍSTICAS E MITIGAÇÕES

A impenhorabilidade do bem de família legal, instituída pela Lei n.º 8.009/1990, visa, sobretudo, preservar o devedor (e, eventualmente, os seus familiares que com ele residam) do constrangimento do despejo que o relegue ao desabrigo, traduzindo-se em um dos maiores marcos e instrumentos de tutela do direito constitucional fundamental à implementação do direito à moradia e, portanto, indispensável à composição de um patrimônio mínimo existencial para vida digna, não se podendo olvidar, para tanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana constituiu um dos pilares da república brasileira (art. 1.º da CF/1988), razão pela qual deve nortear a exegese realizada pelos tribunais pátrios¹⁴ na aplicação do direito infraconstitucional.

O imóvel residencial da família, à luz do direito à moradia e da dignidade da pessoa humana, é muito mais do que apenas uma propriedade patrimonial, é inegavelmente um direito fundamental que deve ser protegido pela atividade jurisdicional estatal, concretizando, desse modo, a tutela constitucional prevista em nossa Carta Política.

Assevera, para tanto, INGO SARLET¹⁵ que:

Tendo em conta que no caso do direito à moradia a íntima e indissociável vinculação com a dignidade da pessoa humana resulta inequívoca, pelo menos no âmbito daquilo que se tem designado de um direito às condições materiais mínimas para uma existência digna, parece-nos

13 “A ressalva prevista no art. 3º, inciso V, da Lei 8.009/90, não alcança a hipótese dos autos, limitando-se, unicamente, à execução hipotecária, não podendo benefício da impenhorabilidade ser afastado para a execução de outras dívidas. Por tratar-se de norma de ordem pública, que visa a proteção da entidade familiar, e não do devedor, a sua interpretação há de ser restritiva à hipótese contida na norma” (REsp 1.115.265/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012).

14 “A impenhorabilidade do bem de família não se limita apenas ao imóvel que sirva como residência do núcleo familiar. Os Princípios da Dignidade Humana e da Proteção à família servem, in casu, como supedâneo à interpretação da Lei n. 8.009/90” (AgRg no Ag 1.249.531/DF, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/11/2010, DJe 07/12/2010).

15 SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 02, p. 65-119, jul./set. 2003.

dispensável, dadas as proporções deste estudo, avançar ainda mais na sua fundamentação. Aliás, provavelmente é ao direito de moradia – bem mais do que ao direito de propriedade – que melhor se ajusta a conhecida frase de Hegel, ao sustentar – numa tradução livre – que a propriedade constitui (também) o espaço de liberdade da pessoa (*Sphäre ihrer Freiheit*). Com efeito, sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física e, portanto, o seu direito à vida. (grifo do autor)

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, aliás, destaca-se, corrobora esse entendimento, tendo, por várias vezes, consignado que a interpretação do art. 1º da Lei n. 8.009/90 não se limita ao resguardo da família, mas sim, ao direito fundamental de moradia previsto na Constituição da República, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana (REsp 980.300/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 21/11/2008).

É inegável a influência do princípio da dignidade da pessoa humana na evolução jurisprudencial do Tribunal de Cidadania que, assim, contribuiu para o reconhecimento e a concretização do movimento de constitucionalização do direito civil ante a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, surgido após a promulgação da Carta Política de 1988, no intuito de proteger o patrimônio existencial digno do indivíduo nas relações civis, em detrimento, sobretudo, dos direitos creditórios.

Nesse sentido, podemos citar:

REsp 715.259/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 09/09/2010; REsp 828.375/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 17/02/2009; REsp 621.399/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/04/2005, DJ 20/02/2006.

Outrossim, deve ser ressaltado que a impenhorabilidade do bem de família legal, dada a sua especial relevância no ordenamento jurídico, pode ser alegada a qualquer tempo até mesmo por meio de simples petição nos autos da execução, todavia, apesar de a impenhorabilidade do bem de família constituir matéria de ordem pública, que comporta arguição em qualquer tempo ou fase do processo, o pronunciamento judicial em sentido

negativo provoca a preclusão (EDcl nos EDcl no REsp 1.083.134/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 28/10/2015).

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça¹⁶ entende também que a proteção conferida ao instituto de bem de família é princípio de ordem pública e deve ser interpretado de modo a conferir máxima efetividade ao direito social à moradia (art. 6º da CF/1988) e, ainda, à norma que impõe ao Estado o dever de proteger a família, base da sociedade (art. 226 da CF/1988), não se admitindo, portanto, nem mesmo a renúncia¹⁷ por seu titular do benefício conferido pela lei, sendo possível, inclusive, a desconstituição de penhora anteriormente feita.

É, todavia, admitida a penhorabilidade do bem de família dado em garantia real hipotecária¹⁸ quando houver proveito para a entidade familiar, sendo razoável, inclusive, presumir que a oneração do bem em favor de empresa familiar beneficiou diretamente a entidade familiar.

Neste cenário, consoante se percebe, o STJ entende que deve prevalecer a boa-fé objetiva¹⁹, nas hipóteses em que o proprietário do imóvel o oferece livre e conscientemente em garantia do negócio empresarial, ainda que ciente que se tratava de um bem de família, renunciando ao seu direito à impenhorabilidade, não podendo alegar, assim, sua invalidade para lesar terceiros de um ato voluntário (vedação de *venire contra factum proprium*).

O ordenamento jurídico, à luz da teoria dos atos próprios, protege a parte contra aquela que pretende exercer uma faculdade jurídica em contradição com o comportamento voluntário assumido anteriormente, devendo-se prevalecer, nas relações privadas, o princípio da boa-fé.

16 (AgRg no AREsp 537.034/MS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 01/10/2014)

17 “A Lei n. 8.009/1990 é norma cogente e de ordem pública, por isso não remanesce espaço para renúncia à proteção legal quanto à impenhorabilidade do bem de família” (REsp 1.180.873/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 26/10/2015).

18 “É indiscutível a possibilidade de se onerar o bem de família, oferecendo-o em garantia real hipotecária. A par da especial proteção conferida por lei ao instituto, a opção de fazê-lo está inserida no âmbito de liberdade e disponibilidade que detém o proprietário. Como tal, é baliza a ser considerada na interpretação da hipótese de exceção” (REsp 1.413.717/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 29/11/2013).

19 “A impenhorabilidade resultante do art. 1º da Lei nº 8.009, de 1990, pode ser objeto de renúncia válida em situações excepcionais; prevalência do princípio da boa-fé objetiva. Recurso especial não conhecido” (REsp 554.622/RS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/11/2005, DJ 01/02/2006, p. 527).

Com efeito, em tais situações, em que se cria expectativa por uma das partes em razão de conduta indicativa de determinado comportamento futuro e manifestado, deve ser repudiado e afastado o ato contrário ao previsto, com surpresa e prejuízo à contraparte.

Nesse sentido, inclusive, é a lição do professor GUSTAVO TEPEDINO:²⁰

No que toca à sua terceira função, o princípio da boa-fé combina-se com a teoria do abuso do direito para impor restrições ao exercício de direitos subjetivos. Nesse sentido, a boa-fé funciona como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes com a finalidade de proscrever aqueles exercícios considerados arbitrários e irregulares (v. comentário ao art. 187). Nesses casos, o comportamento formalmente lícito de um dos contratantes não resiste à avaliação de sua conformidade com a boa-fé e, como tal, deixa de merecer a tutela do ordenamento jurídico. Em tal contexto, faz-se referência ao princípio segundo o qual *nemo potest venire contra factum proprium*, ou seja, a ninguém é dado vir contra o próprio ato. Em sua acepção contemporânea, este princípio veda que alguém pratique uma conduta em contradição com sua conduta anterior, lesando a legítima confiança de quem acreditara na preservação daquele comportamento inicial. (grifo do autor)

Tal conclusão, além de lógica, também é revelada no magistério de FREDIE DIDIER JUNIOR²¹, para quem:

No sistema das invalidades processuais, vige a regra que proíbe o comportamento contraditório (vedação ao *venire contra factum proprium*). Considera-se ilícito o comportamento contraditório, por ofender os princípios da lealdade processual (princípio da confiança ou proteção) e da boa-fé objetiva.

A matéria relativa ao bem de família ofertado não é, porém, imune a críticas.

O mestre FLÁVIO TARTUCE²², em artigo doutrinário, defende a prevalência do direito à moradia sobre a boa-fé que, ao seu sentir, também

20 TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 20.

21 DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. v. 1, Salvador: JusPodivum, 2009. p. 269.

22 TARTUCE, Flávio. O bem de família ofertado. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 43, p. 223-246, 2008.

serve para afastar o argumento de aplicação da vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), “a partir da ideia de *ponderação* ou *pesagem*, deve entender que o primeiro direito tem prioridade e prevalência sobre a boa-fé objetiva”.

Percebe-se, nitidamente, que o movimento de constitucionalização do direito civil (incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas), surgido após a promulgação da Carta Política de 1988, tem como corolário norteador o princípio da dignidade da pessoa humana que, inclusive, serve como mola propulsora na aplicação das normas constitucionais protetivas do indivíduo nas relações privadas, mormente no tema relativo ao bem de família ofertado.

Existe, ainda, outra hipótese que o Superior Tribunal de Justiça admite excepcionalmente uma interpretação extensiva às exceções legais: a inadimplência do contrato de promessa de compra e venda de imóvel²³.

Nesse particular, o STJ, ao apreciar a manutenção de uma penhora de um lote, no qual foi edificada a residência do executado, ordenada em sede de execução de título extrajudicial (contrato de compromisso de compra e venda), firmou o entendimento de que aquele que contrai dívida para adquirir terreno sobre o qual edifica, com recursos próprios, sua moradia, não pode invocar a proteção do bem de família para impedir a penhora desse imóvel residencial em caso de inadimplemento da dívida (AgInt no REsp 1.448.796/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 25/11/2016).

Idêntico infortúnio atinge o fiador do contrato de locação (art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/1990, tendo sido essa exceção legal, inclusive, o cerne da *Súmula 549 do STJ* (“É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação”).

O Tribunal da Cidadania firmou o referido verbete sumular no julgamento do REsp 1.363.368/MS²⁴, julgado sob o rito dos

23 “A exceção prevista no art. 3º, II, da Lei n. 8.009/90 – possibilidade de se penhorar bem de família – deve ser estendida também aos casos em que o proprietário firma contrato de promessa de compra e venda do imóvel e, após receber parte do preço ajustado, se recusa a adimplir com as obrigações avençadas ou a restituir o numerário recebido, e não possui outro bem passível de assegurar o juízo da execução” (AgRg no AREsp 806.099/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 14/03/2016).

24 “Para fins do art. 543-C do CPC: É legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o art. 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/1990” (REsp 1.363.368/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 21/11/2014).

recursos repetitivos, cuja premissa central foi o argumento de que os precedentes da Casa firmaram o entendimento uníssono de que a Lei n.º 8.009/1990 estabelece, expressamente, as hipóteses de exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família, o que impede sua aplicação mediante interpretação extensiva, mormente porque o seu art. 3.º, inc. VII, excetua a obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, isto é, autoriza a constrição de imóvel de propriedade do fiador de contrato locatício, ainda que considerado bem de família.

No caso do bem de família rural, percebe-se que a Corte Superior também tem abrandado o rigor da cláusula de impenhorabilidade, admitindo-se casuisticamente sua mitigação, desde que: a) a propriedade rural tenha extensão suficiente para ser dividida; e, ainda, b) a comprovação de que a totalidade de sua área não seja utilizada para subsistência da unidade familiar (AgRg nos EDcl no AREsp 559.836/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 20/02/2015).

Permite-se, também, a penhorabilidade do bem de família que retorna ao patrimônio do devedor por força do reconhecimento de fraude à execução (AgInt no REsp 1.568.157/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 03/10/2016). Isso porque não se deve prestigiar a má-fé²⁵ ou o abuso de direito empreendidos pelo executado, devendo prevalecer a escolha decisória estatal, obtida após um juízo de ponderação de valores abertos, pela incidência do princípio da boa-fé objetiva que, ressalte-se, rege indistintamente todas as relações particulares, pois, como dizia o saudoso jurista CLÓVIS BEVILÁQUA²⁶, “não é ao lado do que anda de má-fé que se deve colocar o direito; sua função é proteger a atividade humana orientada pela mora, ou pelo menos, a ela não oposta”.

No que pertine às dívidas de natureza alimentícia, a Corte Superior tem adotado um posicionamento mais rígido, autorizando apenas a sua inoponibilidade nos casos de pensão alimentícia²⁷. Exemplificadamente,

25 “O bem que retorna ao patrimônio do devedor, por força de reconhecimento de fraude à execução, não goza da proteção da impenhorabilidade disposta na Lei n.º 8.009/1990, sob pena de prestigiar-se a má-fé do executado” (AgRg no REsp 1085381/SP, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2009, DJe 30/03/2009).

26 Apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 123.495/MG*. Relator: Ministro SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. Julgado em 23/09/1998 e publicado no DJ de 18/12/1998, p. 360.

27 “A pensão alimentícia está prevista expressamente no art. 3.º, III, da Lei n. 8.009/1990 como hipótese de exceção à impenhorabilidade do bem de família, sendo irrelevante a origem dessa prestação, se decorrente de relação familiar ou de ato ilícito” (AgInt no REsp 1.619.189/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 10/11/2016).

pode-se citar o caso em que o STJ ao examinar ação executiva de crédito resultante de contrato de honorários advocatícios (art. 24 da Lei n. 8.906/1994), de natureza alimentar²⁸, deixou assente que a hipótese não se assemelha à pensão alimentícia, de sorte que não se encontra entre as exceções à *benesse* da Lei n. 8.009/1990, de modo a preservar-se a impenhorabilidade do bem de família (REsp 1.182.108/MS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 25/04/2011).

Idêntica postura restritiva é adotada quanto à exceção prevista no art. 3.º, inc. IV, da Lei n.º 8.009/1990 (para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar), tendo sido afastada pelo Superior Tribunal de Justiça a possibilidade de penhora do bem de família na hipótese de cobrança de taxas de manutenção de condomínio de fato, criadas por associações de moradores (AgInt no REsp 1.321.446/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 11/10/2016).

Igualmente, no caso de locação do único bem familiar, o STJ pacificou a orientação de que não descaracteriza automaticamente o instituto do bem de família, previsto na Lei 8.009/1990, a constatação de que o grupo familiar não reside no único imóvel de sua propriedade, razão pela qual o aluguel do único imóvel do casal não o desconfigura como bem de família (REsp 1.616.475/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 11/10/2016).

O estudo jurisprudencial da Lei n.º 8.009/1990, ora empreendido, revela nitidamente que o Superior Tribunal de Justiça tem realizado a efetivação e proteção da cláusula legal da impenhorabilidade do bem de família à luz dos direitos fundamentais, implementando, nas relações jurídicas regidas pelo direito privado, o conteúdo promocional do direito social consagrado na atual Constituição da República Federal do Brasil.

3 CONCLUSÃO

Como visto ao longo do presente trabalho, a impenhorabilidade do imóvel residencial (direito à moradia) existe, em nosso ordenamento jurídico, desde o Código Civil de 1916, sob a denominação de bem de

28 “Os honorários advocatícios, tanto os contratuais quanto os sucumbenciais, tem natureza alimentar e destinam-se ao sustento do advogado e de sua família, portanto são insuscetíveis de penhora (art. 649, IV do CPC)” (AgRg no REsp 1.557.137/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 09/11/2015).

família voluntário (CC/1916, art. 70), tendo sido aperfeiçoada pela Lei n.º 8.009/1990 e mantida pelo vigente Código Civilista (art. 1.711), tornando-se, após gradativa interpretação pretoriana, fundamental para a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, em atendimento ao escopo sociológico consagrado na atual Constituição da República.

O Superior Tribunal de Justiça, ao realizar a interpretação sistêmica da Lei n.º 8.009/1990, à luz do preceito constitucional da garantia à vida digna, contribuiu para a evolução hermenêutica do instituto jurídico do bem de família legal, tendo exercido, por exemplo, papel de destaque na ampliação do conceito da entidade familiar (Súmula 364 do STJ), acabando por operar, na verdade, a mudança do escopo da proteção do bem da família para a preservação da dignidade da pessoa humana, uma vez que passou a tutelar também os solteiros, os separados e os viúvos.

Observa-se, ainda, a partir da análise jurisprudencial do bem de família legal, conforme se depreende dos julgados citados no transcorrer deste texto, que o Tribunal da Cidadania contribuiu ativamente para a constitucionalização do direito civil (incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas), consolidando, em inúmeros julgamentos, o perfil garantista e protetivo do patrimônio existencial digno do indivíduo nas relações civis, em detrimento dos direitos creditórios, tendo como corolários norteadores, para tanto, os princípios da dignidade da pessoa humana, da proteção à família e da moradia.

É verdade, ainda, que foram reconhecidas atenuações à prevalência dos retrocitados preceitos constitucionais – cite-se, por exemplo: a oneração do bem de família oferecido como garantia real hipotecária²⁹ –, o que, diga-se de passagem, é próprio e natural do ordenamento constitucional, pois não há direitos absolutos.

O importante é deixar claro que o Superior Tribunal de Justiça, como visto, não está alheio às pretensões de mudanças, embora adote uma postura garantista em relação ao tema, até porque o direito, enquanto ciência social, está em constante modificação e evolução, de modo que o ineditismo das discussões na consolidação jurisprudencial sempre será bem-vindo, pois favorece a maturação de conceitos já firmados e, também, contribui para reavivar os institutos jurídicos de modo a evitar o seu anacrônico engessamento, aproximando, assim, o Poder Judiciário da sociedade civil e da prestação jurisdicional justa.

29 “Nos termos do art. 3º, V, da Lei n. 8.009/90, ao imóvel dado em garantia hipotecária não se aplica a impenhorabilidade do bem de família na hipótese de dívida constituída em favor da entidade familiar” (REsp 1.455.554/RN, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 16/06/2016).

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.
- _____. Bem de família internacional: necessidade de unificação. *Revista dos Tribunais*: RT, São Paulo, v. 89, n. 782, p. 11-19, dez. 2000.
- BRASIL. *Código Civil*. Lei n.º 3.071, de 1 de janeiro de 1916.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. Presidência da República. *Lei n.º 8.009, de 29 de março de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.
- DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2009.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil: Execução*. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2009.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Impenhorabilidade do bem de família no novo CPC e na jurisprudência*. Disponível em: <<https://professormedina.com/2011/11/28/impenhorabilidade-do-bem-de-familia-no-novo-cpc-e-na-jurisprudencia/>>. Acesso em: 10 mar. 2017.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil – volume único*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 02, p. 65-119, jul./set. 2003.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Agravo Interno no Recurso Especial 1.448.796/PR*. Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 10/11/2016, publicado no DJe 25/11/2016.
- _____. *Agravo Interno no Recurso Especial 1.321.446/SP*. Rel.^a Ministra Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma, julgado em 13/09/2016, publicado no DJe 11/10/2016.
- _____. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1.355.749/SP*. Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 26/05/2015, publicado no DJe em 01/06/2015).
- _____. *Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial 559.836/SP*. Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 12/02/2015, publicado no DJe 20/02/2015.

_____. *Agravo Regimental no Recurso Especial 1.479.146/CE*. Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 10/03/2016, publicado no DJe 16/03/2016.

_____. *Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 1.083.134/PR*. Rel.^a Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 20/10/2015, publicado no DJe 28/10/2015.

_____. *Recurso Especial n.º 123.495/MG*. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 23/09/1998, publicado no DJ 18/12/1998.

_____. *Recurso Especial 980.300/PE*. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 21/10/2008, publicado no DJe 21/11/2008.

_____. *Recurso Especial 1.074.838/SP*. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 23/10/2012, publicado no DJe 30/10/2012.

_____. *Recurso Especial 1.182.108/MS*. Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 12/04/2011, publicado no DJe 25/04/2011.

_____. *Recurso Especial 1.351.571/SP*. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 27/09/2016, publicado no DJe 11/11/2016.

_____. *Recurso Especial 1.568.157/SP*. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 20/09/2016, publicado no DJe 03/10/2016.

_____. *Recurso Especial 1.616.475/PE*. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/09/2016, publicado no DJe 11/10/2016.

TARTUCE, Flávio. O bem de família ofertado. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 43, p. 223-246, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RECEBIDO EM: 21/02/2017

APROVADO EM: 05/05/2017

MEIO AMBIENTE E REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES E DA POBREZA

*ENVIRONMENT AND REDUCTION OF INEQUALITIES AND
POVERTY*

Lisiane Aguiar Henrique

*Mestranda em Direito Ambiental, Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável
na Escola Superior Dom Helder Câmara, ESDHC*

Graduada em Direito e pós graduada em Direito Público.

Analista Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região

Sébastien Kiwonghi Bizawu

Doutor em Direito Público - Direito internacional pela PUC-MG

Mestre em Direito Internacional pela PUC MG. Especialização em Direito Civil e

Direito do Processo Civil, em Direito do Trabalho e Previdenciário

Pró-Reitor do Programa de Pós-Graduação em Direito na Escola Superior Dom

Hélder Câmara em BH-MG, advogado.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Complexidade ambiental e sustentabilidade; 2 Problemática social: geração e produto; 3 Miséria e qualidade de vida; 4 Participação autônoma ; 5 Considerações finais; Referencias.

RESUMO: O artigo discorre sobre a questão social da pobreza e da desigualdade, a partir da percepção do próprio meio ambiente e seus elementos, interações e relações. Numa abordagem solidária, o entrelaçamento de todos os seres, povos e gerações, na preservação da existência sadia, traz a concepção da sustentabilidade. A complexidade ambiental que se verá abarca tanto as mudanças ecossistêmicas quanto os desafios sociais, não podendo haver negligência ambiental ou miserabilidade consentida. Os problemas socioambientais são resultado de práticas depredadoras lucrativas, à custa dos sistemas naturais e sociais. Intrinsecamente ao meio ambiente, surge a problemática social, na verdade, sob duas vertentes, aquela que no processo de escolha gera a degradação ambiental e aquela que lhe é produto. Utilizando-se o método dedutivo, com ênfase na pesquisa exploratória, ver-se-á a preocupação de se devolver a dignidade aos empobrecidos, excluídos, famélicos, a partir do momento em que se vê a necessidade de se revivificar os direitos humanos a partir do próprio direito ambiental. A qualidade de vida digna, abordada na temática da pobreza, pressupõe repensar valores, inclusive, para além do fisicalismo estritamente material, trazendo a atenção para a autonomia, integração, diversidade e respeitabilidade, nos processos de relações sociais. O desafio é enfrentar a desigualdade possibilitando a participação dos marginalizados nas discussões e propalando uma cultura ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Meio Ambiente. Problemática Social. Desigualdade. Pobreza. Sustentabilidade. Participação. Autonomia.

ABSTRACT: The article discusses the social issue of poverty and inequality, from the perception of the environment and its elements, interactions and relationships. In a joint approach, the intertwining of all beings, peoples and generations, preserving the healthy existence, brings the concept of sustainability. The environmental complexity that will be seen embraces both the ecosystem changes and the social challenges and there can be no environmental negligence or wretchedness consented. The environmental problems are the result of profitable predatory practices at the cost of natural and social systems. Intrinsic to the environment, the social problem arises, in fact, in two parts, one that, in the selection process, generates environmental degradation

and the one that is its product. Using the deductive method, with emphasis on exploratory research, it will be to seen the concern to restore dignity to the impoverished, excluded and starving individuals, from the moment you see the need to revive human rights from the own environmental law. The quality of dignified life, addressed on the poverty issue, requires rethinking values, even beyond the strictly material physicalism, bringing attention to the autonomy, integration, diversity and respectability in social relations processes. The challenge is allowing the participation of marginalized individuals in discussions and spreading an environmental culture.

KEYWORDS: Environment. Social Problem. Inequality. Poverty. Sustainability. Participation. Autonomy.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar as temáticas da desigualdade social e da pobreza, a partir do entendimento das várias dimensões do meio ambiente e a interação de seus elementos. Entender a questão social dentro do meio ambiente e repensar os direitos humanos a partir do próprio direito ambiental.

A complexidade ambiental entrelaça elementos naturais, sociais e imateriais. Destarte, perceber-se-á a injustiça ecológica e a injustiça social experimentadas. A degradação é, então, socioambiental, resultado de práticas inadequadas e modelos depredadores de crescimento, à custa dos sistemas naturais e sociais.

A partir do estudo da complexidade ambiental, surgirá a noção de problemática social. Esta será analisada sob duas vertentes: aquela que gera a degradação ambiental, nos processos de escolha dos atores sociais, e aquela que lhe é produto ou resultado, ou seja, aqueles que sofrem as consequências planetárias.

Desafio premente na atualidade é a implantação de comportamentos sustentáveis, a partir de uma consciência ambiental. Isso se dará a partir de interação de saberes, fazendo surgir novos valores, a configurarem uma cultura ecológica e democrática.

Nesse processo, o indivíduo marginalizado deve ser preservado em sua autonomia, devendo participar socialmente das decisões, conectado às opções de seus grupos sociais, sem estar em desvantagem em relação

aos outros. Isso é qualidade de vida até mesmo em aspectos imateriais, de sentimento de integração e respeitabilidade.

O equilíbrio ambiental que se deve buscar pressupõe condições de existência para todos, restando incabível as condições desumanas experimentadas por grande parte da população.

A cultura democrática diversificada, com formas participativas efetivas, como se verá, continua a ser o canal para a superação das exclusões sociais. No entanto, os pobres possuem o privilégio epistemológico nos debates que envolvem desigualdade social.

Parte-se de levantamentos e conteúdos doutrinários, num método dedutivo, com ênfase na pesquisa exploratória, para se discorrer no presente artigo sobre as questões da pobreza, desigualdade e meio ambiente. Obtendo como marco teórico Enrique Leff, verificar-se-á que a questão ambiental emerge como uma problemática social, e vice-versa. Contudo, será possível enxergar um ambiente sadio, de forma que todos vivam num patamar de equilíbrio, o que é, na prática, um grande desafio, com várias ambiguidades.

1 COMPLEXIDADE AMBIENTAL E SUSTENTABILIDADE

O conjunto de todos os seres naturais e de componentes artificiais e até imateriais, entrelaçados perfeitamente, traduzem a harmonia ambiental. Nos dizeres de COSTA¹, meio ambiente é essa união “de elementos naturais e artificiais partilhados com seres humanos e não humanos, necessários ao desenvolvimento e sobrevivência dessas espécies de forma harmônica e solidária”. Ou seja, meio ambiente é o espaço de vivência e existência.

É preciso perceber o meio ambiente em todas as suas dimensões, ou seja, cultural, social, econômica, do trabalho, ecológica, geracional, e entender suas interações, a fim de haver a necessária compreensão e adequada proteção. Veja-se que se trata de uma complexidade e, por isso, há muitos fatores a ameaçar a harmonia.

O equilíbrio, ao qual se busca preservar, essencial para a sadia qualidade de vida, não se limita então ao presente e aos presentes, pois deve ser analisado de forma histórica, pré-suposta, pós-suposta e transgeracional,

1 COSTA, Beatriz Souza. *Meio ambiente como direito à vida*: Brasil, Portugal, Espanha. Belo Horizonte: O Lutador, p.57, 2010.

esta assegurada no art. 225 da Constituição Federal². É no próprio meio ambiente, como casa comum³, que há as interações de seus componentes e se dá as relações sobretudo sociais.

Buscando perscrutar a complexidade ambiental e suas problemáticas, Leff⁴ aponta como degradação socioambiental a perda de fertilidade dos solos e a marginalização social. A princípio poderiam parecer assuntos diferentes, mas não o são, eis que o autor os trata como resultados das práticas inadequadas justamente no uso do próprio solo. Quis dizer que os padrões tecnológicos e o modelo depredador de crescimento maximizam lucros a curto prazo, à custa dos sistemas naturais e sociais.

Historicamente, o autor relata que a relação entre sociedade e natureza, no estudo das sociedades agrárias primitivas, tendia à conservação da cultura, ao equilíbrio ecológico e ao intercâmbio mercantil simples, o que determinava a divisão social e familiar do trabalho. Já nas sociedades atuais, o enfoque está na racionalidade das práticas produtivas. O estudo hodierno deve desembocar no desenvolvimento de metodologias para a gestão ambiental, “delimitando unidades ambientais de produção e manejo sustentável dos recursos naturais, que integrem os diversos processos naturais e sociais que conformam sua estrutura e determinam seu funcionamento produtivo”⁵.

Verifica-se que a natureza, em outros tempos, era vista na perspectiva da produção. Ainda hoje o é, mas numa relação mais complexa. Disso resultam discussões conjuntas atinentes aos recursos naturais e à humanidade, numa questão “generalizada de alcance planetário, que atinge todos os âmbitos da organização social, os aparelhos dos Estados e a todos os grupos e classes sociais”⁶.

Boff⁷ enfatiza que o desequilíbrio ecológico e social afeta todos os ecossistemas e seres que os compõem. É impossível pensar no equilíbrio ambiental, no combate à poluição e a outros danos, sem se pensar no

2 CR, art. 225: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

3 A Carta Encíclica Laudato Si, do Papa Francisco, publicada em 24 de maio de 2015, utiliza-se dessa terminologia, tanto que denomina seu subtítulo como “Sobre o Cuidado da Casa Comum”, tratando-se do planeta Terra.

4 LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2010.

5 *Ibid.*, 2010, p.117.

6 *Ibid.*, 2010, p.138.

7 BOFF, Leonardo. *Ética e eco-espiritualidade*. Campinas: Verus, 2003.

combate às condições desumanas experimentadas por grande parte da população.

Está tudo interligado, a injustiça ecológica e a injustiça social, tendo Boff corroborado com a ideia de que o sistema do capital colonizou e sugou as riquezas naturais, ou, como diz largamente, da mãe Terra, acumulando opulência de um lado à custa da miséria do outro:

A relação depredadora para com a natureza - injustiça ecológica -, afetando as águas, os solos, os ares, a base físico-química da vida, se transforma uma generalizada degradação da qualidade de vida - a injustiça social-, penalizando principalmente os mais fracos e os pobres. Estes se veem condenados a morar em locais de risco, a servir-se de águas contaminadas, a respirar ares infectados de poluição e a viver sob relações sociais altamente tensas devido à pobreza e à exploração⁸.

Assim, ao se tratar de meio ambiente, natural ou artificial, amplificado por suas relações sociais, é preciso trazer à baila a noção de sustentabilidade. Para Freitas, trata-se de um princípio constitucional que determina a responsabilidade de todos (Estado e sociedade) na concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, ou seja, multidimensional.

Sustentabilidade como um princípio “socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferentemente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos”⁹.

Nesse linha, a solidariedade deve ser base de um mundo sustentável, deve entrelaçar todos os seres, todos os povos e todas as gerações, na busca pela vivência sadia e pela sobrevivência.

Destarte, precisamente em sua dimensão social, a sustentabilidade não admite um modelo excludente, “pois de nada serve cogitar da sobrevivência de poucos ou do estilo oligárquico relapso e indiferente, que nega a conexão de todos os seres e a ligação de tudo e, desse modo, a própria natureza imaterial do desenvolvimento”¹⁰.

8 BOFF, op.cit., p.49.

9 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade - direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.51.

10 Ibid., p.55.

Veja-se que o equilíbrio solidário aplica-se a todas as dimensões ambientais, ou seja, solidariedade para com o planeta, como um todo, o que clama o novo paradigma, que é a sustentabilidade. Logo, para Freiras, não podem haver negligência ambiental, miserabilidade consentida ou imposta, tampouco discriminação negativa de qualquer matiz.

Noutro modo de dizer, a sustentabilidade (longe de ser unívoca ou unilateral) só pode ser entendida como princípio multidimensional (de raízes biológicas e evolutivas) e, por isso, vinculado às noções-chave de empatia, equidade entre gerações, longevidade digna, desenvolvimento limpo (em termos éticos, inclusive), com foco na compreensão integrada da vida, para além do fisicalismo estritamente material.¹¹

A aceção do desenvolvimento sustentável não é estritamente material, visa uma qualidade de vida equânime, em dimensões múltiplas e emancipatórias, em que qualquer tipo de distinção só seria válida para auxiliar os desfavorecidos, mediante ações positivas ou compensações, o que vem ao encontro da ideia sustentável.

Fazendo-se as mesmas reflexões quanto à temática ambiental natural, aos direitos fundamentais sociais devem existir os correspondentes programas eficientes, relacionados, por exemplo, à saúde e à educação, sob pena de o modelo de gestão ser insustentável.

As dimensões ética, jurídico-política, ambiental, social e econômica estão, contudo, suscetíveis de degradação e por isso clamam atenção e cuidado. A destruição ambiental pode-se encontrar associada à social e assim por diante, assim como a própria sustentabilidade.

Então, a alteração evolutiva indispensável é uma reciclagem existencial, o que Freitas chama de desenvolvimento limpo. Já Bauman¹² aponta como medidas emergenciais orientadas à questão do lixo interno. Não é possível pensar somente no campo material, mas também em termos éticos e inorgânicos.

Estudar a complexidade ambiental é ater-se sim a fatos como poluição, desperdício, acidificação do solo e da água, aquecimento global, perda da biodiversidade, mas também às desigualdades sociais, ausência

¹¹ FREITAS, op. cit., p.65.

¹² BAUMAN, Zygmunt. *Vidas Desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. p.91.

de alteridade e urgência de uma transformação do estilo de vida, numa responsabilidade compartilhada.

A pobreza encontra-se associada à degradação ambiental, nos âmbitos natural e social, como fruto do extrativismo e desigualdade de oportunidades.

A Carta Encíclica *Laudato Si'*, do Papa Francisco, sobre o cuidado da Casa Comum, traz uma verdadeira leitura do meio ambiente, fazendo referência à relação entre natureza e sociedade que a habita. Sustenta seus ensinamentos em compreensões científicas e filosóficas, afirmando que a natureza não é algo separado do ser humano, ou uma mera moldura da vida, pois reconhece que o ser social é parte da natureza, compenetrando-a.

Quando se pensa, por exemplo, numa contaminação dos recursos naturais, tem que se pensar no funcionamento da sociedade, de sua economia, para se entender a realidade. Assim, conclui que não há duas crises separadas (ambiental e social), mas uma só, que requer uma abordagem integral:

Dada a amplitude das mudanças, já não é possível encontrar uma resposta específica e independente para cada parte do problema. É fundamental buscar soluções integrais que considerem as interações dos sistemas naturais entre si e com os sistemas sociais. Não há duas crises separadas: uma ambiental e outra social; mas uma única e complexa crise sócio-ambiental. As directrizes para a solução requerem uma abordagem integral para combater a pobreza, devolver a dignidade aos excluídos e, simultaneamente, cuidar da natureza.¹³

As relações com o meio ambiente caminharam de uma cultura de cultivo e sobrevivência àquela dos riscos que se assumem pelos danos, escassezes, catástrofes ambientais e crises sociais. As condições de sustentabilidade do planeta são afetadas pelos processos desproporcionais de extração dos recursos naturais, produção desenfreada e pelo desconhecimento das relações sociedade-natureza.

Chega-se à escassez em virtude da insaciabilidade, fomentada pelo mercado do uso e abuso. Indubitavelmente, as relações estão sendo pautadas na lógica consumista.

13 PAPA FRANCISCO. *Carta Encíclica Laudato Si'*: sobre o cuidado da casa comum. Disponível no site do vaticano, conforme referências. 2015, p.44.

Há preferência pela prática do descartável, a despeito de lutar por um meio ambiente saudável, porque isso levaria tempo do qual a economia voraz não dispõe.

Certo é, no entanto, que a natureza finita está sucumbindo e, com ela, os menos favorecidos, que integraram simultaneamente a crise ambiental em seu âmago.

2 PROBLEMÁTICA SOCIAL: GERAÇÃO E PRODUTO

O meio ambiente é inerente a todos os seres humanos, tanto como parte que são dessa realidade, ou como atores dos processos de escolha, bem como por serem aqueles que sofrem também as consequências planetárias. Nessas três perspectivas, o que os diferencia dos outros seres, animais ou vegetais, são justamente as aptidões para as escolhas, o que vai ao encontro da sustentabilidade.

Para Leff, a questão ambiental emerge como uma problemática social. O desenvolvimento tecnológico, como escolha social, acarreta consequências naturais ao mesmo tempo que gera enriquecimento de uns e empobrecimento de outros, e a ciência social vetusta já não é suficiente para abordar a matéria:

A questão ambiental é uma problemática de caráter eminentemente social: esta foi gerada e está atravessada por um conjunto de processos sociais. Entretanto, as ciências sociais não transformaram seus conceitos, métodos e paradigmas teóricos para abordar as relações entre estes processos sociais e as mudanças ambientais emergentes.¹⁴

Veja-se que é preciso enfrentar a temática mudando paradigmas dos saberes e com referências inclusive transdisciplinares.

Será possível ver a problemática social sob duas vertentes: aquela que gera a degradação ambiental e aquela que lhe é produto ou resultado. A dificuldade de se chegar a esse saber ambiental está, muitas vezes, nas compreensões uniformes trazidas pelas ciências, olvidando a heterogeneidade.

Foucault fala, inclusive, da necessidade do acoplamento do saber erudito com o saber das pessoas (saber local), o que ele delineia como genealogia. Não se trata “de opor a unidade abstrata da teoria à

14 LEFF, op.cit., p. 111.

multiplicidade concreta dos fatos e de desclassificar o especulativo para lhe opor, em forma de cientificismo [...] Trata-se de ativar os saberes locais, descontínuos, desqualificados, não legitimados”¹⁵.

É preciso levantar uma consciência ambiental, a partir de interação de saberes, fazendo surgir novos valores a configurar uma cultura ecológica e democrática. O objetivo tem que ser o desenvolvimento sustentável, fundado em vários princípios, como a diversidade, a fim de se enfrentar a problemática.

Uma ciência dura se imporia, desconsiderando a possibilidade de se afetar o campo social, que sofreria apenas as consequências.

É preciso enxergar um ambiente sadio e participativo, de forma que todos vivam num patamar de equilíbrio. Isso demanda o respeito à diversidade, o olhar aos excluídos e, obviamente, a eliminação da pobreza extrema:

A satisfação das necessidades básicas e a elevação da qualidade de vida da população, partindo da eliminação da pobreza e da miséria extrema, e seguindo com a melhoria da qualidade ambiental e do potencial ambiental, através da democratização do poder e da distribuição social dos recursos ambientais¹⁶.

O lamentável é que o ser social gera os processos de discriminação e exclusão. Nessa falta de reciprocidade, que já é um problema, o produto gerado é outra disfunção.

Conforme expõe Bauman¹⁷, por toda parte há “refugio humano”, produzido e germinado em quantidades sempre crescentes.

É necessário resgatar e atualizar o conceito de direitos humanos, retirando qualquer perspectiva minimalista, para se deparar exatamente com o humano.

Os direitos humanos, como plano de fundo em qualquer debate sobre a vulnerabilidade socioeconômica, são compreendidos atualmente em sua amplitude, como resultados de construções sócio-históricas e políticas, em várias dimensões, como a “cultural, ética, socioambiental,

15 FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979. p. 171.

16 LEFF, op.cit., p.131.

17 BAUMAN, op. cit., p.89.

entre outras, aparece como a proposta mais adequada aos desafios da sociedade contemporânea em âmbito local, nacional e mundial”¹⁸.

Assim, os direitos humanos não mais podem ser compreendidos num plano místico, imanente à condição humana, absoluta e uniforme, sob o risco de se deixar de responder os desafios da inclusão e o respeito às diversidades.

Veja-se que se deve pensar em inclusão e não na visão equivocada de exclusão tratada pela rede midiática, selecionadora de “bandidos”. Direitos humanos pressupõem, conforme Vasconcelos, a consideração da contingência, imprevisibilidade e indeterminação, inerentes à própria composição social.

Na obra publicada sobre os Direitos Fundamentais das Pessoas em Situação de Rua, organizada por vários doutrinadores, corroborou-se a ideia desses direitos de forma mais abrangente, pensando no sujeito-mundo, a fim de se compreender a multiculturalidade humana:

[...] construir uma forma de pensar os Direitos Humanos que não reafirme modos possíveis de ser, modos pré-concebidos e que estão no fundamento histórico de afirmação desses direitos, mas que abra espaço para as formas de vida, os processos de subjetivação surgidos nas relações criadas no encontro sujeito-mundo. Que não reafirme violências e impossibilidades de lidar com a diversidade, de compreender formas peculiares, mas que, ao contrário, reafirme modos de vida, que ‘dê conta’ e dialogue com a multiplicidade do humano.¹⁹

Nesse arcabouço de humanos múltiplos, as condições tensas vividas pelos mais pobres, que muitas vezes não têm sequer saneamento básico, traduzem a extrema desigualdade ou desequilíbrio. A exemplo, estima-se que mais de 35 milhões de brasileiros não têm acesso a saneamento básico²⁰.

Ao se analisar o empobrecimento, que é uma problemática social, produto de uma sociedade mercantilista, que é outro problema social, deve-se ater às causas econômicas, políticas e culturais, mas também às relações que uma sociedade entretém com a natureza, na qual se encontra o ser humano.

18 PINTO, João Batista Moreira. *Os direitos humanos como um projeto de sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p.26.

19 MACERATA, I.M.; MAGALHÃES, J.N.; RESENDE, N.C. *Direitos humanos e população em situação de rua: as singularidades no encontro com a rua*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2014. p.147.

20 Dado trazido em 2013 pelo Instituto Trata Brasil (Organização da Sociedade Civil de Interesse Público), conforme referência.

Imprescindível a solidariedade. Pensar nos excluídos, empobrecidos e marginalizados, na busca pelo suficiente e decente para todos.

3 MISÉRIA E QUALIDADE DE VIDA

O ciclo que se percebeu é de injustiças ecológicas e injustiças sociais, como causas-consequências. A problemática social é constatada (e também resulta) nas condições de pobreza e desigualdade experimentadas por grande parte da população.

Boff afirma que para o novo *ethos* mundial é necessário, “primeiro, salvar a vida dos pobres; depois garantir os meios de vida para todos (trabalho, moradia, saúde, educação, segurança); em seguida, assegurar a sustentabilidade da casa comum, a Terra, com seus ecossistemas”²¹.

O autor, inclusive, entende que, para se universalizar um discurso, deve-se ser parcial, partindo a reflexão dos excluídos, dos pobres, dos famélicos. Não se chega ao ideal ambiental quando a doutrina é escrita por aqueles que se encontram numa posição de dominação e poder. Assim, “os marginalizados e mais ainda os excluídos são portadores de um privilégio epistemológico”²².

De outro lado, conforme o documento pontifício *Laudato Si'*, “a lógica que dificulta a tomada de decisões drásticas para inverter a tendência ao aquecimento global é a mesma que não permite cumprir o objectivo de erradicar a pobreza”²³. Não se quer enfrentar os problemas, apartar privilégios, tampouco reagir de forma responsável, por intermédio de autoridades designadas de maneira imparcial.

A linha de discussão que aqui se estabelece entre o parcial e o imparcial está na crítica da parcialidade privilegiada dominante. O marginalizado normalmente não é quem decide sobre as situações que envolvem sua condição. Então, para ser imparcial, aquele que possui o poder de decisão tem que conhecer a realidade daqueles envolvidos na discussão, por intermédio deles. Ao contrário, voltar-se-ão às soluções hegemônicas para realidades distintas.

É a mesma dicotomia entre igual e desigual. Por vezes, é preciso reconhecer e favorecer o desigual, ainda que a igualdade seja princípio

21 BOFF, Leonardo. *Ethos Mundial: um consenso mínimo entre os humanos*. Rio e Janeiro: Record, 2009. p. 69.

22 Ibid., p. 67.

23 PAPA FRANCISCO, op.cit.,p.54.

fundamental. Não se prescindi do princípio de que o direito de ser igual prevalece, mas isso quando a diferença inferioriza. Em contrapartida, propala-se o direito a ser diferente “quando a igualdade nos trivializa”²⁴.

É interessante comentar o processo de produção de riqueza, trazido por Leff, para se pensar nas condições de vida. A sociedade opulenta, na expansão do capital, se depara com a escassez, deterioração dos bens naturais, sujeição ao consumo e degradação do próprio bem-estar. A partir desse jugo, surge a noção libertária de ‘qualidade de vida’:

A noção de qualidade de vida emerge no momento em que a sociedade ‘opulenta’ parecia libertar-se da etapa na qual o processo econômico era construído como um processo de produção de riqueza fundamentado no conceito de escassez, bem como da economia forçada, como necessidade para a acumulação de excedentes e a expansão do capital. A ênfase nos aspectos qualitativos das condições de vida representa a percepção da degradação do bem-estar gerada pela crescente produção de mercadorias, a deterioração dos bens naturais comuns e dos serviços públicos básicos e a homogeneização dos padrões de consumo. Isso aponta a uma avaliação do sentido da existência, da qualidade do consumo, e da qualidade do trabalho produtivo, que vai além dos problemas de emprego, salário real e da desigualdades na distribuição da riqueza.²⁵

Para o autor, a questão da qualidade de vida irrompe do circuito produção, consumo e abundância, no momento em que se percebe essa massificação “com a deterioração do ambiente, a degradação do valor de uso das mercadorias, o empobrecimento crítico das maiorias e as limitações do Estado para prover os serviços básicos a uma crescente população marginalizada”²⁶.

Quando se fala de qualidade de vida, a ênfase deve estar, por óbvio, nos aspectos qualitativos das condições de vida, e não quantitativos. Como visto, a degradação do bem-estar gera-se pela produção desenfreada.

A questão concreta da pobreza e desigualdade está associada à qualidade de vida, assim como a própria solução. Ao se pensar no binômio escassez–desperdício e em novas formas de se organizar a vida em sociedade, contextualizando as necessidades humanas, pode-se chegar a projetos emancipatórios, com potenciais transformadores e globais, trazendo acesso

24 SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2013. p. 79.

25 LEFF, op.cit., p.146.

26 Ibid., p.147.

a qualidade de vida a todos, e conseqüentemente combater as realidades ambientais de desigualdade.

Para se pensar em qualidade nas condições de vida, é preciso voltar à percepção da composição ambiental, com todos os seus seres importantes e essenciais. A indignação, sobretudo, deveria ser com as enormes desigualdades sociais. Como exorta a *Laudato Si'*, infelizmente “continuamos a tolerar que alguns se considerem mais dignos do que outros. Deixamos de notar que alguns se arrastam numa miséria degradante, sem possibilidades reais de melhoria, enquanto outros não sabem sequer que fazer ao que têm, ostentam vaidosamente uma suposta superioridade”²⁷.

Nesse prisma, o Relatório de Desenvolvimento Humano 2013 da ONU²⁸ alerta e prevê uma catástrofe ambiental no mundo em 2050. Expõe que a pobreza extrema estimada para os próximos anos deve ser motivada pela degradação do planeta e a conseqüente redução dos meios de subsistência, como agricultura e o acesso a água potável. De acordo com a previsão, cerca de 2,7 bilhões de pessoas a mais viverão em extrema pobreza em 2050, como conseqüência do problema ambiental, sendo 1,9 bilhões que entrarão na miséria e os outras 800 milhões seriam aquelas impedidas de sair dessa situação.

A pesquisa aponta que o aumento da poluição, da pressão sobre os recursos naturais, das mudanças climáticas e dos desastres naturais afetarão muitos países independente do estado de desenvolvimento em que se encontram, sendo que o desenvolvimento humano estará realmente ameaçado. No entanto, certo é que as principais vítimas são as comunidades pobres, até por insuficiência de meios alternativos para lidar com as problemáticas ambientais.

Importante mencionar que o nível de desperdício chega a ponto de destruir o planeta e retrata bem a desigualdade. Por isso a necessidade de se repensar a questão da qualidade de vida, a partir da análise das necessidades e consumo. Quando se pretende uma mudança, o caminho é a cultura, ou seja, incorporar como um ditame cultural a igualdade e a construção de um mundo mais justo.

Qualidade de vida associada a consumo desenfreado, como se vê, é uma noção totalmente equivocada, hierarquizada e globalmente destrutiva.

27 PAPA FRANCISCO, op. cit., p. 29.

28 O Relatório do Desenvolvimento Humano 2013, publicado pelo Programa das nações Unidas para Desenvolvimento, com título, “A Ascensão do Sul: Progresso Humano num Mundo Diversificado” é disponível eletronicamente, conforme referências.

A efetividade dos direitos humanos, e da qualidade de vida pertinente, pressupõem a construção de condições culturais ou valores imateriais. Não se trata apenas de alimentar os famintos, repensar a redistribuição social dos recursos, mas, também, incorporar princípios solidários. A exemplo, o relatório da ONU clamou pelo surgimento de novos atores a mudarem o panorama do desenvolvimento.

Trata-se de uma adesão dos vários seguimentos da sociedade a uma nova cultura, que reconheça a complexidade, como uma estratégia revolucionária que, nos dizeres de Vasconcelos, só pode acontecer pelas vias democrática, do convencimento e do consenso, em torno dos valores e dos princípios humanitários.

4 PARTICIPAÇÃO AUTÔNOMA

A construção de uma nova cultura democrática passa a ser o maior desafio para a superação das exclusões sociais, que decorrem, conforme Vasconcelos, da lógica perversa capitalista que produz cenários de horror, expressos pela fome, miséria, desemprego, dentre outros.

Numa nova perspectiva, entende-se que é possível pensar em outra roupagem dos direitos humanos, a partir do próprio direito ambiental. A diversidade e a harmonia ambiental seriam como berços de uma nova conscientização e efetivação social. Consciência ambiental a levar a transformação social, ao repensar o ser humano no processo natural e social harmônico, digno e respeitadamente diversificado.

O comprometimento ideal, conforme se apontou em Boff²⁹, é de que a primeira situação a ser enfrentada é salvar a vida dos pobres, e depois assegurar a sustentabilidade da Terra. Conquanto, esse salvamento se dará no cenário ambiental que requer uma nova compreensão.

É preciso, então, enfrentar logo a questão de como fazer para surgir uma nova epistemologia e traçar um destino diverso, equilibrando o meio.

Primeiro, não se pode olvidar que pessoas em situação de grave vulnerabilidade socioeconômica têm violados seus direitos, inclusive de participação, a partir da própria discriminação social que as acompanha. É uma situação que deve ser culturalmente transfigurada.

29 BOFF, op. cit., 2009.

A exclusão se dá não apenas pela falta de acesso a propriedade, que separaria os ricos dos pobres, mas pela herança cultural excludente, que impossibilita o acesso de todos a constituição de um ser autônomo:

O que exclui a ‘ralé brasileira’ não é exatamente a inacessibilidade à propriedade privada, mas, sim, uma impossibilidade afetiva, emocional, moral e existencial para se constituir enquanto um sujeito autônomo, capaz de produzir projetos emancipatórios para suas próprias vidas.³⁰

Mister, então, se propagar uma educação ambiental em todos os níveis sociais, bem como possibilitar a participação dos marginalizados nas discussões, a exemplo, nos debates sobre direito da cidade e reforma urbana. Ampliar os diálogos de forma a abarcar uma cultura ambiental singular e até formas concretas que repensem um futuro mais sustentável.

“Não Fale de Mim Sem Mim, Por Mim”³¹. Esses foram os dizeres de uma faixa suspensa pelo Movimento da População de Rua de Brasília/DF, no Congresso Nacional realizado pela população em situação de rua, acontecido em 2016, na cidade de Belo Horizonte. É uma ótima tradução da autonomia aqui perfilhada.

Gustin afirma que o indivíduo deve ser preservado em sua dignidade e em sua autonomia, no sentido de ser dono de seus atos e decisões, conectado às opções de seus grupos sociais. Agora, quando se está “em desvantagem em relação aos outros indivíduos, pode-se ser capaz de participar socialmente como um desigual? Será essa desigualdade frente à sociedade uma razão suficiente para merecer direitos também desiguais?”³².

Refere-se à autonomia não num conceito liberal, no sentido de realização em si, mas numa acepção que atribua à autonomia uma natureza que se desenvolva pela sociabilidade, através de relações discursivas. Os direitos fundamentais devem ser tratados como “direitos de liberdade”, por sua indispensabilidade no desenvolvimento pleno da autonomia e emancipação.

Para isso, necessária uma ambiência democrática de direito:

30 VASCONCELOS, Ruth. *O individual e o coletivo no projeto dos direitos humanos e as dimensões ética e cultural*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p.153.

31 Faixa exibida pelo Movimento População de Rua de Brasília/DF, no 3º Congresso Nacional de População de Rua, realizado em Belo Horizonte, dos dias 16 a 19 de agosto de 2016.

32 GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Necessidades humanas, autonomia e o direito à inclusão em uma sociedade que se realiza na interculturalidade e no reconhecimento de uma justiça do bem-estar*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2014. p.35.

[...] através de canais e expedientes discursivos, seja possível florescer uma consciência de que o princípio de satisfação de necessidades (das políticas sociais ou da esfera jurídica) deveria orientar-se não somente num sentido restrito de satisfação de se atribuírem aos cidadãos capacidades de se autorregere e de participarem, com autonomia crítica, da sociedade, tanto no que se refere à ação quanto à capacidade argumentativa.³³

Assim, trata-se de qualidade de vida aos excluídos, começar a os favorecer nos processos discursivos, para que eles mesmos orientem, com a autonomia de quem vive a realidade, as próprias soluções.

Está-se diante de um ser complexo, daí que a inclusão social é vista em sua diversificação, pois o ser humano não pode ser visto como uma unidade material. Assim, combater-se-ia a desigualdade, inicialmente, pelo acesso igual a participação, com objetivo de restabelecer um debate nacional, mundial (ou local) sobre as escolhas fundamentais.

Boff, analisando a situação do empobrecimento e da exclusão de grande parte da humanidade, na visão de Dussel (nascido em 1934), falou da necessidade da desconstrução dos discursos éticos vigentes, por considerar que seus formuladores não têm consciência devido ao lugar social “donde pensam e atuam: dentro dos sistemas dominantes e a partir de quem ocupa o centro do poder. Praticamente não tomam em conta o fato de que existem uma periferia e uma exclusão mundial”³⁴.

A meta da participação que aqui se reforça é o desenvolvimento da potencialidade criativa e dialógica, ampliando a capacidade de inserção autônoma da pessoa em seu contexto, contribuindo para minimização dos danos ambientais.

Todavia, não se pode olvidar que possibilitar a participação efetiva dos menos favorecidos nas discussões gira muitas vezes em torno de uma ilusão. As contradições e ambiguidades do meio social reforçam um sistema excludente e aquela fórmula (não nova) de participação social é sucateada ou até disfarçada.

Seria necessária uma “verdadeira revolução ideológica e cultural que problematiza toda uma constelação de paradigmas do conhecimento teórico e de saberes práticos”³⁵, de forma que a problemática ambiental,

33 GUSTIN, op. cit., p.47.

34 BOFF, op.cit., 2009, p. 66.

35 LEFF, op. cit., p.137.

nas suas abordagens da complexidade dos problemas sociais e mudanças ecossistêmicas globais, leve à transformação.

Num geral, trata-se de um movimento planetário, participativo, com vários atores, na luta pela defesa da existência, a incidir tomada de decisões e realização de programas educativos baseados em novos padrões de gestão ambiental e processos sociais.

Leff acredita que as velhas demandas populares de participação, contra desigualdade, exploração, atreladas às demandas imediatas de direito à moradia, melhoria salarial, podem ser definidas dentro da própria luta pela defesa do meio ambiente, qualidade ambiental, para que sejam tomadas decisões sobre, por exemplo, formas de assentamento humano e condições de trabalho satisfatórias, o que pode acontecer por intermédio da força dos movimentos ambientalistas³⁶.

A interrelação do meio ambiente com a redução da desigualdade demanda a participação da sociedade na sustentabilidade, solidariedade e gestão, num espaço aberto e permanente, para a reparação do mal, sobretudo da pobreza.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidenciou-se neste artigo que o olhar aos excluídos e a eliminação da pobreza extrema são imprescindíveis para o equilíbrio ambiental.

A degradação da qualidade de vida penaliza principalmente os mais fracos e os pobres. O relatório da ONU mencionado alerta sobre a catástrofe ambiental prevista para um futuro próximo, em que se prevê um aumento da pobreza extrema, motivada pela degradação do planeta.

Dessa forma, a problemática social foi percebida de duas formas. Tanto os processos de escolha que geram a desigualdade (e degradação), como aqueles seres humanos que sofrem também as consequências planetárias, produtos ou refugos que são daquelas escolhas.

36 Propõe-se, dessa forma, o problema da capacidade do movimento ambientalista para incorporar velhas demandas populares de participação e contra a desigualdade, marginalização, exploração e submissão que produzem os processos econômicos e políticos prevaletentes; assim, as demandas imediatas de melhorias salariais, de propriedade da terra, do direito à moradia e aos serviços públicos podem redefinir-se dentro das lutas pela defesa dos recursos naturais, da qualidade ambiental e da vida e as perspectivas de um desenvolvimento sustentável, para incidir na tomada de decisões sobre novos padrões de uso dos recursos, modelos de urbanização, formas de assentamento humano, inovação de processos e condições de trabalho mais satisfatórios etc. Estes movimentos podem gerar uma força social capaz de internalizar as reivindicações ambientais nos programas do Estado e dos partidos políticos tradicionais, abrindo novas perspectivas e espaços de participação à sociedade civil para a gestão ambiental. (LEFF, 2010, p.152).

A construção de uma nova cultura ecológica e democrática passa a ser, então, o maior desafio para a superação das misérias, injustiças e exclusões sociais.

Isso se daria por uma interação de saberes, que levariam a uma consciência ambiental (e naturalmente social), e, sobretudo, pela possibilidade de participação dos marginalizados nas discussões, preservados em sua dignidade e em sua autonomia, pois possuem um privilégio epistemológico nessa discussão.

Contudo, há obstáculos nada fáceis de serem enfrentados. O que dificulta a tomada de decisões para erradicar a pobreza é a mesma que não permite inverter a tendência dos danos ambientais, ou seja, apartar privilégios sociais.

A expectativa de que vários atores lutem pela defesa da existência digna, e possibilitem a discussão, interados no mesmo meio ambiente, é o que pode gerar a transfiguração da desigualdade social, pensando-se os direitos humanos a partir do próprio direito ambiental cultural.

É preciso repensar o ser humano nos processos natural e social, harmônicos e respeitadamente diversificados.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Vidas Desperdiçadas*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BIZAWU, K. ; REIS, E.V.B. A encíclica Laudato Si à luz do direito internacional do meio ambiente. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.12, n.23, p.29-65, 2015.

BOFF, Leonardo. *Ética e eco-espiritualidade*. Campinas, SP: Verus, 2003.

BOFF, Leonardo. *Ethos Mundial: um consenso mínimo entre os humanos*. Rio de Janeiro: Record, 2009.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

COSTA, Beatriz Souza. *Meio ambiente como direito à vida: Brasil, Portugal, Espanha*. Belo Horizonte: O Lutador, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade - direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. Necessidades humanas, autonomia e o direito à inclusão em uma sociedade que se realiza na interculturalidade e no reconhecimento de uma justiça do bem-estar. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org). *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p.31-50.

INSTITUTO TRATA BRASIL (Organização da Sociedade Civil de Interesse Público). *Situação Saneamento no Brasil*. Recuperado a partir de: <<http://www.tratabrasil.org.br/quem-somos>>. Copyright (2013). Acesso em: 07 jun. 2016.

LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. Tradução de Sandra Valenzuela; revisão técnica de Paulo Freire Vieira, 5. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

MACERATA, I.M.; MAGALHÃES, J.N.; RESENDE, N.C. Direitos humanos e população em situação de rua: as singularidades no encontro com a rua. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org). *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

PAINEL BRASILEIRO DE MUDANÇAS CLIMÁTICAS. Relatório da ONU prevê catástrofe ambiental no mundo em 2050. Fonte: *Portal G1*. Disponível em: <<http://www.pbmc.coppe.ufrj.br/pt/noticias/326-relatorio-da-onu-preve-catastrofe-ambiental-no-mundo-em-2050>>. Acesso em: 16 maio 2016.

PAPA FRANCISCO. *Carta Encíclica Laudato Si'*: sobre o cuidado da casa comum. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2016.

PINTO, João Batista Moreira. Os direitos humanos como um projeto de sociedade. In: PINTO, João Batista Moreira; SOUZA, Eron Geraldo de. (Org). *Os direitos humanos como um projeto de sociedade: desafios para as dimensões política, socioeconômica, ética, jurídica e socioambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p.5-33.

PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento). *Relatório do Desenvolvimento Humano 2013: A Ascensão do Sul: Progresso Humano num Mundo Diversificado*. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh-2013.pdf>>. New York, 2013. Acesso em: 04 jun. 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2013.

VASCONCELOS, Ruth. O individual e o coletivo no projeto dos direitos humanos e as dimensões ética e cultural. In: PINTO, João Batista Moreira; SOUZA, Eron Geraldo de. (Org). *Os direitos humanos como um projeto de sociedade: desafios para as dimensões política, socioeconômica, ética, jurídica e socioambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

RECEBIDO EM: 16/05/2016

APROVADO EM: 16/08/2016

A CULPABILIDADE NO ATO ÍMPROBO: APLICAÇÃO DA TEORIA NORMATIVA PURA NA ANÁLISE DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

***THE CULPABILITY IN THE MISCONDUCT ACT: APLICATION
OF PURE NORMATIVE THEORY IN ANALYSIS OF THE
ADMINISTRATIVE MISCONDUCT***

Paulo Henrique Figueredo de Araújo

*Pós-graduação “latu sensu” em Direito Eleitoral e Improbidade Administrativa pela
FESMP/MT. Pós-graduação “latu sensu” em Direito Tributário pela Universidade
Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Procurador Distrito Federal.*

SUMÁRIO: introdução; 1 Direito Administrativo Sancionador e seu diálogo com os preceitos de direito penal; 2 Evolução doutrinária das teorias da culpabilidade; 3 Erro de tipo e erro de proibição no direito penal; 4 Reflexos da teoria finalista na formação do juízo de culpabilidade na improbidade administrativa; 5 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente estudo trata da análise quanto à viabilidade de transposição, para a improbidade administrativa, da teoria da culpabilidade penal, segundo a vertente normativa-pura, componente do finalismo de Welzel. Aborda o grau de integração entre o direito penal, processual penal e a improbidade administrativa, expondo as diversas hipóteses nas quais os institutos e regramentos dos dois primeiros ramos restam aplicáveis na interpretação da Lei nº 8.429/1992. Em seguida, trata da evolução da teoria da culpabilidade, expondo as características fundamentais da fase psicológica, psicológico-normativa e normativa-pura, esta adotada pelo direito penal brasileiro após a reforma de 1984. Promove a diferenciação entre o erro de tipo e o erro de proibição, segundo a teoria limitada da culpabilidade. Analisa decisões proferidas em ações de improbidade administrativa com base nesses preceitos, identificando os pontos de distinção com a teorização proposta.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade Administrativa. Culpabilidade. Finalismo. Teoria Normativa-Pura.

ABSTRACT: This study deals with the analysis on the feasibility of implementation, for administrative misconduct procedure, the theory of criminal culpability, according to pure normative branch, component of Welzel finalism. Addresses the degree of integration between the criminal law, criminal procedure and administrative misconduct, exposing the various situations in which the institutes and specific regulations of the first two branches remain applicable in the interpretation of Law No. 8.429/1992. Then deals with the evolution of the theory of culpability, exposing the fundamental characteristics of psychological, psychological-normative and normative-pure phases, the last adopted by the Brazilian criminal law after the reform of 1984. It promotes the differentiation between the error of type and the error of prohibition, according to the limited theory of guilt. Examines decisions in administrative misconduct trials based on these principles, identifying the points of distinction with the theorization.

KEYWORDS: Administrative Misconduct. Culpability. Finalism. Pure Normative Theory.

INTRODUÇÃO

O direito sancionador anterior à Constituição Federal de 1988 era visto a partir da ideia apriorística da supremacia dos interesses do Estado, condicionadores do próprio exercício dos direitos fundamentais. Trata-se de um contexto no qual a legitimidade persecutória ligar-se-ia com mais ênfase ao Estado, sendo a própria cidadania relegada a segundo plano¹. Somente após a aludida Carta Magna, iniciou-se um processo de consolidação de direitos fundamentais, dentre os quais aqueles inerentes à defesa o indivíduo em face da perseguição punitiva estatal, nas suas mais diversas facetas – máxime no tocante ao direito penal e à improbidade administrativa.

Possível identificar entendimento doutrinário no sentido da existência de um *supra* Direito Punitivo estatal, respaldado por uma principiologia própria, independentemente de se tratar de infração penal ou administrativa. Sua operacionalização se daria mediante um tratamento integrado da matéria, com a aplicação de certos paradigmas da penologia criminal no exercício das demais funções punitivas do Estado, modelos esses operantes como elementos de legitimidade, superação do arbítrio e coibição do excesso de poderes, inerente ao Estado de Direito. Ademais, a exigência decorreria da própria necessidade de uma coerência e unidade nos critérios punitivos, apta a conferir segurança jurídica aos cidadãos².

Tendo como base o retromencionado contexto, de intercâmbio entre os institutos penais e demais ramos sancionadores, o presente estudo objetiva lançar linhas fundamentais sobre a utilização da teoria da culpabilidade, na vertente normativa-pura (integrante do movimento finalista, de Hans Wezel), para a análise da culpabilidade na ação por improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992). Inicia-se com o atual estado da doutrina e jurisprudência sobre a improbidade administrativa, em suas facetas substantivas (regras materiais) e adjetivas (regras processuais), em especial, sobre a possibilidade jurídica de transposição de preceitos de ordem penal e processual penal para a interpretação das regras previstas para a improbidade. Essa premissa revelar-se-á importante para justificar

1 OSÓRIO, Fábio Medina. Direitos imanentes ao devido processo legal sancionador na constituição de 1988. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; REZEK, Francisco. *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; CEU - Centro de Extensão Universitária, 2008. p. 149-166.

2 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no Direito Administrativo Sancionador. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 9-28, out./dez. 2013.

a utilização da teoria da culpabilidade e das noções de erro de tipo e erro de proibição na análise da estrutura do delito ímprobo.

Ato contínuo, exporemos a evolução das teorias da culpabilidade penal, pontuando as principais características das vertentes psicológica, psicológico-normativa e normativa-pura, percorrendo caminho trilhado pela doutrina na “purificação” da culpabilidade quanto aos elementos anímicos, bem como na inserção da finalidade do agente no âmbito da conduta. Arrematará o estudo da estrutura da culpabilidade abordagem específica sobre os erros de tipo e proibição.

Expostos os elementos da teoria normativa pura (acolhida pelo Código Penal atual), bem como munidos das noções essenciais sobre as espécies do erro e seus reflexos sobre o delito, utilizar-se-á a estrutura finalista do crime para analisar decisões proferidas no âmbito de ações de improbidade administrativa. O desiderato revela-se em identificar o grau de correlação entre as manifestações judiciais e os preceitos da teoria finalista no âmbito da improbidade administrativa, cuja aplicação, adiante-se, é defendida no presente estudo.

1 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E SEU DIÁLOGO COM OS PRECEITOS DE DIREITO PENAL

Tomando como premissa a existência de trabalhos sobre a integração entre o direito sancionador e o direito penal, como uma unidade do *jus puniendi* estatal, interessante concatenação observa-se na ação por Improbidade Administrativa – liame o qual apresenta efeitos na análise da culpabilidade nessa esfera punitiva. Trata-se de peculiar integração entre o direito penal, processo penal e improbidade administrativa, sinteticamente apresentada a seguir, como premissa essencial para a análise específica do elemento anímico no rito da improbidade.

A correspondente legislação de regência (Lei nº 8.429/1992) comporta-se com peculiar oscilação normativa: em determinado momento, alude à legislação processual civil para fins de tornar aplicáveis seus institutos. Esses casos expressam-se quando, no art. 16, §1º, determina o processamento do sequestro segundo o art. 822 e 825 do CPC-1973 (tratado como tutela de urgência no CPC-2015; vide art. 301); mais adiante, porém, no art. 17, §12, usufrui das disposições do Código de Processo Penal (CPP) no tocante à sistemática coleta de depoimento de autoridades públicas de alto escalão, ao determinar a incidência do art. 221, *caput* e §1º, ao rito da improbidade administrativa. Araújo (2015) analisa esse

fenômeno, concluindo ser tal característica fator de diferenciação da lei de improbidade, se comparado com os demais diplomas do microsistema de defesa do patrimônio público, composto pela Lei da Ação Popular, Lei da Ação Civil Pública, dentre outros. Estes, diferente da Lei de Improbidade, subsidiam-se nitidamente na legislação de caráter civil.

O diálogo constante entre a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) e legislação penal e processual penal não se baliza unicamente com as disposições *retro*: o “juízo de delibação” do art. 17 da LIA (introduzido com as modificações promovidas pela MP nº 2.225-45), por meio do qual órgão jurisdicional determina a oitiva prévia do acusado, antes de receber a inicial da improbidade, transpôs, para a improbidade administrativa, o procedimento de defesa prévia típico do processo e julgamento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos³.

Na doutrina, Garcia e Pacheco (2013) defendem a incidência do art. 383 do CPP, permissivo para o Magistrado conferir a determinado fato definição jurídica diversa da constante na queixa ou denúncia – no caso, na inicial da ação de improbidade – ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. Assim como no direito penal, na improbidade, o réu se defenderia dos fatos narrados, não da classificação jurídica dada a eles pelo autor – fenômeno denominado *emendatio libeli* na processualística criminal⁴. A distinção revela-se importante: no processo civil, a apreciação do pedido encontra-se adstrita ao princípio dispositivo e da congruência, segundo a regência dos arts. 128 e 460 do CPC-1973 (arts. 141 e 492 do CPC-2015), com vedação às sentenças *citra*, *ultra* e *extra petita*⁵.

O contexto até o presente momento traçado – aplicação do regime jurídico penal e processual penal à improbidade administrativa, no cabível, bem se coaduna com o entendimento ostentado pelo o Superior Tribunal de Justiça (STJ), durante considerável tempo, sobre utilização do foro por prerrogativa de função penal nas ações de improbidade administrativa⁶.

3 Oliveira (2009) acentua: “incontestável que tais alterações foram inspiradas em normas processuais penais [...] tal como o prescrito nos arts. 513 a 518 do CPP”.

4 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

5 Por exemplo, no processo penal, caso seja apresentada denúncia pelo crime de roubo, mas estejam presentes as elementares do furto, o juiz é autorizado a condenar por este último crime. No processo civil, a sentença seria de improcedência, devendo a parte intentar nova demanda, sob pena da decisão revelar-se *extra petita*, portanto, nula.

6 Nesse sentido: “[...] por imposição lógica de coerência interpretativa, que norma infraconstitucional não pode atribuir a juiz de primeiro grau o julgamento de ação de improbidade administrativa, com possível aplicação da pena de perda do cargo, contra Governador do Estado, que, a exemplo dos Ministros do STF, também tem assegurado foro por prerrogativa de função, tanto em crimes comuns (perante o STJ), quanto em crimes de responsabilidade (perante a respectiva Assembléia Legislativa). É de se reconhecer

Apesar de essa jurisprudência restar hodiernamente superada, revela nítido indicativo da propensão do STJ em acolher preceitos de ordem penal ou processual penal na improbidade administrativa⁷.

Possível observar a recepção de outros institutos e princípios penais na improbidade, como a impossibilidade de aplicação de analogia *in malam partem*⁸, dosimetria da pena⁹, necessidade da justa causa para o recebimento da inicial acusatória¹⁰, estado de necessidade¹¹, não contaminação da ação penal pelas invalidades do inquérito¹², dentre possíveis outros.

A conectividade de normas não se dá ao acaso. Teori Zavascki identifica diversos pontos de acordo entre as sanções por atos de improbidade e as de natureza penal: em ambos os casos, verifica-se uma pretensão punitiva, com finalidade pedagógica e intimidatória, visando a inibir novas infrações. Não há qualquer diferença entre as modalidades e efeitos sancionadores, como a perda da função pública, suspensão de direitos políticos e multa pecuniária. A distinção somente recairia no tocante aos efeitos da condenação em face de futuras infrações – a condenação

que, por inafastável simetria com o que ocorre em relação aos crimes comuns (CF, art. 105, I, a), há, em casos tais, competência implícita complementar do Superior Tribunal de Justiça. (STJ – Rcl 2.790/SC, Relator: TEORI ALBINO ZAVASCKI, Corte Especial, Julgamento: 02/12/2009).

- 7 Sobre a não subsistência do foro por prerrogativa na improbidade administrativa: STJ – REsp 1453854/RJ, Relator: BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, Julgamento: 18/11/2014).
- 8 “Ora, diante da lacuna da Lei de Improbidade Administrativa frente ao caso apresentado, pode-se utilizar da analogia para a determinação da base da pena de multa. No entanto, a analogia não pode ser aplicada in malam partem, porque no âmbito do Direito Administrativo sancionador” (STJ – REsp 1216190/RS, Relator: MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, Julgamento: 02/12/2010).
- 9 “Reconhecida a ocorrência de fato que tipifica improbidade administrativa, cumpre ao juiz aplicar a correspondente sanção. Para tal efeito, não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as consequências da infração, individualizando-as, se for o caso, de acordo com os princípios do direito penal (STJ – REsp 926.772/MA, Relator: TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, Julgamento: 28/04/2009).
- 10 STJ – REsp 1259350/MS, Relator: NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, Julgamento: 22/10/2013.
- 11 “[...] esta Corte Superior, em reiterados precedentes, vem afastando a caracterização da improbidade administrativa por considerar configurado o estado de necessidade [...] embora o estado de necessidade não disponha de previsão expressa na legislação administrativa (STJ – REsp 1123876/DF, Relator: MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, Julgamento: 05/04/2011).
- 12 “O inquérito civil, como peça informativa, tem por fim embasar a propositura da ação, que independe da prévia instauração do procedimento administrativo. Eventual irregularidade praticada na fase pré-processual não é capaz de inquirir de nulidade a ação civil pública, assim como ocorre na esfera penal, se observadas as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório”. (STJ – REsp 1119568/PR, Relator: ARNALDO ESTEVES LIMA, Primeira Turma, Julgamento: 02/09/2010)

criminal enseja consequências próprias quanto aos antecedentes e perda da primariedade –, bem como no tocante à possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade exclusivamente na seara penal¹³.

Essa equivalência substancial de penas suportaria a doutrina da unidade da pretensão punitiva estatal. Embora não seja possível traçar concordância total de regimes jurídicos entre a improbidade e o direito penal, não haveria dúvida quanto à aplicação de princípios comuns, como a legalidade, a tipicidade, a responsabilidade subjetiva, o *non bis in idem*, a presunção de inocência e a individualização da pena¹⁴. Apesar das amplas possibilidades decorrentes da noção de sistema único punitivo, intenção do nosso trabalho, conforme exposto acima, limitar-se-á na aplicação da teoria da culpabilidade do direito penal no âmbito da punição por ilícitos administrativos, com base na explanada interconectividade sistêmica. Para a concretização desse mister, imperiosa a exposição dos rumos tomados pela teoria da culpabilidade no próprio direito penal.

2 EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA DAS TEORIAS DA CULPABILIDADE

Sendo o desiderato do presente trabalho decompor o ato ímprobo em seus diversos componentes, segundo a teoria da culpabilidade, necessário se faz perquirir a evolução histórica desses elementos, no âmbito do próprio direito penal. Em momento anterior, demonstramos a possibilidade de transposição dos institutos criminais para a improbidade administrativa. Reconhecida tal viabilidade, necessária a compreensão da estrutura do crime na persecução penal, a fim de abrir as vias necessárias ao transporte das noções própria dessa seara ao âmbito da improbidade administrativa.

Conforme ensina Cezar Roberto Bitencourt, a culpabilidade resta concebida segundo tripla perspectiva, revelando tensões dialéticas entre a *prevenção* e os *princípios garantistas*: a primeira, como um *juízo individualizado de responsabilização*, significa dizer, garantia do infrator em face dos excessos do poder punitivo estatal. Dessa concepção decorre o princípio da inexistência de pena sem culpabilidade (“*nulla poena sine culpa*”). Nesse caso, a culpabilidade opera como fundamento e limite da pena. A segunda perspectiva incorpora o instituto como *instrumento para a prevenção de crimes*. Sob essa ótica, denota o juízo de atribuição da responsabilidade penal, confirmando a obrigatoriedade de cumprimento

13 ZAVASCKI, Teoria Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2005. 290 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/4574>>. Acesso em: 03 maio 2014.

14 Ibidem..

das normas. Além da culpabilidade como fundamento da pena e como elemento de determinação ou medida dessa pena, culpabilidade ostenta um nítido conteúdo a denotar *contrariedade à noção da responsabilidade objetiva*¹⁵.

No direito penal moderno, a teoria da culpabilidade tem grande avanço de sistematização a partir da teoria psicológica, de Von Liszt. Trata-se de concepção ligada diretamente ao movimento do naturalismo-causalista. Para essa sistematização, a culpabilidade representaria uma *relação psicológica*, correspondendo a um vínculo subjetivo entre a conduta e o resultado. Ostentaria dois elementos distintos: o dolo e a culpa. Na teoria psicológica, a culpabilidade era desprovida de qualquer outro item constitutivo¹⁶. A imputabilidade, entendida como a capacidade de ser culpável, era seu pressuposto, não parcela da culpabilidade¹⁷.

A teoria psicológica revelou-se dominante durante parcela dos séculos XIX e XX, sendo superada pela teoria psicológico-normativa. Sua obsolescência decorreu, precipuamente, ante as incongruências da teoria no tocante à análise da culpa inconsciente¹⁸, na qual impossível visualizar o pretense liame psíquico. Tal limitação obstaria a edição de um conceito superior de culpabilidade, apto a abranger suas duas espécies, dolosa e culposa, máxime considerando a dificuldade decorrente da própria distinção ontológica dos institutos, aquele psíquico, este normativo¹⁹. Não só: a dificuldade de explicar satisfatoriamente as causas diminutivas ou excludentes da responsabilidade penal (*v. g.* estado de necessidade, emoções, embriaguez, enfim, as causas de exculpação), onde a presença do dolo é evidente (portanto, há nexos psicológico), todavia inexistente culpabilidade, operou como fator importante para superação da teoria²⁰.

15 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

16 Ibidem.

17 A teoria psicológica e o movimento do naturalismo-causalista receberam influência do modelo positivista de ciência. Esse paradigma apresentou forte admiração às ciências experimentais, com rejeição às instituições de caráter metafísico. A utilização de métodos descritivos e classificatórios, excludentes da filosofia e dos juízos de valor, bem representam as pretensões de cientificidade inerentes a tal etapa histórica. As noções da ação penal como um mero movimento físico são típicas desse período (MIR PUIG, 2007).

18 A culpa pode ser consciente ou inconsciente. Na culpa inconsciente, o resultado não é previsto pelo agente, também denominada de culpa *ex ignorantia*. Contrapõe-se à culpa consciente ou com previsão (*ex lascivia*), quando o sujeito ativo antevê o resultado, porém espera a sua não efetivação. Assemelha-se ao dolo eventual, mas não necessariamente traduz uma maior periculosidade ou desajuste da pessoa (NORONHA, 2004).

19 A regra incriminadora é formada por integração dos elementos objetivos e subjetivos. Os primeiros não se correlacionam com a vontade do agente, subdividindo-se em descritivos (aférvicos mediante verificação sensorial, num juízo de realidade) e normativos (captáveis por uma verificação espiritual, de sentimentos e opiniões, num juízo de valoração). Os elementos subjetivos, por sua vez, centram-se na intenção do criminoso (NUCCI, 2014).

20 BITENCOURT, *op. cit.*

O insucesso da tese psicológica abriu espaço para o desenvolvimento da teoria psicológico-normativa da culpabilidade. Idealizada inicialmente por Frank no contexto cultural da superação do positivismo-naturalista, restou aprimorada por Goldschmidt e Freudenthal. Partiu de uma base naturalista-psicológica, à qual se acrescentaram postulados da teoria dos valores, revelando nítida influência do movimento Neokantista²¹. Na teoria psicológico-normativa, o dolo e a culpa deixariam de ser considerados espécies isoladas de culpabilidade, para constituir elementos não exclusivos. Nesse conceito de culpabilidade, necessários outros elementos para a perfectibilização. Isso porque a concepção vislumbra a culpabilidade como externa ao agente, não mais como um vínculo entre o sujeito e o fato, contudo, como um juízo valorativo²².

Na teoria psicológico-normativa, sensíveis as mudanças em relação à sua antecessora: a) a imputabilidade, que, na teoria psicológica, era pressuposto da culpabilidade, passa à condição de elemento; b) dolo ou culpa, outrora espécies de culpabilidade, transmudam-se em um dos seus elementos; c) inclui-se um terceiro elemento, a exigibilidade de conduta diversa, conhecida como “poder de agir de outro modo”.

Na concepção psicológico-normativa, o dolo deixa de ser puramente psicológico (natural), passando a ser também normativo. Portanto, ostentaria os dois aspectos simultaneamente: psicológico (vontade e previsão) e normativo (consciência da ilicitude), configurando um dolo “híbrido”, isto é, psicológico-normativo. Não obstante, a adoção de um dolo híbrido criou um problema a respeito da punibilidade do criminoso habitual ou por tendência²³. Esse criminoso, em virtude do seu meio social, não tinha consciência da ilicitude, pois nascido e criado em determinado grupo no qual as condutas ilícitas eram consideradas normais, corretas e esperadas. Nesse sentido, somente seria possível concluir a inexistência de dolo pelo indivíduo, pois não tinha consciência da ilicitude²⁴.

21 A insuficiência do modelo científico-naturalista implicou na superação do positivismo na ciência penal, com o retorno da filosofia. A antijuridicidade não decorreria da pura conduta, mas de seu significado social. O retorno do valor permitiu ao neokantismo oferecer uma fundamentação metodológica aos institutos jurídicos penais do período (MIR PUIG, 2007).

22 BITENCOURT, Op. cit.

23 No crime habitual, a pluralidade de atos, em seu conjunto, é um elemento do tipo. Difere do crime continuado, pois neste cada uma das condutas agrupadas, por si só, reúne todos os requisitos para a configuração do delito (NUCCI, 2014). O crime habitual exige a reiteração de condutas. O ato isolado não configura ofensa relevante ao bem jurídico protegido (GOMES, 2007).

24 BITENCOURT, Op. cit.

As limitações da teoria psicológico-normativa abriram espaços para a concepção da teoria normativa pura, decorrente do movimento finalista de Hans Welzel, na qual a culpabilidade seria composta unicamente por elementos normativos. Deveras, uma das principais contribuições da teoria revelou-se na extração dos elementos subjetivos (dolo e culpa) do âmbito da culpabilidade, dando-lhe uma concepção normativa “pura”, reservada para circunstâncias inerentes à reprovabilidade da conduta. Portanto, o dolo e culpa não mais considerar-se-iam espécies (teoria psicológica) ou elementos da culpabilidade (teoria psicológico-normativa), pois integrantes do tipo penal. Substanciais alterações também verificaram-se no tocante ao conhecimento da proibição, o qual deixa de ser atual, tornando-se apenas potencial²⁵. Portanto, na reestruturação proporcionada pelo finalismo, a culpabilidade normativa pura resume-se à *imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme o Direito*.

A *imputabilidade* representa a capacidade ou aptidão para ser culpável, centrando-se, portanto, nas condições de atribuíbilidade do injusto. Na orientação finalista, deixou de ser pressuposto prévio da culpabilidade, para converter-se em condição central. Para Welzel, essa capacidade de culpabilidade apresentaria dois momentos específicos: um *cognoscivo*, corporificado na capacidade de compreensão do injusto, e outro *volitivo*, representante da possibilidade de determinação da vontade segundo essa compreensão. A ausência de qualquer desses aspectos seria suficiente para afastar a imputabilidade penal²⁶.

O segundo elemento, *consciência da antijuridicidade*, na corrente tradicional, causalista integrava a culpabilidade, pois inerente ao dolo. Ocorre que, com transferência do dolo para o injusto, como dolo natural (psicológico), o exame desse aspecto permanece na culpabilidade, não mais como conteúdo psicológico, do conhecimento efetivo, mas como viabilidade, normativamente determinável, de dito conhecimento (consciência “potencial”). A virtual ciência da ilicitude, na orientação finalista, não afasta o dolo natural, mas exclui a culpabilidade, no caso de erro de proibição invencível. Em se tratando de erro de proibição vencível, a culpabilidade resta atenuada²⁷.

O terceiro elemento refere-se à *exigibilidade de obediência ao direito*. Uma vez configurada a imputabilidade e a possibilidade de conhecimento

25 BITENCOURT, op. cit.

26 Ibidem.

27 Ibidem.

do injusto, caracterizada materialmente a culpabilidade. Não obstante, tais circunstâncias, por si só, revelam-se insuficientes para reprová-la a resolução da vontade, pois necessário aferir a possibilidade concreta do autor, capaz de culpabilidade, poder adotar sua decisão de acordo com o conhecimento do injusto, ou seja, assentar pela inexigibilidade de outra conduta²⁸.

O finalismo não consiste em uma corrente uniforme de entendimento, apresentando divergências entre seus estudiosos. Todavia, duas vertentes merecem ser destacadas aqui: a teoria *extremada* da culpabilidade e a teoria *limitada* da culpabilidade.

A teoria extremada da culpabilidade parte da reelaboração dos conceitos de dolo e de culpabilidade, empreendida pela doutrina finalista – separação do dolo da consciência da ilicitude, o qual seria transportado o tipo penal, compondo a culpabilidade a consciência da ilicitude e exigibilidade de outra conduta. Com essa nova estrutura da conduta punível, se o erro (as formas de erro serão tratadas no tópico subsequente) passa a incidir sobre o elemento intelectual do dolo, a previsão o excluirá, sob a qualificação de erro do tipo, por recair sobre um dos elementos constitutivos do tipo penal – se dolo é parte do tipo, e se há erro de dolo, há erro de tipo. Noutra banda, caso o erro incida sobre a potencial consciência da ilicitude (elemento da culpabilidade), têm-se um erro de proibição, o qual não afeta o dolo, componente do tipo.

Seguintes as consequências dessa nova estrutura de erro: a) no erro de tipo, o equívoco vicia o elemento intelectual do dolo (a previsão), impedindo a concretização do tipo. Todavia, por não mais integrar a culpabilidade, a ausência de dolo não influi nessa, permitindo-se a configuração do crime culposos, caso exista a previsão legal; b) No erro de proibição, anula-se a consciência da ilicitude (elemento da culpabilidade). Se inevitável, impede a condenação a qualquer título (dolo ou culpa); se for evitável, atenua a pena, contudo, sem afastar a configuração do crime doloso²⁹.

A teoria extremada da culpabilidade tem muitos pontos em comum com a teoria limitada. Divergem, todavia, quando o erro recai sobre as causas de justificação. Para a teoria extremada, todo o equívoco sobre uma causa de justificação é um erro de proibição. Para a teoria limitada, existem duas espécies de erro: a falha na percepção dos *pressupostos fáticos* de uma causa de justificação, denotando um *erro de tipo permissivo* (portanto, apto a

²⁸ BITENCOURT, op. cit.

²⁹ Ibidem.

excluir o dolo); aquele sob a *existência ou abrangência* da causa de justificação, considerado *erro de proibição* (excluindo a culpabilidade, se inevitável ou atenuando a pena, se evitável). A teoria limitada da culpabilidade revela-se a adotada pelo Código Penal atual, conforme expressa alusão promovida pela Exposição de Motivos, item 19, da Reforma Penal de 1984³⁰.

A mutação nas teorias da culpabilidade e sua situação no âmbito das escolas penais revela-se essencial ao entendimento da temática, podendo ser sintetizada da seguinte forma:

a) No *causalismo*, o tipo era puramente objetivo, considerando-se a tipicidade parcela neutra do delito. Os elementos psicológicos integrariam, exclusivamente, a culpabilidade (por tal motivo, fala-se em teoria psicológica). Tratou-se de típica manifestação do positivismo científico, cujo desiderato foi afastar-se de contribuições filosóficas, psicológicas e sociológicas. O ressurgimento da filosofia kantiana, com especial atenção ao normativo e psicológico, iniciou a crítica da concepção neutra da tipicidade, sublinhando o aspecto valorativo do tipo legal, não mais descritivo de uma conduta neutra, pois negativamente valorada pelo legislador.

b) Na fase *neokantista*, a culpabilidade não passaria a ostentar elementos unicamente psicológicos (subjetivos), mas também valorativos (normativos) – motivo pelo qual denomina-se a culpabilidade desse momento de teoria psicológico-normativa. O tipo penal não seria objetivo e neutro, todavia, objetivo e valorativo.

c) No *finalismo*, a culpabilidade perde todos os elementos psicológicos, deslocados para o tipo penal. A tipicidade passa a ser composta de elementos objetivos e subjetivos – a finalidade da ação integraria o injusto. A culpabilidade, por sua vez, não abarcaria qualquer elemento psicológico, somente normativos – a culpabilidade é puro valor, motivo pelo qual se denomina teoria normativa pura da culpabilidade.

30 Nelson Hungria (1958), ao comentar o Código Penal de 1940 (Decreto-Lei nº 2.848/1940), na redação anterior à reforma da Parte Geral promovida pela Lei nº 7.209/1984, discorre sobre a culpabilidade como uma relação de causalidade psíquica vinculando o fato ao agente, a ser verificada in concreto, denotando a necessidade do “querer a ação ou omissão e o resultado”. Revelar-se-ia indispensável a consciência da injuricidade da própria conduta ou a inescusável inadvertência quanto ao resultado. Portanto, a culpabilidade teria como pressuposto a capacidade de direito penal, ou seja, a imputabilidade, a qual denotaria, em síntese, a capacidade de autodeterminação e entendimento jurídico segundo o homem médio. Essa mesma culpabilidade assumiria duas formas específicas, quais sejam, o dolo e a culpa strictu sensu. Trata-se de descrição a qual enquadra o Código Penal de 1940, em sua redação original dentre os diplomas acolhedores da teoria psicológica da culpabilidade.

Exposta a evolução histórica da teoria da culpabilidade, com sua progressiva “purificação”, até a consolidação da teoria normativa-pura, adotada na sua versão limitada pelo Código Penal após a reforma de 1984, possível prosseguir na temática, com elucidações relativas ao erro, e seus reflexos sobre o delito.

3 ERRO DE TIPO E ERRO DE PROIBIÇÃO NO DIREITO PENAL

Conforme assentado no tópico anterior, a evolução da teoria da culpabilidade até o movimento finalista implicou no descolamento do dolo e culpa para o tipo, numa progressiva “purificação” da culpabilidade, a qual passaria a ostentar unicamente elementos normativos – denotando típico juízo de valor. Para o aperfeiçoamento da temática, necessário abordar circunstâncias também importantes na definição da punibilidade: os erros, subdividido em duas espécies importantes – o erro de tipo e o erro de proibição.

No Direito Penal, o erro relevante é aquele apto a viciar a vontade, causando uma falsa percepção da realidade, ou viciando o conhecimento da ilicitude. Pode incidir sobre os elementos estruturais do delito, denominando-se erro de tipo, ou sobre a ilicitude da ação, o erro de proibição³¹.

O erro de tipo recai sobre circunstância constitutiva de elemento essencial do tipo, representando uma equivocada percepção ou ignorância da realidade – seja erro quanto aos conceitos fáticos ou quanto aos jurídicos. Trata-se de modalidade de erro regulada pelo art. 20, *caput*, do Código Penal³². Nessa variante, o vício recai sobre componente anímico – a previsão –, impedindo sua abrangência sobre todas as facetas essenciais do tipo. Por excluir o dolo, permite a punição a título de culpa, se prevista em lei: afinal, o erro de tipo comumente deriva de uma falta de atenção e cuidado por parte do agente. Essa condenação culposa revela-se possível pela circunstância de o dolo não mais se encontrar na culpabilidade, a qual perfectibiliza-se mesmo sem aquele³³.

O erro de proibição, por sua vez, incide sobre a ilicitude de um comportamento. O agente supõe, por deslize, lícita sua conduta. O objeto não é a lei, nem o fato, mas a ilicitude – o juízo equivocada sobre o admitido de

31 BITENCOURT, op. cit.

32 Erro sobre elementos do tipo: Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.

33 TOLEDO, Francisco de Assis. Erro de tipo e erro de proibição no projeto de reforma penal. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 20, p.23-38, jun. 1983.

se fazer em sociedade³⁴. Erra-se sobre a permissividade do fato, entretanto, com consciência de realizar-se o tipo legal – ou seja, sabe exatamente as condutas praticadas, integrantes do tipo penal –, acreditando, erroneamente, na permissividade³⁵. Cuida da concreta ausência no agente da consciência da ilicitude de uma determinada conduta. Conforme salientado em momento anterior, com o finalismo de Welzel, a consciência da ilicitude deixe de ser atual, passando-se a analisá-la em potencial. Não se trata de uma noção técnico-jurídica do injusto, mas profana, abarcando normas de cultura, princípios morais e éticos. Nem sempre existe coincidência de dever jurídico com o dever moral, pois, comumente, o Direito resguarda bens jurídicos alheios ou contrários à moral, por questões de política criminal.

Welzel, na reelaboração do conceito da consciência da ilicitude, introduziu-lhe um novo elemento, qual seja, o “dever de informa-se”: necessário perquirir sobre a possibilidade do agente adquirir a consciência do injusto, ou se ocorreu negligência em não adquiri-la. O erro somente seria justificável na hipótese de não ocorrer censurável desatenção ou falta do dever cívico de informar-se. No direito penal brasileiro, essa noção revela-se bem clara no art. 21 do Código Penal.

Interessa ressaltar a diferença entre a *inconsciência da ilicitude* de um comportamento (caráter injusto) e a *desconhecimento da norma* legal. Este último, a *ignorantia legis*, revela-se matéria de aplicação da lei, a qual, por ficção jurídica, se presume cónita por todos. Noutra banda, a primeiro consubstancia erro de proibição, concernente à culpabilidade. A ignorância da lei representa o desconhecimento dos dispositivos legislados, enquanto a ignorância da antijuridicidade denota desconhecimento da contrariedade da ação ao Direito – falta, ao agente, a representação da ilicitude do comportamento. A ignorância da lei facilita o erro sobre a ilicitude, com ele não se confundindo.

O Código Penal, em sua redação original, continha uma regra específica declarando que “a ignorância ou errada compreensão da lei não eximem de pena” (art. 16). Tal problema poderia, quando muito, constituir uma circunstância atenuante, se a ignorância ou o erro fossem escusáveis (art. 48, III). Com a reforma determinada pela Lei nº 7.209/1984, a presunção do conhecimento da lei teria perdido o caráter absoluto – ela permanece, mas nítido restou o apartamento do desconhecimento da lei e o desconhecimento do ilícito –, sendo especialmente representativa do desprestígio do dogma da irrelevância da ciência quanto à lei penal, ante

34 BITENCOURT, op. cit.

35 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

a multiplicação das normas incriminadoras, cunhadas no desiderato de proteção dos bens e interesses particularizados³⁶.

Superada a distinção entre desconhecimento da lei e do caráter antijurídico, interessa consignar os reflexos do erro de proibição. Quando *inevitável*, exclui a culpabilidade, impedindo a imposição da pena, nos termos do art. 21. *Evitável*, a punição revela-se cabível, sem alteração da natureza do crime, com pena reduzida (art. 21, parágrafo único, CP/40). A evitabilidade do erro de proibição deve ser aferida segundo os parâmetros ordinários de diligência. Caso houvesse mínimo empenho em se informar, potencializando-se o agente à aquisição do conhecimento da realidade, o erro de proibição torna-se inescusável. Diferenciam-se, portanto, pela circunstância de, no erro escusável, o agente, à época da realização da conduta, encontrar-se desprovido da consciência atual e potencial da ilicitude. Não possuindo a consciência atual, sem embargos, sendo possível cientificar-se do caráter ilícito, mediante um juízo de diligência ordinária, trata-se de erro inescusável³⁷.

Viável sintetizar a temática nos seguintes termos: o erro de tipo exclui sempre o dolo, seja inevitável ou evitável. Sendo evitável, porém, não evadido, necessária a investigação quanto à configuração de crime culposos – caracterizado na existência de fato típico dessa modalidade. Noutra banda, o erro de proibição exclui a culpabilidade somente quando inevitável, independentemente da configuração do dolo ou culpa, pois não aperfeiçoado do juízo de censura inerente à culpabilidade³⁸. Se o conhecimento da antijuridicidade revelava-se consentâneo com a realidade do agente, não há erro de proibição, pois na teoria finalista, suficiente a ciência virtual.

Delimitadas as noções essenciais do erro de tipo e do erro de proibição, possível um entendimento mais apurado da situação estrutural da improbidade administrativa, segundo a aplicação dos explanados preceitos de culpabilidade. Essa transposição revela-se de importância salutar para a compreensão dos efeitos jurídicos das circunstâncias materiais do ato ímprobo, conforme será exposto pela análise dos exemplos descritos no tópico seguinte.

36 OTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

37 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

38 TOLEDO, op. cit.

4 REFLEXOS DA TEORIA FINALISTA NA FORMAÇÃO DO JUÍZO DE CULPABILIDADE NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Especificados os elementos integrantes da teoria normativa pura da culpabilidade, na sua versão limitada – incorporada no Código Penal brasileiro –, bem como as hipóteses de erro de tipo e proibição, interessa promover a aplicação prática desse entendimento no âmbito da improbidade administrativa. Em momento anterior, explicamos a possibilidade de transposição dos aludidos preceitos de direito penal à aludida demanda punitiva cível, ante a unicidade do sistema sancionador estatal – fator permissivo para incidência da teoria geral do direito penal na delimitação dos institutos inerentes aos demais ramos punitivos. Na presente etapa, analisaremos decisões judiciais sob a ótica dessa integração.

O primeiro caso refere-se a Acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, apreciando Apelação interposta em face de decisão proferida em Ação de Improbidade Administrativa, ajuizada por afronta ao art. 10, *caput*, e 11, I, da Lei nº 8.429/1992³⁹. O Ministério Público imputou ao agente o exercício simultâneo de cargo de magistério com cargo comissionado, em violação ao regime de dedicação exclusiva de professor de Instituto Federal de ensino. Na ocasião, a Corte assentou a seguinte premissa: o demandado nunca teria omitido a cumulação de vínculos funcionais, tendo, inclusive, solicitado parecer de seus superiores acerca da possibilidade da acumulação. A decisão final afastou a ocorrência de improbidade, por ausência de dolo do agente.

O decidido teria tomado contornos diversos segundo o defendido no presente trabalho. Adotando as premissas da teoria finalista da culpabilidade, o dolo configura-se elemento da antijuridicidade, representando a vontade livre e deliberada de praticar conduta descrita no tipo penal. Não mantém conexão com a consciência da ilicitude: enquanto aquele integra o tipo penal, a consciência potencial compõe a culpabilidade. Aferir a existência efetiva ciência de acumulação indevida de cargos não equivale a investigar a presença ou ausência de dolo: exercendo servidor atividades estranhas ao plexo de atribuições inerentes ao regime de dedicação exclusiva, possui a consciência e vontade necessária à prática da conduta violadora da lei. Há dolo e, por conseguinte, há conduta típica.

O desconhecimento do caráter antijurídico do exercício insere-se no âmbito da culpabilidade: se o servidor acumula deliberadamente os cargos,

39 TRF-5, Apelação Cível nº 562528/RN.

sem embargo, não sabendo da desconformidade dessa atitude, a solução da problemática recai sobre a consciência potencial da ilicitude. A não ciência da ilegalidade configura um erro de proibição, pois o agente encontrava-se diante de uma equivocada percepção sobre a viabilidade da acumulação de cargos públicos: reputara devido o exercício de determinada função de assessoramento simultaneamente à ocupação de cargo de professor dedicação exclusiva, quando, na verdade, não o era.

Conforme destacado em momento anterior, o erro de proibição poderá ser escusável ou inescusável. No caso, servidor público cercouse algumas cautelas, em especial, com a solicitação de parecer da chefia superior, a qual anuiu com a acumulação. Tal circunstância permite concluir por uma diligência ordinária do acusado no desiderato de satisfazer o dever de informação sobre o caráter ilícito da conduta. Não obstante os esforços empregados, a parte teria sido induzida no sentido da legitimidade da acumulação. A situação denota um erro de proibição escusável, cujo consectário principal é a isenção da pena.

Em síntese: o desconhecimento da ilicitude – *v. g.* ciência da possibilidade de acumulação de cargos públicos – não implicaria na ausência de infração administrativa ou improbidade por não configuração do dolo (circunstância apta a afastar a tipicidade da conduta). O dolo materializa-se na execução das materialidades previstas no tipo (acumular cargos), de forma consciente e desejada, independente do servidor público saber ou não do caráter injusto da conduta. A inconsciência da ilicitude representa uma problemática inerente à culpabilidade, configurando erro de proibição, apto ou não a afastar a punibilidade, dependendo do grau de evitabilidade do equívoco.

Situações como a relatada denotam o comum baralhamento promovido nas Ações de Improbidade Administrativas, cambiando-se as noções de dolo e consciência da ilicitude. O ponto central do equívoco circunscreve-se conclusão de inexistir o dolo quando o agente desconhece a ilicitude do fato praticado improbidade. O não aperfeiçoamento do dolo ocorre em hipóteses diversas, em especial, quando inexistente a intenção de praticar o fato típico (*v. g.*, a ausência de volitividade no exercício simultâneo cargos inacumuláveis). Repisemos: a ausência de conhecimento da ilicitude insere-se na culpabilidade.

Outro caso interessante, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), também denotou confusão dos conceitos inerentes à culpabilidade⁴⁰.

40 AgRg no REsp nº 1.358.567/MG.

Na ocasião, havia sido ajuizada Ação de Improbidade Administrativa em face de Prefeito, com base no art. 11 da Lei nº 8.429/1992, pela contratação de servidores sem concurso público. A Corte reputou não configurado ato ímprobo, pois, não obstante a ilegalidade na admissão, o dolo restaria afastado pela existência de lei local autorizando a contratação, a qual, apesar de inconstitucional, não teria sido impugnada perante o Judiciário.

Novamente, não se está diante de falta de dolo, mas de temática relativa à cogência ou não da atuação de outro modo. A existência de lei local prevendo a admissão de agentes sem o certame público, conforme exigido pelo art. 37, II, da CF/88, não concerne ao dolo (elemento do tipo). Pelo contrário: integra juízo inerente à culpabilidade, mais especificamente, à inexigibilidade de conduta diversa. A prática do ato restou justificada pela existência de lei local, a qual, apesar de inconstitucional, nunca havia sido apreciada pelo Judiciário. Não se pode exigir a atuação em desconformidade com a lei local, mesmo que inconstitucional, máxime quando o gestor público sequer ostenta legitimidade para iniciar o processo de controle concentrado de constitucionalidade⁴¹.

O exercício mental proposto – transposições das noções da teoria da culpabilidade do direito penal para as demandas por improbidade administrativa – poderia ser indefinidamente repetido em diversos julgados, não sendo a intenção aqui promover uma extensa exposição exemplificativa. As hipóteses retromencionadas permitem satisfatória ilustração da proposta do trabalho.

5 CONCLUSÕES

No presente estudo, objetivou-se demonstrar o entendimento de diversos doutrinadores, bem como da jurisprudência do STJ, quanto à aceitação de postulados do direito penal e processual penal sobre ação de improbidade administrativa. Essa transposição de institutos decorreria, precipuamente, do alto grau de correlação entre a persecução penal e aquela preceituada pela Lei nº 8.429/1992. Observou encontrar-se em estágio bem desenvolvido o debatido sobre a unicidade do *jus puniendi estatal*, inclusive, como um dos vetores essenciais da segurança jurídica e do Estado de Direito.

As premissas expostas no trabalho, permitiriam a aplicação dos preceitos da teoria da culpabilidade do direito penal ao juízo de valor promovido no tocante aos ilícitos de improbidade administrativa. Nesse sentido, advogou-

41 O art. 103 da Constituição Federal não elenca os prefeitos municipais como legitimados para a propositura das ações concentradas de constitucionalidade, quando a Carta Magna for o paradigma em controle.

se pela estruturação dos elementos do delito na Lei nº 8.429/1992 segundo a teoria normativa-pura, subscrita no finalismo de Welzel, na versão limitada, acolhida pelo atual Código Penal brasileiro, conforme externado na Exposição de Motivos, item 19, da Reforma Penal de 1984.

Portanto, a culpabilidade, na improbidade administrativa, deveria ser visualizada com base nos elementos da imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa – todos componentes normativos, denotadores de um juízo de valor. O dolo (vontade livre e deliberada de cometer o fato descrito no tipo) e culpa (imprudência, imperícia e negligência na realização de um ato) integrariam o conceito de tipicidade, prévio à análise da culpabilidade. O equívoco quanto aos elementos constantes na descrição do tipo afastaria dolo, portanto, excluiria a tipicidade do ato ímprobo – permitindo a punição, se evitável o erro, a título de culpa, prevista somente nas hipóteses do art. 10 da Lei nº 8.429/1992 –, caso de erro de tipo. Noutra banda, a falsa percepção quanto à juridicidade da conduta entraria como equívoco quanto à potencial consciência da ilicitude, podendo ser evitável ou inevitável, afastando a punibilidade pela improbidade ou operando como um fator de redução da pena, respectivamente – caso de erro de proibição.

Observou-se, por meio da análise de casos práticos, que a adoção desses parâmetros de aferição da culpabilidade no rito sancionador da Lei nº 8.429/1992 permite um melhor entendimento da formação do juízo de inocência ou culpa nas ações de improbidade administrativa. Ademais, apresenta o mérito de tornar mais adequada a definição das consequências das circunstâncias envoltas do ato reputado ímprobo, permitindo uma delimitação precisa da improcedência da ação, ou da punição a ser aplicada ao agente condenado. Isso porque, conforme demonstrado, não rara a confusão de elementos como dolo, erro de proibição e exigibilidade de conduta diversa, cuja aferição na improbidade deve ser promovida na mesma forma em que concebida no direito penal.

Labora o estudo, portanto, no desiderato de fornecer segurança jurídica àqueles processados por improbidade, bem como fornece uma base técnica adequada para juristas envoltos na temática.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Paulo Henrique Figueredo de. *A aplicação do sistema de impenhorabilidades na execução de sentenças em improbidade administrativa*. 2015. 60 f. Monografia (Especialização) - Curso de Especialização em Direito Eleitoral e Improbidade Administrativa, FESMP/MT, Cuiabá, 2015.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARVALHO, A. A. Contreiras de. *Estatuto dos funcionários públicos interpretado*. v. 2, 2. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1957.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. *Servidores públicos na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.
- GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos de Molina. *Direito Penal: parte geral*, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, v. 1, tomo 2. 4. ed. Rio de Janeiro: Companhia Forense, 1958.
- MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en derecho penal. *Revista brasileira de ciências criminais*, v. 15, n. 64, p. 197-221, jan./fev. 2007.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no Direito Administrativo Sancionador. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 9-28, out./dez. 2013.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. v 1: introdução e parte geral. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Servidores públicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direitos imanescentes ao devido processo legal sancionador na constituição de 1988. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; REZEK, Francisco. *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais; CEU - Centro de Extensão Universitária, 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

TOLEDO, Francisco de Assis. Erro de tipo e erro de proibição no projeto de reforma penal. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 20, p.23-38, jun. 1983.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2005. 290 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/4574>>. Acesso em: 03 maio 2014.

RECEBIDO EM: 01/03/2016

APROVADO EM: 01/09/2016

**A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 30,
INCISO IX, DA LEI 8.212/91 QUE PREVÊ
HIPÓTESE DE RESPONSABILIDADE
TRIBUTÁRIA DE MEMBROS DE UM
MESMO GRUPO ECONÔMICO POR DÉBITO
PARA COM A SEGURIDADE SOCIAL**

*THE CONSTITUTIONALITY OF THE ARTICLE 30, CLAUSE IX, OF
LAW 8.212/91, WHICH ASSIGNS TRIBUTARY RESPONSIBILITY FOR
THE MEMBERS OF THE ECONOMIC GROUP FOR AMOUNTS OWED
TO SOCIAL SECURITY*

Renata Melo Noger

Procuradoria da Fazenda Nacional

Pós-graduanda em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera/SP

SUMÁRIO: Introdução; 1. A importância da Seguridade Social para o exercício de direitos fundamentais; 2. As contribuições sociais que custeiam a Seguridade Social; 3. Responsabilidade tributária de membros de grupo econômico por débitos para com a Seguridade Social; 4. Constitucionalidade do art. 30, inciso IX, da Lei 8.212/91; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: É notória a necessidade de se assegurar a eficiência na arrecadação tributária do país, tendo em vista principalmente o fato de que é dos seus orçamentos que os Entes da Federação retiram verba para custear políticas públicas que visem a implementar direitos e garantias individuais na área da saúde, previdência e assistência social, tal qual preconiza o art. 195 da Constituição Federal. O presente trabalho se propõe a analisar a constitucionalidade do inciso IX do art. 30 da Lei nº 8.212/61, que autoriza a atribuição de responsabilidade tributária solidária a pessoas jurídicas de um mesmo grupo econômico por débitos de qualquer de seus membros para com a Seguridade Social e amplia a eficiência da arrecadação tributária, na medida em que amplia os sujeitos passivos da obrigação e, conseqüentemente, o universo patrimonial penhorável.

PALAVRAS-CHAVE: Seguridade Social. Contribuições Sociais. Grupo Econômico. Responsabilidade Tributária. Solidariedade.

ABSTRACT: It's evident the need to ensure efficiency in tax collection in the country, in view of the fact that it is of their budgets that Entities of the Federation withdraw money to pay public policies to implement individual rights and guarantees in health, social assistance and welfare, as predicts article 195 of the Federal Constitution. This study aims to examine the constitutionality of article 30, clause IX, of Law 8.212/91, which assigns tributary responsibility to companies of the same economic group for debts of any of its members to the Social Security and increases the efficiency of tax collection, once increases the number of taxpayers and, consequently, the attachable heritage.

KEYWORDS: Social Security. Social Contribution. Economic Group. Fiscal Responsibility. Solidarity.

INTRODUÇÃO

Inicialmente cumpre destacar a importância do instituto da Responsabilidade Tributária para a recuperação do crédito tributário, notadamente no que toca a identificação de bens passíveis de sofrer constrição para garantia do débito fiscal, considerando que a atribuição de responsabilidade a terceiros amplia a gama de sujeitos passivos da obrigação tributária.

Sem arrecadação tributária satisfatória não há como se exigir do Estado que promova políticas públicas com vistas a diminuir a desigualdade social e cumprir seu dever constitucional de prestar, de forma eficiente, serviços na área da saúde e conceder benefícios de previdência e assistência social aos menos favorecidos.

O art. 195 da Constituição Federal prevê que a seguridade social seja financiada tanto pelos Entes da Federação, através de seus respectivos orçamentos, como por toda sociedade, direta ou indiretamente, através das contribuições sociais.

Para Ana Flávia Messa, através do poder financeiro o Estado obtém recursos públicos para atender as necessidades coletivas e desenvolver suas atividades num contexto de planejamento governamental, de tomada de decisões políticas e de proteção ao patrimônio público, de modo a fortalecer a Democracia e o Regime Republicano.¹

É dizer: o fortalecimento da Democracia e do Regime Republicano estão intrinsecamente ligados à idéia de eficiência da arrecadação tributária, porque é de seus orçamentos que os Entes da Federação retiram numerário para executar políticas públicas voltadas à implementação de direitos fundamentais dos jurisdicionados.

Sob esse prisma, é importante que o Estado, através de seus agentes fiscais, valham-se de práticas que assegurem a eficiência na arrecadação tributária, garantindo inclusive que a parte do crédito não adimplida voluntariamente seja plenamente recuperável pela via judicial. Dentre tais práticas está a possibilidade de atribuição de responsabilidade tributária a terceiros não diretamente ligados à práticas do fato gerador, mas que possui sim interesse econômico e jurídico na situação que o configura.

1 MESSA, Ana Flávia. *Direito tributário e financeiro*. 5. ed. São Paulo: Rideel, 2011. p.37.

No tocante às contribuições vertidas ao custeio da Seguridade Social, que é a espécie tributária sob enfoque, a arrecadação tributária apresenta papel mais relevante ainda, considerando a importância da prestação efetiva dos serviços que formam o tripé da Seguridade Social, serviços estes que, sob a ótica do Estado, consistem em obrigação, mas sob a ótica do jurisdicionado consistem em exercício de direito constitucionalmente assegurado.

Em suma, para que seja possível a execução de políticas públicas voltadas à implementação dos direitos e garantias sociais previstos na Constituição Federal, dentre eles o direito à previdência, saúde e assistência social, o Estado deverá se preocupar em manter a eficiência na arrecadação e recuperação do crédito público. Do contrário, a escassez de dinheiro em seus cofres impedirá a realização de políticas voltadas à garantia de direitos fundamentais.

1 A IMPORTÂNCIA DA SEGURIDADE SOCIAL PARA O EXERCÍCIO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Seguridade Social está inserida na Constituição Federal no título da “Ordem Social”, a qual tem por base o primado do trabalho e como objetivo o patrocínio do bem-estar e justiça sociais, tal qual previsto no art. 193 da CF.

O tripé em que se funda (saúde, previdência e assistência social), por sua vez, também se insere no capítulo dos Direitos Sociais, dentro do Título II - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

É de clareza solar a importância da Seguridade Social no texto constitucional, na medida em que a saúde, a previdência e a assistência sociais possuem status de direito e garantia fundamental do indivíduo. É social porque é direito do indivíduo enquanto trabalhador, mão de obra produtiva dentro da sociedade civil. Tais necessidades são sociais porque, uma vez não atendidas, irão afetar não apenas o indivíduo em sua vida privada, mas a sociedade como um todo.

Sérgio Pinto Martins destaca a importância da Seguridade Social para a vida em sociedade, pois são as políticas e ações nela inseridas que vão:

atender às necessidades que o ser humano vier a ter nas adversidades, dando-lhe tranquilidade quanto ao presente e, principalmente, quanto ao futuro, mormente quando o trabalhador tenha perdido a sua remuneração, de modo a possibilitar um nível de vida aceitável. Evidencia-se que as necessidades citadas são sociais, pois desde que não atendidas irão repercutir sobre outras pessoas e, por consequência, sobre a sociedade inteira. A OIT também entende que a Seguridade Social é parte da proteção social como um todo.²

Alexandre de Moraes cita a saúde, previdência e assistência social como direitos sociais (art. 6º, CF) e assevera que:

Direitos Sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.³

Na concepção de Miguel Horvath Júnior, a Seguridade tem por objetivo básico manter a normalidade social, primando e zelando pelo trabalho, o bem-estar e a justiça sociais. Possui como fim precípua a erradicação das necessidades sociais, assegurando aos jurisdicionados o mínimo existencial para a vida em sociedade. Está intimamente ligada à estrutura do Estado e aos direitos do indivíduo, como forma de assegurar a paz social.⁴

A Seguridade Social possui papel de destaque no cenário da política governamental, pelo menos sob a ótica constitucional, pois são as políticas de seguridade que asseguram ao indivíduo o exercício de direitos fundamentais, como o acesso a serviços de qualidade na área da saúde, a benefícios de previdência em razão de incapacidade laborativa temporária ou definitiva e assistência social, esta última destinada exclusivamente aos menos favorecidos economicamente.

Miguel Horvath Júnior, ao discorrer sobre o nobre papel da Seguridade Social, assevera que:

2 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 45.

3 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 199.

4 HORVATH Junior, Miguel. *Direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.26.

A Seguridade Social é um sistema em que o Estado garante libertação da necessidade. Sobre a ótica do critério finalístico, através da seguridade social o Estado fica obrigado a garantir que nenhum de seus cidadãos fique sem ter satisfeitas suas necessidades sociais mínimas. Não se trata apenas da necessidade de o Estado fornecer prestações econômicas aos cidadãos, mas também, do fortalecimento de meios para que o indivíduo consiga suplantar as adversidades, quer seja prestando assistência social ou por meio da prestação de assistência sanitária. Tudo isso independente da contribuição do beneficiário. Todas as receitas do sistema sairão do orçamento geral do Estado, ou seja, são direitos garantidos pelo simples exercício da cidadania.⁵

Discorrendo sobre a Seguridade Social, Carlos Alberto Pereira de Castro afirma que o Estado, nos termos do art. 3º, IV, da Constituição Federal, tem como função primordial promover o bem-estar do jurisdicionado e zelar pela sua segurança. Afirma ainda que a noção de segurança social - ou seguridade social - abarcaria não apenas a Previdência Social, mas também as ações no campo da saúde e assistência social, “sendo todas, a partir de então, custeadas pelos aportes chamados de contribuições sociais, somados aos recursos orçamentários dos entes públicos.”⁶

No termos do art. 196 da CF a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido através de políticas públicas sócio-econômicas que visem à redução do risco de doenças e ao acesso universal e igualitário aos serviços para sua promoção.

A previdência social é organizada pelo Poder Público sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e filiação obrigatória, segundo parâmetros fixados no art. 201 da CF.

A assistência social será prestada pelo Estado a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à Seguridade Social e possui como objetivos ações de extrema relevância previstas no art. 203 da CF, como, por exemplo, a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo à crianças e adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e reabilitação de pessoas portadoras de deficiências, etc.

5 HORVATH., op. cit., p.87.

6 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 6. ed. revista., São Paulo: LTr, 2005.p.44.

E é sob a ótica da importância da Seguridade Social – que se baseia no tripé saúde, previdência e assistência social – e a necessária garantia de seu custeio pela sua fonte principal – que é a receita advinda da contribuição social – que a presente análise será desenvolvida.

2 AS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS QUE CUSTEIAM A SEGURIDADE SOCIAL

As contribuições possuem fundamento constitucional no artigo 149 e, na concepção de Eduardo Sabbag, podem ser divididas em três espécies, quais sejam: contribuições de intervenção no domínio econômico, contribuições de interesse das categorias profissionais ou econômicas e contribuições sociais. Esta última, por sua vez, comporta uma nova divisão, a saber: contribuição para a Seguridade Social, contribuição social geral (aquelas que custeiam campos sociais diversos da seguridade social) e “outras” contribuições, esta última espécie reservada ao exercício da competência residual da União para criar outras contribuições para a Seguridade, só que por lei complementar, no exercício da competência prevista no art. 195, § 4º, CF.⁷

As contribuições sociais para a Seguridade Social, como o próprio nome sugere, visam a custear direitos como a saúde, a previdência e a assistência social, que compõem o tripé da Seguridade Social, subdividindo-se em previdenciárias e não-previdenciárias.

As contribuições previdenciárias objetivam especificamente o custeio da Previdência Social, enquanto as não previdenciárias se destinam ao custeio da Assistência Social e da Saúde Pública. Todas, portanto, são contribuições destinadas ao financiamento da Seguridade Social e objetivam angariar fundos para que o Estado execute políticas públicas de efetivação de direitos constitucionais dos jurisdicionados.

As contribuições previstas no art. 149 da Constituição Federal são espécies de tributo e, portanto, submetem-se às normas gerais em matéria tributária.

Dessa forma, a teor do disposto no art. 146, III, alínea b, a União, em que pese poder instituir contribuições sociais por meio de lei ordinária, inclusive dispendo sobre fato gerador, base de cálculo e contribuintes, com relação aos demais aspectos da obrigação, como por exemplo previsão de responsáveis tributários, terá que observar o *quorum* previsto para aprovação de lei complementar. Ressalte-se a exceção à regra acima contida no art. 195, § 4º, da Constituição Federal, consistente na contribuição residual da

7 SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.542/563.

seguridade social, a incidir sobre uma base de cálculo nova, diferente das discriminadas nos incisos I ao V do art. 195 da CF, via lei complementar.

Sobre este assunto, são elucidativas as lições de Eduardo Sabbag:

Insta frisar que as *contribuições*, na esteira do posicionamento adotado pelo STF (RE 138.284/CE e RE 157.482/ES), estão sujeitas à lei complementar de *normas gerais* em matéria tributária (art. 146, III, “b”, CF), isto é, às próprias disposições do CTN afetas a temas como obrigação, lançamento, crédito, decadência e prescrição. Frise-se que o art. 146, III, “a”, CF condiciona os *impostos*, com exclusividade, à lei complementar definidora de fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes. *A contrario sensu*, afirma-se que as *contribuições* não dependem de lei complementar para definição destes elementos fundantes - fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes -, podendo tais matérias estarem adstritas à lei ordinária.⁸

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, ao abordarem a questão da obrigatoriedade de lei complementar estabelecer normas gerais para todas as espécies tributárias, asseveram:

O STF já resolveu pela existência de cinco espécies de tributos em nosso ordenamento jurídico. Assim, a lei complementar sobre normas gerais tributárias será aplicável a todas essas espécies, sem exceção (RE 138.284). Entretanto, no rol exemplificativo de matérias que devem ser tratadas pela lei complementar, a Constituição refere-se à definição de fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes dos *impostos* nela discriminados.

[...]O STF já decidiu que, relativamente às contribuições previstas no art. 149 da CF/88 (“norma matriz das contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e corporativas”), não se aplica a exigência de lei complementar para sua instituição, sendo possível a definição dos seus fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes por lei ordinária.⁹

Como exemplos de contribuições de custeio da Seguridade Social podemos citar a contribuição previdenciária, a de PIS (Programa de Integração Social e de Formação do patrimônio do Servidor Público),

8 SABBAG, op. cit., p.537.

9 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito tributário na constituição e no STF: teoria e jurisprudência*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 38.

COFINS e a CSLL (contribuição sobre o lucro líquido), às quais se aplica as normas atinentes ao custeio da Seguridade Social.

Discorrendo sobre as espécies de contribuições à Seguridade Social devidas pelo empregador ou pelo empresário, oportuno citar Eduardo Sabbag:

São contribuições para a seguridade social, incidentes sobre o empregador ou empresa:

- d.1) Contribuição Social Patronal sobre a Folha de Pagamentos;
- d.2) Contribuição ao PIS/PASEP;
- d.3) Contribuição sobre o Lucro Líquido (CSLL);
- d.4) Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS).¹⁰

Dessa forma, estando em cobrança débitos de contribuição para custeio da Seguridade Social, como, por exemplo, PIS, COFINS, CSLL e contribuição previdenciária, aplicam-se-lhes os comandos normativos previstos na Lei nº 8.212/91, notadamente as regras de atribuição de responsabilidade solidária.

3 FUNDAMENTO JURÍDICO PARA ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE AOS MEMBROS DE UM MESMO GRUPO ECONÔMICO POR DÉBITO PARA COM A SEGURIDADE SOCIAL

Para garantir a eficiência do custeio da Seguridade Social, a Lei 8.212/1991 trouxe norma de responsabilização do grupo econômico pelo pagamento de débitos previdenciários de empresas que o integram.

O conceito de grupo econômico foi devidamente estabelecido na Legislação Trabalhista no art. 2º, § 2º, que assim dispõe:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - [...]

¹⁰ SABBAG, op. cit., p. 575.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, *estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica*, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Segundo consta na citada norma trabalhista, grupo econômico seria o conjunto de empresas que, mesmo com personalidade jurídica própria, esteja sob a direção, controle ou administração de outra. De acordo também com o diploma trabalhista, as empresas componentes do mesmo grupo econômico possuem responsabilidade solidária pelos débitos.

A Lei 5.889/73, que estatui normas reguladoras do trabalho rural, também prevê uma definição de grupo econômico no § 2º do art. 3º:

Sempre que uma ou mais empresas, embora tendo cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico ou financeiro rural, serão responsáveis solidariamente nas obrigações decorrentes da relação de emprego.

É nítido o intuito do legislador nas duas lei acima citadas, qual seja, conferir maiores garantias aos trabalhadores urbanos e rurais no recebimento de seu crédito trabalhista.

Na lei de custeio da Seguridade Social (Lei 8.212/91), embora não haja definição de grupo econômico, há previsão expressa de responsabilidade solidária entre seus membros no art. 30, IX, *in verbis*:

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:

[...]

IX - as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei;

De lembrar ainda que o artigo 494 da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 971/2009, que dispõe sobre normas gerais de tributação previdenciária e de arrecadação das contribuições sociais, traz o conceito de grupo econômico.

Art. 494. Caracteriza-se grupo econômico quando 2 (duas) ou mais empresas estiverem sob a direção, o controle ou a administração de uma delas, compondo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica.

Referida instrução normativa tem amparo legal no artigo 96 do Código Tributário Nacional, que define legislação tributária como sendo o conjunto de leis, tratados e convenções internacionais, decretos e normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes. Complementando, o inciso I do artigo 100 do mesmo diploma legal estabelece que os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas são normas complementares.

Társis Nametala Jorge afirma que tanto no campo trabalhista, como no previdenciário, as linhas gerais que delineiam o grupo econômico são as mesmas, de forma que as mesmas pessoas que estejam respondendo pelas dívidas trabalhistas também deveriam responder pelas previdenciárias.¹¹

Para Wladimir Novaes Martinez grupo econômico pressupõe existência de duas ou mais pessoas jurídicas sob o mesmo controle, detendo os mesmos interesses econômicos. Para ele pouco importa se há coincidência de proprietários, basta que estejam sob o mesmo comando, com convergência de políticas mercantis e uniformização de práticas empresariais:

Grupo econômico pressupõe a existência de duas ou mais pessoas jurídicas de direito privado, pertencentes às mesmas pessoas, não necessariamente em partes iguais ou coincidindo proprietários, compondo um conjunto de interesses econômicos subordinados ao controle do capital. Nessa inteligência, Matarazzo, Bradesco, Votorantim, Silvio Santos, Petrobrás são grupos econômicos. O importante na caracterização da reunião das empresas, é o comando único, a posse de ações ou quotas capazes de controlar a administração, a convergência de políticas mercantis, a padronização de procedimentos e, se for o caso, mas sem ser exigência, o objetivo comum.¹²

Para Wladimir Martinez, a solidariedade fixada no dispositivo é bastante ampla e basta que uma das componentes do grupo não cumpra

11 JORGE, Társis Nametala. *Elementos de direito previdenciário: custeio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 403/404.

12 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à lei básica da previdência social - Tomo I - plano de custeio*. 4 ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 485.

sua obrigação fiscal para que qualquer das outras do grupo seja chamada a adimplir a obrigação pela via da solidariedade.¹³

Poucos são os comandos legais em vigor no país que amparam a atribuição de responsabilidade a membros de um mesmo grupo econômico por dívidas tributárias. O Código Tributário Nacional não trouxe tal previsão, uma vez que a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça oferece resistência em aplicar o comando do art. 124, inciso I, do CTN isoladamente nesta hipótese de aglomerado econômico.¹⁴

Na verdade, em se tratando de cobrança de tributo que não visa a custear a Seguridade Social, como no caso do imposto sobre a renda da pessoa jurídica, e no caso de não estarmos diante de um grupo econômico constituído com abuso da personalidade jurídica por desvio de finalidade ou confusão patrimonial, não há comando legal que confira responsabilidade tributária aos membros de um mesmo aglomerado econômico, pelo simples fato de se agruparem.

Contudo, no caso específico de cobrança de contribuição para a Seguridade Social, há previsão expressa de responsabilidade solidária a membros do mesmo grupo econômico no art. 30, inciso IX, da Lei 8.212/91, de constitucionalidade incontestada, conforme se abordará mais adiante.

Em Direito Tributário, a idéia de responsabilidade está ligada à sujeição de uma pessoa, que pode inclusive não ser o contribuinte, à exigência fiscal.

Em havendo formação de grupo econômico com estrutura meramente formal, os membros que o compõe deverão ser tratados como se um só devedor fossem e o patrimônio de todo o grupo será, na verdade, o patrimônio do próprio devedor principal. E a correta identificação do patrimônio do devedor nada mais faz do que permitir a observância do Princípio da capacidade contributiva, que rege o Sistema Tributário Nacional.

A norma de responsabilização tributária solidária do art. 30, IX, da Lei 8.212/91 é de suma importância na recuperação do crédito tributário, uma vez que são numerosos os casos em que o sujeito passivo direto (contribuinte), aquele que pratica o fato gerador, é desprovido de patrimônio penhorável, estando os bens do grupo concentrados no patrimônio de outra pessoa jurídica, que não a contribuinte.

13 MARTINEZ, op cit., p. 485/486.

14 Sobre a inaplicabilidade do art. 124, I, do CTN isoladamente para empresas do mesmo grupo econômico, conferir precedentes do Superior Tribunal de Justiça: AgRg no REsp 1535048/PR; AgRg no AREsp 603177 / RS; AgRg no AREsp 429923 / SP; AgRg no Ag 1392703 / RS.

Se uma dada contribuição for destinada ao custeio da Seguridade Social, como PIS, COFINS, CSLL, a ela se aplicam os ditames previstos no art. 30, IX, da Lei 8.212/91. No citado dispositivo o legislador nada mais fez do que conferir aplicabilidade ao princípio da solidariedade que rege a seguridade e observância ao seu caráter contributivo.

A par das considerações já expostas, resta incontestemente a aplicabilidade da Lei nº 8.212/91 para tais contribuições, notadamente o inciso IX, do artigo 30, que elege o grupo econômico de qualquer natureza como responsável tributário pelos débitos previdenciários das empresas que o integram. Trata-se de responsabilidade solidária legal, sem benefício de ordem, a teor do artigo 124, inciso I, do Código Tributário Nacional. E assim agira o legislador infraconstitucional para garantir a satisfação dos interesses contidos na Seguridade Social.

Sérgio Pinto Martins, discorrendo sobre a hipótese de responsabilidade tributária acima prevista, assim se pronunciou:

A Lei nº 8.212 também especifica que as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes de seus dispositivos (art. 30, IX). Isso quer dizer que tanto faz se o grupo de empresas for de natureza urbana ou rural, como por exemplo, bancos ou empresas prestadoras de serviços, pois a lei usa a expressão “grupo econômico de qualquer natureza”. Não há benefício de ordem, podendo a dívida ser exigida de qualquer empresa pertencente ao grupo econômico ou do próprio grupo. Não há necessidade, pela lei, de demonstrar a existência de incapacidade financeira entre as empresas para o fim de se exigir a obrigação¹⁵.

Daí conclui-se que, em se tratando de crédito devido ao custeio da Seguridade Social, as empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico são solidárias entre si pelas dívidas umas das outras. Vejamos a jurisprudência do TRF 1ª Região a respeito:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA PREVISTA NO ART. 30/IX DA LEI 8.212/1990. CABIMENTO. 1. Reconhecida a formação de grupo econômico de fato, incide a norma inscrita no art. 30/IX da Lei 8.212/1990 quanto à responsabilidade solidária das empresas integrantes. 2. Os agravantes/

15 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 244.

executados não comprovaram suas alegações de modo a infirmar a conclusão do juiz de primeiro grau, que adotou as razões indicadas pela exequente no sentido de que os agravantes participaram nas “alienações de patrimônio dos sócios para pessoas jurídicas integrantes do conglomerado, para parentes, cônjuges e entre os próprios integrantes da unidade gerencial”, bem como “patrimônio de pessoa jurídica sendo alienado para pessoas físicas, às vezes retornando para outra pessoa jurídica controlada, tudo a configurar tentativa clara de blindagem patrimonial”. 3. A certidão positiva com efeitos de negativa não comprova a adesão da executada ao parcelamento do débito, considerando que não abrange as contribuições previdenciárias objeto da execução fiscal originária. 4. Agravo regimental dos executados desprovidos.

(AGA 0017377-28.2014.4.01.0000 / RR, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NOVÉLY VILANOVA, OITAVA TURMA, e-DJF1 p.3313 de 29/05/2015)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - AGRAVO REGIMENTAL - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - GRUPO ECONÔMICO - CONFIGURAÇÃO - ART. 124, II DO CTN - ART.30, IX, DA LEI Nº 8.212/81. 1. O entendimento jurisprudencial predominante tem sido no sentido de que é admissível a responsabilidade solidária por dívida fiscal entre componentes do mesmo grupo econômico, quando existirem provas suficientes de que as empresas integram o referido grupo, ensejando, desta forma, o redirecionamento da execução. 2. “O artigo 124, II, do CTN e o artigo 30, IX, da Lei nº 8.212/91, admitem a responsabilidade solidária por dívida fiscal entre componentes do mesmo grupo econômico. Havendo provas de que as empresas integram um mesmo grupo econômico, cabível o redirecionamento da execução. In casu, configurado o grupo econômico apenas em relação a uma das empresas embargantes, devido a identidade de sócios e administradores. A outra, apesar da similitude de denominações, é pessoa jurídica distinta da executada, não havendo igualdade de sócios ou qualquer outro elemento que possa afastar a presunção de boa-fé e demonstrar a existência de fraude ou de grupo econômico disfarçado”. (in AC n. 2006.72.04.004529-5, TRF da 4ª Região, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Vilson Darós, D.E. 07/04/2009). 3. Quanto à manutenção dos demais agravantes no polo passivo, certo é que “A responsabilização dos sócios advém do art. 134 do CTN, não constituindo, a medida, perda da propriedade, apenas restrição da disponibilidade dos bens (REsp nº 172.736/RO) com o intuito de assegurar o ressarcimento ao erário.” (AP 2009.01.00.060479-

4. DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL, SÉTIMA TURMA (19/02/2010). Ademais, trata-se de matéria que demanda dilação probatória, própria da instrução processual. 4. Na hipótese, os indícios são fortes e a decisão a quo está fundamentada. 5. Agravo Regimental não provido.

(AGA 0066700-70.2012.4.01.0000 / RO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL RONALDO CASTRO DESTÊRRO E SILVA (CONV.), SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.654 de 23/05/2014)

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO À SÓCIA. GRUPO ECONÔMICO. OBSCURIDADES E OMISSÕES CONFIGURADAS. VÍCIOS SANADOS. SEM EFEITOS INFRINGENTES. 1. Configurada a existência das alegadas obscuridade e omissões no acórdão recorrido. 2. A agravante tem legitimidade e interesse para recorrer da decisão que a incluiu na execução fiscal movida contra a empresa da qual era sócia, sendo cabível a interposição de agravo de instrumento (CPC, arts. 162, § 2º, e 522). 3. A agravante não questionou a “inocorrência de dissolução irregular”, senão a imediata responsabilidade pessoal dos sócios em decorrência da dissolução sem a prova dos requisitos do art. 135/III do CTN. 4. A agravante foi responsabilizada por integrar grupo econômico da qual a executada, empresa dissolvida irregularmente, também fazia parte. 5. Dispõe o art. 124/II do CTN que são solidariamente obrigadas “as pessoas expressamente designadas por lei”. Tratando-se de valores destinados à Seguridade Social, aplica-se o disposto no art. 30/IX da Lei 8.212/1991: “As empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei.” 6. Embargos declaratórios do agravante providos sem efeito infringente.

(EDAG 0045890-45.2010.4.01.0000 / BA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NOVÉLY VILANOVA, OITAVA TURMA, e-DJF1 p.1127)

TRIBUTÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - GRUPO ECONÔMICO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - ART.133 - SUCESSÃO EMPRESARIAL - MEROS INDÍCIOS - NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. O entendimento jurisprudencial predominante tem sido no sentido de que é admissível a responsabilidade solidária por dívida fiscal entre componentes do mesmo grupo econômico, quando existirem provas suficientes de que as empresas integram o referido grupo, ensejando, desta forma, o redirecionamento da execução. 2. “O

artigo 124, II, do CTN e o artigo 30, IX, da Lei nº 8.212/91, admitem a responsabilidade solidária por dívida fiscal entre componentes do mesmo grupo econômico. Havendo provas de que as empresas integram um mesmo grupo econômico, cabível o redirecionamento da execução. In casu, configurado o grupo econômico apenas em relação a uma das empresas embargantes, devido a identidade de sócios e administradores. A outra, apesar da similitude de denominações, é pessoa jurídica distinta da executada, não havendo igualdade de sócios ou qualquer outro elemento que possa afastar a presunção de boa-fé e demonstrar a existência de fraude ou de grupo econômico disfarçado. (in AC n. 2006.72.04.004529-5, TRF da 4ª Região, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Wilson Darós, D.E. 07/04/2009). 3. “O débito tributário em questão encontra-se, em princípio, garantido pela indisponibilidade decretada em relação aos bens de todos os agravados. Registre-se que, in casu, de fato, há indícios de sucessão empresarial. Todavia, somente indícios não são suficientes à decretação da corresponsabilidade”. (in AGA 0015829-70.2011.4.01.0000 / AM, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL ARTHUR PINHEIRO CHAVES (CONV.), SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.1160 de 21/06/2013). 4. “Meros indícios de sucessão não são suficientes para imputação de responsabilidade tributária à suposta sucessora” Precedente do STJ (in REsp 844.024/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/09/2006, DJ 25/09/2006 p. 257). 4. Agravo Regimental não provido

(AGA 0046025-52.2013.4.01.0000 / BA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.941 de 24/01/2014)de 17/10/2014)

O Tribunal Regional Federal da 3ª e 4ª Regiões, quanto às contribuições devidas à Seguridade Social, também defendem a aplicabilidade do art. 30, IX, da Lei 8.212:

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA. EXECUÇÃO FISCAL. GRUPO ECONÔMICO. INCLUSÃO NO PÓLO PASSIVO. AGRAVO IMPROVIDO.

OMISSIS.....

III - A análise da responsabilidade tributária das empresas que compõem grupo econômico pelo recolhimento de contribuições previdenciárias deve ser feita à luz dos artigos 124, do CTN; 30, da Lei 8.212/91; e 50

do Código Civil. Nos termos do art. 124, do CTN, “São solidariamente obrigadas: I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal”. O legislador ordinário, de seu turno, tratando especificamente das contribuições previdenciárias, estabeleceu, no artigo 30, IX, da Lei 8.212/91, que “as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei”.

IV - Os grupos econômicos não são regularmente constituídos, compondo verdadeiros grupos econômicos de fato, visando, precipuamente, o benefício de seus integrantes, mediante diversas práticas, dentre elas o não recolhimento de tributos. Inexistindo o grupo econômico no plano jurídico, mas apenas no âmbito fático, a responsabilização das empresas que o integram depende da demonstração de que a formação do conglomerado consiste, na forma do artigo 50, do Código Civil, numa prática abusiva e que, apesar da existência de várias pessoas jurídicas distintas, existe um interesse comum: o indevido benefício dos sócios em detrimento dos credores e fraude à lei.

V - Há provas de que a executada originária integra o mesmo grupo econômico de fato a que pertence a agravante, sendo patente a confusão patrimonial e o interesse comum das empresas.

VI - O fato de a executada originária ter ali defendido os interesses da ora agravante já sugere o acerto da decisão de primeiro grau em relação à confusão patrimonial entre estas sociedades e, conseqüentemente, a existência de grupo econômico. E isso é reforçado pelo fato de ambas as empresas serem representadas pelos mesmos causídicos, conforme se infere do confronto das petições de fls. 02/20 e 259/283.

VII - A realização de penhora de um imóvel pertencente à ora agravante para garantia de um débito da executada originária, com a anuência de outra empresa do grupo (Florestal Matarazzo S/A) não deixa dúvida acerca da efetiva existência de confusão patrimonial.

VIII - Os atos constitutivos juntados aos autos, de seu turno, revelam que a agravante é sócia da executada originária e que ambas possuem como sócia a Sra. Maria Pia Esmeralda Matarazzo. Portanto, o contexto probatório dos autos corrobora o fato notório citado pela decisão de primeiro grau - “Não é segredo para ninguém, e isso já decorre de décadas, que a empresa S.A. Indústrias Reunidas Francisco Matarazzo

sempre se sobressaiu como líder no conglomerado de várias empresas pertencentes ao referido grupo, inclusive a aqui executada, e já foi modelo de pujança em seu auge (...)” -, motivo pelo qual a manutenção da decisão de primeiro grau é medida imperativa.

OMISSIS.....

(TRF 3ª Região, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, AI 0038437-08.2011.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, julgado em 23/09/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/09/2014)

REDIRECIONAMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. GRUPO ECONÔMICO. DÉBITOS DE PIS E COFINS. ART. 30, IX DA LEI 8.212/91. INDÍCIO DE INFRAÇÃO À LEI. 1. Quanto ao redirecionamento às empresas NAJE Administração e Participações Ltda. e JNA Administradora de Bens Próprios, cabe observar que, em princípio, não se poderia deixar de aplicar o artigo 30, IX, da Lei nº 8.212/91, ao menos sob o argumento utilizado pela decisão. Ora, as contribuições ao PIS e à COFINS não deixam de ser, também elas, contribuições destinadas à Seguridade Social, de forma que, pelo simples fato de não estarem regulamentadas pela Lei nº 8.212/91, não se poderia argumentar inexistir responsabilidade solidária entre as pessoas jurídicas integrantes do mesmo grupo econômico. Não é demais referir que, em outras execuções fiscais, também restaram apurados indícios de ter havido o aproveitamento do fundo de comércio entre as empresas, conforme tive a oportunidade de observar quando do exame do agravo de instrumento nº 5010744-63.2013.404.0000, da manifestação do julgador a quo. 2. Havendo indícios a autorizar a responsabilização tributária tanto das empresas como do sócio, justifica-se a inclusão no polo passivo da execução fiscal. O redirecionamento se dá, obviamente, sem prejuízo da ulterior possibilidade de discussão da responsabilização destas pessoas físicas e jurídicas, em sede de ação que permite dilação probatória, a fim de examinar eventual alegação de inocorrência de grupo econômico ou prática de atos contrários à lei. (TRF4, AG 5029388-54.2013.404.0000, Primeira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria de Fátima Freitas Labarrère, juntado aos autos em 29/04/2014)

EMENTA: EXECUÇÃO FISCAL. GRUPO ECONÔMICO. REDIRECIONAMENTO. 1. Aplica-se o art. 30, IX, da Lei nº 8.212/91, com relação à contribuição ao PIS e à COFINS, que são destinadas à Seguridade Social. 2. Se o sócio-administrador da empresa executada praticou atos com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou

estatutos (CTN, art. 135, III), cabível o redirecionamento da execução contra ele. 3. Caso em que restou demonstrada a interligação entre as empresas, todas sob a administração centralizada de um dos sócios, que as constituiu com a fim de impedir que seu patrimônio pessoal e o das empresas sob seu controle fossem alcançados pela Fazenda Pública. (TRF4, EDAG 5024886-72.2013.404.0000, Primeira Turma, Relator Joel Ilan Paciornik, juntado aos autos em 10/10/2014)

No Superior Tribunal de Justiça, em casos em que a cobrança fiscal se refere a débitos para com a Seguridade Social, o art. 30, IX, da Lei 8.212/91 vem sendo amplamente utilizado para autorizar a atribuição de responsabilidade tributária aos membros de grupo econômico:

TRIBUTÁRIO E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. PENALIDADE PECUNIÁRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE EMPRESAS INTEGRANTES DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. INTELIGÊNCIA DO ART. 265 DO CC/2002, ART. 113, § 1º, E 124, II, DO CTN E ART. 30, IX, DA LEI 8.212/1991.

1. A Lei 8.212/1991 prevê, expressamente e de modo incontroverso, em seu art. 30, IX, a solidariedade das empresas integrantes do mesmo grupo econômico em relação às obrigações decorrentes de sua aplicação.

2. Apesar de serem reconhecidamente distintas, o legislador infraconstitucional decidiu dar o mesmo tratamento – no que se refere à exigibilidade e cobrança – à obrigação principal e à penalidade pecuniária, situação em que esta se transmuta em crédito tributário.

3. O tratamento diferenciado dado à penalidade pecuniária no CTN, por ocasião de sua exigência e cobrança, possibilita a extensão ao grupo econômico da solidariedade no caso de seu inadimplemento.

4. Recurso Especial provido.

(REsp 1199080/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2010, DJe 16/09/2010)

EXECUÇÃO FISCAL DÉBITOS PREVIDENCIÁRIOS PENHORA DE BENS DE EMPRESA QUE NÃO FIGURAVA INICIALMENTE NO PÓLO PASSIVO NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO JUDICIAL A RESPEITO DA EXISTÊNCIA DE GRUPO ECONÔMICO VIOLAÇÃO DO ART. 535, II DO CPC.

1 - O art. 30, IX da Lei n. 8.212/91 determina que a responsabilidade do grupo econômico por débitos previdenciários é solidária, motivo pelo qual, no caso concreto, é de fundamental importância saber se as empresas do agravante fazem parte de um conglomerado empresarial.

2 - O Tribunal de origem limitou-se a analisar a questão posta, apenas sob o enfoque da não-existência de confusão patrimonial.

Silenciou-se, contudo, quanto à eventual configuração de grupo econômico formado pelas empresas do agravante, violando o art. 535, II do CPC.

3 - A fundamentação do acórdão, de que as empresas do agravante possuem personalidade jurídica distintas, em nada, nem implicitamente, enfrentou a questão da existência, ou não-existência, de grupo econômico entre elas, principalmente quando se sabe que uma das principais características do grupo é justamente a existência de entidades autônomas, com personalidades jurídicas distintas, sob o comando de uma única direção.

4 - Desta forma, a questão de se saber se as empresas do agravante constituem grupo econômico apresenta-se imprescindível para o deslinde da controvérsia, motivo pelo qual necessário se faz o retorno do autos ao Tribunal de origem para que seja suprida omissão sobre referido ponto.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1097173/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 08/05/2009)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. CND. RECUSA AO FORNECIMENTO. GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

1. É deficientemente fundamentado o Recurso Especial que aponta dispositivos legais incapazes de infirmar o acórdão hostilizado.

Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF.

2. O Tribunal de origem considerou legítima, com base no art. 124 do CTN c/c o art. 30 da Lei 8.212/1991, a recusa ao fornecimento de CND

para a empresa porque constatou ter sido reconhecida judicialmente a confusão patrimonial entre estabelecimentos integrantes de um mesmo grupo econômico – fato não contestado pela recorrente.

3. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 791.414/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 19/05/2009)

4 A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 30, IX, DA LEI 8.212/91

À primeira vista poder-se-ia defender a inconstitucionalidade formal do art. 30, inciso IX, da Lei 8.212, considerando que a Constituição Federal, em seu art. 146, inciso III, alínea b, reservou à lei complementar a regulação de normas gerais em Direito Tributário, notadamente sobre *obrigação*, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.

É certo que o legislador ordinário não detém competência para ditar regras gerais em matéria tributária, nem tampouco para legislar sobre responsabilidade tributária (inserida na idéia de “obrigação”), considerando a reserva de lei complementar prevista pelo art. 146, III, alínea b, da Constituição da República.

Embora o CTN tenha sido aprovado como lei ordinária, ele fora recepcionado, em sua maior parte, com *status* de lei complementar pelas Constituições de 1967 e 1988. Ademais a maior parte da doutrina e jurisprudência entendem que os dispositivos do CTN têm caráter de normas gerais tributárias, de forma que matéria relativa a responsabilidade tributária deve ser tratada naquele diploma ou em outra lei complementar esparsa.¹⁶

Embora a Lei 8.212/91 se trate de lei ordinária, seu art. 30, inciso IX, retira sua validade do art. 124, inciso I, do CTN, assim redigido:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

¹⁶ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito tributário na constituição e no STF: teoria e jurisprudência*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 37.

Tal responsabilidade pressupõe que os partícipes do fato imponible não estejam em posições contrárias. Ao contrário, os partícipes devem possuir interesse comum na situação que constitua o fato gerador.

Apenas a título de esclarecimento e sem se ater muito ao tema, não há como validar o art. 30, IX, da Lei 8.212/91 no inciso II do citado art. 124 do CTN, uma vez que a lei exigida no inciso há que deter status de lei complementar, para estar em consonância com o art. 146, III, do texto constitucional já mencionado acima.

Sobre esse assunto, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do *RE 562.276 em 03/11/2010*, em que se discutia a constitucionalidade do art. 13 da Lei 8.620, tendo por Relatora a Ministra Ellen Gracie, já assentou que o inciso II do art. 124 não autoriza o legislador a criar hipótese de responsabilidade de terceiro por lei ordinária. Eis trecho da decisão:

O preceito do art. 124, II, no sentido de que são solidariamente obrigadas ‘as pessoas expressamente designadas por lei’, não autoriza o legislador a criar novos casos de responsabilidade tributária sem a observância dos requisitos exigidos pelo art. 128 do CTN, tampouco a desconsiderar as regras matrizes de responsabilidade de terceiros estabelecidas em caráter geral pelos arts. 134 e 135 do mesmo diploma. A previsão legal de solidariedade entre devedores – de modo que o pagamento efetuado por um aproveite aos demais, que a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, também lhes tenha efeitos comuns e que a isenção ou remissão de crédito exonere a todos os obrigados quando não seja pessoal (art. 125 do CTN) – pressupõe que a própria condição de devedor tenha sido estabelecida validamente.

[...]O art. 13 da Lei 8.620/1993 não se limitou a repetir ou detalhar a regra de responsabilidade constante do art. 135 do CTN, tampouco cuidou de uma nova hipótese específica e distinta. Ao vincular à simples condição de sócio a obrigação de responder solidariamente pelos débitos da sociedade limitada perante a Seguridade Social, tratou a mesma situação genérica regulada pelo art. 135, III, do CTN, mas de modo diverso, incorrendo em inconstitucionalidade por violação ao art. 146, III, da CF.¹⁷

17 STF. *RE 562.276*, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgamento em 3/11/2010. Disponível em: <<http://redir.stfjus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618883>>. Acesso em: 19 fev. 2016.

No julgamento acima referido, o art. 13 da Lei 8.620¹⁸ foi declarado inconstitucional por contrariedade ao art. 146, III, da Constituição Federal, sob o fundamento de que teria criado hipótese de atribuição de responsabilidade a terceiro, o que lhe seria vedado por se tratar de lei ordinária.

Assim, considerando a inaplicabilidade do art. 124, II, do CTN ao caso, o art. 30, IX, da Lei 8.212/91 somente poderia retirar validade do inciso I do referido artigo.

Muito se discute na doutrina e jurisprudência o que vem a configurar a hipótese do inciso I do art. 124, ou melhor, quando se pode considerar que as pessoas possuem interesse comum na situação que constitua o fato gerador?

Para Hugo de Brito Machado o interesse comum há que ser avaliado caso a caso pelo aplicador do Direito e independe de previsão legal:

A existência de interesse comum é situação que somente em cada caso pode ser examinada. A solidariedade, em tais casos, independe de previsão legal.

[...]O interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação, cuja presença cria solidariedade, não é um interesse meramente de fato, e sim um interesse jurídico. Interesse que decorre de uma situação jurídica, como é o caso daquela que se estabelece entre os cônjuges.¹⁹

Para Hugo de Brito, nas lições citadas acima, o art. 124, I do CTN aplica-se aos casos em que pessoas diversas detém interesse jurídico na situação que constitui o fato gerador, e não um interesse meramente econômico. Ou seja, para ele o mesmo fato gerador há que ser realizado conjuntamente por mais de uma pessoa.

Alexandre Macedo Tavares, ao discorrer sobre o que vem a ser interesse comum na expressão utilizada no inciso I do art. 124 do CTN, afirma que a pessoa a ser responsabilizada tem que ter interesse jurídico na situação que constitua o fato gerador e não meramente econômico:

18 Art. 13. O titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social. Parágrafo Único: Os acionistas controladores, os administradores, os gerentes e os diretores respondem solidariamente e subsidiariamente, com seus bens pessoais, quanto ao inadimplemento das obrigações para com a Seguridade Social, por dolo ou culpa.

19 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.151.

Conquanto a expressão “interesse comum” encarte um conceito indeterminado, imperativo proceder-se a uma interpretação sistemática das normas tributárias, de modo a alcançar a *ratio essendi* do art. 124, I, do CTN. Assim, o interesse comum das pessoas não pode ser interpretado como sinônimo de simples reflexo do interesse econômico no resultado ou no proveito da situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária principal, pressupondo-se, pois, interesse jurídico, que guarda correlação à realização comum ou conjunta da situação que constitui o fato impositivo.

Afigura-se como responsável solidário, portanto, a pessoa que realiza, conjuntamente com outra (ou outras pessoas), a situação definida em lei como necessária e suficiente à ocorrência da obrigação tributária, ou que, em comum com outras, esteja em relação econômica com o fato, ato ou negócio jurídico que constitui o núcleo do aspecto material da respectiva hipótese de incidência tributária.²⁰

Para o autor, não basta que as sociedades empresárias participem do mesmo grupo econômico para serem responsabilizados nos termos do art. 124, I, do CTN, elas devem praticar conjuntamente o fato gerador da obrigação tributária:

Não por outra razão que a desconsideração da pessoa jurídica, mesmo no caso de grupos econômicos, deve ser reconhecida apenas em situações excepcionais, isto é, quando evidenciado que a empresa devedora pertence a grupo de sociedades sob unidade de poder de controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre “quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, e, ainda, quando se visualizar a confusão de patrimônio, fraudes, abuso de direito e má-fé com prejuízo a credores” (REsp. nº 968.564/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 12/12/2008)

Portanto, nunca é demais repetir, para se caracterizar responsabilidade solidária em matéria tributária entre duas empresas pertencentes ao mesmo conglomerado financeiro, “é imprescindível que ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador,

20 TAVARES, Alexandre Macedo. *Sentido e Alcance da Expressão “Interesse Comum” (CTN, art. 124, I) para Fins de Imputação de Responsabilidade Tributária Solidária às Sociedades Integrantes de Grupo Econômico*. Disponível em: <<http://www.tavareseassociados.com.br/application/upload/artigos/68b5878887f486366a0333f54c41a20.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2016.

sendo irrelevante a mera participação no resultado dos eventuais lucros auferidos pela outra empresa coligada ou do mesmo grupo econômico.²¹

O STJ, no julgamento do REsp 884.845-SC, cuja relatoria foi exercida pelo Ministro Luiz Fux, entendeu que a pessoa jurídica somente poderia ser responsabilizada na hipótese do inciso I do art. 124 do CTN se houvesse provas de que participou da realização do fato gerador:

O interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal implica que as pessoas solidariamente obrigadas sejam sujeitos da relação jurídica que deu azo à ocorrência do fato impositivo. Isso porque feriria a lógica jurídico-tributária a integração, no polo passivo da relação jurídica, de alguém que não tenha tido qualquer participação na ocorrência do fato gerador da obrigação.

Pelas lições acima citadas podemos entender que o só fato de membros integrarem o mesmo grupo econômico não autoriza a atribuição de responsabilidade solidária do art. 124, inciso I, do CTN.

Por outro lado, a responsabilidade do art. 124, I, do CTN incidirá quando as pessoas do grupo econômico praticarem conjuntamente o fato gerador de obrigação tributária, o que ocorrerá quando se tratar de fato praticado por membro de grupo econômico constituído com abuso da personalidade jurídica, configurado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, pois, neste caso, entender-se-á que as diversas pessoas são, na verdade, a mesma pessoa, cada uma funcionando como se fossem os tentáculos de um polvo. No exemplo, o polvo seria o grupo e cada um dos seus tentáculos seria um de seus componentes.

É fato que os grupos de sociedades têm como característica a independência jurídica de seus integrantes, a unidade de direção e a separação patrimonial.

Contudo, no caso de haver um grupo econômico constituído mediante fraude e simulação, o que se verifica, por exemplo, quando há confusão patrimonial ou utilização de interpostas pessoas, não há como defender que existirá na hipótese a independência jurídica de seus integrantes, nem a unidade de gerência ou separação patrimonial.

21 TAVARES, op. cit.

Társis Nametala Jorge chama a atenção para os casos em que há simulação na constituição de pessoas jurídicas, com o intuito claro de se desvincular das demais empresas do grupo:

Doutrina e jurisprudência vêm reconhecendo a existência de grupo societário, ainda nos casos em que tal circunstância compareça de forma velada na apuração dos fatos. A doutrina, inclusive, faz-se forte no argumento do arquétipo dos *vasos comunicantes*. A doutrina dos vasos comunicantes reside no reconhecimento das relações de poder (de coordenação e/ou subordinação) entabuladas entre os integrantes do grupo econômico para efeitos de responsabilização.²²

Társis Nametala Jorge, citando lições de Fábio Konder Comparato extraídas da obra “O poder e controle na sociedade anônima”, afirma que o grupo econômico constitui em si mesmo uma única sociedade. E afirmou ainda que com base nessa tese há quem sustente a inexigibilidade do ISS sobre serviços prestados entre empresas do mesmo aglomerado econômico, pois no caso do grupo não há diversidade de empresas, mas uma única.

Assim, na medida em que se considera todo o grupo econômico como uma única sociedade empresarial, tem-se que todos os seus membros teriam praticado o fato gerador da obrigação tributária, hábil a atrair a aplicação do art. 124, I, do CTN.

Na fraude ou conspiração entre sociedades empresárias que integram o mesmo aglomerado econômico, o interesse comum se evidencia pelo próprio acordo entre as partes, propiciando a sonegação fiscal. Nessa hipótese de grupo econômico fraudulento não há o que se discutir acerca da validade de atribuição de responsabilidade tributária passiva.

Defendendo a combinação do art. 30, IX, da lei nº 8.212 com o art. 124, I, do CTN, assim se posicionou o magistrado federal da 4ª Região, Mestre e Doutor em Direito, Andrei Pitten Velloso:

Somente em situações específicas é que se poderá estender o vínculo jurídico-obrigacional a todas as empresas integrantes de grupos econômicos. É o que ocorre quando resta caracterizado abuso de direito, esvaziamento patrimonial ou, ainda, quando há atuação empresarial conjunta, a configurar a coparticipação no fato imponible e atrair, por consequência, a incidência do art. 124, I, da codificação tributária.

22 JORGE, Társis Nametala. *Elementos de direito previdenciário*: custeio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 399.

Apenas nessas hipóteses o art. 30, IX, da Lei 8.212/1991 pode ser aplicado de forma válida.²³

Assim, ao enxergar o grupo econômico fraudulento como uma só pessoa jurídica, fica fácil perceber que todas as suas unidades praticam a situação que configura o fato gerador de obrigação tributária, tendo o condão de atrair a incidência da responsabilidade solidária do inciso I, art. 124, do CTN.

5 CONCLUSÃO

Em vista da farta argumentação acima, tem-se que a responsabilidade tributária dos membros do grupo econômico por débitos para com a Seguridade Social é solidária, com fundamento no art. 30, IX, da Lei 8.212/91, o qual retira sua validade constitucional do art. 124, I, do CTN, sempre que restar comprovado que a estrutura do grupo é apenas formal e que, na verdade, todos os membros do aglomerado se tratam de uma única pessoa, praticando conjuntamente o fato gerador da obrigação tributária.

É incontestável a importância da norma de responsabilização tributária prevista no art. 30, IX, da Lei 8.212/91 para a recuperação do crédito público, a qual prevê, para as relações jurídicas que menciona, que as “empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, na medida em que amplia a quantidade de sujeitos passivos que poderão ser chamados a cumprir com a obrigação fiscal.

A união de pessoas jurídicas em forma de aglomerados econômicos é uma realidade que não pode ser desconsiderada no mundo atual. E a perspectiva é a de que tais grupos sejam criados em progressão constante, na medida em que claramente possibilitam a redução dos custos da atividade empresarial e o aumento dos lucros.

O objetivo da Lei 8.212/91, ao prever expressamente a solidariedade na responsabilidade dos membros do grupo econômico para com os débitos à Seguridade Social, em verdade, apenas cumpriu com seu intuito teleológico de exigir garantias e estabelecer proteção ao custeio da Seguridade Social, tendo em vista que as políticas de seguridade objetivam assegurar a fruição de direitos fundamentais pelo cidadão, previstos na Carta Magna.

23 VELLOSO, Andrei Pitten. Responsabilidade tributária das empresas integrantes de grupos econômicos. *Jornal Carta Forense*, Disponível em: <<http://www.carteforense.com.br/conteudo/colunas/responsabilidade-tributaria-das-empresas-integrantes-de-grupos-economicos/15751>>. Acesso em: 19 fev. 2016.

É fato que toda iniciativa estatal de atribuir responsabilidade tributária a uma pessoa por débitos fiscais de outra acaba por desestimular a prática da atividade produtiva pela iniciativa privada. Contudo, em que pese a necessidade de o Estado também proteger a liberdade de iniciativa, o exercício da atividade econômica é permitido sempre nos termos da lei, bem assim a responsabilidade tributária que advém do exercício da atividade empresarial.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito tributário na constituição e no STF: teoria e jurisprudência*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 6. ed. rev. São Paulo: LTr, 2005.

HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

JORGE, Társis Nametala. *Elementos de direito previdenciário: custeio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à lei básica da previdência social - Tomo I - plano de custeio*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2003.

MESSA, Ana Flávia. *Direito tributário e financeiro*. 5. ed. São Paulo: Rideel, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TAVARES, Alexandre Macedo. *Sentido e Alcance da Expressão "Interesse Comum" (CTN, art. 124, I) para Fins de Imputação de Responsabilidade Tributária Solidária às Sociedades Integrantes de Grupo Econômico*. Disponível em: <<http://www.tavareseassociados.com.br/application/upload/artigos/68b58788877f486366a0333f54c41a20.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2016.

VELLOSO, Andrei Pitten. Responsabilidade tributária das empresas integrantes de grupos econômicos. *Jornal Carta Forense*, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618883>>. Acesso em: 19 fev. 2016.

RECEBIDO EM: 08/03/2017

APROVADO EM: 04/08/2017

**AUTONOMIA TÉCNICA DO AGU À LUZ
DO DEVER DE DEFESA DA LEI OU ATO
NORMATIVO IMPUGNADO EM CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE PERANTE O STF**

***TECHNICAL AUTONOMY OF THE PUBLIC ATTORNEY IN SIGHT
OF THE DUTY OF DEFENSE OF A NORMATIVE ACT CONTESTED
IN CONSTITUTIONALITY CONTROL BEFORE THE BRAZILIAN
SUPREME COURT***

Renato Saeger Magalhães Costa

*Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera. Bacharel em
Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Advogado de Direito Público em
Urbano Vitalino Advogados.*

SUMÁRIO: Introdução ; 1 O que é a Advocacia-
Geral da União?; 2 Autonomia técnica do advogado
público e independência funcional da advocacia de
estado; 3 Do dever de defesa da lei ou ato normativo
impugnado em sede de controle concentrado de
constitucionalidade de acordo com o Supremo
Tribunal Federal; 4 Proposta de outras hipóteses
nas quais a defesa da lei ou ato normativo impugnado
em sede de controle de constitucionalidade poderá
ser dispensada; 5 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O Advogado-Geral da União, de acordo com o texto constitucional, deve defender as leis impugnadas em controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Entretanto, tal imposição foi fruto de várias discussões perante a Corte Suprema, o que revelou a possibilidade de flexibilização do comando constitucional. Analisa-se, pois, todos os aspectos que circundam a AGU como instituição independente e autônoma tecnicamente, com o intuito de se enxergar as hipóteses possíveis na qual o AGU não estará obrigado a defender o ato normativo impugnado em sede de controle de constitucionalidade perante o STF.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia-Geral da União. Controle de Constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal. Autonomia Técnica. Independência Funcional.

ABSTRACT: The General Public Attorney, according to the Brazilian Constitution, is always meant to defend the laws that are contested in constitutionality control before the Brazilian Supreme Court. However, that imposition was fruit of several discussions in the Supreme Court, and that revealed the possibility of the flexibilization of that constitutional command. The aspects of the General Public Attorney's Office are, therefore, analyzed in order to understand it as a independent institution with technical autonomy, so that we can see some other hypothesis where the General Public Attorney isn't obligated to defend the normative act that is contested in the realm of a constitutionality control before the STF (Brazilian Supreme Court).

KEYWORDS: General Public Attorney's Office. Constitutionality Control. Brazilian Supreme Court. Technical Autonomy. Functional Independence.

INTRODUÇÃO

Tratar sobre a Advocacia-Geral da União – AGU é abordar um assunto não somente relevante, mas também extremamente atual. Os temas que circundam as atribuições e prerrogativas da AGU estão presentes nos noticiários, além de, no âmbito jurídico, permearem projetos de lei, emendas constitucionais e debates jurisprudenciais. Tal sorte de evidenciação do tema reflete diretamente nos limites da atuação da Advocacia Pública como um todo, que, como consequência inafastável, resvala na apreciação da matéria por parte do Supremo Tribunal Federal – STF.

Quais são, pois, as prerrogativas do Advogado-Geral da União? E quais os limites e obstáculos que os advogados públicos enfrentam quanto à sua atuação e liberdade técnicas?

Especificamente, e no que se refere ao assunto ora proposto, observa-se que a jurisprudência do STF se alternou com frequência no tratamento sobre a matéria da autonomia técnica do AGU quanto à obrigatoriedade de suas manifestações em sede de controle de constitucionalidade, o que exige um estudo mais aprofundado das decisões que implicaram a mudança de entendimento da Corte.

No presente estudo, pretende-se conceituar a Advocacia-Geral da União como ente dotado de autonomia técnica e jurídica, desvinculada de qualquer dos Poderes da República, cujos integrantes possuem independência funcional, para, a partir de tais fundamentos, identificar-se as hipóteses nas quais a defesa, por parte do Advogado-Geral da União, em controle de constitucionalidade, não necessariamente deverá ser concretizada; permitindo-se o direito de manifestação do AGU em consonância com sua autonomia técnica.

1 O QUE É A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO?

O nascimento da Advocacia-Geral da União, pode-se dizer, deu-se com a promulgação da Constituição Federal de 1988, uma vez que anteriormente à promulgação, “a representação da União era exercida pelo Ministério Público da União, que, até então, cumulava as funções de defensor dos interesses da sociedade e do ente político federal”¹.

1 COLODETTI, Bruno; MADUREIRA, Claudio Penedo. *Advocacia-Geral da União – AGU*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 19.

Foi somente a Constituição Federal de 1988 que, inovando em relação ao regime anterior, segregou a Advocacia Pública em sentido lato e entregou suas funções a *instituições distintas*. O Ministério Público passou a exercer somente a *advocacia da sociedade*, enquanto a *advocacia do Estado* começou a ser atribuição da Advocacia Pública em sentido estrito (Advocacia-Geral da União, Procuradorias do Estado e do Distrito Federal e Procuradorias do Município) e a advocacia dos necessitados, da Defensoria Pública.²

Sendo assim, e conforme atual expressão do artigo 131 da Constituição Federal, a Advocacia-Geral da União é a instituição que representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. A instituição tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República, que não precisa ser membro da carreira, mas tão somente cidadão maior de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Hodiernamente, entende-se que a Advocacia-Geral da União possui 4 carreiras jurídicas distintas: os Advogados da União, os Procuradores Federais, os Procuradores da Fazenda Nacional e, de modo um tanto quanto peculiar, os Procuradores do Banco Central do Brasil.

Tendo em vista o que preceituado no artigo 131 da CRFB, em cotejo com o artigo 133 da Constituição, nota-se que os advogados públicos, assim como os advogados privados, são indispensáveis à administração da justiça, sendo invioláveis por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Diante de tal introito, resta visível que os membros da Advocacia-Geral da União não são apenas servidores públicos fora dos Poderes da República (visto que desempenham função pública em Instituição independente)³, como também advogados tecnicamente autônomos cuja atuação restringe-se a apenas um “cliente”: a União.

2 FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Regime jurídico da advocacia pública*. v. 1, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 18.

3 A Advocacia-Geral da União está prevista no art. 131 da Constituição Federal, e integra o Capítulo IV, do Título IV, da CRFB, de modo que deve ser considerada como “Função Essencial à Justiça”. Nesse esteio, resta visível que a AGU não pertence a nenhum dos três Poderes da República, pois não integra nenhum dos outros capítulos do Título IV da Constituição.

2 AUTONOMIA TÉCNICA DO ADVOGADO PÚBLICO E INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DA ADVOCACIA DE ESTADO

Não obstante a previsão constitucional, ainda se verifica parcela da doutrina afirmando que a AGU pertence ao Poder Executivo, baseando-se no já revogado art. 32 do Decreto Lei n. 200 de 1967, que assinalava que a Consultoria-Geral da República integrava o Poder Executivo. Entretanto, e afastando-se de tal posicionamento, insiste-se em afirmar que a Advocacia-Geral da União é instituição desvinculada de qualquer um dos Poderes da República, apesar de aparentemente estar mais próxima do Poder Executivo. Nesses termos, é inegável que:

não se pode conferir a essa instituição o status de Ministério ou de órgão da Presidência da República, como se observa infelizmente no sítio da Presidência da República e no Diário Oficial da União. Que a Lei Ordinária 10.683, de 2003, trate o Advogado-Geral da União como “Ministro”, colocando-o como órgão de assessoramento imediato ao Presidente da República, sem que esse tratamento decorra necessariamente dos termos constitucionais, é circunstância que não autoriza de qualquer forma os órgãos oficiais de informação a tratar a instituição AGU como um órgão integrante da estrutura do Poder Executivo.⁴

Outro ponto que merece destaque para que se ateste ainda mais que a Advocacia-Geral da União não integra o Poder Executivo é justamente o fato de os seus membros exercerem a advocacia para a União como um todo, ou seja, para a pessoa jurídica de direito público interno em sua integralidade, e não de um de seus poderes/funções. Com efeito, apenas as atividades de consultoria e assessoramento jurídico são exclusivas do Poder Executivo.

Diante do afastamento da Advocacia-Geral da União do Poder Executivo, é imprescindível perceber que há uma certa autonomia e independência dada à instituição; autonomia esta inerente ao desempenho das suas funções constitucionais.

A título de esclarecimento, e antes de se prosseguir no tema, faz-se imprescindível conceituar a independência funcional e a autonomia técnica. Para a doutrina:

4 LÚCIANO, Pablo Bezerra. A Advocacia-Geral da União é instituição transversal aos poderes. *Conjur – Consultor Jurídico*, Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-14/advocacia-geral-uniao-instituicao-transversal-aos-poderes>>. Acesso em: 7 abr. 2016.

autonomia funcional consiste na liberdade de exercer o ofício em face de outros órgãos e instituições do Estado, enquanto que a independência funcional é a liberdade com que estes exercem o seu ofício agora em face de outros órgãos da própria instituição⁵.

Nesse sentido, portanto, “a independência funcional restringe-se à relação do agente com os titulares de órgãos superiores da mesma instituição no sentido de inexistência de subordinação técnica ou funcional”⁶.

De fato, conjugando-se todos os entendimentos acima expostos, é inevitável afirmar quando se fala sobre AGU se está a tratar de uma estrutura pública que contém, dentre outros, um corpo de advogados dotados de autonomia técnica. Sendo assim, é incompatível exigir-se determinadas condutas profissionais dos advogados públicos, mormente quando tais exigências se relacionam a entendimentos técnicos.

No ponto, é preciso ponderar que o advogado, em qualquer circunstância (mesmo que sujeito a uma relação de emprego), deve manter sua autonomia técnica e independência profissional durante toda a sua atuação. É isso, aliás, o que prevê o Parecer GQ n. 24/1994 da AGU⁷, e o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil⁸, Lei n. 8.906/94, mais especificamente nos seus artigos 7º, inciso I, e 18. Também é esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica no recente julgamento da lavra do Ministro Roberto Barroso:

A constituição Federal e a Estadual reservam aos advogados públicos o desempenho das atividades de representação, assessoria e consultoria jurídica e que, tais cargos serão ocupados por servidores previamente aprovados em concurso público. Tal conclusão, calcada na literalidade dos textos constitucionais, é reforçada pela própria natureza dos cargos da advocacia pública, afinal, mais do que servidores públicos, os ocupantes de tais cargos são advogados e, para o pleno exercício de seu

5 CASTRO, Caterina Vasconcelos de; ARAUJO, Francisca Rosileide de Oliveira; TRINDADE, Luciano José. A Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito: reflexões jurídicas acerca dessa instituição estatal essencial à justiça. *Revista da Procuradoria-Geral do Acre*, Rio Branco, n. 3, p. 213-253, jan./dez. 2003.

6 FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Regime jurídico da advocacia pública*. v. 1, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 61.

7 Mais especificamente no item 10, que afirma que o advogado público possui “isenção técnica ou independência da atuação profissional”.

8 Válido afirmar que o EOAB é aplicável aos advogados públicos, conforme se extrai do artigo 3º, §1º, da Lei.

mister, é fundamental a preservação da isenção técnica e independência funcional, inerentes à advocacia, seja ela pública ou privada.⁹

Ainda, como bem delineado por Ricardo Cavalcante Barroso:

Para elucidar ainda mais a pertinência e a adequação da autonomia para os advogados públicos basta enunciar que o elemento determinante da autonomia dos membros das procuraturas públicas é o propósito de representar os interesses públicos e políticas públicas a eles atreladas no sentido de viabilizar a missão dos entes estatais. Eis o discrimen e o diferencial que fortalece e limita a autonomia do advogado estatal. Ou seja, no exercício desse mister, o procurador estatal não pode ser corrompido por pressões ou desvios advindos de quem quer que seja, membros de outras funções essenciais ou gestor ímprobo. 10

Sumarizando o entendimento ora esposado, Mônica de Melo assevera que “A peculiaridade de ter por cliente o ‘Estado’ ao contrário de reduzir a independência e liberdade do Advogado Público, deveria garanti-las, em respeito ao princípio da moralidade e defesa do interesse público, que torneiam a ação desse ‘cliente’”¹¹.

Não se pode olvidar, portanto, que a Advocacia-Geral da União necessariamente possui uma autonomia técnica que a resguarda de sofrer quaisquer influências técnico-jurídicas por parte do seu cliente¹²: a União. Com efeito, pode-se afirmar que a independência funcional, bem como a autonomia técnica do advogado público, é “prerrogativa implícita da Advocacia de Estado”¹³.

9 STF – ARE 759931 ES – Rel. Min. Roberto Barroso – Publicado em 12/12/2014.

10 BARROSO, Ricardo Cavalcante. Autonomia e independência são inerentes à Advocacia Pública. *Conjur – Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jun-15/ricardo-barroso-autonomia-independencia-inerente-advocacia-publica#_ftn6>. Acesso em: 8 abr. 2016.

11 MELO, Mônica. *Ética na Advocacia Pública*. Tese aprovada por unanimidade no XXV Congresso Nacional de Procuradores de Estado, realizado de 24 a 28 de outubro em Alagoas - MA.

12 O mesmo se repete para os advogados públicos municipais e estaduais, conforme entendimento do STF esposado na apreciação da medida cautelar na ADI 4843 / PB: “A extrema relevância das funções constitucionalmente reservadas ao Procurador do Estado (e do Distrito Federal, também), notadamente no plano das atividades de consultoria jurídica e de exame e fiscalização da legalidade interna dos atos da Administração Estadual, impõe que tais atribuições sejam exercidas por agente público investido, em caráter efetivo, na forma estabelecida pelo art. 132 da Lei Fundamental da República, em ordem a que possa agir com independência e sem temor de ser exonerado “ad libitum” pelo Chefê do Poder Executivo local pelo fato de haver exercido, legitimamente e com inteira correção, os encargos irrenunciáveis inerentes às suas altas funções institucionais”.

13 ROCHA, Mário Túlio de Carvalho. A unicidade orgânica da representação judicial e da consultoria jurídica do Estado de Minas Gerais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 223, p. 169-197, jan./mar. 2001.

Nesse contexto, e mais detidamente no aspecto jurisprudencial que trata sobre o tema, vê-se que o Supremo Tribunal Federal, por anos, estabeleceu a inexistência de independência funcional ao advogado público. Tal posicionamento da Corte restou sedimentado nos julgamentos da ADI MC n. 291, da ADI n. 470 e da ADI n. 217.

No mesmo sentido que a ADI n. 217, foi o julgamento da ADI n. 470, que definiu que a independência funcional de Procuradoria Estadual desvirtuaria a configuração jurídica fixada pelo texto constitucional. Neste julgamento, porém, o então Ministro Sepúlveda Pertence – que se mostrou contrário à independência funcional – afirmou a importância do reconhecimento da “independência profissional da qual terá que dispor, sobretudo, quando atue em função de consultoria”, abrindo uma flexibilização para a pertinência da autonomia técnica do advogado público.

Mais recentemente, em lamentável decisão no bojo do julgamento de mérito da ADI n. 291, o STF teve a oportunidade de analisar a autonomia técnica em conjunto com a independência dos advogados públicos, ocasião na qual sedimentou o entendimento que os advogados públicos apenas possuem autonomia técnica ou profissional, inexistindo a independência funcional da AGU.

Nesse ínterim, e diante da certeza que o advogado público possui ao menos a autonomia técnica, merece destaque a querela existente acerca do dever de defesa da lei ou ato normativo impugnado em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

3 DO DEVER DE DEFESA DA LEI OU ATO NORMATIVO IMPUGNADO EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DE ACORDO COM O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Uma das funções expressamente previstas na Constituição, para o Advogado-Geral da União, é encontrada no artigo 103, §3º, que prevê que quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará o Advogado-Geral da União para que defenda o ato ou texto impugnado (“Art.103, § 3º, CRFB - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado”).

Interessante notar, que na Lei Complementar n. 73/93, que institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, em seu artigo 4º, IV, também dispõe como atribuição do Advogado-Geral da União “defender, nas ações

diretas de inconstitucionalidade, a norma legal ou o ato normativo, objeto de impugnação”, revigorando a previsão constitucional.

Em tese, então, o AGU teria o dever de defender a lei ou o ato impugnado em sede de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Esta interpretação pura e simples do dispositivo constitucional foi o que levou o STF a julgar no sentido de se exigir a defesa do ato ou lei impugnada pela Advogado-Geral da União.

O entendimento que restou primariamente sedimentado no Supremo Tribunal Federal, portanto, foi o de que o AGU sempre deveria defender o ato ou a lei impugnada, independentemente de qualquer outro aspecto jurídico ou político. Assim, ao julgar a Questão de Ordem da ADI n. 72 / ES, o STF se posicionou pela obrigatoriedade da defesa da lei por parte do AGU, conforme se verifica da ementa abaixo colacionada:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO: INDECLINABILIDADE DA DEFESA DA LEI OU ATO NORMATIVO IMPUGNADO (CF, ART. 103, PAR.3.). ERIGIDO CURADOR DA PRESUNÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI, AO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, OU QUEM LHE FAÇA AS VEZES, NÃO CABE ADMITIR A INVALIDEZ DA NORMA IMPUGNADA, INCUMBINDO-LHE SIM, PARA SATISFAZER REQUISITOS DE VALIDADE DO PROCESSO DA AÇÃO DIRETA, PROMOVER-LHE A DEFESA, VEICULANDO OS ARGUMENTOS DISPONÍVEIS. (STF - ADI 72 ES – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – Tribunal Pleno - DJ 25.5.1990)

Conforme julgado acima, “Não havia, portanto, espaço para o AGU opinar pela procedência do pedido no controle em tese da constitucionalidade da norma em sede de ação direta”¹⁴.

Em importante julgamento da ADI n. 242 de 1994, o STF novamente estabeleceu que o AGU deveria defender o ato, independentemente de seu entendimento particular sobre o tema, ou de prévia análise do STF.

A partir daí pode-se dizer que se consolidou a jurisprudência do STF no sentido de que ao Advogado-Geral da União, nos processos de ação direta de inconstitucionalidade, cabe, sempre e sem qualquer exceção, defender

14 ARAÚJO, Fábíola Souza. A atuação do Advogado-Geral da União na ação direta de inconstitucionalidade: compreensão inicial do Supremo Tribunal Federal. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 08 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43795&seo=1>>.

o ato impugnado. Consolidou-se, assim, a idéia de que (i) a ação direta de inconstitucionalidade demanda um contraditório, e (ii) o constituinte atribuiu esta função ao Advogado-Geral da União, sem que isso tenha qualquer relação com as suas funções de representação judicial e extrajudicial da União e de assessoria e consultoria jurídica ao Presidente da República.¹⁵

Entretanto, e em que pese o firme posicionamento acima exposto, o próprio Supremo Tribunal Federal passou a admitir, em nova circunstância, que o AGU não defendesse o ato ou a lei impugnada em sede de controle concentrado de constitucionalidade; mitigando-se, assim, a literalidade do artigo 103, §3º, da Constituição Federal, e conferindo-lhe uma nova interpretação.

Com efeito, o entendimento do STF evoluiu, conforme exame do *leading case*, a ADI n. 1.616 / PE, permitindo-se que o Advogado-Geral da União deixasse de defender a tese jurídica caso o próprio STF já houvesse se manifestado pela sua inconstitucionalidade. Vide parcela da ementa do referido julgado:

O *munus* a que se refere o imperativo constitucional (CF, artigo 103, § 3º) deve ser entendido com temperamentos. O Advogado-Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade. (STF – ADI 1616/PE – Rel. Min. Maurício Corrêa – Tribunal Pleno – DJ 24.8.2001)

Visível, pois, que o STF admitiu ser prescindível a defesa, por parte do AGU, para as leis cujo teor já tivesse sido considerado inconstitucional por parte do próprio Supremo Tribunal Federal. Trocando-se em miúdos, todas as vezes que o STF já tivesse se manifestado pela inconstitucionalidade da lei ou ato impugnado, o Advogado-Geral da União estaria isento de seu dever de defender tal ato.

Em importantíssimo debate no bojo da ADI n. 3.916, o STF passou a discutir a questão de ordem suscitada pelo Ministro Marco Aurélio, no que tange ao que previsto no artigo 103, §3º da Constituição Federal, se seria um dever de defesa do ato impugnado, ou um direito de manifestação do AGU no controle de constitucionalidade.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio defendeu a literalidade do texto constitucional, afirmando ser imprescindível que o Advogado-Geral da União defendesse o ato impugnado, sem exceções. Para o Ministro, “a Advocacia-

15 LEITE, Fábio Carvalho. O papel do Advogado-Geral da União no controle abstrato de constitucionalidade: curador da lei, advogado público ou parecerista? In: Nomos. *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, v. 30.2, Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2010/2. p. 36.

Geral da União só interfere com essa finalidade: buscar-se esse equilíbrio, ter-se uma ótica no sentido da permanência, no cenário normativo, abstrato e autônomo, do ato atacado na Ação Direta de Inconstitucionalidade”¹⁶.

Instaurou-se, portanto, um debate, no qual o Ministro Gilmar Mendes chega a afirmar que não apenas quando o Supremo Tribunal Federal já houver decidido sobre a inconstitucionalidade da lei o AGU poderá deixar de defender o ato, como também quando for a própria União (em nome do Presidente da República) quem ajuizar a ADI, tendo em vista que, nesses casos, “essa defesa fica sem consistência”:

Não há uma obrigatoriedade de fazer a defesa do ato impugnado, até porque, em muitos casos, nós podemos ter uma situação quase que de conflito. O Advogado-Geral da União poderá eventualmente suscitar uma ação direta em nome do Presidente da República e, depois, ter que defender em relação ao ato estatal. (STF – Voto do Ministro Gilmar Mendes (Presidente) – Questão de Ordem na ADI 3.916/DF).

Nesse sentido, o então presidente do STF afirmou ser necessário realizar-se uma interpretação “adequada” e “sistêmica”, garantindo-se ao Advogado-Geral da União um “direito de manifestação”, e não somente um dever de defesa.

Ainda no bojo dos debates sobre a questão de ordem suscitada, o Ministro Ricardo Lewandowski lembrou que o artigo 131 da Constituição Federal assinala que a AGU é instituição que defende os interesses da União, de modo que seria incoerente impor ao Advogado-Geral a defesa, sempre, da lei impugnada em controle de constitucionalidade, mormente quando esta afronte diretamente os interesses ou a competência da própria União.

Nesse íterim, o então Ministro Cezar Peluso afirma haver uma distinção entre a função do AGU como defensor da União e a função objetiva deste no processo da ação direta de inconstitucionalidade. Entretanto, ressaltou que, em determinados casos, exigir que o Advogado-Geral sempre defenda o ato, mesmo que contrário à União, significaria “retirar da Advocacia-Geral da União a sua posição primordial, que é defender os interesses da União”¹⁷. Em brilhante conclusão, então, o Ministro afirma: “a mim me parece que seria demais criar um constrangimento,

16 Trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, na Questão de Ordem suscitada no bojo da ADI n. 3.916/DF.

17 Trecho do voto do Ministro Cezar Peluso, na Questão de Ordem suscitada no bojo da ADI n. 3.916/DF.

determinando que o Advogado-Geral se manifeste em sentido contrário, quando a sua convicção jurídica é outra”¹⁸.

Volvendo-se a palavra ao Relator do caso, o Ministro Eros Grau, deixou-se assentado que os autos retornariam ao Advogado-Geral da União, para uma nova análise. Entretanto, o Ministro fez consignar que: “A mim, constava a existência da ADI n. 1.616, em que se teria dito que o múnus a que se refere o imperativo constitucional do §3º do art. 103 deve ser entendido com temperamentos”¹⁹.

Nesse esteio, e por fim, o Ministro Ayres Britto defendeu, com certas cautelas, a literalidade do texto constitucional, nos termos do que aventado pelo Ministro Marco Aurélio; oportunidade na qual o Ministro Ricardo Lewandowski o interrompeu lembrando que “a expressão ‘defender a lei’ deve ser interpretada *cum grano salis* [...] parece-me que esta expressão ‘defender a lei impugnada’ comporta uma interpretação, uma hermenêutica dentro dos quadros da razoabilidade”²⁰.

A Ministra Cármen Lúcia também se manifestou trazendo um histórico dos julgamentos da Corte sobre a matéria, e afirmando, ao final, que “prevaleceria a possibilidade de o Advogado-Geral da União se manifestar segundo o que lhe parecesse de conveniência da defesa da constitucionalidade, digamos, e não da lei propriamente”²¹.

Concluindo o seu entendimento, o Ministro Ayres Britto afirma a possibilidade da mera manifestação por parte do Advogado-Geral da União, sem que seja constrangido ou obrigado a defender o ato, mormente nos casos que entender estar flagrante a sua inconstitucionalidade, deixando claro que a literalidade do texto pode ser interpretada finalisticamente.

Em suma, a questão de ordem na ADI n. 3.916 foi rejeitada, restando vencidos os Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, definindo-se que o Advogado-Geral da União sempre deverá apresentar defesa da lei impugnada.

Novamente, em julgamentos mais recentes, a Corte Suprema debateu acerca de tal *munus* do AGU. Enquanto o Ministro Marco Aurélio permanece seguindo o seu primeiro entendimento, segundo o qual é dever do Advogado-

18 Idem.

19 Trecho do voto do Ministro Eros Grau, na Questão de Ordem suscitada no bojo da ADI n. 3.916/DF.

20 Trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, na Questão de Ordem suscitada no bojo da ADI n. 3.916/DF.

21 Trecho do voto da Ministra Cármen Lúcia, na Questão de Ordem suscitada no bojo da ADI n. 3.916/DF.

Geral da União sempre defender o ato normativo impugnado em sede de controle abstrato de constitucionalidade, os demais Ministros vêm realizando ressalvas. Foi o que ocorreu, por exemplo, na ADI n. 351 / RN, na qual o Ministro Celso de Mello relembra outros precedentes do STF²² no sentido de que o Advogado-Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela o Supremo Tribunal Federal já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade.

No mesmo trilha, e ainda mais recentemente, os Ministros Teori Zavascki e Rosa Weber também dissentiram do Ministro Marco Aurélio (Relator da ADI n. 2.433/RN) quanto ao dever de defesa, asseverando, novamente, que, em relação à natureza da manifestação do AGU, a jurisprudência do Supremo é majoritária num sentido distinto daquele asseverado pelo Ministro.

Assim, conforme entendimento atual da majoritária composição do STF, o Advogado-Geral da União não precisa sempre defender o ato ou a lei impugnada em controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que se revela inviável impor tal ônus ao AGU, em razão de sua autonomia técnica inata à atividade da advocacia pública.

Entretanto, as hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal vem admitindo que o AGU apenas se manifeste, sem defender o ato impugnado, devem ser ampliadas. É isso o que se demonstrará a seguir.

4 PROPOSTA DE OUTRAS HIPÓTESES NAS QUAIS A DEFESA DA LEI OU ATO NORMATIVO IMPUGNADO EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PODERÁ SER DISPENSADA

Em que pese a decisão final da ADI n. 2.433 ter sedimentado a imperiosidade da defesa da norma impugnada pelo Advogado-Geral da União, com uma certa flexibilização, o debate havido na Corte no âmbito da ADI n. 3.916 suscitou questões periféricas relativas ao tema que merecem ser melhor analisadas posto se relacionarem com a autonomia técnica da própria instituição da AGU.

Primeiramente, restou demonstrado que a norma do artigo 103, §3º, da Constituição Federal deve ser interpretada com temperamentos, tendo em vista que o Advogado-Geral da União poderá deixar de defender o ato normativo ou lei impugnada perante o STF quando a norma já houver sido debatida no âmbito da Suprema Corte. É dizer, em outros termos, que havendo súmula ou entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal contrário

22 Cita-se: ADI n. 2.681-MC / RJ; ADI n. 1.616 / PE; ADI n. 2.101/MS; ADI n. 4.843/PB; e a ADI n. 3.916/DF.

ao dispositivo impugnado, poderá o Advogado-Geral da União apenas se manifestar nos autos, sem, necessariamente, defender a lei questionada.

Entretanto, entende-se que em outras situações o AGU também poderá deixar de defender a lei combatida em sede de controle concentrado de constitucionalidade quando baseado na sua própria convicção técnica. Como já exposto, os membros da Advocacia-Geral da União são dotados de autonomia técnica, logo, o AGU tem a prerrogativa de não defender a lei impugnada em ADI, se a entender inconstitucional.

É essa a problemática exposta por Manoel Gonçalves Ferreira Filho²³:

Em tese, não caberia chamar para todas as ações diretas de inconstitucionalidade o Advogado-Geral da União, já que em muitas o Poder Executivo federal poderá não ter qualquer interesse. A sua citação, portanto, a sua chamada à ação, deveria ser exigida apenas quando existisse interesse do Poder Executivo no feito. Mesmo porque, de acordo com o §1º deste artigo, em todas as ações diretas é ouvido o Procurador-Geral da República, ao qual compete “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Pior, a norma em exame, ao pé da letra, obriga o Advogado-Geral a defender o ato ou texto impugnado. Ou seja, está ele obrigado a sustentar a constitucionalidade, mesmo de atos ou textos que não sejam da responsabilidade do Executivo federal, eventualmente contra os interesses deste Poder, ou contra o seu senso jurídico. Na verdade, impõe-se aqui uma interpretação restritiva, ao menos para dispensar o Advogado-Geral da União de defender a constitucionalidade de ato contrário aos interesses legítimos do Poder Executivo federal, como seria um ato normativo estadual que lhe ferisse a competência. Do contrário, não cumpriria ele o papel de Advogado do Executivo federal.

Além do dever de manifestação quando o STF já houver decidido pela inconstitucionalidade da lei ou texto normativo questionado em controle concentrado de constitucionalidade, o Advogado-Geral da União também não precisará defender a lei quando esta for contrária aos interesses da União.

Na já exposta ADI n. 3.916, o Ministro Ricardo Lewandowski assinalou que haveria aparente conflito de interesses do AGU ao ter que

23 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v. 2 (arts. 44 a 103), São Paulo: Saraiva, 1992. p. 232.

defender uma lei de um Estado que invadiu a competência legislativa da União. Ora. Se o Advogado-Geral da União é o defensor dos interesses da União (e não do Governo ou de partidos políticos), há flagrante contrassenso em se permitir que o AGU defenda uma lei que ofenda a própria União.

A questão já foi problematizada, há muito, pela doutrina:

Acontece então a seguinte situação singular: o Presidente da República é um dos órgãos dotados de legitimação ativa, para provocar o pedido de apreciação do controle abstrato de normas no STF (art. 103, I), mas na forma do art. 131, caput, o advogado-geral da União presta serviços e exerce atividade de consultoria e assessoramento jurídico ao Presidente. Como é possível que, por um lado, preste serviço na elaboração de uma lei pelo Presidente da República, como seu assessor jurídico, e, por outro lado, seja obrigado a impugnar [sic] o ato que ele ajudou a editar e formular? O dispositivo peca evidentemente pela sua grave concepção teratológica.²⁴

De fato, são inúmeros os exemplos em que o AGU poderia ter que redigir uma ação direta de inconstitucionalidade (a ser proposta pelo Presidente da República), e, posteriormente, ser obrigado a defender a lei impugnada. De fato, em tais casos, não há necessidade do AGU defender o ato normativo, mas, tão somente, se manifestar no bojo do controle de constitucionalidade.

Seguindo o mesmo caminho, tem-se indubitável que o AGU, como chefe da Advocacia-Geral da União, não deverá defender lei ou texto normativo contrário aos interesses da instituição a que pertence. Por óbvio, havendo lei que atinja as prerrogativas e direitos da advocacia pública ou da própria Advocacia-Geral da União, não deveria se poderá exigir do AGU a sua defesa. Como representante maior da advocacia pública, seria um enorme contrassenso ao AGU tutelar o ato que lhe tolhesse ou limitasse direitos.

Além das hipóteses acima referenciadas, deve-se assinalar ainda, que o AGU não está obrigado a defender o texto impugnado quando este afrontar seu entendimento técnico pessoal. Aí reside a expressão máxima da autonomia técnica do advogado público.

Com efeito, não apenas o AGU estará dispensado de defender a lei questionada perante o STF quando (i) o próprio Supremo já tiver afirmado ser inconstitucional a lei; (ii) a lei for contrária aos interesses da União; ou (iii) a

24 FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. v. 4, São Paulo: Saraiva, 1992. p. 341.

lei for contrária aos interesses da própria AGU, mas também quando possuir entendimento técnico contrário ao que disposto na lei ou ato normativo.

Nesse sentido,

[...] o Advogado-Geral da União não se encontra, em princípio, obrigado a opinar favoravelmente à constitucionalidade questionada, quando entender que o ato realmente ofende norma inserida na Carta Magna. Caso contrário, estaria afrontando sua consciência jurídica e, sobretudo, a própria Constituição!²⁵

Por isso não se pode olvidar da possibilidade do Advogado-Geral da União discordar tecnicamente da lei ou ato normativo impugnado em controle concentrado de constitucionalidade, e, assim, deixar de defender tal texto. Haveria uma ofensa à inerente autonomia técnica do AGU como advogado, o que afrontaria diretamente a Constituição Federal de 1988.

José Cretella Júnior, em caminho semelhante, assenta que:

Se o exame de norma legal (lei) ou de ato normativo, em tese, isto é, ainda sem efeitos concretos, revelar choque evidente da medida com regra jurídica constitucional, o Supremo Tribunal Federal apreciará a inconstitucionalidade argüida e, ato contínuo, citará previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o texto impugnado (=norma legal) ou o ato (=o ato normativo). “Defenderá” ou “fará esforço para defender” porque se a inconstitucionalidade em tese for patente, clara, nítida, falará mais alto o espírito científico do Advogado-Geral da União que, em busca da verdade, admitirá, sendo o caso, a procedência da argüição feita, aceitando a impugnação argüida.²⁶

Em virtude, de tais contradições, inclusive, a doutrina tem cogitado até mesmo a supressão do artigo 103, §3º, da Constituição Federal de 1988, conforme se verifica na lição de Clèmerson Merlin Clève:

Não foi feliz o constituinte ao trazer essa novidade. A posição difícil na qual permanece o Advogado-Geral da União ao acumular as atividades de representação judicial da União e consultoria jurídica

25 TUCCI, José Rogério Cruz e; TUCCI, Rogério Lauria. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 107-108.

26 CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v. VI (arts. 92 a 144). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. p. 3111

do Poder Executivo com a de curador de normas impugnadas, ainda que estaduais, por via de ação direta; o fato de que o processo objetivo desencadeado pela ação de inconstitucionalidade prescinde da atuação de um curador especial encarregado de exercer o contraditório (trata-se, em princípio, de um processo não contraditório) e, mais, o direito que possuem os órgãos ou autoridades de apresentar informações em defesa dos seus atos normativos, quando combatidos em sede de jurisdição concentrada, tudo está a indicar a desnecessidade do encargo atribuído ao Advogado-Geral da União. Não seria demais, então, sugerir-se, de *lege ferenda*, a supressão do art. 103, §3º da Constituição.²⁷

Não se vislumbra, pois, outra alternativa senão o reconhecimento de que o Advogado-Geral da União possui o dever de se manifestar nos autos de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, sem, contudo, defender em todas as hipóteses o ato normativo impugnado.

Por fim, e fulminando qualquer entendimento contrário, destaca-se o que prescrito no artigo 12, da Lei n. 9.868/99, denominada de Lei do Controle de Constitucionalidade, que dá o direito de manifestação ao AGU, *ipsis litteris*:

Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

Conclui-se, pois, que há sim um verdadeiro dever de manifestação, e não propriamente de defesa, por parte do Advogado-Geral da União, em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, resta visível que a Advocacia-Geral da União é instituição independente de qualquer um dos Poderes da República

27 CLÈVE, Clémerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 131-132.

que exerce função essencial à justiça e, por isso, seus membros gozam de certas liberdades e prerrogativas, tais como a autonomia técnica. Com efeito, o advogado público, assim como o advogado privado, é plenamente dotado de autonomia técnica.

Nesse ínterim, a Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu artigo 103, §3º, em uma interpretação literal, determina que o Advogado-Geral da União defenda a lei ou texto impugnado em controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, independentemente de suas convicções técnicas.

Cotejando-se, porém, a autonomia técnica do advogado público com o dever de defesa do ato normativo questionado por Ação Direita de Inconstitucionalidade constante do texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal tem entendido pela flexibilização do dever de defesa, permitindo que, na hipótese de já existir prévia orientação do próprio STF sobre o tema ou diante da flagrante inconstitucionalidade da lei questionada, o AGU possa apenas se manifestar sem, necessariamente, defender o texto impugnado.

Entretanto, e não obstante a literalidade do dispositivo constitucional constante do artigo 103, §3º, da Constituição Federal de 1988 e do já esposado entendimento do STF, deve-se firmar que o Advogado-Geral da União, em razão de sua autonomia técnica e das prerrogativas e deveres inerentes às suas atribuições, possui, sempre, o direito de manifestação e não de defesa propriamente dita.

Em resumo, sempre que se deparar com (i) leis manifestamente inconstitucionais, (ii) com normas já declaradas inconstitucionais pelo STF, com textos normativos que (iii) afrontem o interesse da União, (iv) da Advocacia-Geral da União, ou (v) que sejam contrários ao próprio entendimento técnico e pessoal do AGU, poderá ele se abster de defender a lei ou ato normativo impugnado em sede de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Fabíola Souza. *A atuação do Advogado-Geral da União na ação direta de inconstitucionalidade: compreensão inicial do Supremo Tribunal Federal*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 08 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43795&seo=1>>.
- BARROSO, Ricardo Cavalcante. Autonomia e independência são inerentes à Advocacia Pública. *Conjur – Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jun-15/ricardo-barroso-autonomia-independencia-inerente-advocacia-publica#_ftn6>. Acesso em: 8 abr. 2016.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Parecer n. GG – 24, de 09 de agosto de 1994*. Publicado no DOU em 10 de agosto de 1994.
- CASTRO, Caterina Vasconcelos de; ARAUJO, Francisca Rosileide de Oliveria; TRINDADE, Luciano José. A Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito: reflexões jurídicas acerca dessa instituição estatal essencial à justiça. *Revista da Procuradoria-Geral do Acre*, Rio Branco, n. 3, p. 213-253, jan./dez. 2003.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- COLODETTI, Bruno; MADUREIRA, Claudio Penedo. *Advocacia-Geral da União – AGU*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.
- CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v. VI (arts. 92 a 144). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Regime jurídico da advocacia pública*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. v. 4, São Paulo: Saraiva, 1992.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v. 2 (arts. 44 a 103), São Paulo: Saraiva, 1992.
- LEITE, Fábio Carvalho. O papel do Advogado-Geral da União no controle abstrato de constitucionalidade: curador da lei, advogado público ou parecerista? In: Nomos. *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, v. 30.2, Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2010/2.

LENZA, Pedro. O “direito de manifestação” do AGU no controle concentrado. *Jornal Carta Capital*, 03 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-direito-de-manifestacao-do-agu--no-controle-concentrado/8102>>.

LUCIANO, Pablo Bezerra. A Advocacia-Geral da União é instituição transversal aos poderes. *Conjur – Consultor Jurídico*, Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-14/advocacia-geral-uniao-instituicao-transversal-aos-poderes>>. Acesso em: 7 abr. 2016.

MELO, Mônica. *Ética na Advocacia Pública*. Tese aprovada por unanimidade no XXV Congresso Nacional de Procuradores de Estado, realizado de 24 a 28 de outubro em Alagoas - MA.

TUCCI, José Rogério Cruz e; TUCCI, Rogério Lauria. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

RECEBIDO EM: 13/07/2016

APROVADO EM: 04/04/2017

AS NOVAS AÇÕES REGRESSIVAS DO INSS: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL E DA FUNÇÃO SOCIAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

*THE NEW REGRESSIVE SHARES OF INSS: AN ANALYSIS FROM
THE PERSPECTIVE OF CIVIL - CONSTITUTIONAL LAW AND
FUNCTION OF SOCIAL TORT*

Rodrigo Medeiros Lócio

Pós-Graduado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Pós-Graduado em Direito Civil pela Universidade Anhanguera Univerp – LFG. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Atua na área de Direito Público. Procurador Federal.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Considerações acerca do Direito Civil Constitucional; 2 Da Responsabilidade Civil e Função Social; 3 Ação Regressiva Previdenciária; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Analisa-se o instituto das “novas” Ações Regressivas Previdenciárias ajuizadas pelo Instituto Nacional da Seguridade Social – INSS para obter o ressarcimento das despesas referentes à concessão de benefícios previdenciários oriundas do cometimento de crimes de trânsito e ilícitos penais dolosos, sob o fundamento normativo da Responsabilidade Civil (art. 186 c/c 927 do Código Civil) a partir da visão da Constitucionalização do Direito Civil e da função social no dever de indenizar.

PALAVRAS-CHAVE: Ação Regressiva Previdenciária. Função Social da Responsabilidade Civil. Direito Civil Constitucional.

ABSTRACT: It analyzes the institute of the “new” Regressive Social Security lawsuits filed by the National Social Security Institute - INSS to obtain reimbursement of expenses related to the granting of social security benefits derived from the commission of traffic crimes and intentional criminal offenses under the legal foundation of Civil liability (art. 186 c / c 927 of the Civil Code) from the view of Constitutionalisation of civil law and social function in the duty to indemnify.

KEYWORDS: Regressive Shares of Social Security. Social Liability function. Constitutional Civil Law.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de estudo o instituto das “novas” Ações Regressivas Previdenciárias, sob a ótica do Direito Civil Constitucional e fundamentado na Função Social da Responsabilidade Civil. A denominação de “novas” Ações Regressivas é utilizada porque o INSS há algum tempo já emprega este instituto para obter a reparação decorrente da implementação de benefícios previdenciários causados por acidente de trabalho, com fundamento na determinação expressa contida nos artigos 120 e 121 da Lei nº 8.213/91, também conhecida por Lei de Benefícios da Previdência Social.

O foco do presente trabalho, pois, é defender a viabilidade de o Instituto Nacional da Seguridade Social – INSS, pleitear judicialmente o ressarcimento de despesas efetuadas com a concessão de benefício previdenciário implementado de maneira prematura em decorrência de ato ilícito praticado por terceiro.

Pretende-se analisar, assim, a possibilidade de o órgão da Previdência Social exercer o direito de regresso, com base nas normas da Responsabilidade Civil, em virtude das despesas referentes à concessão de benefícios previdenciários oriundos do cometimento de crimes de trânsito e ilícitos penais dolosos, consoante preceituado na Portaria Conjunta PGF/INSS nº 6/2013. Para tanto, será feita uma breve análise sobre a constitucionalização do Direito Civil e sua influência na nova perspectiva do instituto da responsabilidade civil.

Por fim, chega-se à conclusão de que, à luz da lei, da doutrina e da jurisprudência, as “novas” ações regressivas devem ser consideradas válidas por representarem um importante mecanismo de controle social, conforme a aplicação da função social da responsabilidade civil no Direito Civil-Constitucional.

1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Após a Constituição Federal de 1988, os interpretes do direito privado, mesmo que tardiamente, passaram a observar a necessidade de obediência à normatividade maior da hierarquia constitucional. A interpretação de qualquer ramo do direito passou, então, a ocorrer sob o viés dos valores e princípios da Constituição Federal, sendo ultrapassado, portanto, a visão meramente individual do Direito Civil. É o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil.

Nesse sentido, Paulo Lobo constata que a importância de tal mudança de paradigma consiste justamente na elevação do *status* dos princípios fundamentais do direito civil para o plano constitucional, refletindo na

obrigatoriedade de observância de tais preceitos pelos cidadãos, pelos tribunais e pela legislação infraconstitucional.¹ Por sua vez, Maria Celina Boldin Moraes, traz os seguintes conceitos para o Direito Civil-Constitucional:

Pode-se falar em ‘Direito Civil Constitucional’ em pelo menos dois significados: sob um ponto de vista formal, é direito civil constitucional toda disposição de conteúdo historicamente civilístico contemplada pelo Texto Maior; isto é, todas as disposições relativas ao clássico tripé do direito civil – pessoa, família e patrimônio –, porque presentes na Constituição, compõem o direito civil constitucional. O outro significado atribuído à expressão ‘Direito Civil Constitucional’ é o que aqui nos interessa: de acordo com este segundo significado, é direito civil constitucional todo o direito civil e não apenas aquele que recebe expressa indumentária constitucional, desde que se imprima às disposições de natureza civil uma ótica de análise através da qual se pressupõe a incidência direta, e imediata, das regras e dos princípios constitucionais sobre todas as relações interprivadas.²

Tem-se que o direito civil constitucional corresponde mais a uma orientação hermenêutica, do que propriamente uma área de atuação jurídica, e como já salientado, essa forma de interpretação sistemática ganhou sua força apenas com o advento da Constituição Federal de 1988.³ Acrescenta, ainda, Torquato Castro Jr. que “segundo essa doutrina, sairia ‘do centro’ do ordenamento jurídico o direito codificado e ocuparia esse ‘espaço’ o texto constitucional. Isso seria comparável a passar a compreender o sol e não a terra como centro do mundo.”⁴

Ou seja, a constitucionalização do direito privado é o fenômeno através do qual a interpretação de qualquer ramo do direito passa a ocorrer através dos ditames maiores da constituição. Em razão disso, ao longo de mais de duas décadas de promulgação da constituinte de 1988, verifica-se que determinados dogmas do direito civil, outrora imodificáveis, passam a sofrer influência no seu sentido para se adequar às normas constitucionais, pois não mais se admite a leitura deste ramo de maneira isolada.

1 LÔBO, Paulo. Constitucionalização do Direito Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/507>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

2 MORAES, Maria Celina Bodin de. O direito civil constitucional. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). *1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 124.

3 CASTRO JR, Torquato. Constitucionalização do direito privado e mitologias da legislação: Código Civil versus Constituição?. In: SILVA, Arthur Stamford da (Org.). *O judiciário e o discurso dos direitos humanos*. Recife: Universitária da UFPE, 2011. p. 64.

4 *Ibidem*, p. 65.

Verifica-se, portanto, que o Código Civil perdeu sua função de Constituição de Direito Privado⁵. Isto porque, a Constituição Federal disciplina matérias antes exclusivas do Direito Privado, a exemplo da função social da propriedade e os limites da atividade econômica. Mas também, e, principalmente, pelo fato de a Carta Magna ser pautada por fundamentos, princípios, valores e objetivos – tal qual a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a justiça social e o exercício não abusivo da atividade privada – que devem nortear todo o ordenamento jurídico.

Desta sorte, para Paulo Lôbo, com a constitucionalização do Direito Civil, “deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição, segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre).”⁶ É por isso que a doutrina moderna passou a interpretar o Direito Privado sob uma nova ótica, na qual o valor existencial passou a ser referência em detrimento do antigo enaltecimento ao patrimônio.

Do mesmo modo, também se prestigia os valores coletivos e sociais, colocando os individuais em segundo plano. Tanto é que o Novo Código Civil de 2002 possui como princípios norteadores a sociabilidade, a eticidade e a operacionalidade, consoante prelecionado por Miguel Reale⁷. Assim, os institutos tradicionais civilistas – propriedade, contratos, obrigações, responsabilidade civil, família e sucessões – passaram a sofrer uma releitura a partir das diretrizes constitucionais.

Pois bem, ultrapassadas essas linhas introdutórias sobre o Direito Civil-Constitucional, percebe-se que não mais se discute a influência das normas constitucionais no Direito Civil, existindo inúmeros trabalhos, principalmente voltados para a análise da propriedade e das relações familiares sob o prisma constitucional.

O presente trabalho, contudo, voltará a atenção para a influência da constitucionalização do Direito Civil no ramo da Responsabilidade Civil, debruçando-se sobre a sua função social para fundamentar a possibilidade do ajuizamento de Ação Regressiva pelo Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, sob o fundamento normativo da Responsabilidade Civil (art. 186 c/c 927 do Código Civil) com a finalidade de obtenção do ressarcimento de despesas previdenciárias decorrentes da prática de determinados atos

5 TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 2.

6 LÔBO, op. cit., loc. cit.

7 REALE, Miguel. *Visão geral do projeto de Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpc.htm>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

ilícitos, a exemplo do acidente de trânsito, violência doméstica e alguns crimes.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Antes de mais nada, destaca-se que o presente capítulo não almeja exaurir o tema da responsabilidade civil, mas tão somente propor uma releitura de tal instituto sob o aspecto civil-constitucional, para que, no capítulo posterior, seja defendida a fundamentação do cabimento da ação regressiva previdenciária.

Como sabido, a noção clássica de Responsabilidade Civil está diretamente ligada a reparação do dano. Maria Celina Bodin de Moraes, ao apresentar seu conceito sobre o instituto, ensina que a “responsabilidade civil consiste justamente na imputação do evento danoso a um sujeito determinado, que será, então, obrigado a indenizá-lo.”⁸ Explica, ainda, que há uma cláusula geral da obrigação de indenizar, disposta no art. 186 c/c o art. 927 do Código Civil⁹.

Pois bem, como visto no capítulo anterior, o Direito Civil-Constitucional propõe uma nova interpretação do direito privado para que todo e qualquer instituto jurídico se vincule aos dogmas da constituição. Bem por isso, passaram os civilistas modernos a se preocupar com os princípios e os objetivos constitucionais de promoção da dignidade da pessoa humana e construção do bem-estar social, razão pela qual, neste novo marco, a questão da função social é intrínseca ao estudo de todos os institutos jurídicos.

Logo, a seara da responsabilidade civil sofre profunda mudança, pois, a partir dos ditames constitucionais, este instituto, agora plenamente dotado de função social, adentra em uma nova dimensão jurídica e perde seu viés unicamente patrimonialista para ser utilizado como um instrumento de proteção dos direitos fundamentais e tutela de valores sociais, tendo como pilar os princípios da dignidade da pessoa humana, solidariedade social e justiça distributiva.

Sob esse novo paradigma da Responsabilidade Civil, Gustavo Tepedino, ensina que atualmente toda a sistemática do dever de ressarcir

8 MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade* - v.9 - n.29 - p 233 a 258 - jul/dez 2006. p. 239

9 *Ibidem*, p. 240

é influenciada pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da justiça distributiva, sendo ultrapassado, portanto, a visão tradicional do instituto que se baseava eminentemente nos direitos patrimoniais.¹⁰ Na mesma direção defende Maria Celina Bodin de Moraes que “a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a justiça distributiva influenciam profundamente toda a sistemática do dever de ressarcir”¹¹.

Sobre a nova perspectiva (quebra do viés unicamente patrimonialista) do instituto da reparação civil Anderson Schreiber, apresenta os seguintes ensinamentos:

Percorrendo, de olhos abertos, o corredor escuro que separa as salas de aula das salas de audiência, pode-se constatar que a chamada crise da responsabilidade civil nada tem de inesperado. Trata-se bem, ao contrário, de uma alteração progressiva e até anunciada. Como em todos os outros campos do direito privado, o que se verifica é um choque entre velhas estruturas e novas funções. Sob as máscaras da responsabilidade civil, a dogmática liberal, individualista e exclusivamente patrimonial do instituto vem sendo distendida, esticada, manipulada pelas cortes judiciais no seu intuitivo esforço de atender a um propósito mais solidário e mais consentâneo com a axiologia constitucional.”¹²

Destarte, verifica-se na prática forense que a tutela ressarcitória - em decorrência da cláusula geral da responsabilidade civil - é objeto constante de “ativismo judicial” ao serem alargadas as possibilidades de danos indenizáveis em virtude de um propósito mais solidário para atender à constitucionalização do direito, momento em que se identifica a função social da responsabilidade civil.

À guisa de conclusão, ressalta-se, a partir da lição de Helena Elias Pinto, que existem algumas dimensões a serem projetadas a função social da responsabilidade civil.

A primeira dimensão possui como perspectiva o desdobramento da função social do direito violado, ou seja, realiza-se o estudo da responsabilidade a partir da relevância do bem jurídico violado. A segunda

10 TEPEDINO, Gustavo. op cit., p. 194 et seq.

11 MORAES, Maria Celina Bodin de. op cit., p. 245 et seq.

12 SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 3.

dimensão tem um viés preventivo na medida em que pretende reprimir a prática de atos lesivos, fato que demonstra a atuação do instituto como um mecanismo de controle social. A terceira dimensão, por sua vez, se projeta na tentativa de estabilização das relações jurídicas alteradas em razão do ato lesivo, fase em que a função social é vista sob a ótica da solidariedade social na busca de um equilíbrio entre o dano sofrido e uma indenização que seja, ao mesmo tempo, social e individualmente justa.¹³

Sob tais argumentos, pretende-se defender, portanto, que a responsabilidade civil detém cristalina função social, pois, somente sob essa perspectiva - e a partir das projeções da funcionalização social do dever indenizar - serão realizados julgamentos verdadeiramente justos e constitucionais, o que fundamentará o ajuizamento das ações regressivas previdenciárias.

3 DA AÇÃO REGRESSIVA PREVIDENCIÁRIA

A partir da edição da Portaria Conjunta PGF/INSS nº 6/2013¹⁴, a Procuradoria Geral Federal, representando os interesses do Instituto Nacional da Seguridade Social, passou a ajuizar “novas” ações regressivas para obter o ressarcimento das prestações sociais implementadas em virtude do cometimento de crimes de trânsito e ilícitos penais dolosos. Tais ações podem ser ajuizadas em virtude dos benefícios implantados em razão dos seguintes atos ilícitos:

(a) os crimes dolosos, previstos no Código Penal ou em lei especial (com exceção dos crimes de trânsito), que produzirem como resultado, sobre o segurado do RGPS, lesão corporal, morte ou perturbação funcional (ou seja, há uma exigência da ocorrência de dolo e de determinados resultados – dolo + resultado);

13 PINTO, Helena Elias. *Função Social e Responsabilidade Civil*. XXI Encontro Nacional do CONPEDI. – Florianópolis : Fundação Boiteux, 2012. p. 1808.

14 Art. 2º Considera-se ação regressiva previdenciária para os efeitos desta portaria conjunta a ação que tenha por objeto o ressarcimento ao INSS de despesas previdenciárias determinadas pela ocorrência de atos ilícitos. Art. 3º Consideram-se despesas previdenciárias ressarcíveis as relativas ao pagamento, pelo INSS, de pensão por morte e de benefícios por incapacidade, bem como aquelas decorrentes do custeio do programa de reabilitação profissional. Art. 4º Compreendem-se por atos ilícitos suscetíveis ao ajuizamento de ação regressiva os seguintes: I - o descumprimento de normas de saúde e segurança do trabalho que resultar em acidente de trabalho; II - o cometimento de crimes de trânsito na forma do Código de Trânsito Brasileiro; III - o cometimento de ilícitos penais dolosos que resultarem em lesão corporal, morte ou perturbação funcional;

(b) os crimes tipificados na Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), culposos ou dolosos, independentemente de resultado específico, mas desde que importem na concessão de um dos benefícios ou serviços;¹⁵

Muitos juristas defendem que o uso dessas novas ações de ressarcimento são incabíveis diante da ausência de expressa autorização normativa, como ocorre, por exemplo, com a ação regressiva decorrente de acidente de trabalho, cuja determinação expressa está contida nos art. 120 e 121 da Lei n° 8.213/91.¹⁶

Sendo assim, para a referida linha pensamento, seria necessário a existência de previsão em lei para que fosse viável o ajuizamento das ações regressivas previstas na Portaria Conjunta PGF/INSS n° 6/2013.

Todavia, tais argumentos devem ser superados, haja vista que a natureza das ações regressivas é indenizatória e pertencem, portanto, ao ramo do direito civil, pois possuem a pretensão de reparar o dano causado por terceiro.¹⁷ Corroborando tal entendimento, afirmam Carlos Alberto Pereira e João Batista Lazzari, que “o caráter da ação é indenizatório, visando estabelecer a situação existente antes do dano – *restitutio in integrum* – ou impor condenação equivalente”.¹⁸

De fato, o objetivo da propositura de tais ações regressivas previdenciárias tem o caráter indenizatório. Contudo, cabe destacar que sua função ultrapassa a questão do ressarcimento ao erário público, na medida em que possui uma pretensão implícita muito mais importante do que a mera restituição pecuniária.

Isso porque, como se percebe, tal demanda é dotada de um importante caráter pedagógico, haja vista que pode vir a colaborar no alcance de

15 CARDOSO, Oscar Valente. Ação Regressiva nos Ilícitos Penais. *Revista de Previdência Social*, ano XXXVII, n. 395, p. 853-861, p. 857, out. 2013.

16 Nesse sentido: José Antônio Savaris, em seu artigo “A ilegitimidade da ação regressiva do INSS decorrente de ato ilícito não acidentário”, publicado na *Revista de Previdência Social*, ano XXXVII, n. 391, p. 477-485, jun. 2013.; e Dávio Antonio Prado Zarzana Júnior, em seu artigo “Ações Regressivas decorrentes de acidente de trânsito”, publicado na *Revista de Previdência Social*, ano XXXVII, n. 376, p. 242-245, mar. 2012.

17 HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 7. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 519

18 CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo.: LTr, 2011. p. 591

determinadas políticas públicas voltadas à prevenção de acidentes de trânsito e ilícitos penais em geral.

Assim, principalmente por conta do objetivo pedagógico de concretização de políticas públicas voltadas à prevenção de acidentes de trânsito e ilícitos penais em geral é que se evidencia o caráter constitucional da ação regressiva, pois está diretamente amparado nos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da justiça distributiva, nos termos da nova visão que deve ser atribuída a responsabilidade civil.

Desse modo, tal pretensão atinge as dimensões sobre o qual deve ser observada a função social da responsabilidade civil, principalmente, no que tange a “dimensão preventiva, de desestimular comportamentos lesivos – o que revela a atuação do instituto como importante mecanismo de controle social”¹⁹, na medida em que ao atingir o patrimônio das pessoas se pode conseguir uma mudança de atitudes, especialmente quanto a ocorrência de acidentes de trânsito e dos crimes de violência doméstica, fatos rotineiramente presentes em nossa sociedade e que merecem represália de todas as formas possíveis.

De mais a mais, também deve ser observado a função social da responsabilidade civil sobre o patrimônio violado, haja vista que, no caso, consiste no ressarcimento ao erário público das despesas que foram despendidas em decorrência de acidentes de trânsitos e de ilícitos penais que não deveriam ser suportados por toda a coletividade. Afinal, no risco compartilhado entre os membros da sociedade (risco social), o ideal seria que não fossem contabilizados a inclusão de uma atitude ilícita do condutor do veículo que dirige embriagado, do assassino, ou do marido que agride a mulher, dentre tantos outros ilícitos que são praticados causando contingência social (invalidez ou morte) e, em consequência, prejuízo a previdência social.

Conclui-se, portanto, que a função das novas ações regressivas previdenciárias está diretamente ligada às atuais diretrizes da responsabilidade civil, principalmente após as influências do Direito Civil-Constitucional, razão pela qual defende-se a admissibilidade no ordenamento pátrio.

19 PINTO, op. cit., loc. cit.

Afinal, conforme já dizia o José de Aguiar Dias, “toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”²⁰ e é por isso que com base na responsabilidade civil, os responsáveis pela ocorrência inesperada - através de crimes de trânsito e ilícitos penais - de contingência social (morte e invalidez) que causem prejuízo a previdência social, devem, compulsoriamente, ser responsabilizados para uma efetiva justiça social.

Neste viés, essas novas demandas têm fundamento no art. 927 do Código Civil, pois “aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” Por sua vez, o art. 186 do mesmo diploma legal, estabelece que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Logo, para o ajuizamento das ações regressivas, há de ser observado os seguintes pressupostos no caso concreto: 1) conduta culposa/dolosa; 2) dano; e 3) nexos causal.

A conduta dolosa/culposa está caracterizada no acidente de trânsito que configure crime nos termos do Código de Trânsito Brasileiro ou nos mais variados ilícitos penais dolosos, em ambas as hipóteses quando a vítima for segurado do INSS.

Por sua vez, o dano está ligado à existência de despesa previdenciária, na medida em que somente estará configurado o dano e o eventual direito ao ressarcimento a partir da concessão de algum benefício previdenciário (pensão por morte, aposentadoria por invalidez, auxílio-doença, auxílio-acidente). José Antônio Savaris, defende que somente a vítima do ilícito “teve seu direito violado jamais a entidade previdenciária.”²¹ Entretanto, ao contrário do defendido pelo autor, essa visão restrita do conceito dano deve ser refutada, pois, na presente hipótese, a tutela ressarcitória deve ser alargada para atender ao princípio constitucional solidariedade social. Máxime porque, diante do ilícito praticado, os danos e as consequências suportadas pelo INSS são certas e previsíveis.

O nexos causal, por fim, está configurado em virtude da relação direta entre a concessão do benefício previdenciário e o acidente de trânsito que

20 DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1. p. 1.

21 SAVARIS, José Antônio. “A ilegitimidade da ação regressiva do INSS decorrente de ato ilícito não acidentário”. *Revista de Previdência Social*, ano XXXVII, n. 391, p. 477-485, jun. 2013.

configure crime nos termos do Código de Trânsito Brasileiro ou a prática de ilícito penal que vitime beneficiário do INSS.

Na doutrina, Miguel Horvath Júnior defende a nova ação regressiva em virtude de acidente de trânsito que configure crime, pois tais fatos amplificam o risco comum objeto do pacto solidário, razão pela qual “o responsável deve responder por seus atos, indenizando o sistema na medida de sua capacidade econômica”²². Do mesmo modo, Oscar Valente Cardoso pontua que contra o causador do ato ilícito “que traga despesas não previstas para a Previdência Social, cabe o ajuizamento da ação regressiva.”²³

Sobre o tema, destaca-se que a jurisprudência, embora ainda não tenha apreciado muitos casos sobre o tema, está alinhada ao raciocínio do presente trabalho.

A propósito, convém destacar que o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no julgamento da Apelação Cível nº 567886 (NPU: 00012298520134058302)²⁴, reconheceu o direito de o Instituto Nacional da Previdência Social - INSS ser restituído por parte do agente causador do ato ilícito que ensejou o dispêndio de valores a título de pensão por morte à dependente de segurada. No caso concreto, o INSS pleiteou o ressarcimento dos valores das prestações vencidas e vincendas decorrentes do pagamento de pensão por morte à filha da beneficiária assassinada pelo réu, tendo sua pretensão sido julgada procedente, com arrimo nas normas da responsabilidade civil, na medida em que o ordenamento civil “salvaguarda o direito da autarquia promovente de obter o ressarcimento pelos valores que vem pagando a título de pensão por morte à filha da segurada, em decorrência do ato ilícito perpetrado pelo demandado”, afinal foi ele o responsável pela necessária antecipação na concessão do benefício.

Do mesmo modo, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao apreciar a Apelação/Reexame Necessário Nº 5006374-73.2012.404.7114/RS²⁵, também reconheceu a legitimidade da pretensão do INSS em obter

22 JÚNIOR HORVATH, Miguel. As Novas Ações Regressivas e seus Fundamentos – Uma análise panorâmica sob o Ponto de Vista Social e Jurídico. *Revista Brasileira de Direito Previdenciário*, v. 2, n. 12, p. 45-49, dez. jan. 2012/2013. p. 48

23 CARDOSO, op. cit., p. 860 et seq.

24 BRASIL. Tribunal Regional Federal (5ª Região). PROCESSO: 00012298520134058302, AC567886/PE, DESEMBARGADORA FEDERAL POLYANA FALCÃO BRITO (CONVOCADA), Terceira Turma, JULGAMENTO: 24/04/2014, PUBLICAÇÃO: DJE 05/05/2014 - Página 71

25 BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). APELREEX 5006374-73.2012.404.7114, TERCEIRA TURMA, Relator CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, juntado aos autos em 09/05/2013.

o ressarcimento pelos valores pagos a título de pensão por morte aos filhos de beneficiária em virtude da prática de ato ilícito do demandado. Ressaltou-se, no julgamento, que “a finalidade institucional do INSS não impede a busca do ressarcimento quando o evento gerador do seu dever de pagar benefício decorrer da prática de ato ilícito por terceiro”, tendo o pleito sido julgado procedente com fundamentos nas normas da responsabilidade civil cumulada com uma interpretação sistemática dos artigos 120 e 121 da Lei nº 8.213/91. Neste caso, a questão apenas foi objeto de Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, todavia, a matéria não foi conhecida pois a Corte Constitucional entendeu que seria o caso de ofensa reflexa a Magna Carta de modo a não admitir o recurso.²⁶

É evidente, portanto, a possibilidade de ajuizamento das “novas” ações regressivas, pois, conforme palavras da atual Ministra do Superior Tribunal de Justiça Maria Isabel Gallotti, o INSS “tem legitimidade e interesse para defender os seus recursos e, inclusive, reaver os valores de benefícios pagos em razão de atos ilícitos praticados contra seus segurados”.²⁷

À guisa de conclusão, destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado, decidiu que “o agente que praticou o ato ilícito do qual resultou a morte do segurado deve ressarcir as despesas com o pagamento do benefício previdenciário, mesmo que não se trate de acidente de trabalho, nos termos dos arts. 120 e 121 da Lei nº 8.213/91, c/c os arts. 186 e 927 do Código Civil.”, reconhecendo que “o INSS possui legitimidade e interesse para postular o ressarcimento de despesas decorrentes da concessão de benefício previdenciário aos dependentes de segurado, vítima de assassinato”²⁸.

4 CONCLUSÃO

Foi observado que, com a constitucionalização do Direito Civil, a interpretação de seus institutos deve ocorrer sob o viés dos valores e princípios da Constituição Federal, sendo, ultrapassado, portanto, a visão meramente individual desse ramo jurídico. Nessa perspectiva, constatou-

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 911050 AgR*, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 01/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-254 DIVULG 16-12-2015 PUBLIC 17-12-2015)

27 BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). *AC 200101000175232*, 6ª Turma, Rel. Des. Fed. Maria Isabel Gallotti Rodrigues, DJ 27/03/2006)

28 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1431150/RS*, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 02.02.2017

se que o hermeneuta deve estudar o Código Civil sob uma nova ótica, na qual o valor existencial passe a ser referência em detrimento do antigo enaltecimento ao patrimônio; do mesmo modo que os valores coletivos e sociais devem ter precedência sobre os individuais.

À luz dessa nova projeção do ordenamento jurídico, verifica-se que a responsabilidade civil hoje não pode mais ser vista como uma simples lógica indenizatória, objetivando unicamente os interesses interpessoais relacionados. Sua aplicação deverá observar uma função social para ser efetivada em consonância com os interesses de toda a coletividade, em atenção aos princípios constitucionais da proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1. III, CF); solidariedade social (artigo 3, I, da CF/88); e isonomia (artigo 5, caput, da CF/88).

Dessa forma, evidencia-se a admissibilidade das novas ações regressivas ajuizadas para obter o ressarcimento das prestações sociais implementadas em virtude do cometimento de crimes de trânsito e ilícitos penais dolosos, diante da aplicação do instituto da responsabilidade civil como um importante mecanismo de controle social na sua dimensão preventiva de desestimular comportamentos lesivos tais quais os crimes de trânsito e ilícitos penais em geral.

Conclui-se, portanto, pela legitimidade do ajuizamento de ações regressivas pelo Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, para obter o ressarcimento de recursos despendidos prematuramente com a concessão antecipada de benefício originado em razão da prática de ato ilícito por terceiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição (1998)*. Constituição da República Federativa do Brasil.

Brasília: DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL. *Lei 8.213, de 24 de julho de 1991*, Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>.

BRASIL. *Lei 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>.

BRASIL. *Portaria Conjunta PGF/INSS nº 6/2013*. Dispõe sobre as ações regressivas previdenciárias. Diário Oficial da União. 01 abril. 2013. Seção 1.1 e 1.2.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 911050 AgR*, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 01/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-254 DIVULG 16-12-2015 PUBLIC 17-12-2015).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1431150/RS*, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 02.02.2017

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). *AC 200101000175232*, 6ª Turma, Rel. Des. Fed. Maria Isabel Gallotti Rodrigues, DJ 27/03/2006)

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região), *APELREEX 5006374-73.2012.404.7114*, TERCEIRA TURMA, Relator CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, juntado aos autos em 09/05/2013

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5ª Região). PROCESSO: 00012298520134058302, *AC567886/PE*, Desembargadora Federal Polyana Falcão Brito (CONVOCADA), Terceira Turma, Julgamento: 24/04/2014, Publicação: DJE 05/05/2014. p. 71.

CARDOSO, Oscar Valente. Ação Regressiva nos Ilícitos Penais. *Revista de Previdência Social*, ano XXXVII, n. 395, p. 853-861, out. 2013.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2011.

CASTRO JR, Torquato. Constitucionalização do direito privado e mitologias da legislação: Código Civil versus Constituição?. In: SILVA, Arthur Stamford da (Org.). *O judiciário e o discurso dos direitos humanos*. Recife: Universitária da UFPE, 2011.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. 1, 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 7. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. As Novas Ações Regressivas e seus Fundamentos – Uma análise panorâmica sob o Ponto de Vista Social e Jurídico. *Revista Brasileira de Direito Previdenciário*, v. 2, n. 12, p. 45-49, dez./jan. 2012/2013.

LÔBO, Paulo. Constitucionalização do Direito Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/507>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. *Direito, Estado e Sociedade*, v.9, n.29, p 233-58, jul./dez. 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O direito civil constitucional. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). *1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PINTO, Helena Elias. *Função Social e Responsabilidade Civil*. XXI Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

SAVARIS, José Antônio. “A ilegitimidade da ação regressiva do INSS decorrente de ato ilícito não acidentário”. *Revista de Previdência Social*, ano XXXVII, n. 391, p. 477-485, jun. 2013.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ZARZANA JÚNIOR, Dávio Antonio Prado. “Ações Regressivas decorrentes de acidente de trânsito”; *Revista de Previdência Social*, ano XXXVII, n. 376, p 242-245, mar. 2012.

RECEBIDO EM: 20/03/2016

APROVADO EM: 08/08/2016

OS ARTIGOS 926 E 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: A ESTABILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA E A POSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO DE EFEITOS TEMPORAIS POR MUDANÇA DE JURISPRUDÊNCIA

ARTICLES 926 AND 927 OF THE CIVIL PROCEDURE CODE 2015: STABILITY OF JURISPRUDENCE AND THE POSSIBILITY OF MODULATION OF EFFECTS OF JURISPRUDENCE CHANGE

Wagner Akitomi Une
Mestrando em Constituição e Sociedade no Instituto Brasiliense de Direito Público, Escola de Direito de Brasília (IDP/EDB)
Especialização em Pós Graduação Lato Sensu em Direito Tributário
Faculdades Integradas de Jacarepaguá, FIJ
Advogado da União - AGU

SUMÁRIO: Introdução; 1 O problema da fragmentação do sistema; 2 Uniformização e estabilização da jurisprudência como providências necessárias, previstas no novo Código de Processo Civil, para combater a fragmentação do sistema; 2.1 Uma teoria de precedente?; 2.2 Coerência e integridade da jurisprudência; 2.3 Uniformidade da jurisprudência; 2.4 Estabilidade da jurisprudência; 3 Modulação temporal de efeitos da modificação da jurisprudência; 3.1 Função nomofilática do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores; 3.2 Os requisitos para a modulação temporal de efeitos; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O estudo da estabilidade da jurisprudência e da possibilidade de modulação de efeitos temporais por mudança de jurisprudência ganha especial importância diante do novo Código de Processo Civil. A nova lei se preocupa com a existência de posicionamentos diferentes e incompatíveis no Judiciário relativos a uma mesma norma jurídica. Por isso, um dos objetivos encartados na nova lei é justamente incentivar a uniformização da jurisprudência, promovendo, após, a sua estabilização. Isso não significa, no entanto, a imutabilidade da interpretação pelos Tribunais. A estabilidade da jurisprudência deve ser vista no novo Código de Processo Civil sob duas perspectivas, isto é, o maior esforço argumentativo para a superação do entendimento jurisprudencial e a possibilidade de modulação dos efeitos temporais quando da alteração da jurisprudência. Assim, a segurança jurídica, especialmente sob o seu viés subjetivo da legítima confiança, é o fundamento constitucional para afastar as constantes mudanças jurisprudenciais e, por vezes, a aplicação retroativa de novo entendimento jurisdicional.

PALAVRAS-CHAVE: Estabilidade da Jurisprudência. Modulação Temporal dos Efeitos. Alteração da Jurisprudência. Princípio da Segurança Jurídica. Princípio da Legítima Confiança.

ABSTRACT: A study on the stability of jurisprudence and the possibility of the temporal modulation of effects by changing jurisprudence carries special importance in the new Code of Civil Procedure. The new law is concerned with the existence of different and incompatible positions in the Judiciary relating to the same legal standard. Therefore, one of the goals of the new law is specifically to encourage the standardization of jurisprudence, implementing, after, the stabilization. However, this must not lead to the immutability of interpretation by the courts. The jurisprudence stability should be seen from two perspectives in the new Code of Civil Procedure, namely the most argumentative effort to overcome the jurisprudential understanding and the possibility of temporal modulation of effects when changing jurisprudence. Thus, legal certainty, especially under your subjective bias of legitimate confidence, is the constitutional basis to repel the constant changes in jurisprudence and, sometimes, the retroactive application of new understanding.

KEYWORDS: Stability of Jurisprudence. Temporal Modulation of Effects. Amendment of Jurisprudence. Principle of Legal Certainty. Principle of Legitimate Expectations.

INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil demonstra especial preocupação com a existência de posicionamentos diferentes e incompatíveis no Judiciário relativos a uma mesma norma jurídica.

Assim, para enfrentar esse problema, reconhecido como fragmentação do sistema pela Comissão de Juristas criada para apresentar uma redação de anteprojeto de legislação processual civil, este artigo propõe examinar diversos aspectos relacionados ao objetivo de se garantir a necessária segurança jurídica na prestação jurisdicional.

Neste plano, esta pesquisa deve analisar o fenômeno da fragmentação do sistema, as suas origens e alguns problemas que dela advém. Adiante, cabe estudar a proposta de solução trazida pelo novo diploma processual, vale dizer, a busca da uniformização da jurisprudência com a sua posterior estabilização. Inclusive, devem ser objetos de enfrentamento os benefícios da estabilização, notadamente para a segurança das relações jurídicas. Também deve ser objeto de exame a técnica da modulação temporal de efeitos da alteração da jurisprudência, especialmente sob a perspectiva de seus requisitos.

Dessa forma, o objetivo do trabalho é retratar o fenômeno da estabilização da jurisprudência e da técnica da modulação de efeitos na alteração da jurisprudência a partir do estudo dos artigos 926 e 927, do novo Código de Processo Civil, sem se olvidar dos princípios constitucionais incidentes na espécie, especialmente o da segurança jurídica.

1 O PROBLEMA DA FRAGMENTAÇÃO DO SISTEMA

Em 30 de setembro de 2009, por meio do Ato nº 379, o Presidente do Senado Federal nomeou uma Comissão de Juristas, composta por importantes nomes como Luiz Fux, Bruno Dantas, Teresa Arruda Wambier, Humberto Theodoro Jr., entre outros, para apresentar sugestão de Anteprojeto do novo Código de Processo Civil.

Ao apresentar a proposta de redação em 8 de junho de 2010, a Comissão de Juristas alertou, na Exposição de Motivos¹, para a fragmentação do sistema, ou seja, “indefinidamente, posicionamentos

1 *Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil.* – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em 22.jan.2016.

diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes [...]. Na ocasião, ainda advertiu que essa fragmentação do sistema gera “intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade”.

Embora não haja unanimidade quanto aos fatores que ocasionam essa fragmentação do sistema, dois fenômenos, *a priori*, contribuem decisivamente para ela. Importa dizer, o maior poder de interpretação reconhecido ao Judiciário e a ausência de uma cultura ou a insuficiência de instrumentos indutores de uma prática de respeito a precedentes ou à jurisprudência.

Em relação a um maior poder de interpretação reconhecido ao Judiciário, cabe anotar, inicialmente, a influência do neoconstitucionalismo.

Uma importante transformação trazida pelo neoconstitucionalismo, ao lado do reconhecimento de força normativa à Constituição e da expansão da jurisdição constitucional, é justamente o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Significa dizer, a interpretação jurídica tradicional, baseada nas premissas de que a norma abstrata oferece as soluções para os problemas jurídicos e ao juiz compete tão somente identificar a norma aplicável ao problema, não é mais integralmente satisfatória. A resposta constitucionalmente adequada ao problema exige mais do que o mero exercício de subsunção dos fatos em face da norma abstrata, reclama um exercício interpretativo do magistrado, tornando-o um “co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador”.²

Assim, ao contrário do Estado Liberal, no Estado Democrático e Social de Direito, a magistratura assume posição hermenêutica ativa, ampliando a função criadora da jurisdição a partir da investigação do espírito da lei, com a “aplicação da proporcionalidade e da argumentação orientada por princípios jurídicos”.³

Outro fenômeno que outorga um maior poder de interpretação ao Judiciário é a utilização mais recorrente de cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados nos textos normativos, valorizada através do

2 BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 1, p. 143-195, maio.2011.

3 SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. Neoconstitucionalismo. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 29, p. 161-185, jan-jun.2012

fenômeno da perda da centralidade das codificações, ocorrida a partir da necessidade de a ordem jurídica se ajustar às demandas sociais.

É notória, pois, a maior velocidade em que se implementam as transformações sociais, “seja pelo desenvolvimento da ciência, da tecnologia, da globalização e da própria cultura influenciada por uma maior riqueza de fontes plurais que ora dialogam de modo interdisciplinar”⁴.

Tal técnica de cláusulas gerais se baseia na premissa de que a lei pode ser apenas um dos elementos que informam a construção judicial do Direito, haja vista a insuficiência da lei, aplicada por meio da pura subsunção, para solucionar as variadas espécies de litígios.⁵

Desse modo, os Códigos do século XX, em sua maioria, já adotaram a técnica legislativa de cláusulas gerais⁶. E essas cláusulas abertas, assim como os conceitos vagos, são “poros”, por meio dos quais a realidade social pode penetrar⁷.

Neste plano, “as cláusulas gerais utilizam em grau mínimo o princípio da tipicidade, atuando como metanormas na medida em que enviam o juiz a critérios determináveis em outros espaços do sistema ou mesmo fora dele”⁸. Em outras palavras, elas fornecem apenas um “início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto”, haja vista que não possuem todos os elementos para a sua aplicação⁹.

Com efeito, “legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato”¹⁰.

4 PAGANINI, Juliano Marcondes. A segurança jurídica nos sistemas codificados a partir de cláusulas gerais. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org). *A força dos precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 209-228.

5 MARINONI, Luiz Guilherme. *O precedente na dimensão da igualdade*. In: MARINONI (Org), op. cit., p. 577-597.

6 DRUMOND, Paulo Henrique Dias; CROCCETTI, Priscila Soares. *Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de common law e de civil law*. In: MARINONI (Org), op. cit., p. 41-82.

7 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 172, p. 121-174, jun.2009.

8 CAPELOTTI, João Paulo. *A segurança jurídica nos sistemas codificados a partir de cláusulas gerais*. In: MARINONI (Org), op. cit., p. 229-250.

9 BARROSO, op. cit., p. 143-195.

10 PERLINGIERI. *Perfil do direito civil: introdução do direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 27 apud DRUMOND; CROCCETTI, op. cit. In: MARINONI (Org), op. cit., p. 41-82.

Posto isso, apesar da teoria clássica não considerar o precedente como fonte formal do direito, sendo ele a lei interpretada, acaba por assumir, na prática, importância semelhante à lei. E a atividade do Judiciário de extrair a norma da lei, por revestir caráter interpretativo, conduz, muitas das vezes, a resultados distintos.

Por outro lado, em relação à ausência de uma cultura ou à insuficiência de instrumentos indutores de uma prática de respeito a precedentes judiciais, cabe anotar que o grau de eficácia do precedente pode variar conforme cada ordenamento jurídico. Nesta senda, um país pode não reconhecer nenhuma relevância aos precedentes, mas também pode lhes outorgar vigorosos efeitos jurídicos^{11 12}, sendo recorrente duas as principais classificações, ou seja, o efeito persuasivo e o efeito vinculante.

Os precedentes persuasivos não possuem força vinculativa em relação a futuros julgados, não precisando ser seguidos pelo julgador seguinte¹³. Ostentam apenas eficácia persuasiva¹⁴ ou de convencimento, revestindo-se essencialmente de valor moral¹⁵. Trata-se da eficácia mínima observada em todos os precedentes¹⁶ que “deriva da própria estrutura e lógica do sistema de produção de decisões judiciais, ao exigir respeito do órgão que proferiu a decisão ou do órgão inferior diante das suas próprias decisões e dos tribunais que lhe são superiores”¹⁷. Já os precedentes vinculantes são obrigatórios, ensejando dever de obediência dos julgadores para casos futuros similares, vinculando-os à tese jurídica do precedente¹⁸.

Em suma, ainda que o precedente seja um fato identificado em qualquer sistema com decisão jurisdicional, reitera-se que o tratamento jurídico ou o grau de eficácia do precedente reconhecido pelo direito

11 DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 453.

12 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 186.

13 MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 101.

14 DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 456.

15 TUCCI, op. cit., p. 12.

16 DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 456.

17 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 116.

18 DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 455.

de cada país é objeto de variação, sendo mais desenvolvida a teoria dos precedentes nos países que seguem o *common law*¹⁹⁻²⁰.

Neste panorama, verifica-se que o poder elastecido de interpretação do Judiciário aliado à desnecessidade de obediência, no mais das vezes, a decisões proferidas anteriormente para situações semelhantes, contribui, no país, para o que a Comissão de Juristas responsáveis pela apresentação da redação de anteprojeto do novo Código Civil qualificou como fragmentação do sistema.

Não se questiona que a liberdade de interpretação dos juízes em um sistema no qual não há uma cultura de obediência a precedentes ou de coerência com julgamentos anteriores, conduz a um contexto de caos jurisprudencial.

De outro lado, apontados esses dois centrais fatores que contribuem para a fragmentação do sistema, deve-se indicar alguns efeitos negativos desse fenômeno, já que, repita-se, segundo a suscitada Comissão de Juristas, tal situação gera “intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade”.

O primeiro efeito negativo de um sistema judicial conivente com a produção de decisões contraditórias é a instabilidade das relações jurídicas sociais, haja vista que a falta de previsibilidade dos julgamentos impede a calculabilidade das consequências dos atos praticados em sociedade.

A imprevisibilidade das decisões judiciais também constitui grave obstáculo para o desenvolvimento das atividades econômicas²¹, influenciando, inclusive, nos investimentos realizados no país. Inúmeros estudos abordam essa relação entre o Direito, o Poder Judiciário e a Economia, apontando a previsibilidade como um dos fatores que influenciam no crescimento da integração econômica entre países e regiões²².

Outro resultado da persistente produção de decisões divergentes, incidentes sobre contextos fáticos similares, é a perda da legitimidade do

19 LOURENÇO, Haroldo. Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. *Revista da AGU*, Brasília, n. 33, p. 241-269, jul-set.2012.

20 DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 453.

21 PEREIRA, Paula Pessoa. *O Estado de direito e a necessidade de respeito aos precedentes judiciais*. In: MARINONI (Org), op. cit., p. 143-156.

22 BASTOS, Antonio Adonias A. A estabilidade das decisões judiciais como elemento contributivo para o acesso à justiça e para o desenvolvimento econômico. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 227, p. 295-316, jan.2014.

Estado-Juiz na prestação jurisdicional²³ ou a deslegitimação do Judiciário frente aos cidadãos²⁴.

Por fim, porém igualmente prejudicial, a fragmentação do sistema alimenta a litigância aventureira, que se lastreia na ideia de uma “jurisprudência lotérica”, na qual a coexistência de posições diversas incentiva, ou ao menos oportuniza ao cidadão buscar um provimento judicial favorável²⁵. Fala-se, inclusive, em uma teoria de incentivos, identificada por ocasião de níveis elevados de divergências²⁶.

Neste panorama, conhecidas as principais causas e alguns efeitos deletérios do problema denominado fragmentação do sistema, atinente à função de prestação jurisdicional, convém a análise da específica proposta trazida no bojo do novo Código de Processo Civil, notadamente em seus artigos 926 e 927.

2 UNIFORMIZAÇÃO E ESTABILIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA COMO PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS, PREVISTAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, PARA COMBATER A FRAGMENTAÇÃO DO SISTEMA

A atenuação da fragmentação do sistema pressupõe, necessariamente, o combate de uma de suas causas.

Todavia, é certo que a causa a ser combatida não é o reconhecimento de um maior poder interpretativo dos juízes, haja vista que os seus principais fatores não admitem retrocesso. Primeiramente, a posição de destaque ou de centralidade da Constituição e, por consequência, a valorização da interpretação conforme seus princípios e valores, é um fenômeno irreversível, ao menos neste momento histórico. Por outro lado, a utilização da técnica legislativa de cláusulas gerais ou de conceitos indeterminados é uma exigência da realidade como meio de se alcançar uma maior efetividade do processo a partir da “adequação dos dispositivos legais à dinâmica realidade histórico-cultural concreta”²⁷.

23 CAMBI, Eduardo; MINGATI, Vinícios Secafen. Nova hipótese de cabimento da reclamação, protagonismo judiciário e segurança jurídica. *Doutrinas essenciais de processo civil*, São Paulo, v. 6, p. 1251-1270, out.2011.

24 PEREIRA, op. cit. In: MARINONI (Org), op. cit., p. 143-156.

25 CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 786, p. 108-128, abr.2011

26 DANTAS, Bruno. *Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ* (arts. 543-B e 543-C do CPC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 50.

27 BARBOSA, Adriano. Das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados à necessidade de precedentes obrigatórios - uma breve reflexão do projeto do novo CPC. In: MARINONI (Org), op. cit., p. 251-267.

Com efeito, diante da impossibilidade de a lei regulamentar objetivamente todas as situações jurídicas, especialmente nesta época de relações humanas mais complexas e dinâmicas, que torna indispensável o procedimento hermenêutico realizado pelo juiz, remanesce tutelar a segurança jurídica a partir de uma política de valorização de uniformização e estabilização dos pronunciamentos judiciais.

Aliás, esse objetivo é claramente identificado no novo Código de Processo Civil, prestigiado, inclusive, desde o início da tramitação do anteprojeto da lei processual.

A respeito, observa-se que a Comissão de Juristas, já referida alhures, apresentou, inicialmente, uma proposta de redação do art. 846 contemplando que “os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência [...]”.

Em 15 de dezembro de 2010, o Projeto de Lei nº 166/2010 foi aprovado no Senado Federal e seguiu para exame da Câmara dos Deputados sob o nº 8.046/2010 (Projeto de Lei nº 8.046/2010). Em relação à redação original do art. 847, foi acrescida a referência a “em princípio”: “os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência [...]”.

Em continuação, em 16 de junho de 2011, foi criada uma nova Comissão de Juristas, agora no âmbito da Câmara dos Deputados, composta por nomes como Fredie Didier, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Luiz Guilherme Marinoni, para proferir parecer ao Projeto de Lei.

O Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei remanejou a regra para o art. 520 e acresceu a referência a “íntegra e coerente”, passando a prever: “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Em prosseguimento, em 17 de dezembro de 2014, o Substituto da Câmara dos Deputados foi aprovado com emendas pelo Senado Federal e, em 16 de março de 2015, a Excelentíssima Presidenta da República sancionou, com vetos parciais, o texto do novo Código de Processo Civil, tendo sido publicado em 17 de março de 2015.

Na redação final do novo Código, prevalecendo a redação do Substituto da Câmara, o art. 926 estabelece que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Neste plano, a simples leitura do dispositivo indica a necessidade do enfrentamento de alguns conceitos jurídicos.

2.1 UMA TEORIA DE PRECEDENTE?

Cabe anotar que o art. 926, do novo Código de Processo Civil, não sinaliza para uma teoria de precedentes, tal como existente nos países que seguem o *common law*.

Tradicionalmente, no Brasil, a exemplo de outros países do *civil law*, o precedente, isoladamente, não costuma ser valorizado. Em regra, não se extrai a norma geral aplicável a casos futuros de uma única decisão. Uma força persuasiva significativa é comumente aceita somente a partir da reiteração de decisões judiciais no mesmo sentido²⁸. “É essa constância e repetição homogênea e quantitativa do precedente e da sua opção interpretativa que dá uniformidade e estabilidade à regra que dali se extrai”²⁹.

Dessa maneira, no Brasil, uma estabilidade de julgamento, ainda que geralmente apenas relativa, é historicamente alcançada somente quando um entendimento é adotado por uma quantidade significativa de julgados e em um razoável lapso temporal.

Destarte, fala-se em um modelo de “jurisprudência íntegra”, no qual não se depende de um precedente a ser seguido e não se adota a doutrina do *stare decisis*.³⁰

No entanto, excepcionalmente, admite-se um único precedente conter força persuasiva ou até vinculativa³¹, como ocorre, por exemplo, no controle concentrado de constitucionalidade, tendo sido recepcionado o modelo norte-americano³². O art. 927, do novo Código de Processo Civil, inclusive, inova ao estabelecer um rol de precedentes, jurisprudência e enunciados de súmulas obrigatórios, como os acórdãos em incidente de assunção de

28 LOURENÇO, op. cit., p. 241-269.

29 DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 488.

30 MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*. 3. ed. da obra Código de processo civil comentado, reescrita de acordo com a Lei 13.105, de 16.03.2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1242-1243.

31 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 893, p. 33-45, mar.2010.

32 SAMPAIO, Tadeu Cincurá de A. S. O novo CPC e a obrigatoriedade dos precedentes judiciais: uma transformação da cultura jurídica brasileira por lei. In: FREIRE, Alexandre et al (Org). *Novas tendências do processo civil*, v. 3. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 707-734.

competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, e os enunciados de súmula do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.³³

No Brasil, especificamente, identifica-se uma espécie de “evolução” na relação “precedente - jurisprudência - súmula”. Embora distintos, precedente, jurisprudência e súmula são conceitos interligados. Vale dizer, “a súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente”.³⁴

Essa sistemática, aliás, está prevista no novo Código de Processo Civil quando o seu art. 926, determina que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” e, após, consagra no §1º, do mesmo dispositivo, que “na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante”.

2.2 COERÊNCIA E INTEGRIDADE DA JURISPRUDÊNCIA

Os deveres de coerência e integridade, previstos no art. 926, do novo Código de Processo Civil, são pressupostos da própria universalização da jurisprudência, como produto de uma metodologia racional e não autoritária³⁵.

Ainda que não se vislumbrem definições consolidadas, pode-se defender que os deveres de coerência e integridade traduzem uma pretensão de se obter consistência da jurisprudência. Enquanto a coerência se refere à obrigatoriedade de se buscar decisões judiciais não contraditórias e com conexão positiva de sentido, a integridade propõe o direito como um sistema de normas (e, não, um amontoado de regras), adequado em face da Constituição e do ordenamento jurídico em sua integridade³⁶. Em outros termos, a coerência “faz correlação entre entendimentos pretorianos manifestados no passado e no presente”, ao passo que a integridade “implica a análise de correção e coesão sistêmica de seus fundamentos e conclusões, de acordo com o conjunto de normas (princípios e regras), aplicáveis ao caso concreto”³⁷.

33 DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 461-462.

34 Ibid., p. 487.

35 Ibid., p. 479.

36 Ibid., p. 479-487.

37 THEODORO NETO, Humberto Theodoro. A relevância da jurisprudência no novo CPC. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila

Tais deveres assentam a ideia de uma jurisprudência como um processo contínuo de compreensão e sedimentação de motivos³⁸. Aproxima-se, com isso, da analogia proposta por Ronald Dworkin do direito como um “romance em cadeia”, no qual, mesmo na hipótese de vários autores serem incumbidos da sua elaboração, cada um de um capítulo, a história deve conservar uma continuidade, afastando rupturas e incongruências. Com efeito, o escritor do romance, tal como o Judiciário em face da jurisprudência, “deve adotar um ponto de vista sobre o romance que vai formando aos poucos, alguma teoria que lhe permita trabalhar elementos como personagens, trama, gênero, tema e objetivo, para decidir o que considerar como continuidade e não como um novo começo”³⁹. Em síntese, “a integridade e a coerência só podem ser vistas no contexto de continuação de uma obra, e não como instâncias estáticas”⁴⁰.

2.3 UNIFORMIDADE DA JURISPRUDÊNCIA

Pela circunstância de uma norma jurídica poder gerar variadas interpretações, deve existir uma preocupação do Judiciário em fixar a unidade do direito ou a uniformidade da interpretação.⁴¹

Assim, não se afastando dos valores da coerência e integridade, a jurisprudência deve ser objeto de uniformização, pois não há como conceber ou manter um sistema de estabilidade de jurisprudência quando coexistem decisões distintas aplicadas para fatos semelhantes e contemporâneos entre si. É imprescindível uniformizar a interpretação dos precedentes para casos futuros, tendo em vista a dinâmica social e jurídica⁴².

Esse dever de uniformização parte do princípio de que é inaceitável que o mesmo juiz decida distintamente casos iguais⁴³, não podendo também os tribunais serem omissos diante de divergências entre os seus

Gomes Norato (Org). *Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 665-684.

38 LIAÑO, Miguel Pasquiau. Precedente, Jurisprudencia y Motivación de las Setencias. *Revista de Direito Público*, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, n. 54, p. 79-90, nov-dez.2013.

39 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 275-279.

40 RAMIRES, Maurício. *Críticas à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 105.

41 ALMEIDA, Caroline Sampaio de. A relevância dos precedentes judiciais como mecanismo de efetividade processual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 922, p. 343-384, ago.2012.

42 SAMPAIO, op. cit. In: FREIRE el al (Org), op. cit., p. 707-734.

43 Ibid., p. 707-734.

próprios órgãos fracionários⁴⁴, na esteira do enunciado nº 316 do Fórum de Processualistas Cíveis. Não se contesta que “soluções judiciais heterogêneas para direitos individuais homogêneos agridem o senso comum até mesmo na expressão vernacular, que encerra uma contradição em termos”⁴⁵.

Essa uniformização não deve ser buscada apenas para afastar divergências internas, mas também para coibir incongruências no sistema como um todo. Neste âmbito, embora sejam comuns divergências entre juízes de primeiro grau, situação mais grave é a insegurança que advém dos tribunais.

Outrossim, ainda que a uniformização da jurisprudência possa eventualmente inibir a alteração constante de decisões judiciais, trata-se de fenômeno distinto da estabilização da jurisprudência. O art. 926 do novo Código de Processo Civil, inclusive, sinaliza para a necessidade de, primeiramente, uniformizar a jurisprudência, para, após, mantê-la estável.

De fato, uma jurisprudência uniformizada não é suficiente para proporcionar a segurança e confiança necessárias se puder a todo instante ser alterada ao puro alvedrio dos julgados. Então, é correto o novo Código de Processo Civil valorizar a uniformização da jurisprudência, para dissipar divergências, e, posteriormente, estabilizá-la.⁴⁶

2.4 ESTABILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA

A estabilidade das decisões judiciais mantém próxima relação com a força dos precedentes ou, no caso do Brasil, como é preponderante, com a força da jurisprudência. Essa força da jurisprudência se refere tanto ao grau de sua eficácia de vinculação ou persuasão, quanto à utilização de técnicas de preservação de seus efeitos em situações de modificação de entendimento.

O grau de vinculação ou persuasão reconhecido aos precedentes ou à jurisprudência em um ordenamento jurídico repercute na amplitude de poder do juiz em afastar ou superar a aplicabilidade da regra geral diante de determinadas circunstâncias.

44 DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 474.

45 DANTAS, op. cit., p. 50-51.

46 THEODORO NETO, op. cit. In: THEODORO JÚNIOR; OLIVEIRA; REZENDE (Org), op. cit., p. 665-684.

Contudo, isso não significa que países que adotam uma rigorosa teoria de precedente ou valorizam uma jurisprudência íntegra nunca podem modificar o entendimento. Pelo contrário, é certo que o direito não é imutável, devendo acompanhar as mudanças da sociedade⁴⁷, pois não se pode dar vestes de absoluto a nenhum princípio, por mais relevante que seja⁴⁸. Assim, deve haver modificações quando constatado que o precedente ou a jurisprudência incidu em erro⁴⁹.

Aliás, a possibilidade de modificação de interpretação é inerente a qualquer sistema de precedentes, sendo que a estabilidade jurisprudencial não proíbe a alteração de posicionamento; inibe, sim, a alteração injustificada⁵⁰.

No que concerne, tem-se o que se denomina de ônus argumentativo para superação de precedentes. Significa dizer, a exigência de uma maior argumentação para alteração de entendimento⁵¹. Também se utiliza a terminologia inércia argumentativa ao descrever a necessidade de uma forte carga argumentativa para afastar ou superar um precedente e uma carga argumentativa significativamente mais fraca para justificar a aplicação de um precedente⁵².

O novo Código de Processo Civil consagra dispositivos expressos nesse sentido. É o caso do §4º, do art. 927, que estabelece que a modificação de jurisprudência pacificada, além de súmula e de tese adotada em julgamento de casos repetitivos, “observará a necessidade de fundamentação adequada e específica [...]”. Também se destaca o art. 489, §1º, VI, que proclama não fundamentada a decisão que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

47 ALMEIDA, op. cit., p. 343-384.

48 COSTA, Marília Siqueira da. As consequências da incidência do princípio da proteção da confiança a decisão de overruling: uma análise à luz do art. 521 do novo CPC. In: FREIRE et al (Org), op. cit., p. 391-416.

49 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 226.

50 DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 495.

51 PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 201.

52 ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no Direito Brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 229, p. 377-401, mar.2014.

Ao não seguir um precedente ou jurisprudência, sobre o magistrado recai um ônus maior de argumentação exatamente porque não se dá continuidade à interpretação jurídica⁵³. Essa exigência de uma argumentação qualificada para a hipótese de desconsideração de um precedente ou jurisprudência encontra fundamento em princípios constitucionais, tal como o da motivação, revelando-se significativamente importante, na medida em que, em tese, contribui para uma maior uniformidade, previsibilidade e estabilidade dos julgados⁵⁴.

Por sua vez, a economia argumentativa que advém da aplicação do precedente ou da jurisprudência se baseia na circunstância de o juiz poder aproveitar o raciocínio jurídico consagrado anteriormente, elidindo a obrigação de produzir toda uma nova argumentação, como na situação de matéria inédita.⁵⁵

Desse cenário, extrai-se padrões de conduta argumentativa. Vale dizer, quando for possível citar um precedente a favor ou contra uma decisão, essa providência deve ser adotada. E quem pretende se apartar de um precedente, assume o ônus argumentativo de evidenciar a superação do precedente, o seu erro ou a sua não aplicação ao caso específico.⁵⁶

Por derradeiro, imprescindível registrar que a estabilidade da jurisprudência concretiza valiosos princípios constitucionais, especialmente o da legalidade, da isonomia, da segurança jurídica e o da celeridade processual.

O princípio da legalidade possui função essencial para a preservação do Estado Democrático de Direito, na medida em que se destina a coibir o arbítrio do Poder Público. A Exposição de Motivos do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil recorda que “se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos [...], por outro lado, [...] acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à ideia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito”. Nesse diapasão, considerando que a interpretação da lei pelo Judiciário, em última instância, é que determina o alcance da eficácia da

53 SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os precedentes no Brasil: fundamentação de decisões em outras decisões. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 226, p. 349-382, dez.2013.

54 ATAÍDE JÚNIOR, op. cit., p. 377-401.

55 LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 371.

56 ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 357.

regra jurídica, a estabilidade dessa interpretação e a sua não sujeição à falibilidade e subjetivismo de cada juiz, faz cumprir ou efetiva o princípio da legalidade.⁵⁷

Outrossim, cabe lembrar que a igualdade perante a jurisdição, que engloba a igualdade “no” processo, que se traduz fundamentalmente na paridade de armas dos litigantes, especialmente no direito ao contraditório, e a igualdade “ao” processo, representado essencialmente pela igualdade ao acesso à jurisdição, somente tem sentido quando correlacionadas com a decisão jurisdicional⁵⁸. Assim, a isonomia proclama que “suportes fáticos idênticos, levados ao Judiciário no mesmo momento histórico, devem ensejar a aplicação do mesmo fundamento jurídico e, conseqüentemente, produzir os mesmos efeitos jurídicos”⁵⁹.

A estabilidade da jurisprudência concretiza justamente essa igualdade de tratamento, estirpando a fragmentação do sistema que produz decisões distintas e, por vezes, contraditórias, para jurisdicionados titulares de relações jurídicas semelhantes ou iguais.

A seu turno, o princípio da segurança jurídica é tutelado pela estabilidade da jurisprudência, especialmente sob o seu viés subjetivo, notadamente da confiança legítima, uma vez que o precedente ou a jurisprudência, na prática, serve de fundamento para a conduta dos jurisdicionados⁶⁰. Melhor explicando, a previsibilidade das decisões judiciais possibilita uma calculabilidade das conseqüências dos atos praticados, atribuindo confiabilidade à interpretação e à aplicação do ordenamento jurídico, propiciando até mesmo estabilização social e econômica⁶¹. Já “o comportamento contraditório é a conduta que viola o sentido objetivo da base da confiança”⁶².

A estabilidade da jurisprudência constitui ainda valioso elemento para a celeridade processual, uma vez que, como exposto alhures, sinaliza para a exigência de um menor ônus argumentativo na elaboração das decisões judiciais, racionalizando a atuação jurisdicional.

57 THEODORO NETO, op. cit. In: THEODORO JÚNIOR; OLIVEIRA; REZENDE (Org), op. cit., p. 665-684.

58 MARINONI, op. cit. In: MARINONI (Org), op. cit., p. 577-597.

59 DANTAS, op. cit., p. 49.

60 COSTA, op. cit. In FREIRE et al (Org), op. cit., p. 391-416.

61 BASTOS, op. cit., p. 295-316.

62 PEIXOTO, op. cit., p. 139.

O princípio da celeridade também é prestigiado com a estabilidade da jurisprudência, na medida em que influencia a atuação menos beligerante das partes. Esse desestímulo à litigância é observado quando a previsibilidade das decisões judiciais, obtida a partir de sua estabilização jurisprudencial, desencoraja o ajuizamento de ações, restringe a interposição de recursos infundados ou contrários à tese reiterada e favorece a realização de acordos e a aceitação dos julgamentos com o seu cumprimento voluntário⁶³.

3 MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS DA MODIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

A Exposição de Motivos do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, de autoria da Comissão de Juristas, sinalizou que a estabilidade da jurisprudência deve ser vista sob duas perspectivas. A primeira, já comentada, diz respeito à exigência de um maior esforço de fundamentação para a sua alteração. A outra, informa, em síntese, que a estabilidade gera uma previsibilidade das respostas jurisdicionais e, assim, eventual superação de entendimento, permite, em alguns casos, a modulação temporal dos efeitos.

Quanto à modulação temporal dos efeitos, a redação original do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil trazia, em seu art. 847, V, a regra de que “na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”.

O Projeto de Lei nº 166/2010, aprovado pelo Senado Federal, seguiu para a Câmara dos Deputados, que votou Substitutivo com nova redação para a modulação de efeitos. A regra foi deslocada para o §10, do art. 520, incorporou a hipótese de alteração de precedente e não manteve a limitação à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores: “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de precedente, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos”.

No entanto, a versão final, após sanção da Excelentíssima Presidenta da República, consagrou a redação original votada no Senado Federal, não contemplando expressamente a possibilidade de modulação de

63 MARINONI, op. cit., p. 179-185.

efeitos da modificação de todos precedentes e limitando sua aplicação à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores. A regra consolidada, assim, atinge somente a “alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos [...]”.

O suscitado §3º, do art. 927, traz relevantes elementos ou aspectos merecedores de análise, a exemplo dos órgãos jurisdicionais cuja jurisprudência é alcançada pela autorização e os requisitos “interesse social” e “segurança jurídica”.

3.1 FUNÇÃO NOMOFILÁDICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Considerando que um modelo de precedente ou de obediência à jurisprudência traz racionalidade ao sistema a partir da regra da universalização, inibindo a imprevisibilidade ou a insegurança jurídica na atuação judicial, admite-se a importância da função interpretativa do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores.

Em outras palavras, tem-se como legítima a defesa de que os tribunais de cúpula devem ser pensados especialmente como cortes de interpretação e, não, como cortes de controle, devendo ser “dotados de meios idôneos para consecução da tutela do direito em uma dimensão geral de forma isonômica e segura”⁶⁴.

Apenas aos órgãos de cúpula (STF, STJ, TST, STM e TSE) compete a fixação de um entendimento uniformizador sobre a Constituição da República e sobre a legislação federal, cada um com a sua esfera de competência⁶⁵. “O objetivo dos Tribunais Superiores não é apenas o de uniformizar a jurisprudência, senão o de outorgar unidade ao Direito”⁶⁶.

Não se refere aqui somente à exigência de uma coerência interna da jurisprudência desses tribunais, mas, sobretudo, à exigência de compatibilização vertical das decisões judiciais, com o objetivo de racionalizar a atividade judiciária, possibilitando, inclusive, o bloqueio do seguimento

64 MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 79.

65 PEIXOTO, op. cit., p. 346.

66 COUTO, João Gabriel Krás. Controle difuso de constitucionalidade: efeito vinculante da sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal. In: MITIDIERO, Daniel (Org). *O processo civil no Estado Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 15-65.

de recursos em confronto com orientação do Supremo Tribunal Federal e tribunais superiores.⁶⁷

Neste plano, o novo Código de Processo Civil, com base na Constituição da República, reconhece ao Supremo Tribunal Federal e aos tribunais superiores a atribuição de uniformizar a jurisprudência, fornecendo subsídio para um sistema jurisdicional estável e íntegro, isto é, orientando a conformação de uma unidade jurídica. Do contrário, a versão final do texto do novo Código de Processo Civil não teria explicitamente admitida a possibilidade da aplicação da técnica de modulação de efeitos no caso de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e de tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos.

É preciso salientar que a autorização para modulação de efeitos contida no §3º, do art. 927, do novo Código de Processo Civil, decorre justamente da expectativa dos jurisdicionados de que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores constitui a lei interpretada e universalizada.

Vê-se, assim, que a estabilidade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores constitui, em regra, pressuposto para o efetivo exercício da função nomofilática e para a aplicação da técnica da modulação temporal de efeitos do §3º, do art. 927, do novo Código de Processo Civil.

Não é por outra razão que, na Exposição de Motivos apresentada pela Comissão de Juristas, restou consignado que a manutenção da estabilidade da jurisprudência é necessária “para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário”.

À essa função “de assegurar a exata observância e a uniforme interpretação da lei” se dá o nome de “nomofiliaquia”.⁶⁸

Aliás, a função nomofilática do Superior Tribunal de Justiça foi lembrada por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 928.302 (Rel. Min. José Delgado. Julgamento em

67 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 20.

68 ZANETI JÚNIOR, op. cit., p. 355-356.

23/04/2008. DJe 19/05/2008), no voto-vista do Excelentíssimo Ministro Teori Zavascki, para quem “a existência de interpretações divergentes da norma federal, antes de inibir a intervenção do STJ, deve, na verdade, ser o móvel propulsor para o exercício do seu papel de uniformização”.

Já no Supremo Tribunal Federal, o Excelentíssimo Ministro Teori Zavascki, por meio de voto-vista no julgamento da Reclamação nº 4.335 (Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 20/3/2014. DJe 22/10/2014), revisitou o tema ao lembrar que uma das principais finalidades do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é a uniformização da jurisprudência, além da função nomofilática, que é destinada “a aclarar e integrar o sistema normativa, propiciando-lhe uma aplicação uniforme [...] e que têm como pressuposto lógico inafastável a força expansiva ultra partes de seus precedentes”.

3.2 OS REQUISITOS PARA A MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS

Segundo a Exposição de Motivos confeccionada pela Comissão de Juristas do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, um dos objetivos orientadores dos trabalhos foi “estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal”. Após, o documento lembrou da segurança jurídica, ao ponderar que citado princípio constitucional fica comprometido com a brusca modificação de entendimento dos tribunais em matéria de direito. E concluiu que uma das vertentes da segurança jurídica recomenda que a jurisprudência, uma vez pacificada, deve tender a ser mais estável.

Por sua vez, convém rememorar que a estabilidade da jurisprudência enfeixa ao menos duas perspectivas. A primeira, já comentada, acerca do maior esforço argumentativo para a adoção de posicionamento distinto. A segunda, justamente a possibilidade de modulação temporal de efeitos na situação de superação da tese sufragada em jurisprudência dominante.

Neste panorama, vislumbra-se que a modulação temporal de efeitos de alteração de jurisprudência possui assento constitucional, mais especificamente, no princípio da segurança jurídica. “Sua inserção em texto legal atua apenas no sentido de facilitar aos jurisdicionados o conhecimento das hipóteses em que poderá ser utilizada”⁶⁹.

69 PEIXOTO, op. cit., p. 284.

Aliás, mesmo antes do início da vigência do novo Código de Processo Civil, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 26603/DF (Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento 04/10/2007. DJe 19/12/2008):

Os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal desempenham múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, pois lhes cabe conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a égide e em decorrência deles, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado. - Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal.

O Superior Tribunal de Justiça também já outorgou efeitos prospectivos no caso de alteração de jurisprudência. Refere-se ao Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 194892/RJ (Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Primeira Seção. Julgamento 24/10/2012. DJe 26/10/2012), no qual reconheceu, superando jurisprudência da época, a “legitimidade do Ministério Público Estadual para atuar perante esta Corte Superior de Justiça, na qualidade de autor da ação, atribuindo efeitos prospectivos à decisão”.

Por sua vez, o Tribunal Superior Eleitoral tutelou a segurança jurídica quando do julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 27696 (Rel. Min. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira. Acórdão de 04/12/2007. DJ 1/2/2008) firmou ser recomendável não promover alteração do posicionamento jurisprudencial em relação à mesma eleição.

E, apesar da existência também de decisões em sentido contrário, o novo Código de Processo Civil, acaba por afastar debates acerca da possibilidade da utilização da técnica de modulação de efeitos.

Os dois primeiros elementos que se identificam no §3º, do art. 927, do novo Código de Processo Civil, já foram objeto de comentários. Isto é, o dispositivo versa, em regra, sobre alteração de jurisprudência dominante e, não, de um único julgado (não se trata, portanto, de uma teoria de precedente, tal como na doutrina do *stare decisis*), e a autorização atinge a modificação de interpretação pelo Supremo Tribunal Federal e tribunais superiores.

Outrossim, a redação legislativa estipula que “pode haver modulação de efeitos”. Disso, extrai-se que nem todas as situações de alteração de jurisprudência dominante permite a modulação de efeitos. Na verdade, de modo geral e historicamente, a revogação de um posicionamento judicial acarreta efeitos retroativos⁷⁰⁻⁷¹. A concessão de eficácia prospectiva possui caráter excepcional⁷² ou, no caso, exige uma fundamentação justificada⁷³.

Por outro lado, adverte-se que o artigo não fixa ou descreve em nenhum momento a eficácia temporal da superação de interpretação. Assim, a decisão que modificar o entendimento dominante deve decidir também o aspecto temporal de sua incidência, sendo o silêncio o reconhecimento do efeito *ex tunc*⁷⁴. Por exemplo, pode estabelecer que a nova interpretação deve ser aplicada apenas para o caso julgado e eventos ocorridos imediatamente após a data de inauguração da nova interpretação. Alternativamente, que deve ser aplicada somente para esses eventos futuros, excluindo o próprio julgado. Ou, talvez, que deve ser sobrestada a produção dos efeitos do novo entendimento até determinada data ou evento⁷⁵⁻⁷⁶.

Quanto aos requisitos para autorizar a modulação temporal de efeitos, o §3º, do art. 927, indica o “interesse social” e a “segurança jurídica”.

O princípio da segurança jurídica possui como “elemento nuclear a proteção da confiança”⁷⁷. Confiança, esta, que os atos ou condutas do

70 MEDINA, op. cit., p. 1252.

71 DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 499.

72 PEIXOTO, op. cit., p. 284.

73 DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 499.

74 Ibid, p. 284.

75 MEDINA, op. cit., p. 1252.

76 MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. O STJ enquanto Corte de Precedentes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 268 et seq. apud WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et al (Org). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2079.

77 WAMBIER et al (Org), op. cit., p. 2074.

Judiciário provocam no espírito ou na esfera jurídica do jurisdicionado, fazendo-o crer que deveria agir de determinado modo e que o Judiciário agiria conforme seus atos e condutas anteriores, seguindo seus próprios entendimentos jurisprudenciais⁷⁸.

Neste sentido, se fatos jurídicos pretéritos são protegidos contra a aplicação retroativa da lei nova, incidindo a lei da época (*tempus regit actum*), “uma jurisprudência pretérita, de fato constante e longamente reiterada, há também de ser considerada para casos iniciados antes da nova orientação jurisprudencial”⁷⁹.

A alteração da jurisprudência, assim, pode, eventualmente, ser revestida de ilicitude, haja vista que, por vezes, pode frustrar a confiança legítima do jurisdicionado, violando frontalmente uma previsibilidade alicerçada em uma situação de confiança digna de tutela. E, nestas situações, em que afastada a estabilidade jurisprudencial e presente a necessidade de proteção de uma confiança legítima, é cabível a flexibilização temporal dos efeitos do novo entendimento judicial, isto é, figura-se admissível a modulação dos efeitos do novo julgado, com atribuição de eficácia prospectiva ou a fixação de regras de transição.⁸⁰

Disso resulta que nem sempre há uma confiança a ser protegida, isto é, uma “confiança justificada”. Essa confiança qualificada, que se consubstancia um critério para aferir se tratar, ou não, de caso de retroatividade da decisão revogadora da jurisprudência, caracteriza-se quando presentes elementos “que façam ver que o precedente racionalmente merecia credibilidade à época em que os fatos se passaram”.⁸¹

Em outros termos, o que se identifica é que, sendo a norma a lei interpretada, diante da estabilidade da jurisprudência, os cidadãos e as empresas, no mais das vezes, passam a orientar as suas atividades e condutas de acordo com o entendimento judicial dominante da época. Neste contexto, na hipótese de superação do entendimento, é possível ocorrer uma frustração de expectativa ou da previsibilidade dos jurisdicionados quanto aos efeitos jurídicos de sua conduta.

78 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1845.

79 FERRAZ JUNIOR, Tercio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: FERRAZ JÚNIOR, Tercio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JÚNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2009. p. 1-33.

80 COSTA, op. cit. In: FREIRE et al (Org.), op. cit., p. 391-416.

81 MARINONI, op. cit., p. 266 et seq. apud WAMBIER et al (Org.), op. cit., p. 2078-2079.

Nesse sentido, debate-se quando uma confiança merece ser tutelada diante da modificação da jurisprudência. E, embora inexista uniformidade de entendimento sobre possíveis critérios objetivos que possam ser utilizados para balizar a investigação⁸², algumas circunstâncias de avaliação da força do precedente ou da jurisprudência podem ser invocadas para essa pretensão.

Destarte, parece razoável alcançar um mínimo de objetividade nessa avaliação a partir da desconstrução ou decomposição dos elementos que integram o princípio da confiança.

Em suma, considerando que a estabilidade da jurisprudência é o pressuposto para a confiança do jurisdicionado em relação à interpretação e que essa confiança é o pressuposto para a modulação dos efeitos da modificação de jurisprudência, necessário examinar o grau de autoridade da jurisprudência (perspectiva de sua preservação) à época dos fatos para determinar a caracterização de uma efetiva surpresa injusta. A ausência de surpresa na modificação da jurisprudência deslegitima a utilização da técnica da modulação de efeitos.

São circunstâncias que informam ou subsidiam a averiguação da presença, ou não, de uma confiança legítima do jurisdicionado:

- a) jurisprudência claramente equivocada⁸³ ou errada⁸⁴ – se a jurisprudência apresenta incongruência interna ou adota premissas equivocadas, a superação se torna previsível ou esperada;
- b) crítica da doutrina⁸⁵ – “é mais fácil divergir de um precedente que possua ampla rejeição doutrinária, e, sem sentido oposto, é mais difícil dissentir quando recebe aplausos nesse sentido”.⁸⁶
- c) grau de dissenso na construção da jurisprudência – uma jurisprudência formada com forte dissenso não proporciona a mesma segurança que a jurisprudência criada a partir da

82 PEIXOTO, op. cit., p. 307.

83 EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p. 14, 26 e 370 apud WAMBIER et al (Org), op. cit., p. 2079-2080.

84 MACÊDO, op. cit., p. 406-407.

85 MARINONI, op. cit., p. 266 et seq. apud WAMBIER et al (Org), op. cit., p. 2078-2079.

86 LOPES FILHO, op. cit., p. 432.

manifestação uniforme de todos os juízes⁸⁷⁻⁸⁸. “Placares” apertados de votação sinalizam que eventual mudança de composição pode ensejar a superação da jurisprudência⁸⁹. Ademais, uma jurisprudência superada que já foi modificada anteriormente, pode apontar para uma alteração sem surpresa⁹⁰. Em um julgamento, para respeitar a segurança jurídica, o tribunal pode não revogar a jurisprudência, mas sinalizar que futuramente, em outros processos, pode assim proceder⁹¹.

- d) “rebeldia” dos juízes ou tribunais inferiores – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores reiteradamente desrespeitada pelos juízes e tribunais inferiores, apontam para uma fragilidade do entendimento.⁹²
- e) inovação legislativa⁹³ – com a mudança da lei pode ocorrer alteração do contexto jurídico. Como a jurisprudência é o produto da interpretação da lei, a modificação legislativa indica a possibilidade de nova interpretação.⁹⁴
- f) mudança de valores da sociedade⁹⁵ ou do quadro político – é a figura da mutação do direito a partir da modificação do contexto social e político⁹⁶. A jurisprudência pode ser superada quando não mais corresponde aos padrões de “congruência social”⁹⁷.

87 MACÊDO, op. cit., p. 401.

88 LOPES FILHO, op. cit., p. 405.

89 NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 191.

90 PEIXOTO, op. cit., p. 308.

91 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 875-876.

92 MACÊDO, op. cit., p. 403.

93 THEODORO NETO, op. cit. In: THEODORO JÚNIOR; OLIVEIRA; REZENDE (Org), op. cit., p. 665-684.

94 NOGUEIRA, op. cit., p. 200.

95 Ibid., p. 200-212.

96 LOPES FILHO, op. cit., p. 431-432.

97 EISENBERG, op. cit., apud WAMBIER et al (Org), op. cit., p. 2079-2080.

- g) falta de confirmação da jurisprudência – “a inexistência de decisões que confirmem o precedente ou a falta de sua utilização acaba por apontar no sentido contrário”⁹⁸.

Além desses aspectos, pode-se afirmar que a avaliação da presença da confiança justificada deve considerar o nível de absorção da jurisprudência pelos jurisdicionados. Com efeito, jurisprudência construída sobre temas de grande repercussão social, objeto de ampla publicidade por veículos de imprensa, sinalizam para um maior reconhecimento e obediência pelos jurisdicionados, fortalecendo a identificação de uma expectativa justa.

O outro requisito exigido pelo §3º, do art. 927, para a aplicação da técnica da modulação de efeitos de alteração de jurisprudência dominante é o interesse social.

O interesse social não é um conceito de fácil delimitação. Pelo contrário, demanda uma “apreciação de natureza política, ou seja, um exame valorativo baseado, até certo ponto, na conveniência e oportunidade”⁹⁹.

Todavia, não parece crível que o objetivo da legislação ao prever esse requisito seja atrelar a sua verificação à parte interessada. O que se procura expor é que o atendimento do pressuposto “interesse social” não é atingido simplesmente pela circunstância da confiança vulnerada ser do particular ou do Estado¹⁰⁰, é necessário que se comprove a existência de um interesse público primário¹⁰¹.

A respeito, parece plausível conceber que a caracterização do interesse social reclama ainda demonstração de um “prejuízo significativo à esfera jurídica da(s) parte(s) prejudicada(s)”¹⁰².

Neste cenário, não há como proceder ao exame da existência desse interesse social sem considerar o conteúdo do direito material envolvido no litígio. Equivale dizer que a espécie de direito material e o grau de prejuízo em sua violação constituem elementos de reflexão e valoração para a medição da legitimidade da pretensão de modulação temporal de efeitos.

98 MACÊDO, op. cit., p. 403.

99 FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 311.

100 PEIXOTO, op. cit., p. 308.

101 FERRARI, op. cit., p. 313.

102 EIXOTO, op. cit., p. 308-309.

Inclusive, por vezes, o direito material pode ser informado por valores ou princípios aptos a pautarem o exame desse interesse social. É o caso, exemplificativamente, do direito penal, como cediço, deslocado em favor do réu. Desse modo, é razoável a avaliação da possibilidade de modulação temporal de efeitos ser influenciada por essa peculiaridade¹⁰³.

Posto isso, forçoso reconhecer que a análise da possibilidade da aplicação da modulação de efeitos requer a aferição de inúmeros fatores, relativos não apenas a aspectos jurídicos da formação da jurisprudência, como o direito material envolvido e o próprio contexto fático e social.

4 CONCLUSÃO

O novo Código de Processo Civil lança luz sobre o tema enfrentado neste artigo, elegendo a discussão sobre a efetivação do princípio da segurança jurídica na prestação jurisdicional como um de seus pontos centrais.

Não há dúvidas sobre a preocupação do novo diploma processual em combater o panorama de caos jurisprudencial observado a partir da disseminada produção de decisões judiciais divergentes e, por vezes, contraditórias, exaradas em face de situações semelhantes ou iguais, contemporâneas entre si.

Neste plano, foi demonstrada a importância da uniformização da jurisprudência e de sua posterior estabilização para a segurança das relações sociais e jurídicas.

Também foi explicado que essa estabilização impõe um esforço ou ônus argumentativo qualificado para a superação do entendimento jurisprudencial e que, no caso de seu afastamento, é possível, em determinadas situações, a aplicação da técnica da modulação temporal de efeitos.

Apontou-se, ainda, que a modulação temporal de efeitos demanda a verificação da presença de uma confiança legítima ou de uma surpresa injusta, cuja avaliação se atrela à medição do grau de autoridade da jurisprudência (perspectiva de sua preservação) à época dos fatos.

103 PEIXOTO, op. cit., p. 308-309.

Igualmente se destacou, como outro requisito para modulação de efeitos, que a alteração jurisprudencial deve repercutir sobre um interesse público primário, provocando significativo prejuízo.

Assim, a estabilização da jurisprudência e a técnica da modulação de efeitos na alteração da jurisprudência representa uma área temática desafiadora, que reclama o estudo dos artigos 926 e 927, do novo Código de Processo Civil, à luz de princípios constitucionais como o da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Caroline Sampaio de. A relevância dos precedentes judiciais como mecanismo de efetividade processual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 922, p. 343-384, ago.2012.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no Direito Brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 229, p. 377-401, mar.2014.

BARBOSA, Adriano. Das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados à necessidade de precedentes obrigatórios - uma breve reflexão do projeto do novo CPC. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org). *A força dos precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 1, p. 143-195, maio.2011.

BASTOS, Antonio Adonias A. A estabilidade das decisões judiciais como elemento contributivo para o acesso à justiça e para o desenvolvimento econômico. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 227, p. 295-316, jan.2014.

CAMBI, Eduardo; MINGATI, Vinícios Secafen. Nova hipótese de cabimento da reclamação, protagonismo judiciário e segurança jurídica. *Doutrinas essenciais de processo civil*, São Paulo, v. 6, p. 1251-1270, out.2011.

_____. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 786, p. 108-128, abr.2011.

CAPELOTTI, João Paulo. A segurança jurídica nos sistemas codificados a partir de cláusulas gerais. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org). *A força dos precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 229-250.

COSTA, Marília Siqueira da. As consequências da incidência do princípio da proteção da confiança a decisão de overruling: uma análise à luz do art. 521 do novo CPC. In: FREIRE, Alexandre et al (Org). *Novas tendências do processo civil*, v. 3. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 391-416.

COUTO, João Gabriel Krás. Controle difuso de constitucionalidade: efeito vinculante da sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal. In: MITIDIERO, Daniel (Org). *O processo civil no Estado Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 15-65.

DANTAS, Bruno. *Teoria dos recursos repetitivos*: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ (arts. 543-B e 543-C do CPC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. v. 2. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DRUMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de common law e de civil law. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org). *A força dos precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 41-82.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tercio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: FERRAZ JÚNIOR, Tercio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JÚNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2009. p. 1-33.

LIAÑO, Miguel Pasquiau. Precedente, Jurisprudencia y Motivación de las Setencias. *Revista de Direito Público*, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, n. 54, p. 79-90, nov-dez.2013.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: Juspodivm, 2014.

LOURENÇO, Haroldo. Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. *Revista da AGU*, Brasília, n. 33, p. 241-269, jul./set. 2012.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org). *A força dos precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 577-597.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*. 3. ed. da obra Código de processo civil comentado, reescrita de acordo com a Lei 13.105, de 16.03.2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

PAGANINI, Juliano Marcondes. A segurança jurídica nos sistemas codificados a partir de cláusulas gerais. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org). *A força dos precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 209-228.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015.

PEREIRA, Paula Pessoa. O Estado de direito e a necessidade de respeito aos precedentes judiciais. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org). *A força dos precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 143-156.

RAMIRES, Maurício. *Críticas à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SAMPAIO, Tadeu Cincurá de A. S. O novo CPC e a obrigatoriedade dos precedentes judiciais: uma transformação da cultura jurídica brasileira por lei. In: FREIRE, Alexandre et al (Org). *Novas tendências do processo civil*, v. 3. Salvador: Juspodivm.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os precedentes no Brasil: fundamentação de decisões em outras decisões. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 226, p. 349-382, dez. 2013.

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. Neoconstitucionalismo. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 29, p. 161-185, jan./jun. 2012.

THEODORO NETO, Humberto Theodoro. A relevância da jurisprudência no novo CPC. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Org). *Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 665-684.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 172, p. 121-174, jun. 2009.

_____. *Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 893, p. 33-45, mar. 2010.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

RECEBIDO EM: 13/06/2016

APROVADO EM: 19/09/2016

CONTRADIÇÕES DA REALIZAÇÃO DAS PROMESSAS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

*CONTRADICTIONS OF THE FULFILLMENT OF THE PROMISES OF
THE BRAZILIAN CONSTITUTION OF 1988*

Wagner de Amorim Madoz

*Mestrando Políticas Públicas UniCEUB. Pós-graduado em análise da
constitucionalidade UNILEGIS/UnB; MBA Política Tributária – FGV; Analista
Judiciário do Supremo Tribunal Federal – STF. Professor de Direito Constitucional
Pesquisador do Grupo de Pesquisa Política Criminal – UniCEUB*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Estado de Direito, Democracia e Direitos Fundamentais; 2 Direitos fundamentais e argumentação jurídica; 2.a) Direitos fundamentais geracionais?; 2.b) Direitos fundamentais absolutos?; 3 A Constituição dirigente; 4 A constitucionalização do processo; 5 O neoconstitucionalismo e neoprocessualismo; 6 Contradições na realização das promessas da Constituição; 7 Conclusão; Referências.

RESUMO: O trabalho analisa os vários percalços da realização das promessas da modernidade, contidas na Constituição Federal de 1988. Enfatiza algumas das inúmeras divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da efetivação dos direitos fundamentais bem como o uso inadequado de teorias jurídicas processuais e suas categorias jurídicas pré-constitucionais, como forma de barrar a realização de direitos fundamentais sociais estabelecidos na Constituição de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Direitos Sociais. Efetividade. Obstáculos.

ABSTRACT: The paper analyzes the various mishaps of the fulfillment of the promises of modernity, contained in the 1988 Brazilian Federal Constitution emphasizes some of the many doctrinal and jurisprudential disagreements about the enforcement of fundamental rights and the inappropriate use of procedural legal theories and their pre-constitutional legal categories as a way to stop the realization of fundamental social rights enshrined in the 1988 Constitution.

KEYWORDS: Constitutional Law. Fundamental Rights. Social Rights. Effectiveness. Obstacles.

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 demarcou um período importante na história do país, ao instituir uma nova convenção fundamental - instituiu no Brasil um Estado Democrático de Direito -,¹ fundamentando-se nos princípios da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político – art. 1º. Longe, no entanto, de ser considerada um modelo de excelência, pois expressão de uma sociedade altamente heterogênea e cheia de contradições, naturalmente transpostas para o texto constitucional,² ela resolveu um importante problema relacionado com a legitimação democrática do exercício do poder.³

Constituiu, assim, um acordo através do tempo entre os diversos grupos sociais representados no Congresso Constituinte sobre como deve distribuir-se o poder político que monopoliza a coação estatal e quais são os seus limites em relação aos indivíduos.⁴ Fruto, portanto, das limitações resultantes da transição política do Estado ditatorial para o de Direito, inclusive a forma pactuada de sua convocação e funcionamento, se não representou uma ruptura radical com o regime político decaído,⁵ nem por isso pode ser considerada uma mera continuidade do Estado de exceção.

Na lição de José Afonso da Silva, a Constituinte:

Produziu uma Constituição que as circunstâncias permitiram. Fez-se uma obra certamente imperfeita, mas digna e preocupada com o

1 DALLARI, Dalmo de Abreu. Os Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira. In: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto; (Orgs.) *Debate Sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra; 2001. p. 49.

2 Idem p. 50. Também, pode-se dizer que a “Constituição de 1988 mais que compromissória, analítica e dirigente, é casuística e prolíxa.” BARROSO, Luís Roberto. “Dez anos da Constituição de 1988: (Foi bom para você também?)”. *Debates*, nº 20: A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 1999. p. 47.

3 Ao Direito cabe a tarefa de legitimação, porque “indispensável para conferir ao mesmo tempo estabilidade e potencial de transformação às expectativas de comportamento. Este viés legitimador do direito (tomado em geral, como meio de regência da vida em sociedade), que se extrai da razão comunicativa e portanto se deseja também racional, justifica os direitos fundamentais.” NASCIMENTO, Rogério Soares. A ética do Discurso como Justificação dos Direitos Fundamentais na Obra de Jürgen Habermas. In: *Legitimação dos Direitos Humanos*. TORRES, Ricardo Lobo (Org.) 2. ed. Rio de Janeiro: Revovar, 2007. p. 566.

4 NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional. Buenos Aires: Astrea. 199. p. 46.

5 FAORO, Raymundo. *Assembléia constituinte: a legitimidade recuperada*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense. 1982. p. 13.

destino do povo sofredor, para que seja cumprida, aplicada e realizada, pois uma coisa são as promessas normativas; outra, a realidade.”⁶

Assim, em face do seu conteúdo ideológico,⁷ é previsível o choque entre os diversos valores constitucionais, tanto nas relações individuais quanto entre os indivíduos e os poderes públicos. Sendo que muitas vezes, em face dos valores contraditórios, essas contradições deram e continuam a dar ensejo a conflitos normativos, sendo lícito supor que uma fonte dessas colisões de direitos possa estar no fato de o ordenamento estar minado de antinomias de princípio.⁸ Em casos assim, a dogmática⁹ tradicional não encontra solução, pois, neles não há propriamente uma subsunção,¹⁰ não servindo, portanto, os métodos de solução das proposições jurídicas antinômicas ou reciprocamente excludentes, baseadas nos critérios da especialidade, ontológico e hierárquico.¹¹

De outro lado, em se tratando de área tão sensível da Constituição, dos valores mais importantes consagrados pelo ordenamento, tanto que a eles se acrescenta o adjetivo fundamentais, os problemas que surgem com os conflitos ou colisões de direitos não podem, assim, deixar de ter um tratamento racional, evitando-se, com isso, as atribuições de soluções baseadas no voluntarismo, ou, o que é ainda pior, na consagração do non liquet,¹² com o apelo aos dogmas formais do processo, como a derogada possibilidade jurídica do pedido e o princípio constitucional da separação dos Poderes.

Apesar de todos os percalços, pressões e forças atuando em favor do malogro constitucional, deve-se reconhecer que a Constituição de 1988 inovou em vários aspectos, servindo como norte no sentido da democratização das relações sociais e do Estado, além de atuar na modernização da sociedade. De fato, foi a Constituição possível, dado os vários condicionamentos existentes à época, e por isso mesmo justifica a ausência de uma homogeneidade político-ideológica, muito embora se

6 DA SILVA, José Afonso. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*. São Paulo: malheiros, 2000. p. 239.

7 Idem.

8 BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. UnB. 1997. p. 90.

9 FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. Max L. São Paulo. 1998. p. 100 e segs.

10 ENGISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6. ed. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 1988. p. 75 e segs; LARENS, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 1989. p. 326/329.

11 COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997. p. 81.

12 Vedado em nosso sistema: Art. 5º, XXXV, CF; arts. 126, 335, CPC; e art. 4º, DL 4.657/1942.

possa reconhecer que em vários aspectos, o político para ficar apenas em um exemplo, tenha se mostrado conservadora.

No final do Séc. XX era assente a noção de que se poderia transformar a sociedade unicamente pelo sistema normativo que o direito personaliza, pela crença generalizada na eficácia do direito decorrente do aparato de coerção instrumentalizada do Estado. Assim é que a CF de 1988, ao lado das declarações de direitos típicas do Estado liberal – basicamente obrigando o Estado a um non facere – estabeleceu uma grande quantidade de direitos cujas prestações caracterizam a intervenção do Estado, seja como regulador seja como promotor no campo econômico e social – direitos de trabalhadores, econômicos, sociais e culturais etc. – traduzindo-se em prestações por parte dos poderes públicos, obrigações de facere –, numa evidente ampliação do catálogo das garantias e dos direitos fundamentais,¹³ ocasionando diversos e complexos problemas de interpretação e aplicação.¹⁴

Exatamente pelo seu conteúdo aberto, as normas constitucionais definidoras de direitos reclamam um discurso diferente na sua aplicação. Nossa percepção parte assim dessa concepção para refletir sobre os desafios do projeto constitucional e de como fazer operar a ordem jurídica, na tentativa de identificar o por quê do descompasso entre as normas constitucionais e a realidade social.¹⁵

13 Inspirada que foi na Constituição Portuguesa de 1976, é natural que tenha os mesmo problemas, cf., QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional: As Instituições do Estado Democrático e Constitucional*. Coimbra-São Paulo: Editora Coimbra e Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 369.

14 Resumidamente, essas questões podem ser classificadas como de aplicabilidade das normas, bem como de sua “determinalidade”, em muitos casos decorrentes do grau de desenvolvimento econômico e social, cf. QUEIROZ, Cristina, op.cit., p. 375. É o caso do princípio da “reserva do possível”, “que indica a dependência da realização desses direitos dos recursos disponíveis, relevando ao mesmo tempo a necessidade da sua cobertura orçamental e financeira.” Idem, bem como a lição de Ingo H. Sarlet “A utilização da expressão ‘reserva do possível’ tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970. De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a “reserva do possível” (Der Vorbehalt des Möglichen) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.” In: SARLET, Ingo Hoffman. SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008. p. 163-206.

15 “Embora seja, dentre os chamados países em desenvolvimento, um país com uma economia forte, com um PIB entre os quinze maiores do planeta, o Brasil é ao mesmo tempo um país que, na área social, padece

Se é certo que o projeto constitucional atua como um ideário na realização do Estado Social, na fixação de grandes projetos nacionais, as desventuras em relação às promessas da modernidade que a Constituição idealizou se dá pelo reconhecimento de que para a realização dessas promessas não basta apenas a sua enunciação, ainda que em termos solenes.¹⁶

Ora, a realização de direitos fundamentais, sobretudo a parcela referente aos direitos sociais, como é o caso do direito à saúde, medicamentos, tratamentos, internação, ensino, etc. reclamam prestações que nem sempre dependem exclusivamente da vontade dos agentes públicos encarregados de sua execução. A questão se coloca então em como viabilizar esses direitos, quais seriam as condições, os limites e as possibilidades dessas prestações. Esse problema permeia toda a ordem normativa e tensiona com a teoria jurídica que lhe dá suporte, notadamente com a tradicional doutrina da separação dos Poderes, que nega qualquer papel criativo da jurisprudência,¹⁷ “uma visão formalista e procedimental do direito”.¹⁸

1 ESTADO DE DIREITO, DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição de 1988 adotou uma forma de conciliação entre Estado de Direito a ele adicionando a particularidade de democrático, para simbolizar o governo da maioria e a garantia do respeito aos direitos fundamentais – art. 1º. Há de fato, uma estreita ligação entre democracia e respeito aos direitos

de todos os problemas característicos dos países não-desenvolvidos. Sua já conhecida desigualdade social piora ainda mais o quadro, fazendo com que a imensa maioria da população dependa completamente da implementação de políticas públicas, especialmente nas áreas da educação, da saúde e da moradia.” DA SILVA, Virgílio. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*, Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 587.

- 16 “Devemos ter serenidade bastante para reconhecer que a otimização dos direitos sociais não deriva só ou primordialmente da proclamação exaustiva do texto constitucional, mas da “good governance” dos recursos públicos e privados afectados ao sistema de saúde.” CANOTILHO, J.J. Gomes. O Direito Constitucional como Ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade, contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, ÉRICA Paula Barcha. (Coord.) *Direitos Fundamentais Sociais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 16.
- 17 O juiz como a boca da lei, cf. texto clássico de Montesquieu: “Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, quela bouche qui prononce les paroles de la loi.” Montesquieu, Charles de Secondat. *Espírito das Loïs*, 1777, Liv XI, Chap. VI.
- 18 PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, ÉRICA Paula Barcha. (Coord.) *Direitos Fundamentais Sociais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 57, 62 e passim.

fundamentais, mas também significa que a democracia exige como condição de sua existência e desenvolvimento o Estado de Direito.¹⁹

Ocorre que existe uma relação problemática entre o princípio democrático – fundamentalmente a decisão pela maioria – e o Estado de Direito – identificado não apenas como o império da lei, mas como aquele que está “vinculado à observância de uma pauta material de valores entre os quais o princípio da dignidade da pessoa humana e [onde] os direitos fundamentais desempenham um papel essencial”.²⁰

E essa tensão constante se revela a cada embate político ou jurídico na qual a liberdade individual ou alguma faceta do princípio da igualdade se confronta com os interesses, reais ou presumidos e ainda que plasmados em normas jurídicas, da maioria, ainda que ocasional, colocando no centro do debate os próprios fundamentos em que se baseia as decisões judiciais que restringem o espaço de decisão da maioria.

A rigor, a própria concepção das constituições rígidas, bem como a previsão de limitações legislativas ao poder de reforma e a determinação de respeito aos direitos fundamentais, são fórmulas de restrição ao princípio democrático. A maioria pode muito, mas não pode tudo, a revelar uma convivência entre os princípios, não necessariamente harmônica, já que conflitos entre princípios parece ser insuperável, numa ordem constitucional democrática.²¹

19 Canotilho demonstra com exuberância “que a articulação da socialidade com democraticidade torna-se, assim, clara: só há verdadeira democracia quando todos têm iguais possibilidades de participar no governo da polis. Uma democracia não se constrói com fome, miséria, ignorância, analfabetismo e exclusão. A democracia só é um processo ou procedimento justo de participação política se existir uma justiça distributiva no plano dos bens sociais. A juridicidade, a sociabilidade e a democracia pressupõe, assim, uma base jusfundamental incontornável, que começa nos direitos fundamentais da pessoa e acaba nos direitos sociais.” CANOTILHO, J.J.Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade, contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”*. Op.cit., p. 19.

20 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 17.

21 Também poderia ser considerado na proibição de retrocesso: “em cuja conformação concreta não se poderiam – como, de resto, tem evidenciado toda a produção jurisprudencial sobre o tema – dispensar critérios adicionais, como é o caso da proteção da confiança (a depender da situação, é claro), da dignidade da pessoa humana e do correlato mínimo existencial, do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, da proporcionalidade, apenas para citar os mais relevantes.” SARLET, Ingo Wolfgang. *Segurança Social, Dignidade da Pessoa Humana e Proibição de Retrocesso: Revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais*. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, ÉRICA Paula Barcha. (Coord.) *Direitos Fundamentais Sociais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 76.

Na prática, toda vez em que essa tensão se revela, acusa-se a irracionalidade do protagonismo judicial na sua oposição ao princípio democrático. Inconscientemente ou não, o entendimento é de que o princípio democrático é a instância deliberativa por excelência, e ela nunca violaria direitos fundamentais, quando muito, violaria o que a minoria – amparada por uma aristocracia judicial –, entende como direitos fundamentais.²²

Ocorre que é a própria Constituição que previu a natureza contramajoritária das deliberações garantidoras de direitos fundamentais – ao definir que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, da CF) e ao inserir os direitos de garantias fundamentais dentre as matérias insuscetíveis de reforma constitucional (artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF) –, e incidir contra essa opção constitucional significa tencionar com os próprios fundamentos das decisões do constituinte e do pacto social que então se plasmou, num debate circular.

Além disso, a crítica reiterada com apelo retórico da troca da decisão majoritária oriunda do parlamento democrático pela decisão aristocrática judicial não se sustenta, partindo-se do pressuposto de que o que ocorre quando a invalidação da norma violadora é a restauração de um direito fundamental efetiva ou potencialmente violado pela decisão majoritária.

A estratégia mais adequada talvez seja aquela em que se evidencia o conflito de interesses, com suas várias posições jurídicas, alargando o conhecimento do possível confronto, aumentando com isso os espaços de controlabilidade das decisões, inclusive judiciais, sua racionalidade e grau de discricionariedade que a Constituição lhe outorga.²³

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Segundo opiniões abalizadas da doutrina, as normas substantivas da Constituição, de modo peculiar os direitos fundamentais, atuam na argumentação

22 No fundo, pretende-se invocar como *ultima ratio* a representação popular como instância deliberativa para resolver e fazer opções sobre direitos fundamentais, como é o caso do “majoritarismo participativo” proposto por Jeremy Waldron, como princípio da autoridade que deve guiar a tomada de decisões sociais nos casos de discrepância entre direitos fundamentais, seu conteúdo e alcance, cf., WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999. p. 88-118.

23 Tanto o STF quanto o STJ, em variadas situações, negaram a justicialidade de direitos sociais, seja com base na cláusula da separação dos poderes, seja na insuficiência de recursos: RE 259508/RS, MS 6564/RS, respectivamente, entre outros.

jurídica na qualidade de princípios jurídicos.²⁴ Os princípios jurídicos representam talvez uma das noções mais ambíguas das teorias jurídicas, de modo especial a sua característica relacionada com o modo da argumentação jurídica empregada, e que estimula assim um notável papel da atuação judicial.

Dessa maneira, ideias como núcleo essencial, ponderação de bens, razoabilidade, princípio da proporcionalidade, reserva do financeiramente possível, constituem ferramentas argumentativas que são utilizadas para fundamentar as decisões judiciais envolvendo conflitos dessas peculiares espécies normativas. Convém, no entanto, por primeiro, enfatizar que a concepção de direitos fundamentais que adotamos concebe-os de maneira unitária e com possibilidades de restrição, e considera as “gerações ou dimensões de direitos fundamentais” bem como a categorização dos direitos fundamentais como absolutos, como formulações teóricas equivocadas, pelos vários problemas que elas podem causar.

2.A) DIREITOS FUNDAMENTAIS GERACIONAIS?

A compartimentação dos direitos fundamentais em gerações é histórica²⁵ e juridicamente infundada,²⁶ como demonstrou Cançado Trindade.²⁷ Além disso,

24 Reportamos-nos, por todos, a SANCHÍS, Luis Prieto. *Ley, Principios, Derechos*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson. Madrid. 1998. p. 2, tb. ZAGREBELKY, Gustavo. *El derecho dúctil. La ley, derechos, justicia*. Tradução Marina Gascón. 3. ed. Madri: Editorial Trotta, 1999. p. 109/110, “Se el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (y aquí interesan en la medida en que son principios). Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley.”

25 “[...] sem se aprofundar nos aspectos históricos, pode-se indicar que já havia direitos sociais (prestações do Estado) garantidos nas primeiras Constituições e Declarações do século XVIII e de inícios do século XIX. Assim, por exemplo, a Declaração francesa de 1793 (pertencente à Constituição jacobina da fase radical de esquerda da ‘Revolução Francesa’) garantia a assistência aos necessitados como uma ‘dívida sagrada’ da sociedade e o direito de acesso à educação (arts. 21 e 22). E a Constituição brasileira do Império de 1824 incluía entre os direitos fundamentais dois direitos sociais, os ‘socorros públicos’ e a ‘instrução primária’ gratuita (art. 179, XXXI e XXXII), ambos direitos sociais e diretamente inspirados na Declaração francesa de 1793.” DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 35.

26 “A nefasta fantasia das chamadas ‘gerações de direitos’, histórica e juridicamente infundada, na medida em que alimentou uma visão fragmentada ou atomizada dos direitos humanos, já se encontra devidamente desmistificada.” CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Do direito econômico aos direitos econômicos sociais e culturais. In: *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional*. Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 32.

27 “Quem formulou a tese das gerações de direito foi o Karel Vasak, em conferência ministrada em 1979, no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo. Pela primeira vez, ele falou em gerações de

essa concepção conduz a uma visão atomizada dos direitos humanos,²⁸ o que leva a uma sucessividade dos grupos de direitos - de uma geração por outros direitos da geração posterior, tal como ocorrem com gerações de computadores, de automóveis, de aviões e dos demais utensílios da modernidade. Do mesmo modo, pode-se criticar a denominação de “dimensões de direitos”.²⁹ Por essa razão, com a preocupação de buscar a precisão terminológica, é preferível os termos “categorias” ou “espécies” de direitos fundamentais;³⁰ que possibilita uma visão integrada de todos os direitos fundamentais,³¹ mormente em países de economia periférica como o Brasil, possuidor de enormes carências na efetividade de direitos fundamentais.³²

Aliás, são precisamente estas graves distorções que nos levam a refletir criticamente contra a adoção de uma classificação doutrinária artificiosa que, na prática, ao compartimentar os direitos fundamentais, inconscientemente ou não, negligencia o seu cumprimento e lhe retira um dos significativos atributos que é precisamente a força histórica.

Assim, uma categoria, ou espécie de direitos fundamentais não pode prescindir da existência das outras.³³ Aliás, a própria divisão dos direitos

direitos, inspirado na bandeira francesa: *liberté, égalité, fraternité*. A primeira geração, *liberté*: os direitos de liberdade e os direitos individuais. A segunda geração, *égalité*: os direitos de igualdade e econômico-sociais. A terceira geração diz respeito a *solidarité*: os direitos de solidariedade. E assim por diante. Eu sou seu amigo pessoal, foi meu professor. Fui o primeiro latino-americano a ter o diploma do Instituto. Foi meu examinador, é meu amigo pessoal e agora tive a grata satisfação de colaborar com um artigo em homenagem a ele, publicado pela UNESCO, em Paris. Sou isento para falar sobre o assunto. Sou amigo dele e não concordo com a tese que ele apresentou pela primeira vez em 1979, e que Norberto Bobbio copiou. Para falar dos seguidores de Norberto Bobbio, aqui, neste País, como em todos os países da América Latina, temos a mania de copiar *ipsis literis*, como se fosse a última palavra, o que dizem os europeus.” Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm. Acesso em: 8 jul. 2015.

- 28 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Derechos de Solidariedad*. In: *Estudios Básicos de Derechos Humanos*. V. I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-IIDH, San Jose, 1994. p. 64-65.
- 29 “Essa opção evita os graves equívocos do termo ‘gerações’, mas não será utilizada no presente estudo em razão de uma preocupação de exatidão terminológica. Fala-se em ‘dimensão’ para indicar dois ou mais componentes ou aspectos do mesmo fenômeno ou elemento. No caso aqui relevante, há grupos de direitos fundamentais cuja finalidade e funcionamento são claramente diferenciados em âmbito jurídico.” DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 35-36.
- 30 DIMOULIS; MARTINS, *op.cit.*, p. 36.
- 31 *Idem*, p. 33.
- 32 “o empobrecimento a que vêm sendo submetidos amplos e crescentes segmentos das populações dos países endividados constitui um grave atentado aos direitos humanos.” CANÇADO TRINDADE, *op.cit.*, p. 33.
- 33 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Do direito econômico aos direitos econômicos sociais e culturais. *Cit.*, p. 33, “Devem esses últimos ser tomados em seu conjunto. Quantos governos, a pretexto de buscar a ‘realização progressiva’ de determinados direitos econômicos e sociais em um futuro indeterminado, violaram sistematicamente os direitos civis e políticos (e.g., a América Latina das

humanos em direitos econômicos, sociais e culturais e direitos civis e políticos deve ser vista com reservas, pois, no âmbito internacional, desde a Conferência de Direitos Humanos de Teerã, de 1968, se proclamou a indivisibilidade dos direitos humanos, “afirmando que la plena realización de los derechos civiles era imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales.”³⁴

Assim, deve haver uma inter-relação e vinculação de todos os direitos fundamentais que, sob uma visão fragmentada, tendem a ser sistematicamente violados, pelo enfraquecimento que propicia, sobretudo pelos autoritarismos sem bandeiras, seja no plano político, seja no plano econômico-social.³⁵

Além disso, uma visão unitária ampla, que pressuponha distinções dos vários direitos fundamentais – em razão da diferença estrutural entre eles, como as relativas à natureza negativa/positiva, à maior ou menor especificação do seu conteúdo, etc., evitaria os falsos dilemas como, no caso da Constituição de Portugal, quando se contrapõe “direitos de liberdade” e “direitos sociais”, por exemplo, fundados que são também numa diferenciação tipológica artificial.³⁶ Problema esse que não existe no regime constitucional brasileiro, já que a Constituição de 1988 não faz diferenciações entre direitos de liberdade (defesa) e direitos sociais, com a consequente ordem hierárquica entre eles.³⁷

ditaduras, particularmente da década dos setenta)! Quantos governos vêm se escudando nas conquistas dos direitos civis e políticos para negar vigência aos direitos econômicos, sociais e culturais (e.g., a América Latina de hoje)! Quantos governos se arrogam em ‘promotores’ de alguns direitos econômicos e sociais para continuar minimizando os direitos civis e políticos (e.g., os países fundamentalistas na recente II Conferência Mundial de Direitos Humanos e em eu processo preparatório)! À integridade do ser humano corresponde em definitivo a integralidade de seus direitos.”

- 34 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. La protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. In: *Estudios Básicos de Derechos Humanos*. V. I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos - IIDH, San Jose, 1994. p. 42-3; tb. MORAIS, José Luis Bonlzan. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 69.
- 35 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Derechos de Solidariedad. In: *Estudios Básicos de Derechos Humanos*. V. I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos - IIDH, San Jose, 1994. p. 66.
- 36 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra, 2010. p. 255 ss., 269 ss.
- 37 SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163-206; tb. disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. p. 15. e, ainda, “mesmo que entre ambos os grupos de direitos, especialmente entre a sua dimensão negativa e positiva, existam diferenças no que diz com o seu objeto e função desempenhada na ordem jurídico-constitucional.” p.17, Acesso em: 30 set. 2015.

2.B) DIREITOS FUNDAMENTAIS ABSOLUTOS?

Outra significativa controvérsia dos direitos fundamentais, de certo modo decorrente da anterior, refere-se à concepção de direitos fundamentais como absolutos, irredutíveis ou mesmo indisponíveis. Tal como fez o Supremo Tribunal Federal, pelo menos é o que consta da ementa do acórdão da ADPF nº 130, que apreciou a controvérsia relativa à Lei de Imprensa. E não se trata de simples obiter dictum, pois lá se afirma

[...] restando claro que, se o Estado puder interferir nesse compactado núcleo, estará marcando limites ou erguendo diques para o fluir de uma liberdade que a nossa Lei Maior somente concebeu em termos absolutos; ou seja, sem a mínima possibilidade de apriorístico represamento ou contenção.³⁸

Acreditamos que não possa existir no sistema constitucional brasileiro um direito que seja sempre e aprioristicamente absoluto, nas múltiplas possibilidades de configuração que a vida cotidiana traduz. A realidade revela diversas situações em que o titular de um direito fundamental pode renunciar ao seu direito, a exercer o seu exercício, o que representa um *desmentido* de formulações teóricas absolutistas que pressupõe a irrenunciabilidade como uma característica intrínseca.

De fato, a renúncia, deliberada e validamente realizada, do exercício de um direito fundamental faz parte do âmbito de exercício do direito fundamental da autodeterminação individual, de igual hierarquia constitucional e merecedor de igual proteção em relação ao direito renunciado.³⁹

Assim, a adoção da distinção entre titularidade e capacidade de exercício de direitos fundamentais possibilita ver os distintos direitos, nas variadas situações que a vida social propicia, de forma integrada e sem que haja aprioristicamente hierarquia entre eles.

A titularidade de um direito fundamental pode ser absoluta, no sentido de que não se pode nem mesmo admitir a renúncia do próprio

38 STF, ADPF nº 130. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>.

39 “Quanto à possibilidade dogmática de distinção entre titularidade e capacidade de exercício de direitos fundamentais, parece evidente que, no plano dos conceitos, uma coisa é ter a titularidade de uma posição jurídica de direito fundamental e outra, perfeitamente distinta, é ter a capacidade, fáctica ou jurídica, de concretamente invocar essa posição no exercício concreto das faculdades ou poderes que a integram.” NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, v. I, 1996. p. 282.

titular, mas não a capacidade de exercício, que pressupõe a autonomia do titular, na sua liberdade de agir que a Constituição garante.

3 A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

Embora seja um documento único, é possível identificar três grandes grupos de normas nas constituições contemporâneas como a brasileira de 1988: as declarações de direitos civis e políticos; a estrutura do Estado; e as normas constitucionais sociais. Nesse último segmento, é inequívoca a influência da Constituição portuguesa de 1976. A maioria dos seus dispositivos originais denotam uma vertente dirigente, pressupondo a intervenção do Estado como agente propulsor das ações e realizador das promessas da modernidade e que naquele momento caracterizavam o Estado do Bem-Estar Social.⁴⁰

A obra “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas”, do Professor J.J. Gomes Canotilho, publicada originalmente em 1982, é um bom exemplo de pensamento doutrinário que encontrou ampla receptividade no constitucionalismo brasileiro – ao defender fundamentalmente que os direitos sociais previstos constitucionalmente teriam condições de obrigar o legislador a estabelecer políticas públicas para sua satisfação, cujo inadimplemento equivaleria a uma inconstitucionalidade por omissão. Sua influência na elaboração da Constituição de 1988 é amplamente aceita e reconhecida pelo próprio autor.⁴¹

A queda do muro de Berlim, em 1989, no entanto, teve um papel simbólico importante no mundo e no Brasil, como economia periférica, em particular, porque significou o fim da Guerra Fria e o triunfo da economia capitalista sobre socialismo de Estado, e o controle da economia pelo Estado cedeu lugar a uma desvinculação cada vez maior do Estado e da economia, apregoando-se o “fim do Estado Social”, historicamente

40 “(1) O Estado social é o tipo de Estado que coloca entre os seus princípios fundantes e estruturantes o princípio da socialidade; (2) o princípio da socialidade postula o reconhecimento e a garantia dos direitos sociais; e (3) a garantia dos direitos sociais pressupõe uma articulação do direito (de todo o direito, a começar pelo direito constitucional) com a economia intervencionista progressivamente neutralizada pela expressão do mercado global.” CANOTILHO, J.J. Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade, contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”, op.cit., p. 18.*

41 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 15, abr. 1996. p.7

vinculado às concepções ideológicas que nortearam em grande parte a elaboração da CF-1988.⁴²

Assim, não foi sem comoção que se viu a total revisão da obra referida, no desencantador prefácio da sua segunda edição, quando o Professor Canotilho afirmou sua tese como um filho enjeitado, defendendo a morte da constituição dirigente.⁴³

Nos anos seguintes, com a aceleração do processo de globalização dos mercados,⁴⁴ o encolhimento dos Estados nacionais, como agentes de promoção do desenvolvimento das sociedades, e o triunfo das ideias econômicas neoliberais, ficou mais nítida ainda a separação entre as promessas da modernidade e a realidade social. Não raras vezes se proclamou a desnecessidade da inclusão de direitos sociais na Constituição, e ainda mais o não reconhecimento como direito fundamental.⁴⁵

-
- 42 TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 1-2. “Ganharam força as ideias econômicas neoliberais que, na comunidade internacional, passaram a ser rotuladas como o Consenso de Washington, a exigir das economias emergentes, como forma de obtenção de crédito, a abertura dos mercados internos, a desregulamentação da economia, privatizações, reformas tributária e previdenciária, redução de gastos sociais, flexibilização das relações de trabalho e maior responsabilidade fiscal. Os países que não amoldam seus direitos internos aos referidos padrões econômicos não recebem investimentos, mesmo porque o capital não tem pátria, permanecendo nos lugares onde o ordenamento jurídico mais lhe favoreça.” CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neopositivismo*. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 179.
- 43 É claro que o autor revisitou o tema posteriormente: “Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais” (Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Estudos em homenagem ao Prof. António de Arruda Ferrer Correia, 1988, republicado na obra “Estudos sobre direitos fundamentais, Coimbra, 2005, p. 35 e ss.); “Metodologia ‘Fuzzy’ e ‘camaleões normativos’ na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais” (Estudos sobre direitos fundamentais, Coimbra, 2005, p. 95 e ss). Também no texto “O tom e o dom na teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais” (Estudos sobre direitos fundamentais, Coimbra, 2005, p. 115 e ss) o autor revisita o tema da “constituição dirigente social”. Apesar da defesa de uma posição jurídico-prestacional, com a mesma densidade jurídico-subjectiva dos direitos de defesa, “e embora tenha sido reconhecido que o Estado, os poderes públicos e o legislador estão vinculados a proteger e a garantir prestações existenciais, a doutrina e a jurisprudência abraçaram uma posição cada vez mais conservadora.” *Op.cit.*, p. 12.
- 44 “A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência a valores. Mas nem por isso deixa de fazer perceptível um desígnio de perpetuidade do statu quo de dominação. Faz parte da estratégia mesma de formulação do futuro em proveito das hegemonias supranacionais já esboçadas no presente. Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 585.
- 45 ATRIA, Fernando, “Existem Direitos Sociais?” In: MELLO, Cláudio Ari. (Coord.). *Os Desafios dos Direitos Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 9-46.

Essa mudança decorrente das novas configurações econômicas e da ruína dos muros nacionais criou um grave problema para a doutrina jurídico-constitucional, relacionado com a concretização dos direitos fundamentais – mesmo levando-se em conta a “precária técnica legislativa e sofrível sistematização (que, de resto, não constituem uma particularidade do texto constitucional, considerando o universo legislativo brasileiro),”⁴⁶ na medida em que a constituição é uma norma fundamental, com força normativa vinculante, como então concretizar as promessas constantes do seu texto?

Ante a inércia do Estado em muitos segmentos, a ampliação da legitimação ativa propiciada por leis importantes, ainda que editadas antes da CF-1988, como é exemplo a Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/1985, art. 1º –, propiciaram a progressiva judicialização das políticas públicas envolvendo direitos fundamentais. Com isso, formou-se um dos grandes embates jurídicos atuais, relacionados com os diversos conflitos existentes no relacionamento entre o Poder Judiciário e Poder Executivo na condução e execução de políticas públicas voltadas para a realização de direitos fundamentais.⁴⁷

Importante ressaltar que essa mudança de paradigmas, denominando-se de Estado Democrático ou Pós-socialista, ou Estado da Sociedade de Riscos, ou Estado Subsidiário⁴⁸ acontece sem que tenham sido realizados para a ampla parcela da população brasileira os benefícios do Estado do Bem-Estar Social.

4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

Até o advento da CF de 88 era comum o pensamento jurídico brasileiro considerar o estudo dos problemas jurídicos a partir das normas infraconstitucionais, o que reflete de um lado uma vinculação com o pensamento europeu, francês em particular, que tinha as normas constitucionais em geral, e os direitos fundamentais em particular, como programas políticos, mero rótulo de “conselhos”, “declamações” ou “exortações morais”, daí serem normas programáticas – “regras constitucionais que buscam conciliar interesses de grupos políticos e sociais antagônicos, apresentando conteúdo econômico-social e função eficaz

46 SARLET, op.cit., p. 6.

47 “Subjacente à missão do Estado Social, estava a ideia dos “bens sociais” (saúde, ensino, segurança, trabalho) como bens públicos que só excepcionalmente podiam ser prosseguidos por privados. A convergência das políticas liberalizadoras (globais e europeias) e privatizadoras juntamente com a atribuição a entidades independentes da competência regulatória conduzem a uma rotação de 360 graus na qualificação desses bens. Agora são bens privados que só excepcionalmente devem ser prosseguidos por serviços públicos. A socialidade estatal e um lugar incerto.” (Canotilho, 2015, p. 15)

48 Ibidem.

de programa, obrigando os órgãos públicos, mediante a determinação das diretrizes que estes devem cumprir”.⁴⁹

A razão dessa postura radicava na consideração de que era “impossível satisfazer simultaneamente a todos os direitos proclamados pelo texto constitucional e aguarda-se a solução do legislador ordinário.”⁵⁰ Por isso havia a prevalência das normas infraconstitucionais por possuírem maior concretude.

A partir da virada constitucional operada pela CF-1988 passou-se a dar gradualmente maior peso às normas constitucionais na resolução de problemas de interpretação dos textos processuais.⁵¹ São inúmeros os dispositivos constitucionais com conteúdo processual, a demonstrar uma preocupação dos constituintes em alçar ao nível constitucional regras de respeito aos direitos individuais dos indivíduos, numa clara demonstração de afirmação do Estado Democrático de Direito que se procurou restaurar.

Ao mesmo tempo em que procurou negar expressamente qualquer vinculação com o período autoritário de que então se saía. Aliás, não era propriamente a ausência de previsões normativas – inclusive constitucionais – que o período autoritário se ressentia, basta uma leitura dos vários preceitos contidos no art. 153 da Emenda Constitucional nº 1/1969 para constatar que a enumeração de direitos era apenas simbólica e não garantia efetividade alguma, como a história demonstrou em inúmeros casos.⁵²

Essa virada metodológica unicamente, entretanto, não foi suficiente para os grandes desafios que a Constituição de 1988 propôs. O modelo teórico que prevaleceu e ainda prevalece em grande parte do meio jurídico brasileiro tem como postulados principais os decorrentes do direito liberal, e no caso do direito processual a teoria da relação jurídica processual, cujo conceito neutraliza a própria relação social, e “se é capaz de demonstrar o que acontece quando o litigante vai em busca do juiz em face daquele que resiste à sua pretensão, encobre as intenções do Estado ou de quem

49 PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficiência e aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*. São Paulo: Max Limonad. 1999. p. 173.

50 DIMOULIS, Dimitri & Martins, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas. 2014. p.5.

51 MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constitucionalização do processo no direito brasileiro. In: *Estudos de Direito Processual Constitucional*. Homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do Direito. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 48.

52 *Brasil: Nunca Mais*. Prefácio de D. Paulo Evaristo, Cardeal Arns. Petrópolis: Vozes. 1985.

exerce o poder, além de ignorar as necessidades das partes, assim como as situações de direito material e as diferentes realidades dos casos concretos.⁵³

A teoria da relação jurídica pressupõe uma neutralidade axiológica que procura escamotear tudo o que dos autos não consta e constitui a realidade concreta. Pressupõe uma abstração e um conceitualismo característicos da pandectística.⁵⁴ Trata-se na realidade de um mito, concebido com a intenção de construir uma ciência processual bastante em si mesma – pretensamente ascética, indiferente à realidade social e concreta da vida em sociedade e, ainda, alcançando um nível de abstração que a própria vida em sociedade é uma vinculação indesejável – a vida das partes, os objetivos do Estado, todas essas considerações devem ser afastadas, na ânsia de se alcançar um sistema processual linear e puro.

Esta conduta metodológica é incompatível com o Estado Constitucional. Nele se pressupõe uma legitimidade do procedimento, da participação no procedimento e da própria decisão que são incompatíveis com o pensamento jurídico que se supõe de uma neutralidade que imuniza o processo de preocupações com a própria legitimidade do poder.

Hodiernamente é inconcebível um processo que culmine em uma decisão ilegítima, seja a que título e fundamento jurídico que for, pois não se encontra entre os objetivos da própria jurisdição a produção de decisões ilegítimas. Por essa razão o:

Processo não pode ser visto apenas como relação jurídica, mas sim como algo que tem fins de grande relevância para a democracia e, por isso mesmo, deve ser legítimo. O processo deve legitimar pela participação –, ser em si legítimo – adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais –, e ainda produzir uma decisão legítima.⁵⁵

Nesse sentido, ao direito que os indivíduos possuem de participar de um processo – com a oportunidade de alegar, requerer provas, participar da sua produção e avaliar seus resultados – se alia outro, de haver um procedimento adequado à tutela daquele direito material previsto constitucionalmente. Não teria sentido algum a Constituição prever um

53 MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. Da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. In: *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. v.1, p. 1133-1148. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p.1133.

54 Ibidem.

55 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p.1136.

direito e não haver no ordenamento jurídico um procedimento adequado para a sua tutela.

Exatamente para isso instituiu o constituinte o mandado de injunção – art. 5º, inc. LXXI⁵⁶– e a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão: art. 102, § 2º.⁵⁷

Assim, o contraditório, a publicidade, a motivação da decisão judicial, além da imparcialidade do magistrado, são elementos que possibilitam de um processo constitucionalmente justo e uma vinculação da decisão judicial com os objetivos do Estado, bem como com os direitos fundamentais.

Dáí uma definição adequada de processo, segundo à Constituição, que seria:

O instrumento através do qual a jurisdição tutela os direitos na dimensão da Constituição. É o módulo legal que legitima a atividade jurisdicional e, atrelado à participação, colabora para a legitimidade da decisão. É a via que garante o acesso de todos ao Poder Judiciário e, além disso, é o conduto para a participação popular no poder e na reivindicação da concretização e da proteção dos direitos fundamentais.⁵⁸

A proteção dos direitos fundamentais se realiza de vários modos, não necessariamente através do processo judicial.⁵⁹ A crença de que o processo judicial é um meio indispensável para a realização da justiça é um mito. O ideal, no entanto, é que o processo produza decisões legítimas, no sentido da realização ou garantia dos direitos fundamentais.⁶⁰

56 “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;”

57 “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

58 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 466-467.

59 QUEIROZ, op.cit., p.387-388. Convém lembrar, ainda, a lição de Carlos Santiago Nino para quem “a perspectiva usual de que os juízes estão melhor situados que os parlamentos e que outros funcionários eleitos pelo povo para resolver questões que tenham a ver com direitos parece ser a consequência de certo tipo de elitismo epistemológico. Este último pressupõe eu, para alcançar conclusões morais corretas, a destreza intelectual é mais importante que a capacidade para se representar e equilibrar imparcialmente os interesses de todos os afetados pela decisão.” *La Constitución de la democracia deliberativa*, p. 260, apud MARINONI, op.cit., p. 459.

60 MARINONI, op. cit., p. 452.

Processo alheio ao seu resultado equivale a ter um procedimento que vale independentemente da sua legitimidade, com uma visão unicamente interna – completamente desvinculado com os fins e objetivos da jurisdição.

Uma visão externa do processo, por outro lado, proporciona uma abertura na compreensão e desenvolvimento do processo e é exatamente por isso que se pressupõe a participação dos atingidos pela decisão como forma de legitimar o processo.

5 O NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO

O neoconstitucionalismo,⁶¹ concebido como modelo de Estado Constitucional de Direito, vem se desenvolvendo na Europa, a partir do final da 2ª. Grande Guerra – ou de meados do Séc. passado, como quer Luis Prieto Sanchís⁶² -, ou seja, um modelo de organização política diferente do Estado de Direito do séc. XIX.

Esse novo paradigma de Estado Constitucional pode ter concebido como resultado da confluência dos dois grandes ramos do constitucionalismo moderno, a tradição norte-americana e a europeia. A simplificação das duas concepções ou tradições do constitucionalismo moderno, evidentemente, tem apenas o objetivo de situar historicamente as fontes do que se convencionou chamar “constitucionalismo” ou “constitucionalismo pós-moderno”, e apontar como resultado dessa confluência de elementos dessas duas tradições ou modelos e entender a constituição como dotada de forte conteúdo normativo e de garantia jurisdicional.⁶³

O neoconstitucionalismo como teoria do Direito possui como características mais importantes: a) força normativa da constituição; b) supremacia em relação a todo o ordenamento jurídico; c) eficácia e aplicação

61 “A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito, Estado Constitucional Democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria.” BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 3. n. 11, out./dez. 2005. p. 23.

62 SANCHÍS, Luis Prieto. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones. In: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madri: Trotta, 2003. p. 107, “Aquí por neoconstitucionalismo no entenderé tanto un modelo ideal construido en sede teórica, aun cuando puede intentarse su construcción, sino más bien la forma de organización política que se viene abriendo paso en Europa desde mediados del siglo pasado;”

63 Ibidem.

imediateza; d) garantia judicial; e) presença de um denso conteúdo normativo; e f) rigidez constitucional.

A essas características que poderiam ser tidas como comuns aos Estados Europeus devem ser aliadas às peculiaridades de sociedades como a brasileira – no sentido de que as prescrições constitucionais não correspondem à realidade, e, por isso, a força transformadora da realidade decorrente da aplicação da CF de 1988, por exemplo, adquire características peculiares, circunstância que não tem, pelo menos na mesma intensidade os Estados Europeus. Porém, menos em Estados como o Brasil de constitucionalismo tardio,⁶⁴ é possível encontrar as características apontadas por autores que analisam os Estados Europeus, – como é o caso de Robert Alexy, Luis Prieto Sanchís, Riccardo Guastini, Gustavo Zagrebelsky, entre outros –, e que podem ser resumidas nas seguintes – aproveitando a síntese precisa de Prieto Sanchís:

Más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución em todas las áreas jurídicas y em todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica em torno a un puñado de principios coherentes entre si y em torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.⁶⁵

Outra controvérsia que gira em torno deste tema diz respeito aos conflitos entre direitos sociais e entre eles e os direitos individuais. Embora seja questionável a real importância da enumeração exaustiva de todas as hipóteses de conflitos, envolvendo os vários tipos de direitos previstos na Constituição, o que pareceria um mero exercício acadêmico, não se pode desconhecer a importância da distinção.⁶⁶ Muito embora sem a

64 BARROSO, op.cit., p. 22/23, “O marco histórico do novo Direito Constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar.”

65 SANCHÍS, op.cit., p. 117.

66 É o caso, por exemplo, da distinção feita por Ronald Dworkin entre argumentos de princípios, que fundamentariam direitos individuais, e argumentos de política - “policy” - que fundamentariam os objetivos coletivos, cf. DWORKIN, Ronald. *Talking Rights Seriously*. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. 1978. p. 90, “Arguments of principle are arguments intended to establish an individual right; arguments of policy are arguments intended to establish a collective goal. Principles are propositions that describe rights; policies are propositions that describe goals.” Também, LOPES,

compreensão da “simultânea natureza dos direitos fundamentais como garantias jurídico-constitucionais e como direitos susceptíveis de limitação” se perca a riqueza da análise dos complexos mecanismos de atuação dos direitos fundamentais nos Estados de Direito Constitucional.⁶⁷

Nosso argumento fundamental, entretanto, é de que não há uma hierarquia entre direitos fundamentais e direitos sociais, de modo que a Constituição consagra igual proteção a todos, e assim podem sofrer limitações impostas pelas maiorias – legislativas – em razão de outros direitos ou objetivos também constitucionais, numa colisão ou conflito entre direitos fundamentais, cuja configuração denota uma característica principiológica desses direitos.

As limitações aos direitos fundamentais que pressupomos como legítimas são aquelas que não afetam a dignidade da pessoa humana, que não foi excessiva, nem desarrazoada, nem tenha violado a igualdade, a proporcionalidade, e a segurança jurídica.⁶⁸

Um Estado Democrático Constitucional assim organizado, cuja Constituição possua essas características evidentemente deve reclamar por uma nova Teoria do Direito e para sua aplicação e desenvolvimento institucional um novo Direito Processual. Assim é que se concebe o neoprocessoalimento como ferramenta que desenvolve técnicas processuais para, a partir das bases constitucionais, ajudar na solução dos complexos problemas que o neoconstitucionalismo se propõe a resolver,⁶⁹ em particular na realização da Constituição enquanto norma jurídica central no sistema normativo com poder vinculante em relação a todos os agentes públicos, de modo particularíssimo os direitos fundamentais que representam o que há de mais fundamental em seu texto.

Afirmar, no entanto, que o processo deve estar vinculado aos fins do Estado, ou aos fins constitucionais, em particular a realização da dignidade humana e a promoção e proteção dos direitos fundamentais tem

Jose Reinaldo de Lima. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. FARIA, José Eduardo (Org.) São Paulo: Malheiros, 2005. p. 124.

67 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 15.

68 NOVAIS, op.cit., p. 154; também SARLET, Ingo Wolfgang. *Segurança Social, Dignidade da Pessoa Humana e Proibição de Retrocesso*: Revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. Citado, p. 76.

69 CAMBI, op.cit., p. 21.

um significado apenas no campo retórico, se não forem acompanhados das formas pelas quais o processo irá atingir esses fins do Estado. Inúmeras ocasiões há controvérsias de grande complexidade envolvendo conflitos ou colisões de e entre os próprios direitos fundamentais, que exigem uma igual consideração e respeito, obrigando os magistrados a grandes contorcionismos e malabarismos doutrinários para não acolher os pedidos de afirmação ou cumprimento de direitos fundamentais, sobretudo os sociais.⁷⁰

Nesse sentido a lição de Jorge Reis Novais, para quem:

São vantajosas as construções que evidenciem, da forma mais transparente possível, os conflitos de interesses, valores e princípios que subjazem a todos os caos difíceis de direitos fundamentais. É que o reconhecimento do conflito é o primeiro pressuposto da sua resolução constitucionalmente adequada, pois só o aberto reconhecimento dos interesses colidentes e da situação de colisão permite o controle da sua resolução, de forma intersubjectivamente partilhada, segundo os princípios constitucionais e com recurso inevitável à metodologia da ponderação de bens.⁷¹

6 CONTRADIÇÕES NA REALIZAÇÃO DAS PROMESSAS DA CONSTITUIÇÃO

Ao lado das demais características como organizadora e limitadora do poder político, não há dúvida que as constituições modernas exercem um papel de extrema importância pelo seu caráter transformador da realidade. Fixam valores e estabelecem objetivos muitas vezes de difícil alcance. Luigi Ferrajoli denomina de “utopias de direito positivo”, porque segundo ele “embora jamais serão realizadas à perfeição, estabelecem, no entanto, enquanto direito sobre direito, as perspectivas de transformação do direito mesmo na direção da igualdade nos direitos fundamentais.”⁷²

70 STRECK, Lênio. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Univali. p.171-172. Disponível em: <<http://www.univali.br/periodicos> último acesso 30/9/2014>. Resumidamente, para o autor o magistrado somente poderia afastar a aplicação de uma lei nas seguintes hipóteses: pela declaração de inconstitucionalidade da lei; em face de uma interpretação conforme à CF, permanece o texto mas se muda a norma; em face de uma nulidade parcial sem redução de texto, deixa-se de aplicar o texto como texto; quando estiver em face das antinomias (Bobbio); em razão de uma inconstitucionalidade parcial com redução de texto – quando se retirar uma parte da lei; quando se estiver em face de um princípio que afasta uma regra, princípios entendido no sentido de R. Dworkin, no sentido deontológico.

71 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 31.

72 FERRAJOLI, Luigi. *Juspositivismo crítico y democracia constitucional*. Tradução de Lorenzo Córdova e Pedro Salazar. *Isonomia*, v. 16, abr. 2002. p. 27.

Há uma relação muito intensa entre Estado de Direito, democracia e direitos fundamentais, da mesma forma que não se pode ter um verdadeiro Estado de Direito sem que exista democracia, não se encontra uma verdadeira democracia sem Estado de Direito. O Estado de Direito está fundado no reconhecimento da igual dignidade de todos:

É que do princípio da dignidade da pessoa humana decorrem cooriginariamente exigências de igualdade e de liberdade individual que conduzem, de forma directa e necessária, à adoção da regra da maioria como princípio elementar de funcionamento do sistema político, pelo que, à luz dessa construção, se não houver democracia também não há verdadeiro respeito pela dignidade da pessoa humana e, logo, pelo Estado de Direito (direitos fundamentais).⁷³

Ora, o neoconstitucionalismo tem por objetivo a realização do Estado Democrático de Direito pela efetivação dos direitos fundamentais, servindo de norte na orientação das referidas mudanças sociais e superando o paradigma da validade meramente formal do direito.⁷⁴ Por outro lado, não se pode deixar de admitir que o Poder Judiciário não tem como substituir a política como democracia.

Como se sabe, no Brasil, somente a partir da adoção da CF de 1988 é que se pode verdadeiramente falar desse novo Estado de Direito Constitucional, vigente na Europa a mais de 50 anos, pelo menos. Por essa razão, pela ausência de cultura jurídica formada nesse novo paradigma, é que se entende como violadora dos princípios da legalidade e da independência dos poderes e da discricionariedade administrativa as decisões judiciais que interferem de alguma forma na condução das políticas públicas – na base do Estado Social estava a ideia dos “bens sociais”: saúde, ensino, segurança, trabalho. (Canotilho, 2015, p. 15)

Essa concepção do papel da Constituição e do Estado na consolidação do Estado Social cria enormes barreiras ao desenvolvimento das instituições jurídicas, relegando unicamente ao Poder Executivo a tarefa de realização das políticas públicas, não se admitindo sequer a verificação dos parâmetros constitucionais.

Assim, como exemplo dessas barreiras, veja-se o caso do artigo 192 § 3º da Constituição Federal, cujo texto original previa a promessa de

73 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 21.

74 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 29.

limitação dos juros reais em 12% ao ano. Fonte de enormes controvérsias jurídicas, de milhares de querelas processuais, nunca efetivado na prática, um emblemático caso de promessa de casamento de uma norma com a realidade nunca realizada, que teve como fim a sua revogação pela EC nº 40 em 2003.

Essa problemática remete também a uma reflexão relativamente à eficácia, concretização e espaços de realização do projeto constitucional, de se indagar sobre as razões da não concretização dos ideários constituintes, questões, aliás, que não são uma exclusividade do Brasil.

A utilização, no entanto, da categoria da revogada categoria da impossibilidade jurídica⁷⁵ do pedido – como uma das condições da ação⁷⁶ –, para se restringir o alcance do controle judicial sobre a efetivação de políticas públicas, fortalece uma visão formalista do processo, na qual os objetivos do Estado e os direitos fundamentais, previstos nas políticas públicas, são relegados e impede que o processo seja um agente de transformação da realidade pela efetivação dos direitos sociais.⁷⁷

Além do mais, a impossibilidade jurídica do pedido ficou plasmada no direito brasileiro como categoria dogmática, a alicerçar pedidos descabidos como dívida de jogo e outros raros pedidos incompatíveis com a ordem jurídica – uma espécie de tutela judicial do absurdo –, em confronto com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da CF, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, garantindo, assim, o livre acesso ao Poder Judiciário, e elevando à categoria de direito fundamental o acesso à jurisdição.

Ora, um dos motivos principais para a não concreção dos direitos fundamentais sociais em economias marginais como da América Latina encontra-se nos limites do próprio projeto do Estado Social, o qual pressupõe o progresso social e a eficiência econômica como fatores imprescindíveis

75 Abandonada pelo próprio autor, com a aprovação do divórcio na Itália - LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 155.

76 Categoria processual extinta como pelo novo CPC, o qual não denomina de “condições da ação”, preferindo adotar o binômio admissibilidade (interesse de agir e legitimação extraordinária) e mérito (possibilidade jurídica do pedido e legitimação ad causam), cf. DIDIER, Fredie. As Condições da Ação e o Novo CPC. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/en/artigos/condicoes-da-acao-e-o-projeto-de-novo-cpc/>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

77 CAMBI, op. cit., p. 21.

para seu incremento, exatamente porque são a fonte para viabilizar o patrocínio das prestações sociais.⁷⁸

Assim, os direitos sociais que necessitam de prestações possuem limites no próprio Estado Social, os quais não podem ser ultrapassados por decisões judiciais. Não se trata de defender uma neutralização política do Poder Judiciário, tipicamente do Estado Liberal. Trata-se apenas de reconhecer os limites do próprio Estado, ainda que haja contradições entre a igualdade formal e a justiça social.

Os direitos sociais são limitados pelas condições materiais de acesso a bens sociais – reserva do financeiramente possível aliada a uma reserva do politicamente adequado ou oportuno na correspondente realização positiva.⁷⁹

Assim, a norma constitucional de garantia de um direito social traduz-se essencialmente na imposição ao Estado de um dever de prestar cuja realização, todavia, por estar essencialmente dependente de pressupostos materiais, designadamente financeiros, não se encontra (ou pode deixar de estar) na inteira disponibilidade da decisão do Estado. Por esse facto, ou seja, pelo essencial condicionamento material e financeiro da prestação estatal, a norma constitucional, em geral, não pode desde logo garantir, na esfera jurídica do titular real ou potencial do direito fundamental, uma quantidade juridicamente determinada ou determinável de acesso ao bem protegido.

É curioso notar, assim, que há de fato um verdadeiro paradoxo na análise das instituições políticas do Estado contemporâneo, uma vez que o Estado Social procura promover a inclusão social, mediante prestações sociais positivas, e o sistema econômico no qual se baseia é por excelência um sistema econômico de exclusão. Não há como deixar de concluir que o Estado Social está condicionado e tem seus limites fixados pela realidade econômica, independentemente das promessas constitucionais dos construtores de utopias.

78 Para Canotilho, o Estado Social somente pode desempenhar sua missão se: "(1) provisões financeiras necessárias e suficientes, por parte dos cofres públicos, o que implica um sistema fiscal eficiente e capaz de assegurar e exercer relevante capacidade de coacção tributária; (2) estrutura da despesa pública orientada para o financiamento dos serviços sociais (despesa social) e para investimentos produtivos (despesa produtiva); (3) orçamento público equilibrado de forma a assegurar o controlo do défice das despesas públicas e a evitar que um défice elevado tenha reflexos negativos na inflação e no valor da moeda; e (4) taxa de crescimento do rendimento nacional de valor médio ou elevado (3% pelo menos ao ano)." (Canotilho, 2015, p. 20)

79 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos de Liberdade e Direitos Sociais na Constituição Portuguesa*. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jrn_ma_8782.doc>. Acesso em: 30 set. 2014.

Um acertado meio de aplicar a constituição pressupõe a superação desses paradoxos no sentido de alcançar o objetivo de assegurar a máxima efetividade dos direitos fundamentais para o maior número possível de pessoas. Daí o acerto das ações coletivas, que buscam a efetividade de determinado direito fundamental, especificamente direitos sociais, dando ao problema “um tratamento mais isonômico e racional, além de evitar ao máximo o casuísmo, a insegurança, que implicam impacto sobre o sistema de políticas públicas”.⁸⁰

O STF, em milhares de casos, tem optado pela afirmação do direito à saúde, associando-o ao direito à vida (p.ex.: RE 271286).⁸¹ Em diversos outros casos, ainda que pela via estreita das Suspensões de Segurança e Suspensão de Tutela Antecipada, a Corte reafirmou a opção pelo fornecimento de medicamentos, no confronto com a alegação de “grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas.” (AgR STA n° 175 – Ceará; em outro precedente paradigmático, ao contrário da análise do professor Canotilho,⁸² a decisão do STF para autorizar o fornecimento de “Viagra” não se baseou em considerações sobre “disfunções humanas e sociais”, mas no tratamento de “hipertensão pulmonar”, como se pode ver na ementa do acórdão: AgR SS n° 2944, DJE 30/04/2010).⁸³

80 SARLET, op.cit., p. 26, bem como Virgílio Afonso da Silva, “O Judiciário e as Políticas Públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais”. In: *Direitos Sociais*, p. 597 e segts.

81 Decisão criticada por Gustavo Amaral, por “deixar de reconhecer o princípio do uso racional dos recursos públicos, bem como por tratar da questão como se não houvesse separação entre interpretação e aplicação, bem como sem atentar para as peculiaridades do caso. Não se está a dizer que a decisão no caso foi equivocada, mas, sim, que ao formular uma solução generalista, pela qual a questão a ser respondida é o contraste entre um direito subjetivo inalienável e um interesse financeiro subalterno, a decisão enuncia uma regra de decisão que acaba por tornar simples ou rotineira a decisão de casos até então difíceis. O Supremo Tribunal Federal falhou em separar os dois campos, da interpretação e da aplicação, acabando por enunciar um critério de direito-a-qualquer-custo.” AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 180-181.

82 “Compreendemos a angústia do cidadão brasileiro que consegue chegar aos Tribunais, incluindo o Supremo Tribunal Federal, reclamando o mandado judicial para fornecimento de ‘Viagra’ em nome da dignidade da pessoa humana”, mas, por enquanto, a prudência jurisprudencial não tem legitimidade para se transformar em instância compensadora de disfunções humanas e sociais, como se de órgãos politicamente responsáveis se tratasse. Mais uma vez, as normas jurídicas não são declarações de amor.” CANOTILHO, J.J. Gomes, O direito dos pobres no ativismo judiciário. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. (Coord.) *Direitos Fundamentais Sociais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 35.

83 “Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Viagra (Citrato de Sildenafil). Tratamento de hipertensão pulmonar. Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.” Mesmo porque figuravam como impetrantes três mulheres.

De todo modo, nossa reflexão remete assim a uma posição de equilíbrio entre as concepções extremadas das barreiras à realização dos direitos sociais - pela negação de sua normatividade, sem aplicabilidade direta e imediata -, e de transformação social pelas normas constitucionais concedendo-se pela via judicial todo e qualquer pedido fundado em expectativas de prestações de direitos sociais, o que praticamente anula a conveniência e oportunidade de opções políticas dos meios, formas, condições e prioridades da realização positiva dos direitos fundamentais.

7 CONCLUSÃO

O Congresso Constituinte de 1987/1988 não realizou um processo de ruptura com o arcabouço normativo anterior embora tenha feito uma proposta de resgate das promessas da modernidade. Ao longo do tempo, viu-se que há um equívoco na tese normativista, segundo a qual a efetivação dos direitos e garantias fundamentais se dá pelo próprio texto constitucional, bastando ela própria para a realização do projeto constitucional.

A afirmação de que o processo deve orientar-se no rumo dos direitos fundamentais situa-se na vertente retórica, pois nada diz com a natureza, a razão de ser e a afirmação desses direitos fundamentais. O direito processual é um fenômeno humano destinado à solução de problemas práticos, não se confundindo com outros métodos como a força bruta ou à conciliação, por essa razão necessita da legitimação como requisito de validade.

Os direitos fundamentais atuam na argumentação jurídica na qualidade de princípios jurídicos. A concepção dos fundamentais de maneira unitária e com possibilidades de restrição - excluindo-se, portanto, as "gerações ou dimensões de direitos fundamentais" e sua categorização como direitos absolutos - é talvez a que melhor descreve esse fenômeno jurídico-constitucional.

As contradições existentes na realização das promessas constitucionais se explicam pela própria gênese da Constituição de 1988. Nela pode-se encontrar posições enquadráveis tanto em "esquemas de racionalização de prestações sociais, no âmbito dos direitos sociais (saúde, segurança social, ensino)",⁸⁴

84 "Em primeiro lugar, os anseios da constituição social vinculados às premissas típicas do positivismo legalista mais não fazem do que repetir até a exaustão o círculo vicioso de qualquer positivismo. Em termos simples, o círculo pode descrever-se assim: (i) as normas consagradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais consagram o direito à saúde, à segurança social, ao ensino; (ii) logo, todos temos direitos por via de constituição a todas as prestações da saúde, da segurança social e do ensino; e (iii) então, a política do direito constitucionalmente conforme no campo destes direitos é a que consagra a gratuidade de todas as prestações reclamadas pela necessidade de realização desses direitos." (Canotilho, 2015, p. 25-26)

quanto posições configuradoras dos ideólogos liberais clássicos,⁸⁵ bem como de ofensa ao princípio da separação dos Poderes.⁸⁶ Isso fica claro quando se analisa os inúmeros casos difíceis⁸⁷ apreciados pelo STF (p.ex.: AgR STA 175, DJE 30/4/2010 – Judicialização direito à saúde, fornecimento de remédios; RE 641320, DJE 1º/8/2016 – Sistema Carcerário). O fato de haver contradições em textos constitucionais não representa obstáculo intransponível para efetivação de direitos constitucionais sociais, os quais demandam um agir, que, por sua vez, necessitam recursos, cuja escassez, validamente reconhecida, representa limite ao conteúdo das pretensões positivas.⁸⁸

O ideal é que se possa utilizar o espaço democrático do processo orçamentário para a efetivação das restrições aos direitos fundamentais.⁸⁹ O que sem dúvida contribuirá para alcançar os objetivos fixados na Constituição, especificamente de assegurar a máxima efetividade dos direitos fundamentais para o maior número possível de pessoas.

85 Os quais “partem das seguintes premissas: (i) os direitos sociais não são verdadeiros direitos, porque não possuem a dignidade de direitos subjetivos; (ii) as normas constitucionais consagradoras desses direitos são normas programáticas que, em rigor, não deveriam estar no texto constitucional, pois as suas concretizações dependem das políticas públicas dos órgãos públicos legitimados para desenvolvê-las; e (iii) os bens protegidos por essas normas são, em primeira linha, bens privados, cuja proteção só excepcionalmente deve ser confiada às entidades públicas.” (Canotilho, 2015, p. 26)

86 “O argumento central é de que não cabe ao Poder Judiciário controlar critérios de conveniência e oportunidade da Administração para atender demanda da população na área de saúde, sob justificativa da ofensa ao princípio da separação de poderes, bem como da ofensa a critérios de dotação orçamentária, com base ainda no princípio da reserva do possível.” PIOVESAN, op.cit., p. 63.

87 DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 175 e ss.

88 “É necessário ter, como elemento de pré-compreensão, que a escassez é limite ao conteúdo das pretensões positivas. A interpretação deve ter isto em consideração.” AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p. 192.

89 “Tais decisões alocativas têm como melhor sede o orçamento. Não a lei formal do orçamento, mas todo o processo desde a elaboração de sua proposta até a execução. O controle das escolhas ínsitas a este processo permitem ver e dar voz tanto ao lado ‘vencedor’, que receberá os meios, quanto ao lado ‘perdedor’, que os terá em menor monta ou mesmo não os terá.” (Amaral, 2010. p. 192)

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Dez anos da Constituição de 1988: (Foi bom para você também?)*. Debates, nº 20: A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 1999.

_____, Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 3. n. 11, out./dez. 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neopositivismo*. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Do direito econômico aos direitos econômicos sociais e culturais. In: *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional*. Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

_____, Derechos de Solidariedad. In: *Estudios Básicos de Derechos Humanos*. V. I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-IIDH, San Jose. 1994.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 15, abr. 1996. p.7-20.

_____, O Direito Constitucional como Ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade, contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, ÉRICA Paula Barcha. (Coord.) *Direitos Fundamentais Sociais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Os Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira. In: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto; (Orgs.) *Debate Sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

DA SILVA, Virgílio. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 587-599.

DIMOULIS, Dimitri & Martins, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas S.A. 2014.

FAORO, Raymundo. *Assembléia constituinte: a legitimidade recuperada*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982.

FERRAJOLI, Luigi. Juspositivismo crítico y democracia constitucional. Tradução de Lorenzo Córdova e Pedro Salazar. *Isonomia*, v. 16, abr. 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. Da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. In: *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. v.1, p. 1133-1148. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

MORAIS, José Luis Bonlzan. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constitucionalização do processo no direito brasileiro. In: *Estudos de Direito Processual Constitucional*. Homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do Direito. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 47-55.

NASCIMENTO, Rogério Soares. A ética do Discurso como Justificação dos Direitos Fundamentais na Obra de Jürgen Habermas. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revovar. 2007.

NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra, 2012.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional: As Instituições do Estado Democrático e Constitucional*. Coimbra-São Paulo: Coimbra e Revista dos Tribunais, 2009. (Cap. IX - A Proteção dos Direitos Fundamentais, p. 359-389).

SARLET, Ingo Hoffman. SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008.

_____, Segurança Social, Dignidade da Pessoa Humana e Proibição de Retrocesso: Revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, ÉRICA Paula Barcha. (Coord.) *Direitos Fundamentais Sociais*, 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

STRECK, Lênio. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Univale. p.171-172. Disponível em: <<http://www.univali.br/periodicos>>. Acesso em: 30 set. 2014.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999. p. 88-118.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón, 8. ed. Madrid: Trotta, 2008.

RECEBIDO EM: 20/01/2017

APROVADO EM: 06/04/2017

A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA

**UNENFORCEABILITY OF ACQUISITION PROCESS FOR
CONTRACTING LAW OFFICES**

Wilker Jeymisson Gomes da Silva

Faculdade de Ensino Superior da Paraíba, cursando o 9º período noturno. Monitor das disciplinas de Direito Administrativo I e II na FESP – Faculdade de Ensino Superior da Paraíba. Estagiário do Ministério Público de Contas junto ao Tribunal de Contas do Estado da Paraíba.

Luciana Vilar de Assis

Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Ensino Superior da Paraíba/FESP Analista Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A licitação e os princípios da moralidade e impessoalidade; 2 A inexigibilidade de licitação; 3 Contratação direta de escritórios de advocacia; 3.1 Atividades de advocacia como serviços técnicos de natureza singular e de notória especialização; 3.2 A não comprovação dos requisitos legais; 4 Considerações finais; Referências.

RESUMO: Trata-se da análise da caracterização dos serviços de advocacia como serviços que autorizam a contratação pelo Poder Público, sem licitação, com base no artigo 25, da Lei nº 8.666/93. A pertinência desta pesquisa reside no fato de que a aplicação da inexigibilidade, ausentes os requisitos essenciais, caracteriza crime, conforme previsto na lei, sendo este um tema controvertido e de constante submissão aos órgãos de controle para averiguação da legalidade destas contratações. Pretende-se, em suma, verificar a possibilidade de enquadramento da contratação de escritórios de advocacia em uma das hipóteses de inexigibilidade de licitação. Para a construção da pesquisa, que possui cunho qualitativo, utilizaram-se referenciais bibliográficos e jurisprudenciais. Ao fim, se conclui pela possibilidade de contratação direta de escritórios de advocacia, se observados os requisitos legais.

PALAVRAS-CHAVE: Contratação pela Administração Pública. Licitação. Inexigibilidade de licitação. Contratação de escritório de advocacia. Princípio da moralidade e impessoalidade.

ABSTRACT: This is an analysis of the characterization of the services of advocacy as services that authorize the hiring by the Public Administration, without acquisition process, based on article 25, of the Law number 8.666/93. The relevance of this research consists in the fact that the application of the unenforceability of acquisition process, absent the essential requirements, characterizes crime, as provided by law, which is a controversial subject and constant submission to the control bodies to investigate the legality of these contracts. It is intended to verify the possibility of contract Law Offices in one of the hypotheses of unenforceability of acquisition process. For the construction of the research, which has a qualitative character, bibliographical and jurisprudential references have been used. So, it's concluded by the possibility of direct contracting of Law Offices, if legal requirements are observed.

KEYWORDS: Public Administration contracts. Acquisition process. Unenforceability of acquisition process. Direct contracting of Law Offices. Principle of morality and impersonality.

INTRODUÇÃO

O procedimento licitatório é um ato administrativo vinculado e complexo, diante do qual o administrador público deve pautar-se da maneira como a lei e os princípios administrativos determinam, para que o ato final seja reputado válido. É por esta razão que resta demonstrada a importância de conhecer a fundo as situações abrangidas pela lei que regula as licitações, para que o agente público fielmente a observe e seja legal o procedimento.

O objetivo do presente estudo é analisar os limites da inexigibilidade de licitação, em especial o enquadramento dos serviços advocatícios na hipótese prevista no art. 25, inciso II, da Lei nº 8666/93, que diz ser inexigível a licitação para a contratação de serviços técnicos de natureza singular prestados por empresa de notória especialização. A questão é controversa na doutrina e na jurisprudência, residindo a importância deste estudo no fato de ser constante a realização de licitações inexigíveis com este objeto, e, posteriormente, sendo necessária a submissão dessas seleções ao crivo dos órgãos de controle.

A articulação das ideias, sob o aspecto metodológico, parte de uma pesquisa feita com análise qualitativa e com abordagem predominantemente bibliográfica, delineando premissas essenciais sobre o instituto da licitação, partindo, em seguida, à análise da inexigibilidade legal para, ao fim, analisar os serviços advocatícios como hipótese autorizadora de não realização de licitação, fundamentando as argumentações realizadas na doutrina e jurisprudência pátria.

1 A LICITAÇÃO E OS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E IMPESSOALIDADE

Dentre os diversos institutos jurídicos contidos no âmbito do Direito Administrativo, ramo público que estabelece as premissas necessárias para a compreensão das normas e regras que regem a atividade pública e a função administrativa, está a licitação, que objetiva, como os demais institutos abrangidos por esta seara, o alcance do fim público e do bem estar social, em obediência aos princípios constitucionais pertinentes, estes insculpidos explícita e implicitamente no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente na Constituição Federal de 1988.

Nesse passo, o procedimento administrativo denominado de licitação, que nos dizeres de Meirelles¹ “é o antecedente necessário do contrato administrativo”, consubstancia-se em uma exigência prevista na Constituição Federal de 1988, para que se proceda com a realização de contratações que tenham como parte o Poder Público. A norma contida no art. 37, inciso XXI, da Carta Magna, determina, de maneira incisiva, que:

Art. 37 (*omissis*) [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, *as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes*, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações; [...] (grifos acrescidos).

Desta forma, por determinação constitucional, tem-se a necessidade imperiosa da realização deste procedimento, em razão dos princípios administrativos instituídos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, que inicia o tratamento constitucional atinente à organização da Administração Pública. Assim, visa este mecanismo antecedente às contratações primar pela legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência na atuação do Poder Público.

A determinação do dever de licitar decorre da necessidade de observância dos princípios basilares da Administração Pública, importantes para ter-se uma boa administração da *res* pública. A importância dos princípios administrativos também é visualizada na licitação. Nos dizeres de Di Pietro², em relação ao Direito Administrativo, “os princípios sempre representaram papel relevante nesse ramo do direito, permitindo à Administração e ao Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração”.

Assim, no tocante à licitação, percebe-se que este procedimento administrativo possui um viés limitador em relação ao Poder Público, retirando-lhe a discricionariedade conferida aos particulares, quando de suas tratativas habituais, estabelecendo-se, desta forma, um complexo de normas e princípios norteadores que devem ser fielmente observados

1 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 280.

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 64.

quando da realização de contratos públicos, sob pena de ser eivado de ilegalidade o ato praticado de maneira diversa.

Principalmente em razão dos princípios da moralidade e da impessoalidade, previstos na Constituição, é que este procedimento se legitima. O princípio da impessoalidade determina que “[...] a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento”³.

O princípio da moralidade, por sua vez, segundo Mazza⁴ “exige respeito a padrões éticos, de boa-fé, decoro, lealdade, honestidade e probidade incorporados pela prática diária ao conceito de boa administração”. Assim, além do fiel cumprimento da lei, deve o administrador público pautar seus atos em moralidade, aliando-a, pois, à legalidade. Para Mendes⁵, disso conclui-se que “O reconhecimento da moralidade como princípio jurídico apenas significa a atribuição a determinado ato formalmente jurídico de uma dimensão ética”.

Assim, almejando enfatizar a primazia ao interesse público, em detrimento de objetivos meramente individuais bem como visando à integral probidade das ações em âmbito público, é que se tem o procedimento de licitação como um dever geral imposto ao Poder Público, antes de realizar as suas contratações, excetuadas, todavia, as situações legais autorizadas de sua não realização, que serão objeto de estudo mais aprofundado nas linhas seguintes.

Além do mais, em razão do superprincípio, como denomina a doutrina, da supremacia do interesse público, que deve predominar sobre o meramente privado, o Poder Público tem a obrigação de, quando de sua atuação, buscar sempre o fim que melhor aprouver aos seus administrados, assim compreendida a sociedade, e deve, desta forma, quando da pactuação de contratos, empreender todos os seus esforços para firmar aquele que melhor atender ao interesse público.

Nesse passo, dispondo sobre a necessidade da realização de licitação, tomando como núcleo medular o princípio constitucional da legalidade,

3 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 68.

4 MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 95-96.

5 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 860.

que determina à Administração Pública atuar tão somente quando a lei determinar que se pratique determinado ato, Mello⁶ assevera que:

Ao contrário dos particulares, que dispõem de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade da lei. Tal procedimento denomina-se licitação.

A partir do conhecimento dessas noções preliminares, que legitimam a existência constitucional do instituto da licitação, tem-se que, em termos conceituais, segundo Carvalho Filho⁷ a licitação é definida como sendo:

[...] o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados *selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados*, com dois objetivos - a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico (grifos acrescidos).

Diz-se, assim, que a licitação é um “procedimento vinculado” por tratar-se de uma sequência de condutas a ser praticadas pelo administrador público, todas elas previamente delineadas pela lei, visando a celebração de um contrato que favoreça o ente do Poder Público que integra, escolhendo-se, para tanto, a proposta que conferir maior vantagem à Administração, e garantindo a observância, inclusive, aos princípios que regem a atividade pública.

A Constituição Federal também prevê a necessidade de certame licitatório para a contratação com o Poder Público - art. 37, XXI-, tudo para obviar escolhas não juridicamente justificáveis, realizando, desta forma, o princípio da impessoalidade, que também se aplica às hipóteses de permissões e concessões de serviços públicos (art. 175 da CF / 88) (MENDES, 2015, p. 860).

Nesta linha de raciocínio, Bulos⁸, tecendo considerações acerca do caráter vinculativo que possui o procedimento de licitação pública, aduz que “[...] a licitação é um procedimento vinculado, porque deve seguir o primado da legalidade, realizando-se do modo mais abrangente possível,

6 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 524.

7 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 238.

8 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1.032.

de modo a assegurar a igualdade de disputa entre os concorrentes do certame licitatório”.

Nesta senda, segundo as lições contidas na doutrina de Scatolino⁹, este, ao defini-la como um procedimento legal, explicita que a licitação “trata-se de uma sucessão de atos, encadeados entre si, em que todos os atos a serem praticados são definidos pela lei. Por ser uma seqüência de atos coordenados, tem natureza de procedimento administrativo”. Assim, verifica-se a natureza vinculada dos atos que compõem o procedimento administrativo que origina a licitação.

No entanto, em que pese ser a premissa geral regente da contratação em âmbito público, esta regra do dever de licitar pode ser excepcionada nas hipóteses permitidas pela própria lei – isto em razão do princípio da legalidade. Segundo Carvalho¹⁰ “não obstante a licitação seja a regra definida por lei para as contratações públicas, em determinadas situações, o próprio texto legal regulamenta e admite celebração de contratos sem a realização do prévio procedimento”.

Assim, nas hipóteses de licitação dispensada, dispensável e inexigível, o legislador permite que não se proceda com a realização do procedimento licitatório, haja vista a especificidade abarcada por estas situações legais, legitimadas pela inviabilidade de competição, impossibilidade de realização ou pela possibilidade legal de não realização do procedimento.

2 A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Primeiramente, sabe-se do dever constitucionalmente imposto à Administração Pública de realizar licitações, quando das suas contratações, buscando atender ao princípio da impessoalidade, moralidade, isonomia e supremacia do interesse público em detrimento do privado, bem como objetivando selecionar, dentre as apresentadas, a proposta que for mais vantajosa para a Administração Pública, conforme determina o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal e o art. 2º, *caput*, Lei nº 8.666/93.

Contudo, em que pese ser a licitação uma obrigação da Administração Pública, quando de suas contratações com particulares, a lei traz hipóteses, em caráter de exceção, em que é permitida a contratação direta, sem a necessidade de licitação, sendo estes casos intitulados de licitação

9 SCATOLINO, Gustavo. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 525.

10 CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 474.

dispensada, dispensável e inexigibilidade de licitação. Tais situações, autorizadas pelo art. 2º da Lei nº 8.666/93, estão contidas nos arts. 24 e 25 deste corpo normativo, constituindo-se como um procedimento com menor formalidade do que o procedimento licitatório comum.

Especificamente no que diz respeito à inexigibilidade, o art. 25 da Lei nº 8.666/93 traz as hipóteses meramente exemplificativas em que o procedimento não tem como ser realizado, por dedução lógica. Diz-se exemplificativas as hipóteses em razão de ser possível enquadrar o procedimento licitatório como inexigível por motivo diverso dos arrolados no referido artigo, desde que seja inviável a competição. Aduz Carvalho¹¹ que “Mesmo que a circunstância não esteja disposta expressamente no texto legal, a licitação será inexigível quando for inviável a realização de competição entre interessados”.

A Lei de Licitações e Contratos, em seu art. 25, diz que é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição. Nesse sentido, segundo Meirelles¹², “ocorre a inexigibilidade de licitação quando há impossibilidade jurídica de competição entre contratantes, quer pela natureza específica do negócio, quer pelos objetivos sociais visados pela Administração”.

Conforme Alexandrino¹³, que trata da inexigibilidade de licitação como um instituto da lei de licitações que excepciona a regra geral de dever, por impossibilidade fático-jurídica de competição, este aduz que “há inexigibilidade quando a licitação é juridicamente impossível. A impossibilidade jurídica de licitar decorre da impossibilidade de competição, em razão da inexistência de pluralidade de potenciais proponentes”.

Entretanto, embora a contratação seja realizada de maneira direta, é necessária a observância de alguns requisitos para a concretização da convenção em caráter excepcional, devendo ser fundamentada a necessidade e a conveniência da excepcionalidade arguida, conforme dispõe o art. 26 da Lei nº 8.666/93, com o propósito de evidenciar a real vantagem que a referida contratação, realizada sem licitação prévia, irá proporcionar à Administração Pública.

11 CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 475.

12 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 295-296.

13 ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito administrativo descomplicado*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 669

Desta forma, assevera Carvalho Filho¹⁴ que:

Aplica-se aos casos de inexigibilidade, na forma do art. 26 do Estatuto, a mesma exigência fixada para os casos de dispensa: deve a hipótese ser cumpridamente justificada e comunicada em três dias à autoridade superior, a esta cabendo ratificar e publicar a justificativa no prazo de cinco dias, a fim de que o ato tenha eficácia.

Não obstante a hipótese em que o administrador analise enquadre-se em dispensa ou inexigibilidade de licitação, autorizando a contratação direta do Poder Público, faz-se necessária a realização de processo administrativo em todos os casos, sendo informada a justificativa da excepcionalidade, de maneira imperativa, quanto à escolha feita e ao preço contratado, com os documentos essenciais que comprovem inclusive a pesquisa de preços realizada anteriormente.

3 CONTRATAÇÃO DIRETA DE ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA

Conhecido o instituto da licitação e a possibilidade legal de sua inexigibilidade, se preenchidos determinados requisitos legais, passar-se-á ao estudo aprofundado de uma de suas hipóteses, qual seja a contratação direta de empresa ou profissional de notória especialização que preste algum dos serviços técnicos enumerados na própria Lei de Licitações e com singularidade.

O art. 25, da Lei nº 8.666/93, dispõe acerca da possibilidade de inexigibilidade de licitação, em razão de inviabilidade de competição e, em especial, conforme prevê o inciso II, “para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação [...]”.

Logo, para a caracterização da hipótese de contratação direta em discussão, é necessária a conjugação dos requisitos singularidade dos serviços e notória especialização dos profissionais que irão prestá-los, além de ser necessária a demonstração de que o serviço enquadra-se em uma das circunstâncias específicas arroladas pela própria lei de licitações, sendo proibida a inexigibilidade para contratação de empresa para prestar serviços de publicidade e divulgação.

14 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 273.

3.1 ATIVIDADES DE ADVOCACIA COMO SERVIÇOS TÉCNICOS DE NATUREZA SINGULAR E DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO

Especificamente no que tange aos serviços próprios e privativos do exercício de advocacia, nos exatos termos do art. 13, inciso V, da referida Lei de Licitações e Contratos Públicos, consideram-se como serviços técnicos profissionais especializados, dentre as diversas hipóteses arroladas, as atividades que tratam de “patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas”.

As atividades ínsitas ao exercício de advocacia, assim, são considerada como serviços técnicos especializados, segundo a Lei nº 8.666/93, de modo que pode ser enquadrada como inexigível a licitação que tenha por objeto este tipo de serviço, desde que, todavia, estejam presentes os demais requisitos elencados pela lei, quais sejam a demonstração da singularidade do serviço e a notória especialização do profissional ou banca de advogados a ser contratada.

Por “serviços técnicos de natureza singular” entendem-se aqueles que, por sua complexidade, não possam ser prestados por qualquer profissional do mercado; profissional de “notória especialização”, por sua vez, diz respeito àquele que se destaca em sua área específica de atuação, sendo conhecido por sua capacidade técnica e expertise para o desempenho das atividades a que se propõe realizar. Esta situação, conjugada com o enquadramento em uma das hipóteses do art. 25, é o que caracteriza a inviabilidade de competição.

A singularidade dos serviços, desta maneira, diz respeito ao serviço que é peculiar, com suas características bem definidas, que o torne destacado em relação aos demais, embora não seja necessário ser único e exclusivo. Assim, deve haver uma singularidade notória e relevante que satisfaça o interesse da Administração Pública contratante. Nesse sentido, aduz Mello¹⁵ que:

De modo geral são singulares todas as produções intelectuais, realizadas isolada ou conjuntamente — por equipe —, sempre que o trabalho a ser produzido se defina pela marca pessoal (ou coletiva), expressada em características científicas, técnicas ou artísticas importantes para o preenchimento da necessidade administrativa a ser suprida.

15 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 541-542.

Diante disso, não se consideram como singulares as atividades que possam ser realizadas indistintamente por qualquer profissional da área jurídica. Há casos decididos pelos Tribunais pátrios que explicitam a necessidade de o serviço ser caracterizado como incomum, ou seja, que embora não possua exclusividade, não diga respeito às atividades advocatícias cotidianas. Confira-se aresto do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, dispondo nesse sentido:

APELAÇÕES CÍVEIS. AGRAVOS RETIDOS NÃO CONHECIDOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MUNICÍPIO DE SAPIRANGA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA SEM PRÉVIA LICITAÇÃO. HIPÓTESE QUE NÃO SE ENQUADRA NO ART. 25, INCISO II, DA LEI N.º 8.666/1993. 1. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), firmou entendimento no sentido de que, em se tratando de serviços “corriqueiros, genéricos, habituais de advogado” (Recurso Especial n.º 1.571.078/PB), não há falar em singularidade da atividade e, conseqüentemente, em inexigibilidade de licitação. A singularidade envolve, destarte, “casos incomuns e anômalos que demandam mais do que a especialização, pois apresentam complexidades que impedem sua resolução por qualquer profissional, ainda que especializado” (REsp 1.444.874/MG). 2. Da análise das atividades para que se contratou o escritório de advocacia, não se extrai nenhuma que não pudesse ser perfeitamente realizada pelos servidores da Fazenda Municipal conjuntamente com os Procuradores do Município (que detinha quadro próprio), ou, em último caso, no que concerne às diligências judiciais, por qualquer outro profissional com experiência em direito tributário. Requisitos do art. 25, inciso II, da Lei n.º 8.666/1993 não caracterizados. 3. Restou demonstrada a intenção de agir por parte dos réus, o que é suficiente para a responsabilização no caso. Afinal, conforme a iterativa jurisprudência do STJ, o dolo exigido para a condenação por improbidade administrativa não é específico, mas genérico, o qual consiste na “simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica - ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria” (REsp 1.544.128/RS). 4. Sanções aplicadas com a observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 5. Ação julgada procedente na origem. AGRAVOS RETIDOS NÃO CONHECIDOS. RECURSOS DE APELAÇÃO DESPROVIDOS¹⁶ (grifos acrescidos).

16 Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível N.º 70068414101, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Uhlein, Julgado em 30/11/2016.

O Procurador do Ministério Público de Contas junto ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Fabrício Motta¹⁷, discorrendo sobre a temática em análise, especificando sobre a necessidade de atividade a ser contratada não ser cotidiana e comum, aduz que:

A característica singular dos serviços de advocacia deve ser apta a exigir a contratação de advogado ou escritório com qualificações diferenciadas: *atividades jurídicas rotineiras, próprias do dia a dia do funcionamento dos Municípios e demais entidades – desempenháveis de maneira idêntica e indiferenciada (tanto faz quem o executa) por qualquer profissional – não haverá de ser objeto de contratação direta por inexigibilidade* (grifos acrescidos).

Outrossim, não obsta a contratação direta de advogado ou sociedade de advogados a existência, no âmbito da Administração Pública contratante, de uma procuradoria jurídica especializada. Diz-se isto porque há casos de alta complexidade que podem possuir valores elevados em discussão ou demandas importantes que podem prejudicar o ente, e casos que os profissionais do departamento jurídico da Administração Pública não conseguem resolver, sendo a solução, nesse caso, a contratação de profissional ou escritório de advocacia que satisfaça o interesse público.

Por outro lado, quanto ao requisito “notória especialização”, a própria Lei de Licitações, ao definir a significação do termo, para fins de inexigibilidade, dispõe, *in verbis*, que:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

[...]§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que *o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato* (grifos acrescidos).

Este requisito deve ser conjugado com a singularidade dos serviços, pois não pode ser tida como inexigível a licitação quando várias empresas

17 MOTTA, Fabrício. A contratação direta de serviços de advocacia e consultoria jurídica por inexigibilidade de licitação. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 174, p. 24-28, jun. 2016. p. 25.

ou profissionais possuem especialização quanto ao objeto licitado, pois essa pluralidade de interessados torna viável a realização do procedimento e, por consequência, impedem o enquadramento em inexigibilidade. Conforme obtempera Alexandrino¹⁸:

É fundamental atentar que não é o simples fato de um serviço enquadrarse como serviço técnico profissional especializado que acarreta a inexigibilidade. E necessário que o serviço tenha natureza singular (não pode ser algo ordinário, usual, corriqueiro) e, por essa razão, justifique, a fim de garantir a sua satisfatória prestação, a contratação de um profissional ou de uma empresa de notória especialização.

A notória especialização decorre da soma de fatores diversos que mostrem ser uma determinada empresa a mais preparada e essencial a executar o objeto contratual de maneira satisfatória. Nos dizeres de Carvalho Filho¹⁹:

Para a contratação direta, devem os profissionais ou as empresas revestir-se da qualificação de notória especialização, ou seja, aqueles que desfrutem de prestígio e reconhecimento no campo de sua atividade. A lei considera de notória especialização o profissional ou a empresa conceituados em seu campo de atividade. Tal conceito deve decorrer de vários aspectos, como estudos, experiências, publicações, desempenho anterior, aparelhamento, organização, equipe técnica e outros do gênero.

Além de ser necessária a comprovação por meio documental, no intento de verificar a especialidade que se requer, para a caracterização do procedimento licitatório como inexigível, deve ser comprovada também a qualificação técnica da parte contratada, demonstrando que possui capacidade para dar cumprimento ao objeto contratual. Nesse sentido, dispõe a lei de licitações sobre os documentos necessários para comprovar esta condição:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

18 ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito administrativo descomplicado*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 671.

19 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 275.

II - *comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação*, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da *qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos*;

III - *comprovação*, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - *prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial*, quando for o caso [...] (grifos acrescidos).

É extremamente necessária a comprovação dos requisitos técnicos e dos pressupostos autorizadores da não realização da licitação por inexigibilidade. Isto porque, conforme exemplifica Mello²⁰:

[...] o patrocínio de uma causa em juízo está arrolado entre os serviços técnico-especializados previstos no art. 13. Entretanto, para mover simples execuções fiscais a Administração não terá necessidade alguma de contratar — e diretamente — um profissional de notória especialização. Seria um absurdo se o fizesse.

Sob essa perspectiva, o Superior Tribunal de Justiça, analisando um caso de contratação direta de advogado, sem licitação e sob a alegação de inexigibilidade, entendeu pela necessidade de comprovação dos requisitos legais que evidenciem a inviabilidade de competição. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. AÇÃO POPULAR. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO SEM LICITAÇÃO. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. [...] 4. *A notória especialização jurídica, para legitimar a inexigibilidade de procedimento licitatório, é aquela de caráter absolutamente extraordinário e incontestável que fala por si. É posição excepcional, que põe o profissional no ápice de sua carreira e do reconhecimento, espontâneo, no mundo do Direito, mesmo que regional, seja pela longa e profunda dedicação a um tema, seja pela publicação*

20 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 551.

de obras e exercício da atividade docente em instituições de prestígio. 5. A especialidade do serviço técnico está associada à singularidade que veio a ser expressamente mencionada na Lei 8.666/1993. Ou seja, *envolve serviço específico que reclame conhecimento peculiar do seu executor e ausência de outros profissionais capacitados no mercado, daí decorrendo a inviabilidade da competição.* 6. O Tribunal de origem, com base nas provas colacionadas aos autos, asseverou a ausência de notória especialização do recorrente para o objeto contratado (assessoria para fins de arrecadação de ISS), tendo ressaltado que o trabalho efetivamente prestado não exigia conhecimentos técnicos especializados e poderia ter sido executado pelos servidores concursados do ente municipal. Nesse contexto, inexistente violação dos arts. 12 e 23 do Decreto 2.300/1986, vigente à época dos fatos [...]. 13. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido²¹ (grifos acrescidos).

Também nesse sentido já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, entendendo que a licitação inexigível para a contratação de escritórios de advocacia deve obedecer a alguns requisitos. Confira-se:

IMPUTAÇÃO DE CRIME DE INEXIGÊNCIA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA. A contratação direta de escritório de advocacia, sem licitação, deve observar os seguintes parâmetros: *a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado no mercado [...]* (grifos acrescidos)²².

Tecidas essas considerações, resta patente a necessidade, pois, no caso de inexigibilidade de licitação para serviços de advocacia, da efetiva comprovação dos requisitos autorizadores desta modalidade, a fim de atestar que aquela empresa que foi contratada prestará os seus serviços de maneira mais apropriada que os demais profissionais existentes no ramo.

21 Superior Tribunal de Justiça – *Recurso Especial nº 448.442* - MS (2002/0082995-6), Relator: Herman Benjamin, Data de Julgamento: 23/02/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe do dia 24/09/2010.

22 Supremo Tribunal Federal – *Inquérito: Inq. 3074 – SC*. Órgão julgador: Primeira Turma. Data de julgamento: 26 de agosto de 2014. Data de Publicação: DJe do dia 03/10/2014.

Por fim, o Conselho Nacional do Ministério Público já se pronunciou sobre a temática ora em abordagem, baixando a Recomendação de número 36, de 14 de junho de 2016, dispondo, em seu art. 1º, que a contratação direta de advogado ou banca de advocacia sem licitação, por si só, não fere a Lei de Licitações e constitui ato ímprobo, recomendando aos membros do Ministério Público que descrevam nas ações propostas a justificativa das irregularidades que apontar, descrevendo de maneira motivada qual item da Lei de Licitações e contratos restou violado.

3.2 A NÃO COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS

Não estando demonstrados os elementos mencionados acima, configuradores da inexigibilidade de licitação, necessária será a feitura de licitação, no intento de velar pela isonomia no âmbito da Administração Pública, possibilitando oportunidades iguais de contratar com o Poder Público às empresas interessadas que se encontrarem na mesma situação, não devendo haver dúvidas quanto ao preenchimento dos requisitos legais, pois segundo Di Pietro²³ “tem-se que estar em zona de certeza, quanto a esses aspectos, para ser válida a inexigibilidade”.

A não verificação dos pressupostos que autorizam a inexigibilidade da licitação, no caso das atividades advocatícias, induz à presunção de viabilidade de feitura de licitação para o objeto a contratar, haja vista se presumir que o mesmo pode ser prestado por diversas outras bancas de advocacia ou sociedades, como na hipótese em estudo, devendo ser comprovada, assim, a real necessidade e as peculiaridades do caso que justifiquem a contratação direta e específica.

A contratação direta sem a comprovação da inexigibilidade de licitação viola o princípio da competitividade, decorrente da isonomia de tratamento aos particulares e da impessoalidade, que, segundo as lições de Di Pietro²⁴ “[...] constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar”.

Partindo da premissa que “nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que

23 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 409.

24 *Ibidem*, p. 378.

atenda às necessidades da Administração”²⁵, percebe-se, em razão de se presumir a pluralidade de interessados a participar de uma licitação como a ora estudada, que tem por objeto serviços de advocacia, que a insuficiente comprovação dos requisitos induz a não autorização do enquadramento do caso no instituto da inexigibilidade, sendo irregular, pois, o certame e os contratos decorrentes, por violação ao princípio da igualdade e ao da impessoalidade, que regem a atividade administrativa.

Destarte, não comprovados os requisitos determinados pela lei, é de se julgar irregular o procedimento licitatório no qual se procedeu de maneira diversa. Nesse sentido entende a Jurisprudência pátria, concluindo pela ilegalidade da licitação que tenha sido realizada sem a comprovação efetiva dos requisitos de inexigibilidade. Confira-se jurisprudência entendendo nesse sentido:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO. SOCIEDADE DE ADVOGADOS. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA. LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. NULIDADE. PARECER. 1. *Inexistindo singularidade do objeto e notória especialização do profissional ou escritório de advocacia contratado para prestar serviços de advocacia de forma genérica, é ilegal a contratação sem licitação por alegada inexigibilidade.* Jurisprudência do STJ. É nula, portanto, a contratação sem licitação de sociedade de advogados para execução de serviços que não ostentam singularidade porque genéricos e ordinários. Tendo sido prestados os serviços, não procede o pedido de restituição do preço pago [...] ²⁶ (grifos acrescidos).

De outro modo, também o agente público que procede com a contratação destas atividades, por inexigibilidade de licitação, sem a comprovação dos requisitos legais, pode ser incurso nas penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/92 –, em razão da violação às regras da licitação e, principalmente, pela violação aos princípios que regem a atuação em âmbito público, prevista essa possibilidade pelo *caput* do art. 11 da citada lei.

Veja-se, por ser assaz elucidativo à temática ora sob exame, o teor de mais um aresto judicial, este, por sua vez, advindo do Colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

²⁵ DI PIETRO, op. cit., p. 395.

²⁶ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - AC: 70064476526 RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Data de Julgamento: 28/05/2015, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/06/2015.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MALFERIMENTO ÀS REGRAS DE CONTRATAÇÃO COM INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DE LEGALIDADE E MORALIDADE. ATO DE IMPROBIDADE CONFIGURADO NO ART. 11, CAPUT, DA LEI 8.429/92. 1. A Lei de Improbidade Administrativa aplica-se a agentes políticos municipais, tais como Prefeitos, ex-Prefeitos e Vereadores. Posicionamento pacífico no Superior Tribunal de Justiça e nesta Corte. 2. A conversa entre partes envolvidas - e gravada por uma delas - foram integralmente degravadas pelo Ministério Público (fls. 257v., 376, 525/561), possibilitando amplo acesso a todas as partes envolvidas no processo. Ademais, as partes não negaram a veracidade das conversas, e algumas delas, inclusive, argumentaram, a título de tese defensiva, que se referiam a contrato diverso do que está em discussão no presente feito. Dessa forma, não há se falar em nulidade por cerceamento de defesa, restando desacolhida a prefacial. 3. Sobre a preliminar de ilegalidade da captação ambiental existente nos autos (fls. 257v., 376, 525/561), não procede. In casu, a captação ambiental foi realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, não se tratando de gravação de conversa alheia. Ademais, as gravações não atingiram direito fundamental à intimidade e privacidade do participante insciente, ou direito à sua liberdade de expressão. Nesse sentido, o STJ já se pronunciou: “Irretocável, portanto, o acórdão recorrido ao consignar que a gravação ambiental feita sem o consentimento de um dos interlocutores, quando ausente causa de sigilo, não pode ser tida como ilícita, pois _a questão não envolve essencialmente a inviolabilidade das comunicações, mas a proteção da privacidade do indivíduo, que não é um direito absoluto, devendo ser cedido diante do interesse público e social” (Processo RE nos EDcl no RHC 34733 Relatora Ministra LAURITA VAZ Data da Publicação DJe 07/05/2015). Assim como STF, RE 583937 QO-RG, Relator Ministro Cezar Peluso, DJ em 18-12-2009. 4. Os atos de improbidade descritos no artigo 11 da Lei de Improbidade não pressupõem prejuízo econômico ao erário, contudo, reclamam a presença do dolo, que, in casu, restou comprovado [...].²⁷ (grifos acrescidos).

Assim, justifica-se que o procedimento licitatório seja considerado irregular, em vista da afronta à Lei nº 8.666/93, que rege o procedimento da licitação, fato que enseja a aplicação de penalidades pelos órgãos

27 Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70069110203, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 26/10/2016

de fiscalização assim como eventuais sanções previstas na legislação administrativa atinente, inclusive sendo considerada como crime a inexigibilidade fora das hipóteses legais ou sua realização sem a observância dos requisitos formais, nos termos do art. 89 da Lei nº 8.666/93, infração apenável com detenção de três a cinco anos e multa.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para o enquadramento legal da inexigibilidade de licitação, deve ser robustamente comprovada a existência da notória especialização da empresa ou do profissional a ser contratado diretamente, bem como deve se comprovar a singularidade da parte que se contrata em relação às demais, embora não seja necessária, todavia, a exclusividade, a fim de tornar legítimo o afastamento do dever de licitar, constitucionalmente imposto à Administração Pública.

Diante do exposto, é de se concluir pela possibilidade de inexigibilidade de licitação que busca a contratação de escritórios de advocacia, desde que presentes os pressupostos expressos na lei, sob pena de, agindo o de modo contrário, não realizando a licitação quando viável a competição, incorrer nas sanções previstas na Lei de Licitações e na Lei de Improbidade Administrativa.

É recomendável, portanto, quanto às partes interessadas em se submeter a estes certames públicos, acostar ao procedimento administrativo todos os documentos que comprovem a singularidade de seus serviços e a notória especialização que possui, a fim de legitimar a escolha da Administração Pública e não ter, eventualmente, o contrato rescindido, em razão de ilegalidade na contratação, decretada pelos órgãos de controle, como o Tribunal de Contas, por exemplo.

No que diz respeito ao Poder Público, por sua vez, este atuando por meio de seus agentes, competentes para o exercício do mister que lhes é atribuído, deve ser extremamente cauteloso quando da contratação de escritórios de advocacia ou advogados por meio de inexigibilidade de licitação, solidificando a escolha pela contratação direta, em qualquer caso, por meio de documentos hábeis à comprovação dos pressupostos necessários, exigindo-os do licitante.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito administrativo descomplicado*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2014.

_____. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

_____. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 30 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 448.442 - MS (2002/0082995-6)*, Relator: Herman Benjamin, Data de Julgamento: 23/02/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe do dia 24/09/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200200829956&dt_publicacao=24/09/2010>. Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito: Inq. 3074 - SC*. Órgão julgador: Primeira Turma. Data de julgamento: 26 de agosto de 2014. Data de Publicação: DJe do dia 03/10/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4018618>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível Nº 70069110203*, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 26/10/2016. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&ver_sao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70069110203&num_processo=70069110203&codEmenta=7015806&temIntTeor=true>. Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível N° 70068414101*, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Uhlein, Julgado em 30/11/2016. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70068414101&code=9954&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=Tribunal%20de%20Justi%E7a&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%204.%20CAMARA%20CIVEL>. Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *AC: 70064476526 RS*, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Data de Julgamento: 28/05/2015, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/06/2015. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70064476526&num_processo=70064476526&codEmenta=6311999&temIntTeor=true>. Acesso em: 20 dez. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Dispõe sobre recomendação acerca das cautelas que devem ter os membros do Ministério Público ao analisar a contratação direta de advogados ou escritório de advocacia por ente público*. Recomendação n° 36 de 14 de junho de 2016. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília, Distrito Federal.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOTTA, Fabrício. *A contratação direta de serviços de advocacia e consultoria jurídica por inexigibilidade de licitação*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 15, n. 174, p. 24-28, jun. 2016.

SCATOLINO, Gustavo. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

RECEBIDO EM: 02/05/2016

APROVADO EM: 14/09/2016

A IDEIA DE RESPONSABILIDADE CRIMINAL INDIVIDUAL INTERNACIONAL PRESENTE NO ESTATUTO DE ROMA

***THE IDEA OF INTERNATIONAL INDIVIDUAL CRIMINAL
RESPONSIBILITY UNDER THE ROME STATUTE***

Wolney da Cunha Soares Júnior

*Pós-Graduado em Direito Tributário, Ciências Penais e Direito Público,
respectivamente, pela PUC/MG, UNIDERP e UnB. Graduado em Direito pela
UFMG. Procurador Federal - PGF-AGU*

SUMARIO: Introdução; 1 Direito Penal Internacional; 2 Direito Internacional Penal E Crimes Internacionais; 3 Responsabilidade Criminal Individual Internacional; 4 Possibilidades De Jurisdição Pelo Tribunal Penal Internacional; 5 O Uso de Imunidades e a Responsabilidade Criminal Individual Internacional; 5.1 Imunidades; 5.2 Tipos de Imunidades; 5.2.1 Imunidades Ratione Materiae e Ratione Personae; 5.2.2 Imunidades Internacionais (International Immunities); 5.2.3 Imunidades Diplomáticas e Consulares (Diplomatic And Consular Immunities); 5.2.4 Imunidades de Estado (Sovereign State Immunities); 5.3 A Imunidade Como Defesa Diante do TPI; 6 Os Estados Não-Signatários do Estatuto de Roma e o Exercício de Jurisdição Pelo TPI; 7 Conclusão; Referências.

RESUMO: Os crimes internacionais surgem de tratados celebrados entre os Estados que condenam a prática de determinado ato e se comprometem a combatê-los. Para tanto, o direito penal interno é de grande importância, pois ele regulamenta essa repressão aos crimes internacionais no âmbito de cada Estado. Pode, no entanto, ocorrer essa repressão por meio de tribunais internacionais, como é o caso do Tribunal Penal Internacional, cujo Estatuto de Roma institui uma verdadeira responsabilidade criminal individual internacional. A vedação à utilização de imunidades perante o TPI reflete a tendência do Direito Internacional de dar primazia à responsabilidade criminal individual no caso de crimes internacionais, não podendo ser esses últimos entendidos como tendo sido praticados dentro da capacidade oficial de um agente do Estado. Não subsistem as alegações de ilegalidade do TPI diante da possibilidade de exercer a sua jurisdição sobre nacionais de Estados que não ratificaram o Estatuto de Roma, inexistindo qualquer violação ao Direito costumeiro e ao princípio do *pacta tertiis*, segundo o qual um tratado não poderia criar obrigações para terceiros Estados. Afinal, aquele tribunal internacional julga pessoas e não Estados.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal Penal Internacional. Imunidades. Conselho de Segurança da ONU.

ABSTRACT: International crimes arise from treaties celebrated among States to condemn the practice of certain acts. In this context, the national criminal law is important to prevent international crimes within the territory of each State party. However, it is also possible to prosecute them in international tribunals, such as the International Criminal Court - ICC, whose Rome Statute established indeed an international individual criminal responsibility. The ICC prohibition on the use of immunities reflects the tendency of international law to give primacy to individual criminal responsibility for international crimes, which no longer can be seen as merely official state acts. The claims regarding the illegality of ICC, considering the possibility of its jurisdiction over citizens of countries which have not ratified the Rome Statute, are fallacious. There is neither a violation of the international customary law nor the principle of *tertiis pacta*, according to which a treaty could not create obligations to third States. Ultimately, the ICC judges people, not states.

KEYWORDS: International Criminal Court. Immunities. United Nations Security Council.

INTRODUÇÃO

O Tribunal Penal Internacional (TPI) não foi criado ao acaso. Ele surgiu após um período de amadurecimento da idéia de responsabilidade individual internacional, de uma redefinição de soberania e da busca pela sociedade internacional de um mecanismo que evite futuramente a prática dos crimes internacionais cometidos ao longo de todo o século XX. A Organização das Nações Unidas (ONU) contribuiu muito para o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, apesar de que, em alguns momentos, faltou vontade política para a criação de instrumentos que viabilizassem a sua criação. Isso se deve à divisão entre os Estados provocada pela Guerra Fria. Em 1998, na conferência diplomática realizada na cidade de Roma, Itália, foi elaborado o Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

A partir de 1º de julho de 2002¹, a idéia de responsabilidade individual internacional foi fortalecida com a criação do Tribunal Penal Internacional em Haia, Países Baixos. O Brasil aprovou o Estatuto de Roma por meio do Decreto Legislativo n. 112, de 7 de junho de 2002, e o promulgou pelo Decreto n. 4388, de 25 de setembro de 2002². No entanto, para que o Estatuto tenha eficácia interna plena, é necessário que se promulgue lei que regulamente as normas contidas naquele instrumento. Devem, por exemplo, ser cominadas penas para os crimes nele previstos.

Devido à crescente importância do Direito Internacional Penal com a criação do TPI e devido também às obrigações assumidas pelo Brasil com a ratificação do Estatuto de Roma, desenvolvemos o presente artigo para discutir: a existência de uma responsabilidade criminal individual internacional; as possibilidades de exercício de jurisdição pelo TPI e a relação entre o TPI e o Conselho de Segurança da ONU; a vedação pelo Estatuto de Roma do uso de imunidades perante o TPI; as críticas feitas pelos opositores do TPI que alegam, por exemplo, existir uma violação ao princípio *pacta tertiis*; e, por fim, as inúmeras dificuldades a serem superadas por esse recente tribunal internacional para que ele possa se consolidar no plano internacional.

1 DIREITO PENAL INTERNACIONAL

Antes de começarmos a estudar a responsabilidade criminal individual internacional, é importante diferenciar o Direito Penal Internacional do Direito Internacional Penal.

1 Data da entrada em vigor o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

2 De acordo com site: <<http://www.direitonet.com.br/doutrina/artigos/x/16/06/1606>>. Acesso em: 1 maio 2016.

O Direito Penal Internacional pode ser conceituado como o conjunto de normas do Direito Penal que regem a aplicação da lei penal no espaço, a cooperação no âmbito penal entre países e também a extradição³. Conforme é sabido, existem diversos princípios que podem ser adotados pelos Estados para se determinar qual deles tem jurisdição sobre determinada conduta tida como crime. São eles: princípio da territorialidade, da nacionalidade, da defesa ou real e da jurisdição universal. Apesar de existirem essas regras, em muitos casos, o que se observa é a existência de jurisdições concorrentes, possuindo dois ou mais Estados jurisdição sobre determinado fato. É importante mencionar que, para Eugenio Raúl Zaffaroni⁴, o Direito Penal Internacional, na verdade, integraria o Direito Internacional Privado.

A noção de Direito Internacional Penal, no entanto, difere do exposto acima. O objeto do presente artigo é a responsabilidade criminal individual internacional, instituto que se encontra regido pelo Direito Internacional Penal⁵, conforme se demonstrará logo a seguir.

2 DIREITO INTERNACIONAL PENAL E CRIMES INTERNACIONAIS

Diferentemente do Direito Penal Internacional, o Direito Internacional Penal é um ramo do Direito Internacional Público, possuindo, portanto, fontes semelhantes às deste último, em que condutas são proibidas (crimes internacionais) e os Estados se obrigam a processar e julgar as pessoas que as praticarem ou, se for o caso, entregá-las a tribunais internacionais.⁶

A noção de responsabilidade criminal individual internacional está ligada à idéia de crimes internacionais. Por essa expressão, não se deve entender aquele crime que produz efeitos no território de outro país ou mesmo crimes transnacionais, em que a atuação de organizações que se poderiam

3 Para uma definição de Direito Penal Internacional ver NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal. Introdução e Parte Geral*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v.1, p. 84; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001, v. 1, p. 29; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.147-152.

4 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.147-152.

5 Para alguns autores o nome adequado seria Direito Penal Internacional. No entanto, por acreditarmos que se trata de um ramo do Direito Internacional Público, não se confundindo com o Direito Penal Internacional, parece-nos que a primazia do nome Direito Internacional Penal é a mais adequada.

6 NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal. Introdução e Parte Geral*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, p. 84; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001, v.1, p. 29; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.147-152.

dizer criminosas atuam em vários Estados, não respeitando fronteiras, como é o caso do tráfico de drogas. Um crime internacional⁷ é uma violação de Direito Internacional em que se tem, portanto, uma afronta a um interesse da sociedade internacional, devendo os Estados agir para restabelecerem a ordem rompida. Trata-se de uma conduta praticada por pessoa física e, dessa forma, tem-se a responsabilidade criminal de um indivíduo, diferentemente da idéia de responsabilidade do Estado. A partir de tratados internacionais e também do Direito Internacional costumeiro, os Estados se vêem obrigados a tratar determinada conduta como criminosa, devendo processar e julgar os indivíduos que as praticarem ou, se existir um estatuto de um tribunal internacional, deve o Estado entregá-lo a este tribunal⁸.

Atualmente, no Direito Internacional, tem prevalecido o princípio da legalidade estrita em detrimento da ideia de *substantial justice* (justiça substancial ou material), segundo a qual uma conduta considerada danosa para a sociedade deve ser punida, mesmo que tenha sido cometida antes de sua proibição⁹.

Devido ao princípio da legalidade, há quem defenda que só é possível se falar em crime internacional quando existir um tratado internacional, fonte primária do Direito Internacional, que expressamente condene a conduta em questão¹⁰. Assim, não se enquadraria na definição de crime internacional a conduta proibida pelo Direito Internacional costumeiro, apesar de existir também a obrigação de um Estado de julgar e punir aquele que a praticar.

O direito interno tem grande destaque na eficácia do Direito Internacional Penal, pois, a partir de tratados internacionais que obrigam um Estado a condenar determinada conduta, esse Estado utilizará seu direito penal interno para criminalizar, tipificando essa conduta¹¹. O Estado

7 KARPETZ, I.I. *International Criminal Law and International Crimes*. Touro Journal of Transnational Law, Vol.1, p.325-334, Spring 1990; CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2003, p. 23-25; WISE, Edward M. *International Crimes and Domestic Criminal Law*, Report Submitted by the American National Section, AIDP. *DePaul Law Review*, v. 38, p. 923-966, July 1989.

8 CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2003. p.25-26.

9 WISE, Edward M. *International Crimes and Domestic Criminal Law*, Report Submitted by the American National Section, AIDP. *DePaul Law Review*, v. 38, p. 934, July 1989; CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2003. p. 139.

10 WISE, Edward M. *International Crimes and Domestic Criminal Law*, Report Submitted by the American National Section, AIDP. *DePaul Law Review*, v. 38, p.. 934, July 1989.

11 WISE, Edward M. *International Crimes and Domestic Criminal Law*, Report Submitted by the American National Section, AIDP. *DePaul Law Review*, v. 38, p. 932, July 1989.

agiria, então, por meio de seu próprio direito interno, mas em virtude de uma obrigação internacional.

São exemplos de crimes internacionais: os crimes de guerra, crimes contra a humanidade, genocídio, terrorismo e pirataria¹².

Existem, no entanto, divergências quanto aos crimes acima mencionados e outros tantos. Para o ex- presidente do *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)*, Antonio Cassese, a pirataria não seria um crime internacional, apesar de ser um exemplo de jurisdição universal, podendo todos os Estados processar e julgar seus praticantes¹³. Quanto ao terrorismo, tema de grande relevância nos dias de hoje, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou no dia 13 de abril do ano de 2005, após sete anos de negociações, uma convenção para combater o terrorismo nuclear. No disposto nessa convenção, existe um pedido expresso para que cada Estado-membro da ONU “classifique como infração penal nas legislações nacionais os crimes mencionados, e que os reprima com penas proporcionais à gravidade dos fatos”¹⁴. Analisando o disposto acima, pode-se entender melhor como o Direito Internacional Penal funciona e também como ele interage com o Direito Penal interno.

3 RESPONSABILIDADE CRIMINAL INDIVIDUAL INTERNACIONAL

O conceito de responsabilidade criminal individual internacional está associado ao de crimes internacionais. Encontrando-se esse último no Direito Internacional Penal, conforme evidenciado anteriormente, conclui-se que também a responsabilidade criminal individual internacional é instituto daquele ramo do Direito Internacional Público. Dessa forma, aquele que comete um crime internacional deve ser responsabilizado penalmente, e a forma de se fazer isso é por meio do Direito Penal interno ou pelo exercício de jurisdição por um tribunal internacional competente para tanto, seja por meio de um tratado ou por resolução do Conselho de Segurança da ONU¹⁵.

12 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, v. 1, 2001. p. 29; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 149.

13 CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2003. p. 24.

14 CONVENÇÃO *contra o terrorismo nuclear*. Estado de Minas, Belo Horizonte, 14 de abril de 2005. Seção internacional, p. 23.

15 Por meio das resoluções 808 e 955, o Conselho de Segurança criou nos anos de 1993 e 1994 os tribunais internacionais ad hoc para a ex-Iugoslávia (ICTY) e para Ruanda (ICTR), respectivamente.

Na história é possível se identificar as origens do que hoje se denomina responsabilidade criminal individual internacional. Crimes de guerra, por exemplo, têm sido reconhecidos e repudiados pela sociedade internacional há muito tempo, sendo aplicadas sanções penais aos seus responsáveis.

Porém, verifica-se, desde a antiguidade, que muitas vezes o que ocorre é a exposição dos vencidos à mercê dos vencedores. Um exemplo dessa arbitrariedade dos vitoriosos, segundo Ana Luiza Almeida Ferro, é o caso dos espartanos e seus aliados que, quando derrotaram a esquadra ateniense em Aegispótamos, julgaram e condenaram à morte os vencidos por crimes de guerra¹⁶.

Em 1474 ocorreu um outro precedente de julgamento do vencido pelo vencedor. Alguns autores, como o Prof. M. Cherif Bassiouni, acreditam que nessa época foi criado o primeiro Tribunal Internacional *ad hoc*. Na ocasião o governador da cidade de Breisach, situada atualmente na Alemanha, Sir. Peter Von Hagenbach, foi julgado e condenado por vinte e sete juízes do sagrado império romano por suas violações “às leis de Deus e dos homens por permitir que suas tropas estuprassem e matassem civis inocentes e pilhassem suas propriedades”¹⁷. Esse Tribunal não apenas condenou o governador de Breisach, mas também não reconheceu o uso de defesa baseada em ordens superiores¹⁸.

Dando um salto na história, mais recentemente a sociedade internacional presenciou o horror dos crimes de guerra e a barbárie do homem durante a Grande Guerra, como ficou conhecida a Primeira Guerra Mundial (1914 – 1918), apesar de sua menor extensão em relação à Segunda Guerra Mundial. Assim, com o fim do conflito, o primeiro a ser caracterizado como “guerra total”, o temor da sociedade internacional em ver aqueles crimes serem cometidos novamente no futuro se transformou em vontade de se julgarem os acusados de violar o direito e os costumes de guerra.

16 FERRO, Ana Luiza Almeida. *O Tribunal de Nuremberg*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 22; JUNIOR, Wolney da Cunha Soares. Breve análise das origens históricas do Tribunal Penal Internacional. Artigo apresentado no II Congresso Brasileiro de Direito Internacional, em Curitiba, de 25 a 29 de agosto de 2004, sob coordenação do Prof. Dr. Wagner Menezes e publicado nos Anais do 2º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, Vol. II, pela editora Juruá.

17 FERRO, Ana Luiza Almeida. *O Tribunal de Nuremberg*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 23; KIM, Young Sok. The Cooperation of a State to Establish an Effective Permanent International Criminal Court. *Journal Of International Law and Practice*, p. 158, Spring 1997.

18 O'BRIAN, John. *International Law*. London: Cavendish Publishing Limited, 2002. p. 785.

De acordo com o Prof. John O'Brian¹⁹, essa vontade de se julgarem criminosos de guerra após a Primeira Guerra Mundial pode ser entendida também a partir da concepção de guerra total, em que todos os recursos de um país são destinados à sua vitória no conflito (mobilização da economia, criação de impostos, recrutamento obrigatório para as forças armadas etc...). Dessa forma, após os enormes esforços despendidos por um país em uma guerra total, é natural que esse país queira responsabilizar os vencidos de todas as formas possíveis. Obviamente os únicos acusados pelas atrocidades cometidas durante o conflito de 1914 a 1918 foram os que perderam a guerra, os alemães.

O Tratado de Paz de Versailles, assinado após a Conferência de Paris de 1919, significou exatamente esta vontade da sociedade internacional de responsabilizar aqueles acusados de cometer crimes de guerra²⁰.

O Tratado de Versailles, em seu art. 227, previa a criação de um tribunal *ad hoc* para julgar exclusivamente o Kaiser alemão Wilhelm II²¹. O Kaiser havia sido acusado de “ofensa suprema contra a moral internacional e a autoridade sagrada dos Tratados”. Apesar de o art. 227 não ter sido aplicado, ele foi importante, pois, pela primeira vez existiu uma previsão legal expressa responsabilizando penalmente um Chefe de Estado por crimes de guerra²². Essa previsão legal se mostra muito importante ao se considerar o momento em que foi estabelecida. Naquela época a idéia de soberania nacional era muito respeitada e a responsabilidade individual internacional de oficiais do Estado, ainda mais um Chefe de Estado, era tida como uma violação ao conceito de soberania²³.

O Kaiser Wilhelm II se asilou na Holanda com o término da guerra, o que fez com que os países Aliados pedissem sua extradição. Contudo, a Holanda se recusou a extraditá-lo alegando que não assinara o Tratado de

19 O'BRIAN, John. *International Law*. London: Cavendish Publishing Limited, 2002. p. 785.

20 LIPPMAN, Matthew. Nuremberg: Forty-Five years Later. *Connecticut Journal Of International Law*, v. 7, p. 12, Fall 1991.

21 BASSIOUNI, M. Cherif. Establishing an International Criminal Court: Historical Survey. *Military Law Review*, v. 149, p. 53, Summer 1995; FERRO, Ana Luiza Almeida. *O Tribunal de Nuremberg*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 30; CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2003. p. 327-328; ARMSTEAD JR., J. Holmes. The International Criminal Court: History, Development and Status. *Santa Clara Law Review*, v. 38, p. 746, 1998.

22 CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2003. p. 329.

23 LIPPMAN, Matthew. Nuremberg: Forty-Five years Later. *Connecticut Journal Of International Law*, v. 7, p. 7, Fall 1991.

Versailles e não estava obrigado por ele²⁴. Sabe-se, entretanto, que podem ter havido outras razões para a não extradição do Kaiser pela Holanda: a realeza européia não queria a extradição, além disso, o Kaiser era primo do Rei holandês²⁵. A não extradição do Kaiser, somada a outros fatores, contribuiu para que os países Aliados não exigissem que a Alemanha entregasse os seus soldados acusados de terem cometido Crimes de Guerra, de acordo com a *Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties*²⁶.

Os arts. 228 e 229 do Tratado de Versailles previam a competência dos Tribunais dos países Aliados para julgar os oficiais alemães acusados de serem criminosos de guerra. Mas os Aliados acabaram por admitir que esses julgamentos ocorressem no *Reichsgericht* (Suprema Corte da Alemanha naquela época), situado na cidade de Leipzig²⁷. Uma lei alemã de 28 de dezembro de 1919 atribuiu competência ao *Reichsgericht* para julgar, em primeira e segunda instâncias, os oficiais alemães tidos como criminosos. Dos 895 nomes constantes na lista preparada pela Comissão, os Aliados pediram que 45 fossem julgados. O Julgamento de Leipzig foi um fracasso em termos de repressão aos crimes de guerra. Esses julgamentos que se procederam após a Primeira Guerra Mundial e também os notórios tribunais de Nurembergue e Tóquio são considerados por muitas pessoas como outros exemplos da justiça promovida pelos vitoriosos de um conflito armado.

Devido a esses fracassos em se processarem criminosos de guerra, muitos juristas passaram a defender a idéia de se criarem mecanismos institucionais para a aplicação do Direito Internacional²⁸.

Em 1920, o *Advisory Committee of Jurists* - criado pela Sociedade das Nações (SDN) para planejar uma *Permanent Court of International Justice* - sugeriu a criação também de uma *High Court of Criminal Justice*. A Assembléia da Sociedade das Nações rejeitou a proposta, alegando ser

24 LIPPMAN, Matthew. Nuremberg: Forty-Five years Later. *Connecticut Journal Of International Law*, v. 7, p. 10, Fall 1991.

25 KIM, Young Sok. The Cooperation of a State to Establish an Effective Permanent International Criminal Court. *Journal Of International Law and Practice*, p. 158, Spring 1997.

26 Essa foi uma das Investigatory Commissions mencionadas acima.

27 FERRO, Ana Luíza Almeida. *O Tribunal de Nuremberg*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 31; KIM, Young Sok. The Cooperation of a State to Establish an Effective Permanent International Criminal Court. *Journal Of International Law and Practice*, p. 158, Spring 1997.

28 LIPPMAN, Matthew. Nuremberg: Forty-Five years Later. *Connecticut Journal Of International Law*, v. 7, p. 12, Fall 1991.

a idéia prematura²⁹. O renomado jurista brasileiro Clóvis Beviláqua foi um dos membros do *Advisory Committee of Jurists*, sendo posteriormente substituído por Raul Fernandes³⁰.

O *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (ICTY) e o *International Criminal Tribunal for Rwanda* (ICTR), estabelecidos em 1993 e 1994 a partir das Resoluções 808 e 955 do Conselho de Segurança, respectivamente, apesar de serem Tribunais *ad hoc*, contribuíram para o desenvolvimento de um Direito Internacional Penal e para um Tribunal Penal Internacional permanente³¹.

Em 1998, por exemplo, houve a primeira condenação de uma pessoa por um tribunal internacional pelo crime de genocídio³². A condenação de Jean-Paul Akayesu se deu diante do ICTR, sendo que antes dele o Tribunal de Nurembergue não havia condenado ninguém por esse crime, apesar de inúmeras evidências da prática de genocídio pelos Nazistas. Além disso, com os tribunais *ad hoc* ICTY e ICTR, passou a existir uma jurisprudência que ajudaria na interpretação de crimes previstos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Ainda em 1998, durante a conferência diplomática realizada na cidade de Roma, Itália, foi elaborado o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, que passou a existir formalmente em 1º de Julho de 2002, após a sua sexagésima ratificação.

Os Estados signatários do Estatuto de Roma, em seu preâmbulo, afirmam que:

Crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional³³.

29 CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2003, p. 328; LIPPMAN, Matthew. Nuremberg: Forty-Five years Later. *Connecticut Journal Of International Law*, v. 7, p. 13, Fall 1991; FERRO, Ana Luiza Almeida. *O Tribunal de Nuremberg. Belo Horizonte: Mandamentos*, 2002. p. 31-32.

30 FERRO, Ana Luiza Almeida. *O Tribunal de Nuremberg. Belo Horizonte: Mandamentos*, 2002. p. 31.

31 CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2003. p. 340.

32 CHARNEY, Jonathan. Progress in International Criminal Law? *American Journal of International Law*, v. 93, p. 452-455, abril, 1999.

33 BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, publicado no *Diário Oficial da União* de 26 de setembro de 2002.

Também no preâmbulo, dizem estar determinados a acabar com a impunidade daqueles que praticarem esses crimes, prevenindo dessa forma o seu cometimento no futuro. Lembram, inclusive, que é dever de todo Estado exercer sua jurisdição sobre os responsáveis por crimes internacionais. Assim, a idéia de responsabilidade criminal individual internacional está presente desde o início no tratado que criou o Tribunal Penal Internacional.

Nos artigos 1º e 25 (1) do mencionado instrumento, dispõe-se que a jurisdição do TPI se dá sobre pessoas naturais. Conforme se verificará posteriormente, isso impossibilita que haja uma violação ao princípio do *pacta tertiis*, como defendem alguns doutrinadores ao analisarem os efeitos do Estatuto de Roma sobre Estados não-membros. O art. 25 (4), por sua vez, disciplina a diferença entre responsabilidades individual e de Estado. Trata-se de dois institutos autônomos. A responsabilidade de um Estado não implica na responsabilidade individual e tão pouco depende dela para se configurar. Um mesmo ato pode resultar em ambas as responsabilidades: a de um Estado e a de um indivíduo³⁴. O artigo supramencionado reflete exatamente isso, conforme se percebe de sua transcrição *ipsis litteris* abaixo:

O disposto no presente Estatuto sobre a responsabilidade criminal das pessoas físicas em nada afetará a responsabilidade do Estado, de acordo com o direito internacional.

Por último no tocante às disposições do Estatuto de Roma pertinentes à responsabilidade individual, prescreve o art. 26 que somente as pessoas maiores de 18 anos ao tempo da prática do crime podem ser julgadas pelo TPI.

4 POSSIBILIDADES DE JURISDIÇÃO PELO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Observando o art. 12 do tratado que criou o tribunal, percebem-se duas condições para que o TPI possa exercer sua jurisdição:

- 1) o crime deve ter sido cometido no território de um Estado - parte; ou
- 2) o criminoso deve ser nacional de um Estado - parte.

³⁴ NOLLKAEMPER, André. Concurrence between individual responsibility and state responsibility in international law. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 52, p 61, July 2003.

É possível, portanto, que um nacional de Estado que não tenha ratificado o Estatuto de Roma seja julgado por essa corte internacional. Isso aconteceria se o crime fosse cometido no território de um país membro do referido Estatuto. Isso tem sido alvo de fortes críticas pelos países que rejeitam o TPI. Essa questão é de grande importância, inclusive, pelo fato de o Estatuto negar qualquer imunidade a oficiais de Estado. Como se vê, configurando-se as condições para o exercício de jurisdição do TPI, torna-se impossível a um país não-signatário afastar a jurisdição do TPI sobre os seus nacionais. Isso certamente não agrada em nada a esses países.

Sendo o caso remetido ao TPI pelo Conselho de Segurança da ONU, quando ele atuar em conformidade ao capítulo VII da carta das Nações Unidas (que trata da ação em caso de ameaça à paz, ruptura da paz e ato de agressão), dispõe os artigos 12(2) e 13(b) que pode o tribunal julgar situações em que a pessoa seja nacional de Estado não-signatário, mesmo tendo ocorrido em território de Estado não-signatário. Não obstante, entendemos que o princípio da irretroatividade dos tratados ainda assim deve ser respeitado. Dessa forma, o Conselho de Segurança não pode submeter ao TPI algum crime internacional que tenha ocorrido antes de 1º de julho de 2002, data da entrada em vigor do Estatuto de Roma. O art. 11(1) preceitua que “o Tribunal só terá competência relativamente aos crimes cometidos após a entrada em vigor do presente Estatuto.”³⁵.

A partir do momento que Estados não-signatários do Estatuto de Roma cogitaram do exercício de jurisdição pelo TPI sobre seus nacionais, eles passaram a buscar mecanismos legais para evitar que isso ocorra no futuro. Os Estados Unidos³⁶, por exemplo, aproveitaram a brecha contida no art. 16 do Estatuto de Roma e conseguiram aprovar no Conselho de Segurança a resolução 1422 (2002).

O art. 16 do referido Estatuto assim dispõe:

Adiamento do Inquérito e do Procedimento Criminal
Nenhum inquérito ou procedimento crime poderá ter início ou prosseguir os seus termos, com base no presente Estatuto, por um período de doze meses a contar da data em que o Conselho de Segurança

35 BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, publicado no *Diário Oficial da União* de 26 de setembro de 2002.

36 EL ZEIDY, Mahamed. The United States dropped the atomic bomb o f art. 16 of the ICC statute: Security Council power of deferrals and resolution 1422. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 35, p. 1503-1544, November 2002; Stahn, The Ambiguities of Security Council Resolution 1422 (2002). *European Journal of International Law*, v. 14, n. 1, p. 85-104, 2003.

assim o tiver solicitado em resolução aprovada nos termos do disposto no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas; o pedido poderá ser renovado pelo Conselho de Segurança nas mesmas condições³⁷.

A resolução 1422 (2002) faz referência ao art. 16 do Estatuto de Roma ao dispor que o Conselho de Segurança:

1. Requer ao TPI, em conformidade com o disposto no art. 16 do Estatuto de Roma, que esse tribunal, por um período de 12 meses a contar de 1º de julho de 2002, interrompa ou não comece qualquer investigação ou processo atinente a operações estabelecidas ou autorizadas pelas Nações Unidas em que tenham sido praticados atos ou omissões de oficiais de um Estado não-signatário do Estatuto de Roma, a não ser que o Conselho de Segurança assim permita;
2. Expressa a intenção de renovar, nas mesmas condições e todo ano, no dia 1º de julho, o pedido contido no parágrafo 1º enquanto o Conselho de Segurança achar necessário³⁸.

No dia 12 de julho de 2003, o Conselho de Segurança da ONU editou a resolução 1487, que afastava a jurisdição do TPI de forma geral e nos mesmos termos que a resolução 1422. Posteriormente, o Conselho de Segurança, no dia 1º de agosto de 2003, através da resolução 1497, autorizou o envio de tropas à Libéria a fim de conter um conflito que já havia retirado as vidas de milhares de inocentes e ameaçava a paz e estabilidade do continente africano. Nos termos do parágrafo 7º dessa resolução, o Conselho de Segurança:

Decide que os oficiais de qualquer Estado não-signatário do Estatuto de Roma ficam sob a jurisdição exclusiva desse Estado por quaisquer atos ou omissões relacionados à força multinacional ou à força de

37 BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, publicado no *Diário Oficial da União* de 26 de setembro de 2002.

38 Tradução feita pelo autor do original:

“1. Requests, consistent with the provisions of Article 16 of the Rome Statute, that the ICC, if a case arises involving current or former officials or personnel from a contributing State not a Party to the Rome Statute over acts or omissions relating to a United Nations established or authorized operation, shall for a twelve-month period starting 1 July 2002 not commence or proceed with investigation or prosecution of any such case, unless the Security Council decides otherwise;

2. Expresses the intention to renew the request in paragraph 1 under the same conditions each 1 July for further 12-month periods for as long as may be necessary”.

estabilização das Nações Unidas na Libéria, a não ser que essa jurisdição exclusiva seja abdicada expressamente pelo Estado³⁹.

Dessa forma, as resoluções 1422 (2002), 1487 (2003) e 1497 (2003), e outras editadas pelo Conselho de Segurança, mostram que o TPI enfrentará muitas dificuldades antes de consolidar sua jurisdição definitivamente.

5 O USO DE IMUNIDADES E A RESPONSABILIDADE CRIMINAL INDIVIDUAL INTERNACIONAL

5.1 IMUNIDADES

Primeiramente, é necessário conceituar imunidade. Após a leitura de diversos autores⁴⁰, chegamos à conclusão de que se trata de uma possível defesa a ser utilizada diante de um tribunal, seja para demonstrar que determinado crime não é atribuído a uma pessoa (impedindo, às vezes, a própria formação desse crime) ou que o foro em que foi ajuizada a ação não possui competência para decidir a questão. O primeiro caso, portanto, é verdadeira defesa substantiva (material), pois a própria existência do crime é colocada sob suspeita. O segundo tipo de imunidade pode ser entendido como uma defesa processual (formal), pois se discute qual o foro competente para julgar o mérito. Diante do exposto, é visível que o uso de imunidade pode resultar na impossibilidade de se responsabilizar criminalmente uma pessoa acusada de ter cometido um crime internacional.

39 Tradução feita pelo autor do original:

"7. Decides that current or former officials or personnel from a contributing State, which is not a party to the Rome Statute of the International Criminal Court, shall be subject to the exclusive jurisdiction of that contributing State for all alleged acts or omissions arising out of or related to the Multinational Force or United Nations stabilization force in Liberia, unless such exclusive jurisdiction has been expressly waived by that contributing State".

40 O'BRIAN, John. *International Law*. London: Cavendish Publishing Limited, 2002, p. 263-294; O'NEILL, Kerry Creque. A new customary law of head of state immunity? Hirohito and Pinochet. *Stanford Journal of International Law*, v. 38, p. 289-317, Summer 2002; KOLLER, David S. Immunities of foreign ministers: paragraph 61 of Yerodia judgment as it pertains to the Security Council and the International Criminal Court. *American University International Law Review*, v. 20, p. 7-42, 2004; TOMONORI, Mizushima. The individual as beneficiary of the state immunity: problems of the attribution of ultra vires conduct. *Denver Journal of International Law and Policy*, v. 29, p. 261-287, Summer/Fall 2001; CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, p. 264-273, 2003; CASSESE, Antonio. crimes? Some comments on the Congo v. Belgium case. *European Journal of International Law*, v. 13, p. 857, 2002; CAPLAN, Lee M. State immunity, human rights and jus cogens: a critique of the normative hierarchy theory. *American Journal of International Law*, v. 97, p. 741-781, October 2003; MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 413-419; BROWER, Charles H. International Immunities: some dissident views on the role of the municipal courts. *Virginia, Journal of International Law*, v. 42, p. 1-92, Fall 2000.

Mas antes de abordarmos esse assunto, para um melhor entendimento do que são imunidades, parece-nos de grande valia a análise das diferentes classificações de imunidades, bem como de suas justificativas (*ratios*).

5.2 TIPOS DE IMUNIDADES

No plano internacional existem diferentes tipos de imunidades, que não se confundem com as chamadas imunidades parlamentares, que são atribuídas aos mandatários políticos de um país (deputados e senadores) e são regidas exclusivamente pelo direito interno. No caso do Brasil, por exemplo, as imunidades parlamentares podem ser formais ou materiais⁴¹. Estas impedem que os crimes contra a honra (injúria, calúnia e difamação) venham a se formar, enquanto que aquelas conferem ao detentor de mandato político a prerrogativa de só poder ser preso em caso de flagrante delito de crime inafiançável e também estabelecem a possibilidade de sustação do processo penal contra o senador ou deputado por decisão da Casa do Congresso Nacional à qual aquele se encontra vinculado, ou seja, Senado ou Câmara dos Deputados, respectivamente⁴².

Conforme já foi dito, no Direito Internacional Público existem diferentes tipos de imunidades. Uma possível classificação das imunidades existentes é a distinção entre imunidades *ratione materiae* (ou funcionais) e *ratione personae* (ou pessoais). Existem, ainda, as chamadas *sovereign state immunities, diplomatic and consular immunities e international immunities*.

5.2.1 IMUNIDADES RATIONE MATERIAE E RATIONE PERSONAE

As imunidades *ratione materiae*, conhecidas no idioma inglês como *functional immunities*, possuem dois pontos centrais como justificativa:

- 1) o princípio da igualdade entre os Estados soberanos, não podendo um Estado julgar os atos praticados e as atividades desenvolvidas por outro Estado;
- 2) o fato de que certas condutas praticadas por um indivíduo (oficial de um Estado) são atribuídas ao Estado que ele representa e não à pessoa que os realizou⁴³.

41 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 413- 419.

42 Ver art. 53 da CRFB.

43 KOLLER, David S. Immunities of foreign ministers: paragraph 61 of Yerodia judgment as it pertains to the Security Council and the International Criminal Court. *American University International Law Review*, v. 20, p.27-28, 2004.

As imunidades *ratione personae*, por sua vez, valem-se da idéia de que certas pessoas (chefes de Estado, diplomatas, ministros das relações exteriores) para que possam desempenhar suas funções livres de interferência de terceiros Estados, necessitam de imunidades⁴⁴. Tradicionalmente, a imunidade *ratione personae* não beneficia o chefe de governo, a não ser que ele cumule outra função, como a de chefe de Estado ou ministro das relações exteriores⁴⁵, por exemplo. No entanto, ao chefe de governo é reconhecida a imunidade material.

Diz-se que a imunidade material continua mesmo depois de terminado o mandato do oficial do Estado que praticou o ato. Isso se justifica porque, dada a natureza do ato, por ficção, ele é atribuído ao Estado. Por isso se diz que, caso seja alegada essa imunidade perante um tribunal, trata-se de verdadeira defesa substantiva.

A imunidade pessoal, por sua vez, pode ser alegada apenas durante o período de tempo em que o oficial de Estado estiver ocupando o seu cargo. A imunidade *ratione personae* protege, momentaneamente, o agente do Estado não só quanto aos seus atos oficiais, mas também aqueles praticados por ele em seu âmbito privado⁴⁶. Se não fosse assim, um chefe de Estado, por exemplo, poderia se ver vítima de uma ação judicial quando se encontrasse em viagem particular no estrangeiro. Essa ação poderia ser ajuizada contra ele por motivos políticos e escusos. Para evitar exatamente essas situações é que foram criadas essas imunidades. Além disso, enquanto durar o mandato desse oficial, essa imunidade cobre não apenas os seus atos praticados posteriormente à sua nomeação, mas também aqueles anteriores à sua posse no cargo. No entanto, imunidade pessoal não é sinônima de impunidade. A partir do momento em que o oficial de Estado não mais exercer as suas funções, ele poderá figurar como sujeito passivo em uma ação judicial em um país estrangeiro.

As imunidades *ratione materiae* e *ratione personae* não se excluem, podendo ser alegadas concomitantemente⁴⁷.

44 CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2003. p. 264.

45 DANILENKO, Gennady M.. The Statute of the International Criminal Court and third States. *Michigan Journal of International Law*, v. 21, p. 469, Spring 2000.

46 TOMONORI, Mizushima. The individual as beneficiary of the state immunity: problems of the attribution of ultra vires conduct. *Denver Journal of International Law and Policy*, v. 29, p. 263, Summer/Fall 2001.

47 CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2003. p. 267.

5.2.2 IMUNIDADES INTERNACIONAIS (INTERNATIONAL IMMUNITIES)

As chamadas *international immunities*⁴⁸ surgem da inadequação de se aplicarem às Organizações Internacionais as imunidades de Estado ou diplomáticas. Elas são conferidas aos funcionários de Organizações Internacionais com a finalidade de lhes garantir a liberdade necessária para que cumpram com suas obrigações, sem a interferência de quaisquer Estados, seja o da nacionalidade do funcionário, seja o Estado sede da Organização Internacional ou seja o Estado onde a Organização Internacional atue. Não seria possível a aplicação de imunidades de Estado nesses casos dada à diferença de naturezas entre um Estado soberano e uma Organização Internacional, que possuem papéis distintos no cenário internacional. Anteriormente à criação das chamadas imunidades internacionais, aplicavam-se às Organizações Internacionais as imunidades diplomáticas. No entanto, essas não eram suficientes para garantir a segurança de seus funcionários frente aos Estados de que eram nacionais. De acordo com o autor Charles H. Brower⁴⁹, agentes diplomáticos não possuem imunidade diante da jurisdição de seu próprio país. Dessa forma, seria necessária a criação de um mecanismo que protegesse os funcionários das Organizações Internacionais da influência de seus Estados de origem, que poderiam ter os seus interesses ameaçados pela atuação desses organismos.

As imunidades internacionais são regidas pelas disposições constantes nos tratados internacionais que criam as Organizações Internacionais. Essas imunidades são vistas à luz da *functional necessity doctrine*⁵⁰. De acordo com essa doutrina, os funcionários desses organismos internacionais devem receber imunidades na medida em que são necessárias à existência de uma organização independente, propiciando a ela alcançar os objetivos para os quais foi criada. Isso evitaria uma imunidade absoluta. Um exemplo disso é o art. 105 da Carta das Nações Unidas que dispõe:

Os representantes dos membros das Nações Unidas e os funcionários da Organização gozarão, igualmente, dos privilégios e imunidades necessários ao exercício independente das suas funções relacionadas com a Organização.⁵¹

48 BROWER, Charles H. International Immunities: some dissident views on the role of the municipal courts. *Virginia Journal of International Law*, v. 42, p. 1-92, Fall 2000.

49 BROWER, Charles H. International Immunities: some dissident views on the role of the municipal courts. *Virginia, Journal of International Law*, v. 42, p. 13, Fall 2000.

50 BROWER, Charles H. International Immunities: some dissident views on the role of the municipal courts. *Virginia, Journal of International Law*, v. 42, p. 17, Fall 2000.

51 MENDES, Victor (Org). *Direitos Humanos. Declarações e Convenções Internacionais*. Lisboa: Vislis, 2002. p. 105.

5.2.3 IMUNIDADES DIPLOMÁTICAS E CONSULARES (DIPLOMATIC AND CONSULAR IMMUNITIES)

As imunidades diplomáticas e consulares⁵² são regidas pelas Convenções de Viena sobre relações diplomáticas (1961) e sobre relações consulares (1963), respectivamente. A partir de uma análise de ambas as convenções acima mencionadas é possível se saber que as prerrogativas conferidas ao diplomata são mais amplas do que as conferidas ao cônsul. Essa diferença se justifica ao se observar as funções que cabem a cada um⁵³. O diplomata é o agente de um Estado que o representa em outro Estado e está preocupado com as relações políticas entre eles. O Cônsul, por sua vez, possui uma função que atende mais a interesses de ordem privada, sendo responsável por manter um registro dos nacionais que moram no exterior, realizar casamentos, fazer registros de nascimentos etc... A justificativa para a imunidade conferida a diplomatas e cônsules seria a mesma que é dada a uma embaixada⁵⁴. Eles seriam verdadeiros enclaves do Estado que os enviou. A imunidade dos diplomatas começa quando ele é acreditado pelo Estado estrangeiro em que vai trabalhar⁵⁵. Dessa forma, ele possui imunidade apenas contra a jurisdição do Estado acreditante, não podendo alegá-la perante terceiros Estados ou tribunais internacionais, salvo no chamado *jus transitus innoxii*⁵⁶, quando o diplomata necessita passar por um outro país para chegar no Estado em que assumirá seus ofícios. Todos os Estados enviam e recebem diplomatas, por isso esse tipo de imunidade é, via de regra, muito respeitado⁵⁷.

5.2.4 IMUNIDADES DE ESTADO (SOVEREIGN STATE IMMUNITIES)

Outra importante imunidade é a *sovereign immunity*⁵⁸ ou imunidade de Estado. Ela surge do conflito entre os princípios da igualdade entre os

52 O'BRIAN, John. *International Law*. London: Cavendish Publishing Limited, 2002, p. 297-321; LIMA, Sérgio Eduardo Moreira. *Privilégios e imunidades diplomáticos*. Brasília: Instituto Rio Branco: Fundação Alexandre de Gusmão, 2002. 224p.

53 O'BRIAN, John. *International Law*. London: Cavendish Publishing Limited, 2002. p. 297 e 312.

54 KOLLER, David S. Immunities of foreign ministers: paragraph 61 of Yerodia judgment as it pertains to the Security Council and the International Criminal Court. *American University International Law Review*, v. 20, p. 12, 2004.

55 KOLLER, David S. Immunities of foreign ministers: paragraph 61 of Yerodia judgment as it pertains to the Security Council and the International Criminal Court. *American University International Law Review*, v. 20, p. 11, 2004.

56 CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2003. p. 266.

57 O'BRIAN, John. *International Law*. London: Cavendish Publishing Limited, 2002. p. 298.

58 O'BRIAN, John. *International Law*. London: Cavendish Publishing Limited, 2002. p. 263- 294; O'NEILL, Kerry Creque. A new customary law of head of state immunity? Hirohito and Pinochet. *Stanford Journal*

Estados e da exclusividade de jurisdição de um Estado sobre o seu território⁵⁹. Existe, inclusive, uma máxima em latim que muitos autores utilizam quando se referem a ela: *par in parem non habet imperium*⁶⁰. O conflito dos princípios acima mencionados se mostra claro no *Schooner Exchange v. Mcfaddon Case*⁶¹, julgado pela Suprema Corte dos EUA. No caso em questão, uma embarcação comercial americana chamada *Schooner Exchange* foi tomada pela marinha francesa de Napoleão no ano de 1812, sendo convertida em navio militar daquele Estado. Quando esse navio se encontrava no mar territorial americano, seus antigos proprietários americanos ajuizaram ação nos EUA para recuperar sua embarcação. Por um lado, a justiça americana era competente para decidir o caso, pois um Estado possui jurisdição exclusiva sobre o seu território. No entanto, por outro lado, o próprio Direito Internacional Público retirava a jurisdição dos EUA, que não poderiam julgar um ato praticado pela França, Estado soberano. No caso *Schooner Exchange v. Mcfaddon* prevaleceu o princípio de que os Estados soberanos são sujeitos de direito iguais entre si, dando força à doutrina da imunidade soberana.

É interessante observar o desenvolvimento dessa doutrina de imunidade soberana a partir das diferentes visões sobre a guerra ao longo da história. Conforme mencionado anteriormente, desde a antiguidade já existia a noção de crimes de guerra⁶². O Cristianismo, por exemplo, desde quando esse se tornou a religião oficial do Império Romano no ano de 313 AC por decisão do Imperador Constantino, influenciou muitas tentativas ao longo da história para se determinar em quais circunstâncias o uso da força seria justificável⁶³. Na Idade Média já se pensava em conceitos de

of International Law, v. 38, p. 289-317, Summer 2002; KOLLER, David S. Immunities of foreign ministers: paragraph 61 of Yerodia judgment as it pertains to the Security Council and the International Criminal Court. *American University International Law Review*, v. 20, p. 7-42, 2004; TOMONORI, Mizushima. The individual as beneficiary of the state immunity: problems of the attribution of ultra vires conduct. *Denver Journal of International Law and Policy*, v. 29, p. 261-287, Summer/Fall 2001; CASSESE, Antonio. International Criminal Law. New York: Oxford University Press, 2003, p. 264-273; CASSESE, Antonio. When may senior state officials be tried for international crimes? Some comments on the Congo v. Belgium case. *European Journal of International Law*, v. 13, p. 857, 2002; CAPLAN, Lee M. State immunity, human rights and jus cogens: a critique of the normative hierarchy theory. *American Journal of International Law*, v. 97, p. 741-781, October 2003.

59 CAPLAN, Lee M. State immunity, human rights and jus cogens: a critique of the normative hierarchy theory. *American Journal of International Law*, v. 97, p. 745, October 2003; O'BRIAN, John. *International Law*. London: Cavendish Publishing Limited, 2002. p. 294.

60 O'BRIAN, John. *International Law*. London: Cavendish Publishing Limited, 2002. p. 263.

61 CAPLAN, Lee M. State immunity, human rights and jus cogens: a critique of the normative hierarchy theory. *American Journal of International Law*, v. 97, p. 745-747, October 2003.

62 FERRO, Ana Luíza Almeida. *O Tribunal de Nuremberg*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 22.

63 O'BRIAN, John. *International Law*. London: Cavendish Publishing Limited, 2002. p. 760.

guerra justa e injusta tendo como seus principais colaboradores Thomas de Aquino (1225-1274), os teólogos espanhóis Francisco de Vitória (1480 – 1546) e Francisco Suarez (1548 – 1617) e também Grotius (1583 – 1640)⁶⁴. A idéia central era a de que caberia ao Estado vencedor que utilizou a força em defesa do Direito a prerrogativa de exercer seu poder jurisdicional sobre o Estado vencido que o lesou. Não se admitia, porém, a idéia de um Tribunal Internacional, um organismo internacional, com autoridade sobre os Estados, que eram, afinal, soberanos. Da noção de guerra justa, conseqüentemente, tem-se uma maior consideração por um Estado em detrimento de outro.

Com o surgimento e consolidação do Estado moderno, a idéia de soberania passou a dar uma nova concepção para a guerra, que era vista efetivamente como um ato de soberania⁶⁵. Assim, diferentemente do que havia ocorrido no passado, diminuiu-se a aplicação de sanções àquelas pessoas que fossem autoridades civis ou militares do Estado vencido. A imunidade dessas pessoas se justificava exatamente a partir do fato de que elas haviam atuado como órgãos do Estado⁶⁶. Por serem os Estados soberanos sujeitos de direito internacional iguais entre si, sem hierarquia entre eles, não seria possível, portanto, que um Estado julgasse oficiais de outros Estados (*par in parem non habet imperium*). Foi a partir dessa idéia que surgiu a Doutrina dos Atos de Estado⁶⁷ que pode ser assim entendida: “é o Estado enquanto pessoa jurídica que devia ser objeto da imputação de toda responsabilidade relativa à sua atuação de *jure imperii* e de *jure gestionis*”⁶⁸.

A *Doctrine of Sovereign Immunity*⁶⁹ inicialmente foi concebida em moldes absolutos. Posteriormente, no entanto, passou-se a entendê-la como a *Doctrine of Restrictive Immunity*. De acordo com essa última vertente, a simples figura do Estado não é suficiente para que exista imunidade. Dessa forma, foi feita uma distinção entre os atos de Estado enquanto praticados no uso da Soberania (*Acta de Jure Imperii*) e aqueles atos que tinham uma natureza privada e comercial (*Acta de Jure Gestionis*).

64 FERRO, Ana Luiza Almeida. *O Tribunal de Nuremberg*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 23-25; O'BRIAN, John. *International Law*. London: Cavendish Publishing Limited, 2002. p. 760.

65 FERRO, Ana Luiza Almeida. *O Tribunal de Nuremberg*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 27.

66 CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2003. p. 38.

67 A expressão “Ato de Estado” tem diferentes conotações. O Prof. John O'Brian em seu livro citado pela primeira vez na nota n. 17, nas páginas 265 e 293, conceitua a *Doctrine of Acts of State* como a não possibilidade, em determinadas circunstâncias, de o Judiciário de um determinado Estado revisar os atos de um outro Estado estrangeiro praticados em seu território. Muitos autores se referem a essa particular conotação dada aos Atos de Estado como *Doctrine of Non-Justiciability*.

68 FERRO, Ana Luiza Almeida. *O Tribunal de Nuremberg*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 27.

69 O'BRIAN, John. *International Law*. London: Cavendish Publishing Limited, 2002. p. 263-295.

Na *Doctrine of Restrictive Immunity*, diferentemente da *Doctrine of Absolute Immunity*, a imunidade somente seria conferida aos *Acta de Jure Imperii*). Não existe uma unanimidade entre os Estados acerca de qual teoria é a melhor, se a absoluta ou a restritiva. O Prof. John O'Brian acredita que, atualmente, tem prevalecido a doutrina restritiva⁷⁰, devendo-se observar a legislação interna de cada país para se saber se é possível em determinadas circunstâncias se pleitear a imunidade.

Naquela época, mesmo não existindo uma responsabilidade individual internacional em virtude da imunidade que era conferida aos oficiais de um Estado, argumentava-se que isso não era sinônimo de impunidade. A imunidade soberana não impediria a jurisdição do Estado de nacionalidade daquele que praticou o ato, não eximindo sua responsabilidade⁷¹. A justiça seria feita, mas se daria com o Estado se voltando contra aqueles que o haviam representado⁷². Assim, os cidadãos de um Estado estavam sob jurisdição exclusiva deste, cabendo ao Estado de nacionalidade da vítima apenas reclamar para que o outro Estado punisse os criminosos ou pagasse uma compensação⁷³. Essa idéia está expressa no art. 3º da Convenção da Haia de 1907⁷⁴ que havia codificado o direito de guerra e que dispunha acerca da obrigação de pagamento de uma compensação pelo Estado beligerante violador ao Estado ofendido. No entanto, essa compensação era muito criticada por duas razões: demorava-se muito para se chegar a um acordo acerca de seu valor e não se acreditava que ela sozinha seria capaz de inibir a prática de crimes de guerra⁷⁵. No final, o resultado era que o Estado de nacionalidade dos acusados não os julgava, pois era costume dar anistia a todos os combatentes acusados de crimes de guerra após o término do conflito⁷⁶.

70 O'BRIAN, John. *International Law*. London: Cavendish Publishing Limited, 2002. p. 294.

71 TOMONORI, Mizushima. The individual as beneficiary of the state immunity: problems of the attribution of ultra vires conduct. *Denver Journal of International Law and Policy*, v. 29, p. 274, Summer/Fall 2001.

72 FERRO, Ana Luíza Almeida. *O Tribunal de Nuremberg*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 86.

73 CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2003. p. 37.

74 O Direito Internacional Humanitário, ius in bello, é formado basicamente pelo conjunto de normas dos seguintes protocolos e convenções: Hague Convention Respecting the Laws and Customs of war on Land of 1899, Hague Convention Respecting the Laws and Customs of war on Land of 1907, Geneva Conventions of 1949 e seus Additional Protocols of 1977.

75 LIPPMAN, Matthew. Nuremberg: Forty-Five years Later. *Connecticut journal Of International Law*, v. 7, p. 2, Fall 1991.

76 LIPPMAN, Matthew. Nuremberg: Forty-Five years Later. *Connecticut journal Of International Law*, v. 7, p. 3, Fall 1991.

5.3 A IMUNIDADE COMO DEFESA DIANTE DO TPI

Para analisarmos essa questão, devemos considerar dois casos muito importantes e que são fortes precedentes para futuras decisões sobre imunidades. O primeiro é um julgamento da ICJ sobre as imunidades do ministro das relações exteriores do Congo, o Sr. Yerodia. O segundo caso é a decisão sobre a imunidade do ex-ditador chileno Augusto Pinochet proferida pela Câmara dos Lordes, instância suprema da Justiça do Reino Unido.

Em virtude de uma decisão proferida pela Corte Internacional de Justiça, com sede na Haia, no *Case Concerning the Arrest Warrant (Congo v. Belgium)*, discutiu-se muito acerca do uso de imunidade como defesa diante de crimes internacionais. No caso em questão, no dia 11 de abril de 2000 um juiz belga emitiu um mandado de prisão contra o então ministro das relações exteriores da República Democrática do Congo, Sr. Abdulaye Yerodia Ndombasi, por ter cometido crimes contra a humanidade e graves violações das Convenções de Genebra de 1949⁷⁷. Um dado interessante é que as condutas teriam sido praticadas pelo Sr. Yerodia antes de ele assumir o cargo no governo do Congo. Na ocasião, em julgamento realizado em 14 de fevereiro de 2002, a Corte da Haia determinou a ilegalidade do ato praticado pela Bélgica. A Corte entendeu que a imunidade do ministro das relações exteriores, diferentemente da imunidade diplomática, não se aplica apenas contra um Estado (o acreditante), sendo *erga omnes*, pois ele atua perante inúmeros países⁷⁸. Além disso, de acordo com o julgamento da corte, o ministro possui imunidade para seus atos oficiais e privados, independentemente do fato de terem sido praticados anteriormente ou durante a ocupação do cargo ministerial. Pode-se inferir da decisão da Corte Internacional de Justiça que a regra para o ministro das relações exteriores é a imunidade, existindo apenas quatro exceções que seriam *numerus clausus* (exaustivos) e que permitiriam o julgamento desse oficial de Estado⁷⁹:

- 1) quando o seu próprio Estado de nacionalidade iniciar ação judicial contra ele;
- 2) quando o seu Estado de nacionalidade abdicar de sua imunidade (*waiver*);

77 KOLLER, David S. Immunities of foreign ministers: paragraph 61 of Yerodia judgment as it pertains to the Security Council and the International Criminal Court. *American University International Law Review*, v. 20, p. 8, 2004.

78 CAPLAN, Lee M. State immunity, human rights and jus cogens: a critique of the normative hierarchy theory. *American Journal of International Law*, v. 97, p. 11, October 2003.

79 CASSESE, Antonio. When may senior state officials be tried for international crimes? Some comments on the Congo v. Belgium case. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 4, p. 853-875, 2002.

- 3) quando a pessoa não mais ocupar o cargo de ministro, ela poderá ser julgada pelos seus atos privados praticados durante o exercício de suas funções, mas não pelos seus atos oficiais;
- 4) um ex ou atual ministro não possui imunidades quando está sujeito a um tribunal penal internacional cujo tratado proíbe o uso dessa defesa.

De acordo com o julgamento da ICJ, um ministro das relações exteriores que cometer um crime internacional só poderá ser julgado quando não mais ocupar o cargo⁸⁰. Até então, ele usufruirá de sua imunidade pessoal, conforme exposto anteriormente, quando diferenciamos *material immunities* de *personal immunities*.

Antonio Cassese⁸¹ nos alerta, no entanto, que a decisão da Corte pode ter conseqüências horríveis. Já foi dito que, quando o ministro deixa o seu cargo, ele só responderá pelos atos praticados em sua capacidade privada. Assim, uma pergunta se torna muito importante: os crimes internacionais são considerados atos oficiais? A ICJ infelizmente não respondeu a essa pergunta. É sabido que, na maioria das vezes, oficiais de Estado aproveitam de seus poderes e usam a máquina estatal para cometerem esses crimes. Fazendo-se uma leitura *ipsis litteris* da decisão proferida pela ICJ, tem-se, portanto, que muito raramente essas pessoas serão responsabilizadas por seus atos. Contra esse possível entendimento, pode-se recorrer ao Direito Internacional costumeiro. De acordo com a primeira parte do presente artigo, desde os julgamentos de Nurembergue e Tóquio, não se tem mais admitido que uma pessoa alegue o seu status de oficial de Estado para se eximir da responsabilidade por seus crimes.

Dessa forma, acreditamos que, mesmo que sejam considerados os crimes internacionais atos oficiais de um ministro das relações exteriores, o Direito Internacional costumeiro aponta para a sua responsabilização criminal individual.

Na Inglaterra, conforme se verá abaixo, a Câmara dos Lordes negou imunidade a Augusto Pinochet afirmando que os crimes internacionais por ele praticados não poderiam ser considerados como tendo sido praticados dentro de sua capacidade oficial.

80 CASSESE, Antonio. When may senior state officials be tried for international crimes? Some comments on the Congo v. Belgium case. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 4, p. 853-875, 2002.

81 CASSESE, Antonio. When may senior state officials be tried for international crimes? Some comments on the Congo v. Belgium case. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 4, p. 853-875, 2002.

No caso Pinochet⁸², que começou em 1998 quando um juiz espanhol emitiu um mandado de prisão contra o ex-ditador chileno, que se encontrava à época na Inglaterra, a Câmara dos Lordes (*House of Lords*) proferiu duas decisões a respeito do processo de extradição do ex-general. Em ambas as decisões negaram-se as imunidades *ratione personae* e *materiae*. A primeira decisão, no entanto, foi anulada, aceitando-se as alegações dos advogados de defesa de Pinochet, que argüíram a parcialidade do Lorde Leonard Hoffmann, por ter ele trabalhado numa instituição de caridade ligada à ONG Anistia Internacional. A solução dada pela Câmara dos Lordes é de grande importância para a evolução do Direito Internacional, pois chefes de Estado agora sabem que, após deixarem o cargo, podem ser julgados por seus atos praticados no desempenho de suas funções. Ou seja, ex-chefes de Estado podem não ter reconhecidas suas imunidades.

Apesar desse aspecto positivo, a segunda decisão da *House of Lords* possui um lado negativo. Diferentemente da primeira decisão, que com base no Direito Internacional costumeiro reconheceu a existência de jurisdição universal para os crimes praticados por Pinochet; a segunda decisão negou a imunidade de Pinochet com base na Convenção das Nações Unidas contra a tortura de 10 de dezembro de 1984. Foi decidido que, quando o Chile ratificou a referida convenção em 1998, isso correspondeu a um *waiver*⁸³ das imunidades no que diz respeito ao crime de tortura. Dessa forma, não haveria que se falar em imunidade pessoal.

Por ter se baseado em um tratado, e não mais em uma jurisdição universal em conformidade com o Direito Internacional costumeiro, acreditamos que a decisão da Câmara dos Lordes deixou de ser um precedente ainda mais importante do que já é para a responsabilização de Chefes de Estado.

Além disso, foi dito que crimes internacionais não podem ser considerados como tendo sido cometidos dentro da capacidade oficial de um representante de um Estado, não sendo abarcados pela imunidade material.

Do caso Pinochet resulta que, para se reconhecer uma imunidade *ratione materiae*, deve-se analisar os atos inerentes à capacidade oficial não

82 O'NEILL, Kerry Creque. A new customary law of head of state immunity?: Hirohito and Pinochet. *Stanford Journal of International Law*, v. 38, p. 289-317, Summer 2002; BARRIENTOS-PARRA, Jorge. *O caso Pinochet e a universalização da luta pelos direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 763, p.465-474, maio de 1999.

83 A palavra waiver é atribuída ao fato de um Estado nacional retirar de seu oficial a prerrogativa de usar uma imunidade, possibilitando que outro Estado exerça a sua jurisdição.

apenas do ponto de vista do direito interno, mas também sob as normas do direito internacional⁸⁴.

Após termos examinado esses dois casos, estudaremos agora o exercício de jurisdição pelo TPI sobre uma pessoa beneficiária de imunidades no plano internacional.

A pessoa protegida por uma imunidade, seja ela qual for, pode vir a ser julgada pela justiça de um Estado estrangeiro caso o seu Estado de nacionalidade abra mão dessa prerrogativa (*waiver*). Isso está de acordo com a decisão da ICJ no *Arrest Warrant Case*. Assim, poderia o TPI julgar alguém no caso de seu Estado de nacionalidade abdicar de sua imunidade.

O problema se verifica quando não existe um *waiver*. Mas, nesse caso, o Estatuto de Roma é muito claro em seu art. 27:

Irrelevância da Qualidade Oficial

1. O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de per se motivo de redução da pena.
2. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa; nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.⁸⁵

A medida adotada no Estatuto de Roma não é inovadora. O caso Pinochet, por exemplo, é um exemplo de jurisprudência nacional em que imunidades foram negadas devido ao cometimento de crimes internacionais.

Aliás, jurisprudência internacional também é o que não falta. O Estatutos do tribunal de Nurembergue e do ICTY em seus artigos 7º e 7º (2), respectivamente, rejeitam a isenção da responsabilidade criminal de alguém baseada em sua condição de oficial de Estado. Muitos casos

84 DANILENKO, Gennady M. The Statute of the International Criminal Court and third States. *Michigan Journal of International Law*. v. 21, p. 473, Spring 2000.

85 BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, publicado no *Diário Oficial da União* de 26 de setembro de 2002.

foram julgados e pessoas condenadas com base nesses dispositivos. Essas regras envolvendo imunidades estão presentes nos instrumentos legais que criaram tribunais internacionais, podendo ser aplicadas apenas em seus respectivos âmbito⁸⁶.

No caso de o oficial de Estado ser nacional de um país que ratificou o Estatuto de Roma, a aplicação desse dispositivo seria pacífica. Acreditamos que poderia, inclusive, ser entendida como um *waiver* feita por esses países. No caso Pinochet, por exemplo, foi esse o entendimento obtido na segunda decisão da *House of Lords*.

Mas, como é sabido, o TPI pode julgar nacionais de Estados que não ratificaram o seu tratado de criação. E, nesse caso, ainda assim seria possível se rejeitar a alegação de imunidade? Trata-se de uma situação que pode gerar grandes discussões e problemas diplomáticos futuramente.

Quando é o Conselho de Segurança da ONU que remete o caso ao TPI, nos termos do art. 13(b) do Estatuto de Roma, acreditamos que não existe qualquer complicação. Dispõe o referido artigo o seguinte:

O Tribunal poderá exercer a sua jurisdição em relação a qualquer um dos crimes a que se refere o artigo 5º, de acordo com o disposto no presente Estatuto, se: b) O Conselho de Segurança, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes.

O próprio Conselho, quando criou o ICTY, vedou o uso de imunidades diante daquele tribunal *ad hoc*. Mesmo no caso do país de nacionalidade do criminoso não ter ratificado o Estatuto de Roma, sendo ele membro das Nações Unidas, nos termos do art. 25 da Carta da ONU, fica ele obrigado a respeitar futuras decisões do Conselho. De acordo com os artigos 24(1), 39 e 41 da referida Carta, os membros da ONU reconhecem que o Conselho de Segurança tem discricção para determinar se existe uma ameaça à manutenção da segurança e paz mundiais e quais medidas deverão ser tomadas para resolver o problema. Dessa forma, esses países se comprometeram a implementar quaisquer decisões feitas pelo Conselho.

86 CASSESE, Antonio. When may senior state officials be tried for international crimes? Some comments on the Congo v. Belgium case. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 4, p. 853-875, 2002.

A situação de maior conflito seria quando não houvesse essa remessa ao TPI pelo Conselho de Segurança e, ainda assim, aquela corte criminal tivesse jurisdição sobre um oficial de Estado não-signatário, presentes os requisitos do art. 12 do Estatuto de Roma. Apesar de existirem fortes precedentes negando imunidades pessoais e materiais aos oficiais que cometem crimes internacionais, conforme se viu anteriormente, e também de o Estatuto de Roma negar expressamente o uso de imunidade como defesa perante sua jurisdição, somente a prática futura e a reação dos países que não ratificaram esse Estatuto irão determinar o que prevalecerá: o reconhecimento ou não das imunidades.

6 OS ESTADOS NÃO-SIGNATÁRIOS DO ESTATUTO DE ROMA E O EXERCÍCIO DE JURISDIÇÃO PELO TPI

Conforme já exposto várias vezes no presente artigo, nos termos do Estatuto de Roma, é possível que o TPI exerça sua jurisdição sobre nacionais de países que não ratificaram esse tratado e que não tenham consentido com essa jurisdição. Nesta parte, tentar-se-á mostrar que, a partir da idéia de responsabilidade criminal individual internacional, essa situação é permitida pelo Direito Internacional.

Alguns autores⁸⁷ entendem que a jurisdição do TPI sobre nacionais de Estados que não ratificaram o Estatuto de Roma violaria o princípio do *pacta tertiis* expresso nos artigos 34, 35, 37 e 38 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 23 de maio de 1969.

De acordo com esse princípio, não seria permitida a criação de obrigações para Estados não-signatários de um tratado. Dizem, ainda, que, quando a pessoa a ser julgada for um oficial de um Estado e, portanto, o ato condenado for um ato de Estado, tratar-se-ia de verdadeira jurisdição sobre uma disputa entre Estados soberanos sem que haja o consentimento de um dos Estados envolvidos. Para eles, isso seria um absurdo à luz do Direito Internacional Costumeiro, uma vez que apenas quando um Estado consente sobre determinado modo de solução de controvérsias, estaria ele subordinado e vinculado a esse método.

87 MORRIS, Madeline. The United Nations and the international criminal court: high crimes and misconceptions: the ICC and non-party states. *Law and Contemporary Problems*, v. 64, p. 13-66; WEDWOOD, Ruth. The international criminal court: an American view. *European Journal of International Law*, v. 10, p. 93-107, 1999; ZAPPALA, Salvatore. The reaction of the US to the entry into force of the ICC Statute: Comments on the UN SC Resolution 1422 (2002) and the article 98 agreements. *Journal of International Criminal Justice*, p. 114-134, 2003.

Por outro lado, existem também aqueles que defendem a legalidade dessa jurisdição⁸⁸. Nesse caso, nenhuma obrigação seria criada para os Estados que não aderiram ao Estatuto. Não se trataria também de uma disputa envolvendo Estados a ser decidida pelo TPI, possuindo essa corte jurisdição sobre pessoas e não países. O indivíduo seria a pessoa a ser julgada. Assim, com base na responsabilidade criminal individual internacional, poderia o Tribunal Penal Internacional julgar nacionais de países não membros de seu Estatuto.

Acreditamos que a segunda posição apresentada é a correta. De fato nenhuma obrigação é criada para os Estados não-signatários. A jurisdição do TPI poderia ser entendida como verdadeira delegação da jurisdição territorial dos países àquele tribunal internacional. Seria um absurdo imaginar que, cometido um crime, o Estado em cujo território o fato típico foi praticado não poderia exercer sua jurisdição sobre a pessoa que o realizou. A jurisdição de um Estado sobre o seu território advém de sua própria soberania, não sendo necessário o consentimento do Estado de nacionalidade do criminoso⁸⁹ (a não ser nos casos de imunidade já estudados). A transferência pelo Estado dessa prerrogativa a um tribunal internacional, em determinadas circunstâncias, poderia ser, inclusive, mais vantajosa para a realização da justiça. A princípio, sendo os juizes do TPI originários de diferentes países com sistemas jurídicos distintos e não sofrendo as influências políticas e outras pressões nacionais que podem existir dentro de um Estado, a decisão desse tribunal internacional poderia ser preferível a uma sentença de um judiciário nacional qualquer.

7 CONCLUSÃO

Neste artigo, procuramos estudar a responsabilidade criminal individual internacional presente no Estatuto de Roma. Inicialmente, discorreremos sobre a diferença entre Direito Penal Internacional e Direito Internacional Penal. Constatamos então, que a mencionada responsabilidade individual se encontra no segundo, que é verdadeiro ramo do Direito Internacional Público. Vimos, também, que os crimes internacionais surgem dos tratados entre os Estados que condenam a prática de determinado ato e se comprometem a combatê-los. Para tanto, o direito penal interno é de grande importância, pois ele regulamenta essa repressão aos crimes

88 SCHARF, Michael. The United States and the International Criminal Court: the ICC's jurisdiction over nationals of non-party states: a critique of the US position. *Law and Contemporary Problems*, v. 64, p. 67-117, 2001; MEGRET, Frederic. Epilogue to an endless debate: the international criminal court's jurisdiction and the looming revolution of international law. *European Journal of International Law*, v. 12, n. 2, p. 247-268, 2001.

89 MEGRET, Frederic. Epilogue to an endless debate: the international criminal court's jurisdiction and the looming revolution of international law. *European Journal of International Law*, v. 12, n. 2, p. 252, 2001.

internacionais no âmbito de cada Estado. Pode, no entanto, ocorrer essa repressão por meio de tribunais penais internacionais, como é o caso do TPI, cujo Estatuto de Roma institui uma verdadeira responsabilidade individual por crimes internacionais.

Posteriormente, analisamos o conceito de imunidades, os diferentes tipos de imunidades existentes e a sua vedação no Estatuto de Roma. Após a leitura de diversos autores, conceituamos imunidade como sendo uma possível defesa a ser utilizada diante de um tribunal, seja para demonstrar que determinado crime não é atribuído a uma pessoa (impedindo, às vezes, a própria formação desse crime) ou que o foro em que foi ajuizada a ação não possui competência para decidir a questão. Classificamos então as imunidades em *ratione personae* e *ratione materiae*. As primeiras seriam atribuídas a certos oficiais de Estado, cujo status reclamaria a prerrogativa de uma imunidade para que possam desempenhar bem suas funções. As segundas existiriam em virtude de se atribuir o ato não à pessoa que o praticou, mas ao Estado que essa pessoa estava representando. Apresentamos que uma não exclui a outra, podendo ambas ser alegadas concomitantemente. Diferenciamos também os tipos de imunidades em: imunidades internacionais, imunidades diplomáticas e consulares e imunidades de Estado. As últimas resultariam do princípio da igualdade entre os Estados, sujeitos de direito soberanos e sem hierarquia entre si, e da impossibilidade de um Estado julgar um ato praticado por outro (*par in parem non habet imperium*). As imunidades diplomáticas, por sua vez, seriam necessárias para o bom relacionamento político entre os Estados e as imunidades internacionais são aplicadas aos funcionários de Organizações Internacionais para que não sofram influência nem do Estado sede da organização ou de seu Estado de nacionalidade, desempenhando, assim, suas funções. Quanto às imunidades, por fim, foi dito que o Direito Internacional caminha em direção à primazia da responsabilidade criminal individual no caso de crimes internacionais, não podendo ser esses últimos entendidos como tendo sido praticados dentro da capacidade oficial de um agente do Estado.

Foi dito ainda que, de acordo com a redação do Estatuto de Roma, torna-se possível o exercício de jurisdição do TPI sobre nacionais de Estados que não ratificaram o mencionado instrumento. Porém, existem autores que defendem a ilegalidade (à luz do Direito Internacional) dessa jurisdição por violação ao Direito costumeiro e ao princípio do *pacta tertiis*, segundo o qual um tratado não poderia criar obrigações para terceiros Estados.

No entanto, filiamo-nos àqueles que, com base na responsabilidade criminal individual internacional, acreditam não ter sido criada qualquer obrigação para os países que não ratificaram o tratado mencionado acima. Aquele tribunal internacional julga pessoas e não Estados.

Por fim, percebemos que a responsabilidade criminal individual internacional é importante para inibir a prática de crimes internacionais que chocam a sociedade internacional. A aplicação eficaz do Estatuto de Roma, com a responsabilização da pessoa por trás de um genocídio ou da prática de crimes de guerra, independentemente de ser um oficial de um Estado, será importante para o devido respeito aos direitos humanos. Para dizermos se o Estatuto está produzindo esse efeito, deveremos observar a atuação do TPI futuramente nos casos em que houver, por exemplo, o cometimento de crimes contra a humanidade. Recentemente, com a edição das resoluções 1422 (2002), 1487 (2003) e 1497 (2003) pelo Conselho de Segurança, que por meio dessas resoluções tentou impedir a jurisdição do Tribunal Penal Internacional sobre oficiais de Estados não-signatários de seu Estatuto, tornaram-se claras as dificuldades a serem enfrentadas por esse recente tribunal internacional.

REFERÊNCIAS

ARMSTEAD JR., J. Holmes. The International Criminal Court: History. Development and Status. *Santa Clara Law Review*, v. 38, p. 745-750, 1998.

BARRIENTOS-PARRA, Jorge. *O caso Pinochet e a universalização da luta pelos direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 763, p.465-474, maio de 1999.

BASSIOUNI, M. Cherif. Establishing an International Criminal Court: Historical Survey. *Military Law Review*, v. 149, p. 49-63, Summer 1995.

BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, publicado no *Diário Oficial da União* de 26 de setembro de 2002.

BROWER, Charles H. International Immunities: some dissident views on the role of the municipal courts. Virginia, *Journal of International Law*, v. 42, p. 1-92, Fall 2000.

CAPLAN, Lee M. State immunity, human rights and jus cogens: a critique of the normative hierarchy theory. *American Journal of International Law*, v. 97, p. 741-781, October 2003.

CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2003.

CASSESE, Antonio. When may senior state officials be tried for international crimes? Some comments on the Congo v. Belgium case. *European Journal of International Law*, v. 13, v. 4, p. 853-875, 2002.

- CHARNEY, Jonathan. Progress in International Criminal Law? *American Journal of International Law*, v. 93, p. 452-464, april, 1999.
- CONVENÇÃO contra o terrorismo nuclear. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, 14 de abril de 2005. Seção internacional, p. 23.
- DANILENKO, Gennady M. The Statute of the International Criminal Court and third States. *Michigan Journal of International Law*, v. 21, p. 445-494, Spring 2000.
- EL ZEIDY, Mahamed. The United States dropped the atomic bomb o f art. 16 of the ICC statute: Security Council power of deferrals and resolution 1422. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 35, p. 1503-1544, november 2002.
- FERRO, Ana Luiza Almeida. *O Tribunal de Nuremberg*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- KARPETZ, I.I. International Criminal Law and International Crimes. *Touro Journal of Transnational Law*, v.1, p. 325-334, Spring 1990.
- KIM, Young Sok. The Cooperation of a State to Establish an Effective Permanent International Criminal Court. *Journal of International Law and Practice*, p. 157-175, Spring 1997.
- KOLLER, David S. Immunities of foreign ministers: paragraph 61 of Yerodia judgment as it pertains to the Security Council and the International Criminal Court. *American University International Law Review*, v. 20, p. 7-42, 2004.
- LIPPMAN, Matthew. Nuremberg: Forty-Five years Later. *Connecticut journal of International Law*, v. 7, p. 2-64, Fall 1991.
- MEGRET, Frederic. Epilogue to an endless debate:the international criminal court's jurisdiction and the looming revolution of international law. *European Journal of International Law*, v. 12, n. 2, p. 247-268, 2001.
- MENDES, Victor (Org). *Direitos Humanos. Declarações e Convenções Internacionais*. Lisboa: Vislis, 2002.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*. v. 1. 17. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2001.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MORRIS, Madeline. The United Nations and the international criminal court: high crimes and misconceptions: the ICC and non – party states. *Law and Contemporary Problems*, v. 64, p. 13-66.
- NOLLAEMPER, André. Concurrence between individual responsibility and state responsibility in international law. *International and Comparative Law Quaterly*, v. 52, p. 615-640, july 2003.

- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal. Introdução e Parte Geral*. v.1, 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- O'BRIAN, John. *International Law*. London: Cavendish Publishing Limited, 2002.
- O'NEILL, Kerry Creque. A new customary law of head of state immunity? Hirohito and Pinochet. *Stanford Journal of International Law*, v. 38, p. 289-317, Summer 2002.
- SCHARF, Michael. The United States and the International Criminal Court: the ICC's jurisdiction over nationals of non – party states: a critique of the US position. *Law and Contemporary Problems*, v. 64, p. 67-117, 2001.
- Stahn, The Ambiguities of Security Council Resolution 1422 (2002), 14 *European Journal of International Law*, v. 14, n.1, p. 85-104, 2003.
- TOMONORI, Mizushima. The individual as beneficiary of the state immunity: problems of the attribution of ultra vires conduct. *Denver Journal of International Law and Policy*, v. 29, p. 261- 287, Summer/Fall 2001.
- WEDWOOD, Ruth. The international criminal court: an American view. *European Journal of International Law*, v. 10, p. 93-107, 1999.
- WISE, Edward M. International Crimes and Domestic Criminal Law, Report Submitted by the American National Section, *AIDP. DePaul Law Review*, v. 38, p. 923- 966, July 1989.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2004.
- ZAPPALA, Salvatore. The reaction of the US to the entry into force of the ICC Statute: Comments on the UN SC Resolution 1422 (2002) and the article 98 agreements. *Journal of International Criminal Justice*, p. 114-134, 2003.