

REVISTA DA
AGU

volume 16 nº 04 - Brasília-DF, out./dez. 2017

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

| | | | | | |
|----------------|----------|-------|-------|----------|----------------|
| Revista da AGU | Brasília | v. 16 | nº 04 | p. 1-412 | out./dez. 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 |
| Fabrício 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.

GOOGLE ACADÊMICO

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,
ESPANHA)**

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, ESPANHA)**

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

ANA ELIZABETH LAPA

WANDERLEY CAVALCANTI - SP

Mestre (2000) e Doutora (2005) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - SP. Professora dos cursos de graduação e pós-graduação em direito das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU (São Paulo). Professora do Mestrado em Direito da sociedade da informação da FMU. Professora nas áreas de direito civil, biodireito e Infância e Juventude.

ANDREA DE QUADROS DANTAS ECHEVERRIA - DF

Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília -Uniceub (2011). Especialista em Globalização, Justiça e Segurança Humana pela Escola Superior do Ministério Público da União/ESMPU em convênio com o IFHV (Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht) da Universidade de Bochum na Alemanha. Advogada da União.

ANDRÉ DE PAIVA TOLEDO - MG

Doutor em Direito pela Université Panthéon-Assas Paris II (Sorbonne). Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara.

CARLOS ALBERTO PEREIRA DAS NEVES BOLONHA - RJ

Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, PUC-Rio, Brasil. Professor da Faculdade Nacional de Direito e da Pós-Graduação em Direito da UFRJ.

CARLOS EDUARDO DIEDER REVERBEL - RS

Doutor em Direito do Estado pela USP. Doutor em Direito do Estado pela UFRGS. Mestre em Direito do Estado pela UFRGS. Especialista em Direito do Estado pela UFRGS. Professor Adjunto de Direito do Estado da UFRGS. Professor dos Cursos de Especialização, Mestrado e Doutorado da UFRGS.

CLEYSON DE MORAIS MELLO - RJ

Doutor em Direito pela UGF. É professor Adjunto do Departamento de Teoria e Fundamentos do Direito da Faculdade de Direito da UERJ; Professor do PPGD da UERJ e UNIPAC (Juiz de

Fora - MG). Professor Titular da Universidade Estácio de Sá. Professor Adjunto da Unisuam.

CESAR RIBOLI - RS

Doutorando em Educação pela UNISINOS, RS. Mestre em Direito pela URI - Campus de Santo Ângelo, RS. Professor de Direito Administrativo e Prática Fiscal.

DANIEL BRANTES FERREIRA - RJ

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

GABRIELLE JACOBI KÖLLING - SP

Doutoranda em direito público (UNISINOS). Mestre em direito público (UNISINOS). Professora do Mestrado em Saúde Ambiental da FMU-SP.

GERSON NEVES PINTO - RS

Doutor em Philosophie, Textes Et Savoir, mention très honorable na École Pratique Des Hautes Etudes - Sorbonne, Paris (2011). Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1998). Atualmente é professor adjunto da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado).

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.

JOÃO EMMANUEL CORDEIRO

LIMA - SP

Doutorando em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Professor Palestrante da FGV Direito/SP.

KARLA MARGARIDA MARTINS SANTOS - DF

Doutora em Direito das Relações Internacionais. Participante do Programa Doutorado Sanduiche no Exterior (PDSE/CAPES) na Universidade de Berkeley (Berkeley School of Law - 2015). professora da graduação e pós graduação(lato sensu) do Centro Universitário de Brasília. Procuradora federal em exercício na Procuradoria dp CADE.

KAROL ARAÚJO DURÇO - MG

Doutorando em Direito Público pela PUC/MG. Mestrado em Direito Processual pela UFES. Professor da Universidade Federal de Juiz de Fora UFJF; professor visitante do Instituto de Educação Continuada da PUC/Minas IEC Belo Horizonte-MG.

KLEVER PAULO LEAL FILPO - RJ

Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-graduação (Mestrado) em Direito da UCP, na linha de pesquisa "Processo e Efetivação da Justiça e dos Direitos Humanos", ministrando as disciplinas de Jurisdição Civil e Metodologia da Pesquisa. Na mesma instituição é professor da Graduação em Direito, onde ministra disciplinas de Processo Civil, Prática Jurídica (NPJ) e Pesquisa Jurídica.

MARCIA ANDREA BÜHRING - RJ

Doutora pela PUCRS. Mestre pela UFPR. Professora do PPGD UCS e Professora da FADIR-PUCRS.

MARIA CÉLIA DA SILVA GONÇALVES - DF

Doutora em Sociologia, no momento curso Pós-doutorado em Educação na Universidade Católica de Brasília e Pós-doutorado em História na Universidade de Évora em Portugal. professora de História do Direito e Sociologia Jurídica há 22 anos.

MARIA CRISTINA ZAINAGHI – SP

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

MARIANA BARBOSA CIRNE - DF

Mestre e Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília - UnB. Procuradora Federal da AGU e atualmente ocupa o cargo de Procuradora-Chefe-Nacional da Procuradoria Federal Especializada junto ao IBAMA (PFE-IBAMA). Leciona Direito Constitucional e Ambiental.

MARIANA FILCHTNER**FIGUEIREDO - RS**

Pós-Doutora junto ao Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik (Munique, Alemanha) e à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade

Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Membro da Advocacia-Geral da União.

MATHEUS PASSOS SILVA - LISBOA/PT

Doutorando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor do Centro Universitário UniProjeção.

NEY FAYET DE SOUZA JÚNIOR - RS

Pós-Doutor em Criminologia pela Universitat Pompeu Fabra (Barcelona) e Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. É pós-doutorando em História na Universidade Federal do Rio Grande do Sul e professor de Direito Penal e Criminologia (graduação, mestrado e doutorado) na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogado criminalista.

ORLANDO DE CARVALHO**SBRANA - SP**

Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2016), mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008), atuando principalmente nas seguintes áreas: Direito Penal; Direito Econômico; Direito Penal Econômico, Financeiro e Societário; Direito Processual Penal; Direito Administrativo e Direito Constitucional.

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.

RODRIGO GARCIA SCHWARZ - SC

Pós-doutorados no Ius Gentium Conimbrigae - Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no Centro de Estudios Avanzados da Universidad Nacional de Córdoba, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, na Fundación Centro Internacional de Educación y Desarrollo Humano e na Universidad de Manizales. Professor Doutor do

PPGD (Mestrado em Direito) da Universidade do Oeste de Santa Catarina, Doutor em Direito, Doutor em História.

RUBENS BEÇAK - SP

Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo-USP. Especialista em Gestão Pública pela UFSCAR. Professor Associado da Universidade de São Paulo -USP na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (Graduação e Pós-graduação).

SILVIO MARQUES GARCIA - SP

Doutorando em Direito (PUC-SP). Mestre em Direito (Unesp). Especialista em Direito Público -

EAGU/UnB. Procurador Federal 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.

WAGNER SILVEIRA FELONIUK - RS

Doutor em Direito com dois votos de louvor (2013-2016, bolsa CAPES), Mestrado Acadêmico (2012, bolsa CNPq). Professor das pós-graduações da Verbo Jurídico, Instituto de Desenvolvimento Cultural, de Advocacia de Estado e Direito Público da UFRGS.

AUTORES

ALOÍSIO KROHLING - ES

Pós-Doutor em Filosofia Política pela UFRJ. Pós-Doutor em Ciência Sociais pela PUC-SP. Doutor em Filosofia. Professor titular de Filosofia do Direito no Mestrado e Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória. Pesquisador de Filosofia de Direitos Humanos Fundamentais, ética, interculturalidade e diversidade na Faculdade de Direito de Vitória, FDV, Brasil.

ARTENIRA DA SILVA E SILVA - MA

Pós-Doutora em Psicologia e Educação pela Universidade do Porto. Doutora em Saúde Coletiva pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Saúde e Ambiente pela Universidade Federal do Maranhão, Docente e pesquisadora do Departamento de Saúde Pública e do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão.

BÁRBARA MARIANNA DE MENDONÇA ARAÚJO BERTOTTI - PR

Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito

Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná e em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Pesquisadora do NINC - UFPR e do NUPED - PUCPR.

CAETANO DIAS CORRÊA - SC

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Professor dos Cursos de Graduação em Direito e de Especialização em Direito do Centro Universitário Católica de Santa Catarina. Advogado.

CARLA AMADO GOMES - LISBOA-PT

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professora Convidada da Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Porto).

CAROLINA MARIA DE JESUS

ROSSO - PA

Advogada. Voluntária da Clínica Internacional de Direitos Humanos da Amazônia.

EUGÊNIO FACCHINI NETO - RS

Doutor em Direito Comparado (Florença/Itália), Mestre em Direito Civil (USP). Professor Titular dos Cursos de

Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUC/RS. Professor e ex-diretor da Escola Superior da Magistratura/AJURIS. Desembargador do TJ/RS.

FERNANDA ARRUDA LÉDA LEITE ZENKNER - MA

Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR/UFMA). Advogada pela OAB/MA

FLAVIA DANIELLE SANTIAGO LIMA - AGU/PE

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora da Universidade Católica de Pernambuco. Advogada da União - AGU.

GUILHERME ROSA PINHO - MG

Doutorando e Mestre em Direito (UFMG), Especialista em Direito Público (UCAM) e em Direito Tributário (UGF). Analista Judiciário (TRT-MG)

GUSTAVO STOLLMEIER MATIOLA - SC
Pós-graduando em Direito Processual Civil pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina - CESUSC. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Advogado.

JEFFERSON CARÚS GUEDES - AGU/DF

Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito (UniCEUB). Advogado da União (AGU).

LARA CAXICO MARTINS MIRANDA - PR

Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Instituição Damásio de Jesus. Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Instituição LFG.

LEONARDO TRICOT SALDANHA - RS

Doutorando da PUC/RS. Mestre em Direito Público pela UFRGS. Professor de Direito Constitucional do UniRitter, FEMARGS e ESMAFE.

LUIS RENATO VEDOVATO - SP

Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP. Professor Doutor da UNICAMP. Professor do Programa de Mestrado da UNIMEP.

LUIZ EDUARDO DINIZ ARAÚJO - AGU/DF

Mestredo profissional em andamento em MASTER IN ENERGY LAW. Technische Universität Berlin, TUBerlin, Alemanha. Procurador Federal.

LULY RODRIGUES DA CUNHA FISCHER - PA

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA) e Universidade de Paris XIII (2014) em regime de cotutela.

Membro permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito. Professora de Direito da Universidade Federal do Pará.

MARCO CALDEIRA - LISBOA - PT

Assistente Convidado da Faculdade de Direito de Lisboa. Advogado

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON - SP

Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Professor Associado da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP. Advogado.

RENNAN GUSTAVO ZIEMER DA COSTA - PR

Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Pesquisador do NINC- UFPR.

SANDRO LUCIO DEZAN - DF

Doutor em Direito, pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB; Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Professor de Direito Administrativo e Constitucional para o Curso de Direito da UFES.

TARCÍSIO TEIXEIRA - SP

Doutor e Mestre em Direito Empresarial (Comercial) pela Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco. Pós-graduado/ Especialista em Direito Empresarial pela Escola Paulista da Magistratura - EPM. Professor da Universidade Estadual de Londrina em nível de Graduação, Especialização e Mestrado.

TASSIANA MOURA DE OLIVEIRA - PE

Doutoranda em Ciência Política (UFPE)
Mestre em Direito (UNICAP).

TEREZA CRISTINA SORICE

BARACHO THIBAU - MG

Doutora e Mestre em Direito pela UFMG
Professora Associada de Direito e Processo Civil e Coletivo na FDUFGM. Membro do IDPro (Instituto de Direito Processual-MG)

THIAGO HENRIQUE TELES LOPES - SP

Mestrando em Direito pela UNIMEP.
Pós-graduado em Direito Processual Civil pela UNISUL. Juiz de Direito/SP.

THIAGO PELLEGRINI VALVERDE - SP

Mestre em Direitos Difusos e Coletivos (subárea Direitos Humanos) pela Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES). Professor Titular de Direito Internacional Privado no curso de graduação em Direito do Centro Universitário Fundação Santo André, CUFGSA, Brasil.

THIAGO SANTOS AGUIAR DE PÁDUA - DF

Doutorando e Mestre em Direito pelo UniCEUB. Professor da Especialização em Direito UniCEUB. Pesquisador do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais (CBEC), PPG/Direito (UniCEUB).

WAGNER WILSON DEIRÓ

GUNDIM - SP

Doutorando em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Anhembí.

SUMÁRIO

HOMENAGEM

| | |
|--|----|
| Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover <i>Paulo Henrique dos Santos Lucon</i> | 17 |
|--|----|

AUTORES CONVIDADOS

| | |
|--|----|
| Recurso de Agravo de Instrumento <i>Paulo Henrique dos Santos Lucon</i> | 23 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| Contratação Pública “Verde”: Uma Evolução (Eco)Lógica <i>Green Public Procurement: an ecologic (r)evolution</i> <i>Carla Amado Gomes</i> <i>Marco Caldeira</i> | 43 |
|---|----|

ARTIGOS

| | |
|--|----|
| O Conceito de Ordem Pública nos Julgamentos dos Pedidos de Suspensão de Segurança: questões teóricas e análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores <i>The Concept of Public Order in the Judgments of the Requests for Suspension of Judicial Decision on Writ of Mandamus: theoretical issues and analysis of the jurisprudence of the Superior Courts</i> <i>Caetano Dias Corrêa</i> <i>Gustavo Stollmeier Matiola</i> | 81 |
|--|----|

| | |
|--|-----|
| Prevenção e Precaução: comparação entre a legislação internacional ambiental, entendimentos doutrinários e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal <i>Prevention and Precaution's Principles: comparison between internacional environmental texts, legal law opinions and Supreme Court's Rulings</i> <i>Luly Rodrigues da Cunha Fischer</i> <i>Carolina Maria de Jesus Rosso</i> | 113 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| O Controle de Constitucionalidade na França: da impossibilidade ao entusiasmo <i>Judicial Review of Constitutionality in France: from impossibility to enthusiasm</i> <i>Eugênio Facchini Neto</i> <i>Leonardo Tricot Saldanha</i> | 139 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| Hipossuficiência Técnica e Medida de Segurança: a periculosidade como subterfúgio para o exercício da violência institucional <i>Lack of Technical Knowledge and Safety Measure: dangerousness as a subterfuge for the practice of institutional violence</i> <i>Fernanda Arruda Léda Leite Zenkner</i> <i>Artenira da Silva e Silva</i> | 167 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| <p>Quem Impõe Limites às Reformas Previdenciárias? O STF como protetor do orçamento público <i>Who Imposes Limitations on Social Security Reforms? The STF as a Protector of the Public Budget</i> <i>Flavia Danielle Santiago Lima</i> <i>Tassiana Moura de Oliveira</i></p> | 193 |
| <p>A Tutela da ‘Liberdade Religiosa’ Por Meio do Processo Coletivo: reflexões à luz do ordenamento jurídico brasileiro <i>The Protection of ‘Religious Liberty’ Via Class Action: a study according to Brazilian law</i> <i>Guilherme Rosa Pinho</i> <i>Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau</i>.....</p> | 219 |
| <p>Efeitos do Novo Código de Processo Civil Sobre a Recuperação Judicial <i>Effects of the New Civil Procedure Code on Judicial Recovery</i> <i>Lara Caxico Martins Miranda</i> <i>Tarcísio Teixeira</i></p> | 245 |
| <p>Uma Visão Crítica da Posição do STJ Sobre o Periculum In Mora Presumido nas Ações de Improbidade Para Fins da Decretação da Indisponibilidade de Bens <i>A Critical View of the STJ’s Position on Presumed Periculum in Mora on Improbability Judicial Actions For the Purpose of Decreasing the Capital Implications</i> <i>Luis Renato Vedovato</i> <i>Thiago Henrique Teles Lopes</i>.....</p> | 273 |
| <p>Gas and Electricity Markets in the European Union: assessment of the independent transmission operator model <i>Mercados de Gás e Eletricidade na União Europeia: análise do modelo do operador independente de sistemas de transmissão</i> <i>Luiz Eduardo Diniz Araújo</i></p> | 293 |
| <p>A Responsabilidade Civil do Estado Por Ineficiência na Prestação do Serviço Público de Saúde: uma análise à luz da teoria da <i>faute du service</i> <i>Civil Liability of the State by the Inefficiency on the Provision of the Public Health Service: an analysis in light of <i>faute du service</i> theory</i> <i>Rennan Gustavo Ziemer da Costa</i> <i>Bárbara Marianna de Mendonça Araújo Bertotti</i>.....</p> | 307 |
| <p>O “Diálogo” de Normas de Direito Administrativo Sancionador Sob as Ópticas do Paradigma da Complexidade e da Ética da Alteridade <i>The “Dialogue” of Sanctioner Administrative Law Under the Optics of the Paradigm of Complexity and the Ethics of Alterity</i> <i>Sandro Lucio Dezan</i> <i>Aloísio Krohling</i>.....</p> | 341 |

| | |
|--|-----|
| O Ministro Sebastião Lacerda do Supremo Tribunal Federal (1912-1925): uma breve biografia de sua judicatura constitucional como sugestiva da evidência do “necro-constitucionalismo” e do “constitucionalismo invertebrado” <i>The Justice Sebastião Lacerda from the Brazilian Supreme Court (1912-1925): a brief biography about his judicial period as “necroconstitucionalism” and “invertebrate constitutionalism” evidences</i> Thiago Santos Aguiar de Pádua Jefferson Carús Guedes..... | 361 |
| Justiça Aristotélica e as Onze ilhas do Supremo Tribunal Federal: a possibilidade de Justiça no caso concreto <i>Aristotelian Justice and the Eleven islands of the Federal Supreme Court: the possibility of justice at the concrete case</i> Wagner Wilson Deiró Gundim Thiago Pellegrini Valverde | 389 |

EDITORIAL

Prezado leitor,

Este Editorial é muito especial para a Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Nunes Leal, que está comemorando seus dezessete anos de existência, com muitas realizações e conquistas e lançando a 4ª e última edição da Revista da AGU, referente ao trimestre outubro/dezembro de 2017.

Tendo a sua 1ª edição impressa lançada dois anos após a criação da Escola da AGU, podemos afirmar, com orgulho, que o nosso periódico cresceu muito ao longo destes anos, pois trabalhamos com muita dedicação para a sua evolução, seja na disponibilidade da versão eletrônica, seja no processo de aperfeiçoamento para atender à CAPES, com o objetivo de alcançar estratos mais elevados, seja na publicação de artigos científicos de qualidade. Todas estas adaptações foram feitas para uma melhor e maior disseminação do conhecimento e satisfação de toda a comunidade jurídica.

Dessa forma, para coroar nossos esforços em cumprir a missão de fazer da Revista da AGU uma reconhecida fonte de pesquisa na área do Direito, convidamos o nosso leitor para se deleitar na presente obra, fruto de um conjunto de trabalhos que certamente contribuirão para ampliar seu conhecimento.

De início, a Revista da AGU, na pessoa do professor Paulo Henrique dos Santos Lucon, faz uma honrosa homenagem à respeitada processualista e jurista professora Ada Pellegrini Grinover, falecida em 13 de julho de 2017, aos 84 anos de idade.

Em seguida, apresenta, como destaque, 2 (dois) artigos de autores convidados, sendo o primeiro do professor Paulo Henrique Dos Santos Lucon, que analisa, em particular, algumas hipóteses de cabimento do agravo de instrumento segundo o Código de Processo Civil de 2015 e alguns de seus aspectos procedimentais, e o segundo artigo, da Professora Carla Amado Gomes em coautoria com Marco Caldeira, examina a Contratação Pública “Verde”, que constitui um fenômeno relativamente recente no Direito da União Europeia, que se desenvolveu já no século XXI.

Por fim, oferecemos para apreciação de nosso leitor, 13 (treze) trabalhos científicos que passaram por critérios de avaliação e seleção,

garantindo, dessa forma, sua qualidade acadêmica, abordando variados e relevantes temas da área do Direito.

Assim, em clima de celebração, encerramos esta última edição do ano de 2017, agradecendo a todo o nosso Corpo Editorial e todos os autores que colaboraram para a sua concretização, com os votos, desde já, de um Feliz aniversário para a Escola da AGU, um Feliz Natal a todos e um Ano Novo repleto de esperança em melhores tempos!

Desejamos uma ótima leitura a todos com o convite para navegarem pela revista eletrônica disponível em: [http:// seer.agu.gov.br](http://seer.agu.gov.br).

Gláucia Maria Alves Pereira
Niuza Gomes Barbosa de Lima
Diego Barbosa Alves
Marcos Vinícius Somões de Castro
Núcleo de Editoração e Publicações - NUEP

**HOMENAGEM À PROFESSORA ADA
PELLEGRINI GRINOVER**

***16.04.1933 +13.07.2017**

*Paulo Henrique dos Santos Lucon
Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual
Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*

Faleceu em 13 de julho de 2017, aos 84 anos de idade, a excelentíssima Prof.^a. Ada Pellegrini Grinover.

Ada nasceu em 16 de abril de 1933 em Nápoles, de uma família de eminentes magistrados. Seu pai, Domenico Pellegrini Giampietro, intelectual e jurista, era professor de Direito Constitucional italiano e comparado, além de Teoria Geral do Estado, na Faculdade de Direito da Universidade de Nápoles. Regia também Direito Público Comparado na Faculdade de Ciências Políticas da Universidade de Roma.

Com a situação política delicada na Itália do pós-guerra, Ada veio com a família para o Brasil em 1951, tendo concluído o então curso clássico no Colégio Dante Alighieri. Já em 1953, ingressou em terceiro lugar como aluna na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, onde construiria sua emérita carreira como processualista. Foi uma das melhores alunas de sua turma, tendo em 1956 conquistado o Prêmio Basileu Garcia como melhor estudante de Direito Penal. Em 1966 obteve sua especialização em Direito Processual Civil, com a tese “A jurisprudência como interpretação”, tendo concluído o curso com média dez. Em 1970 concluiu seu doutorado pela casa, com a tese “Ação declaratória incidental”, tendo sido a primeira doutora formal da faculdade. No ano de 1973 obteve a livre-docência em direito processual civil com o estudo “Garantia constitucional do direito de ação e sua relevância no processo civil” e sete anos depois, em 1980, tornou-se Professora Titular do Departamento de Direito Processual, com a tese “Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas”. Referido estudo está publicado na obra “Provas ilícitas, interceptações e escutas”, Brasília, Gazeta jurídica, 2013. De 1984 a 1988, foi chefe do departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Em 1998 recebeu o título de doutora Honoris Causa pela Universidade de Milão.

Ada participou da elaboração da Constituição Federal de 1988, do Código Civil brasileiro de 2002, do Código de Defesa do Consumidor e do Código de Processo Civil de 2015, bem como do Projeto do Código de Processo Penal. Foi ainda coautora da Lei de Interceptações Telefônicas, da Lei de Ação Civil Pública e da Lei do Mandado de Segurança. Apresentamos juntamente com Kazuo Watanabe o Projeto de Lei n. 8.058/2014, que trata do controle judicial de políticas públicas.

Em 1993 tornou-se Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP e mais tarde, sua Presidente honorária, sempre participando ativamente do dia a dia do IBDP, com comentários a inúmeras

decisões que podem ser vistas no endereço eletrônico do instituto (www.direitoprocessual.org.br). Foi Vice-Presidente do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal e recebeu o título de Vice-Presidente honorária da International Association of Procedural Law (2011). Atuou ainda como Vice-Presidente da OAB-SP (de 1998 a 2000) e foi fundadora e diretora da Escola Superior de Advocacia (de 2004 a 2005).

Sua vida rendeu vasta produção acadêmica, que além de ser referência obrigatória a todos os estudiosos do direito e do processo, faz seu legado permanecer eternamente. Ada dedicou sua atenção em especial ao Direito Processual Civil, Direito Processual Penal, Direito Público e Constitucional. Destacam-se as obras “Teoria Geral do Processo” (1974), em coautoria com Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araujo Cintra, que superou sua trigésima edição (São Paulo, 32ª ed., Malheiros editores, 2016), “Provas ilícitas, interceptações e escutas” (Brasília, Gazeta jurídica, 2013), e sua mais recente obra, na qual revisou e revisitou muitos dos conceitos ligados à teoria geral do processo, “Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo” (Brasília, Gazeta Jurídica, 2016). Sua produção científica pode ser conferida no seguinte endereço eletrônico: <http://lattes.cnpq.br/6701924464437308>

Por toda sua contribuição ao universo do Direito, em especial do Direito Processual, Ada foi condecorada com diversos prêmios e títulos, dos quais podem ser citados: “Prêmio Woman of the year for Brazil do American Biographical Institute” (1988); “Homenagem especial do Instituto de Direito James Tubenchiack” (2006); “Prêmio Presenza Italiana Nel Mondo” pelo Governo Italiano (2006); “Comenda de ‘Ufficiale Gran Cavaliere’” (2006); “Prêmio da Fundação Redenti” (2007); homenagem da USP por ter defendido a primeira tese oficial de doutorado na Faculdade de Direito (2008); “Reconocimiento por su Aporte a la Disciplina Procesal, Asociación Argentina de Derecho Procesal” (2009); “Prêmio Spencer Vampré, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo” (2010); “Por Inestimáveis Contributos Científicos, UNICEUB - Centro Universitário de Brasília-DF” (2011); “Reconocimiento a su destacata trayectoria internacional en la enseñanza e la teoría general del proceso, Poder Judicial de la Federación. Instituto de la Judicaturan Federal - Escuela Judicial” na Argentina (2011); Agradecimento pela visita na Jornada Control Jurisdiccional de Políticas Publicas en Brasil y Argentina, Secretaría de Posgrado de la Faculdade de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba-A (2013); Medalha do Mérito Acadêmico-Cultural, Escola Paulista da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2013); “Homenagem por sua história, exemplo e papel de

destaque em nossa luta pela valorização da mulher no universo jurídico e na sociedade, ASAS - Associação das Advogadas, Estagiárias e Acadêmicas de Direito do Estado de São Paulo” (2014); “Homenagem pelo valioso apoio à consolidação do Convênio Acadêmico entre a Universidade de São Paulo e a Universidade de Keio e ao fortalecimento entre Brasil e Japão na área jurídica, Faculdade de Direito da USP. Instituto de Direito Comparado Brasil-Japão” (2014); dentre muitos outros.

No campo da literatura, ocupava a cadeira n. 9 da Academia Paulista de Letras, tendo editado a obra “A menina e a guerra”, Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitária, 1998, com a qual recebeu o Prêmio 2000 “Alejandro J. Cabassa” da “União Brasileira de Escritores”, e o Primeiro Prêmio (narrativa) do “Concurso Internazionale Letterario Tito Casini 2001”, na Itália.

Vê-se que seu reconhecimento não se limitou ao território nacional, mas atingiu todo o mundo. Ada formou uma verdadeira escola, com gerações de alunos brasileiros, latino-americanos e europeus, que está refletida nas dezenas de atribuições a ela garantidas e no valioso volume em sua homenagem, “Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover”, São Paulo, DPJ, 2005.

Particularmente na Itália era reconhecida como a maior jurista brasileira de todos os tempos. Não somente os títulos e honrarias recebidos em nome do governo italiano ilustram isso, mas principalmente os inúmeros laços de proximidade e amizade que ela estabeleceu. Em especial na Universidade de Milão, onde esteve presente recorrentemente, na condição de aluna, doutora e palestrante.

Na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP), mesmo aposentada, continuava a lecionar como Professora Sênior nos Cursos de Pós-Graduação, em disciplinas voltadas para o processo penal e civil. Em relação ao processo coletivo, voltava suas recentes preocupações para o processo estrutural, em especial para o processo de interesse público e voltado para o controle judicial de políticas públicas. Chegou a participar da elaboração do programa da matéria de pós-graduação ministraremos em conjunto, no segundo semestre de 2017 (“o controle jurisdicional de políticas públicas e o processo para conflitos de interesse público”).

No Curso de Graduação da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP), no primeiro semestre de 2017, com 84 anos de idade, fez questão de comigo participar de aulas para expor sua nova visão sobre

a teoria geral do processo, expressa em seu último livro “Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo”.

Além de sua contribuição inestimável à ciência do Direito, Ada será sempre lembrada pelos amigos pela generosidade, disposição, dedicação, idealismo e perseverança. Mulher que, pela excelência de sua obra e pelo vigor com que trabalhou até seu último dia, conquistou seu lugar na história como uma das personagens mais ilustres e respeitáveis.

Deixa a admiração e saudade.

RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

Paulo Henrique Dos Santos Lucon

Professor Associado da Faculdade de Direito do Largo de São-Francisco – USP. Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela mesma Instituição. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Advogado.

SUMÁRIO: 1 Atos do Juiz no Processo; 2 Agravo de Instrumento e Tutela Provisória; 3 Decisões Interlocutórias de Mérito; 4 Gratuidade de Justiça; 5 Litisconsórcio; 6 Redistribuição do Ônus da Prova; 7 Encerramento: Aspectos Procedimentais; Referências.

1 ATOS DO JUIZ NO PROCESSO

É sabido que os pronunciamentos judiciais podem ou não ter conteúdo decisório. De acordo com o art. 203 do Código de Processo Civil de 2015, os pronunciamentos do juiz podem consistir em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. O conteúdo decisório dos atos judiciais faz-se presente apenas nas sentenças e decisões interlocutórias, ao passo que os despachos têm finalidade de meramente dar impulso ao processo. Apenas os pronunciamentos judiciais com conteúdo decisório são passíveis de causar gravame às partes ou aos interessados, sendo, por isso, recorríveis.¹ A classificação dos pronunciamentos judiciais tem especial relevância para a teoria dos recursos, na medida em que determinam o meio de impugnação cabível em cada hipótese.

O Código de Processo Civil de 1973, em sua redação original, conceituava sentença como “o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”. Tal definição, voltada à forma do ato, simplificava a prática recursal, pois não deixava dúvida quanto à classificação do ato decisório e, conseqüentemente, quanto ao recurso cabível. A redação original do art. 162, §1º, do Código de Processo Civil de 1973 distinguia, pois, sentença e decisão interlocutória pelo momento em que cada um desses atos era proferido.

Em 2005, entretanto, extinguiu-se o processo de execução fundado em título judicial e criou-se uma fase de cumprimento de sentença, o que fez com que a execução de título judicial se realizasse no bojo do processo de conhecimento, após a fase decisória ou quando ainda pendente de julgamento algum recurso desprovido de efeito suspensivo. Logo, para se adequar à reforma legislativa, a partir da entrada em vigor da Lei n.11.232/2005, não se conceituou mais sentença como o ato que põe fim ao processo. Dispunha, então, o art. 162, §1º do Código de Processo Civil de 1973, após a reforma da execução de título judicial, que a “sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”.

Tentou-se promover distinção entre sentença e decisão interlocutória tão somente pelo conteúdo de cada um desses atos, ou seja, pela sua substância ou essência. No entanto, assim como a forma não define o ato, apenas o conteúdo não é suficiente para distinguir esses pronunciamentos

1 ^[] O gravame ou o prejuízo é que gera o interesse recursal, medido a partir de uma relação de desproporção entre o que esperava obter do órgão jurisdicional e aquilo que foi efetivamente recebido.

judiciais, pois algumas decisões interlocutórias têm por objeto questões de mérito.

Assim, a melhor forma de se interpretar o art. 162, §1º, do Código de Processo Civil de 1973 na sua redação pós reforma de 2005 era: sentença é o ato que extingue o processo sem resolução do mérito (art. 267) ou que resolve o mérito (art. 269) no procedimento principal. Procedimento principal porque existem, de outro lado, procedimentos que têm por fim decidir incidentes, encerram-se com uma decisão interlocutória, agravável, portanto e suscetível de fazer coisa julgada (como ocorre na liquidação ou na impugnação ao cumprimento de sentença quando, evidentemente, a decisão que a encerrar não acarretar a extinção do processo). Ou seja, a sentença resolve o pedido inicial como um todo, sem que restem questões pendentes de decisão ulterior. Após a reforma de 2005, portanto, apelável era a decisão que versasse sobre uma das matérias dos artigos 267 e 269 do Código e que pusesse fim a uma das fases do procedimento em primeiro grau. Por outro lado, se a decisão tivesse semelhante conteúdo, mas não encerrasse a fase de conhecimento em primeiro grau de jurisdição, seria impugnável por agravo.

O Código de Processo Civil de 2015, diante desse contexto de incertezas, visando a minimizar os problemas surgidos com a alteração do §1º do art. 162 em 2005, passou a definir sentença como o pronunciamento por meio do qual o juiz com fundamento nos arts. 485 e 487 põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução. Os arts. 485 e 487 mencionados correspondem aos arts. 267 e 269 do Código de Processo Civil de 1973. Observa-se, pois, que o Código de Processo Civil 2015 optou por conceituar sentença tanto pelo seu conteúdo como pelo momento em que é proferida, encerrando a fase cognitiva do procedimento comum ou extinguindo a execução. De acordo com o art. 203, §1º, do Código de Processo Civil, logo, sentença é o pronunciamento judicial que com fundamento nos arts. 485 e 487 põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução. Dois, portanto, são os elementos constitutivos da sentença: julgamento com ou sem resolução do mérito (definição pelo conteúdo) e extinção da fase cognitiva ou da execução (critério topológico).

Os pronunciamentos judiciais sobre questões surgidas antes da sentença, que não tenham o condão de definir a causa, mas que se limitam a solucionar matérias de interesse do processo e requerimentos das partes são decisões interlocutórias. Também com vista a corrigir a redação do dispositivo do Código de Processo Civil de 1973, o Código de Processo

Civil de 2015 propõe uma definição residual de decisão interlocutória, conceituando-a como todo pronunciamento de conteúdo decisório que não se enquadre na descrição de sentença. O Código define, pois, decisão interlocutória como todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre na definição de sentença, ou seja, que não contenha esses dois mencionados elementos. Decisões interlocutórias, assim, podem versar sobre o mérito de uma demanda, desde que elas não encerrem a fase de conhecimento ou a execução (fase ou processo). A possibilidade de decisões interlocutórias versarem a respeito do mérito do processo, é confirmada pela previsão do art. 1.015 do Código de Processo Civil, segundo o qual é cabível a interposição de agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre decisão dessa natureza. É isso o que ocorre, por exemplo, nos casos de julgamento parcial antecipado do mérito (art. 356). O conteúdo dessa decisão inegavelmente se enquadra nessa hipótese, havendo pronunciamento judicial a respeito da pretensão do autor. Tal decisão, contudo, não é apta a extinguir a fase cognitiva do procedimento comum que terá prosseguimento para julgamento da parcela do mérito não resolvida. Em atenção a isso, o art. 356, §5º, estabelece como cabível o recurso de agravo de instrumento contra a decisão que julgar parcela do mérito em caráter antecedente.

O Código de Processo Civil de 1973 possuía um sistema rígido de preclusões. Assim, se não impugnada determinada decisão logo depois de proferida, a parte sucumbente não mais poderia fazê-lo. Nos termos da legislação então vigente, as decisões interlocutórias deveriam ser atacadas por agravo na modalidade de instrumento ou retido. Esse sistema, contudo, não mais subsiste no Código de Processo Civil de 2015, vez que o agravo retido, de pouca ou nenhuma serventia, deixa de existir. As decisões interlocutórias somente são atacáveis por agravo de instrumento nas hipóteses taxativas previstas no art. 1.015; nos demais casos, não estarão sujeitas à preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação eventualmente interposta contra a decisão final que encerrar a fase cognitiva ou nas contrarrazões de apelação (art. 1.009, §1º). Desse modo, o momento do julgamento da apelação e das impugnações das decisões interlocutórias de pronto não recorríveis (não submetidas, portanto, ao regime do agravo de instrumento) é um só e se dá quando ocorre o julgamento da apelação. Não mais se exige a insurreição imediata da parte contra a decisão não sujeita ao agravo de instrumento, restando afastado o risco de preclusão nessas hipóteses. A insurreição virá nas razões do recurso de apelação ou nas contrarrazões de tal recurso. Destaque-se que, se alguma das hipóteses do art. 1.015 for tratada na sentença em capítulo autônomo, o recurso cabível será o de apelação e não o agravo de instrumento em prol do princípio da unirrecorribilidade recursal.

Tem-se, portanto, que as decisões interlocutórias, segundo o Código de Processo Civil de 2015, submetem-se a duplo regime quanto à sua recorribilidade: se enquadradas em algumas das hipóteses do art. 1.015, essas decisões serão impugnáveis pela via do agravo de instrumento, caso contrário deverão ser impugnadas em preliminar de apelação ou em contrarrazões de apelação em conjunto com as outras questões decididas na sentença. Nos limites deste ensaio, são analisadas, em particular, algumas hipóteses de cabimento do agravo de instrumento segundo o Código de Processo Civil de 2015 e alguns de seus aspectos procedimentais. Registre-se, desde logo, que cada uma das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento será analisada sob a ótica de que tal recurso tem sua razão de ser pautada pela necessidade de imediata revisão de uma decisão capaz de causar lesão grave e de difícil reparação à parte ou ao regular desenvolvimento do processo. Essa interpretação que se pode denominar de finalística das hipóteses de cabimento do agravo permitirá, por exemplo, conforme se verá nos itens a seguir, interpretações extensivas das hipóteses previstas em lei.

O agravo de instrumento permite a devolução imediata da matéria recorrida ao órgão *ad quem*, já que o instrumento que se forma com as peças extraídas dos autos do processo conjuntamente com as razões recursais é interposto diretamente no tribunal. Essa “subida” imediata, virtual ou física, permite a análise de pronto da matéria pelo órgão hierarquicamente superior, o que confere a essa modalidade recursal um altíssimo grau de efetividade. Certas decisões não podem ficar sem um imediato controle porque a rápida decisão do órgão *ad quem* impede danos maiores de natureza processual ou material, já que influencia o modo de ser do procedimento e evita que o reexame tardio revele-se inútil em decorrência da lesão imposta pela decisão atacada. Daí decorre, portanto, a necessidade da mencionada interpretação finalística das hipóteses de cabimento do agravo previstas no art. 1.015 do Código, de modo a evitar consequências indesejáveis para o sistema jurídico como o aumento do número de mandados de segurança e a criação de um estado de imprevisibilidade que compromete a almejada segurança jurídica.

2 AGRAVO DE INSTRUMENTO E TUTELA PROVISÓRIA

De acordo com o art. 1.015, inc. I, do Código de Processo Civil, é cabível agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre tutela provisória. O Código de Processo Civil de 2015 estabelece que a tutela provisória, marcada pela sumariedade da cognição e pela não definitividade das decisões que a concedem, pode ter como

fundamento a urgência ou a evidencia. Não se pode conceber uma tutela jurisdicional efetiva que não seja capaz de disciplinar os casos em que o direito material exige uma resposta imediata do Poder Judiciário. Por isso, deve ser entendido que, ao se tratar de tutela provisória, o agravo de instrumento é cabível contra decisões que concedem ou não esse tipo de tutela sumária.

As razões que justificam a previsão de tutela diferenciada em função da urgência ou da evidência são as mesmas que exigem a previsão de um recurso para revisão imediata da decisão proferida. O agravo de instrumento contra decisão que versa a respeito de tutela provisória justifica-se, portanto, em razão do princípio da necessidade, pois sem o seu processamento e ulterior provimento a efetividade da prestação jurisdicional estaria irremediavelmente comprometida.² Isso significa que a tutela a ser perseguida pelo agravo de instrumento nesses casos pode ter natureza conservativa ou antecipatória,³ mas a demonstração de que a espera é apta a provocar a lesão grave e de difícil reparação é fundamental.

Dado que a decisão que concede a tutela antecipada não tem o atributo da definitividade pode ela ser confirmada, modificada ou revogada até o julgamento de mérito. Nesse sentido, o art. 296 do Código de Processo Civil de 2015 estabelece que “a tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada”. Entenda-se: tal modificação apenas poderá ocorrer se alteradas as circunstâncias que anteriormente justificaram a concessão da medida. E nessas hipóteses de modificação da tutela provisória é cabível também o agravo de instrumento.

Na hipótese de antecipação de tutela, portanto, até a sentença de mérito, ao juiz é facultada a possibilidade de realizar cognição exauriente de todos os fatos relativos à causa, podendo julgar novamente se é ou não o caso de aplicar as consequências decorrentes da antecipação de tutela. Portanto, ainda que se convença sobre o acerto da tutela antecipada, apresentando em sentença o juiz os mesmos argumentos já constantes dos autos na decisão interlocutória, a simples ulterior confirmação da

2 Ver: ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. In: *Reforma do Código de Processo Civil*. (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira), São Paulo: Saraiva, 1996. p. 151-152.

3 Ver: PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1996. p. 661, com arrimo em Ferruccio Tommaseo. *I provvedimenti d'urgenza*. Padova: CEDAM, 1983. p. 11 et seq., e, principalmente, Piero Calamandrei, que fez, pela primeira vez, a distinção entre infrutuosità e tardività (Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari in Opere Giuridiche, Napoli: Morano, 1983. v. IX, n. 18, p. 195-197).

tutela antecipada e sua consequente absorção pela sentença de mérito têm o condão de possibilitar nova discussão, com a interposição de recurso de apelação. Seja qual for o conteúdo da tutela antecipada, a sistemática adotada não dispensa a ulterior prolação da sentença. A exceção refere-se aos casos em que há estabilização da tutela antecipada.

Todavia, não há dúvida de que, se a sentença simplesmente confirma decisão interlocutória concessiva da tutela antecipada sem acrescentar qualquer novo argumento, o recurso de apelação sobre tais pontos constitui questionamento idêntico àquele oferecido por ocasião do agravo de instrumento e muito provavelmente terá o mesmo destino.

No sistema brasileiro, a tutela sumária está sujeita a um duplo controle, pelo recurso e pela possibilidade de modificação ou revogação. A diferença entre uma e outra forma de controle é que a revogação e a modificação sempre dependem da alteração das circunstâncias.⁴ A provisoriedade, em síntese, é uma característica dessa técnica de concessão da tutela jurisdicional. A tutela concedida pode ser modificada ou mesmo revogada ao longo do desenvolvimento no processo, seja pelo próprio juiz que a tenha deferido, seja pelos órgãos jurisdicionais hierarquicamente superiores mediante a interposição dos recursos cabíveis. Todavia, a modificação ou a revogação pelo mesmo órgão jurisdicional surge a partir de uma evolução da situação substancial no processo e deve ser sempre baseada em circunstâncias novas ou já existentes ao tempo da emanção do provimento, mas não suscitadas pelas partes e consideradas pelo julgador. Se assim não fosse, a atividade do juiz tornar-se-ia arbitrária e sem parâmetros.

Em determinadas casos a tutela provisória pode ser concedida antes mesmo da citação. A concessão da tutela de urgência sem a observância do contraditório deve, contudo, ser sempre medida excepcional, já que a ciência dos atos e termos do processo é fundamental para a legitimação do procedimento. Não se pode conceber um processo unilateral, em que somente uma parte age no sentido de obter vantagem em relação ao adversário, sem que este apresente suas razões ou, pelo menos, sem que se lhe dê efetiva oportunidade de manifestar-se. O diferimento do contraditório é medida excepcional, justificada pelo risco de ineficácia do provimento jurisdicional a ser emitido.

4 Ver: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela provisória e julgamento parcial no CPC de 2015: avanços e perspectivas. In: *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*, Atlas, 2015. p.325-342.

Nesse sentido, bem procedeu o Código de Processo Civil de 2015 ao estabelecer em seu art. 9º que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”. De acordo com o parágrafo único de referido artigo, tal disposição apenas não se aplicará nos casos de concessão de tutela provisória de urgência ou evidência e nas ações monitorias. Nesses casos, tem-se de registrar que eventual apresentação de contrarrazões ao agravo interposto contra a decisão que não concede a tutela provisória em caráter liminar não tem o condão de dar início ao prazo para o oferecimento de contestação. Conforme já assentou o Superior Tribunal de Justiça “a ação só produz efeitos para a parte a partir de quando regularmente citada ou, na falta de citação, comparece espontaneamente em Juízo. Sabe-se que o objetivo da citação é cientificar o réu da demanda e dar-lhe oportunidade de defesa. Neste caso, a despeito de o réu ter tomado ciência da ação revisional com a intimação do agravo de instrumento, não se pronunciou naqueles autos, estando ausente um dos elementos essenciais da citação que é a oportunidade da parte de se manifestar [...] Desse modo, o comparecimento do réu para contraminutar agravo de instrumento não supre a deficiência constante nos autos principais consubstanciada na falta de sua citação na ação revisional de alimentos, sob pena de malferir o direito da parte ao contraditório e à ampla defesa”.⁵

O agravo de instrumento ademais é o recurso cabível por excelência para impedir a estabilização da tutela antecipada. O Código de Processo Civil prevê a eventualidade do julgamento de mérito diante da concessão da tutela antecipada parcial ou total requerida em caráter antecedente. O julgamento de mérito torna-se eventual, sujeito à iniciativa da parte interessada na decisão da causa com cognição exauriente. Uma vez concedida a antecipação, o provimento manteria sua eficácia até ulterior decisão em outro processo, revogando ou modificando a tutela provisória. Mas pode se tornar estável, se não for interposto recurso da decisão que a conceder. De acordo com o art. 304 do Código de Processo Civil, a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. Neste caso, o processo será extinto e qualquer das partes poderá demandar a outra por meio de ação autônoma em até dois anos com o intuito de rever, reformar ou invalidar a decisão que se tornou estável (CPC, art. 304, §§ 2º e 5º). Enquanto isso não ocorrer, embora sobre a decisão que conceder a tutela antecipada não recair a autoridade da coisa julgada, a tutela antecipada conservará seus efeitos.

5 Ver: STJ, *REsp 1310704/MS*, 3ª T., Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 10/11/2015, DJe 16/11/2015.

3 DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS DE MÉRITO

A manifestação sobre o mérito do processo, por excelência, ocorre na sentença, momento em que após cognição exauriente dos elementos da controvérsia está o juiz em condições de emitir um pronunciamento a respeito da pretensão do autor e assim encerrar o processo. Diz-se “por excelência”, pois em determinadas hipóteses o mérito de parcela do processo está em condições de ser apreciado em momento anterior ao encerramento do processo. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de julgamento antecipado parcial do mérito. A possibilidade de que seja proferido julgamento dessa natureza consiste em uma das principais inovações do novo Código de Processo Civil.

Tal técnica de julgamento privilegia a efetividade do processo, já que permite a satisfação imediata de direito a respeito do qual nada mais há o que se perquirir. Parcela da doutrina sustentava, aliás, a possibilidade de julgamento antecipado parcial do mérito, inclusive, quando da vigência do Código de Processo Civil de 1973, com fundamento no art. 273, §6º, do referido diploma legislativo. É preciso, no entanto, distinguir tais institutos. A antecipação de tutela se insere no quadro das chamadas tutelas diferenciadas, que visam a combater o chamado dano marginal do processo por meio da autorização para que o juiz profira suas decisões com base em cognição não exauriente dos elementos da controvérsia. O julgamento antecipado, por seu turno, apenas tem lugar se proferido com base em cognição exauriente. Nada o difere do julgamento emanado após a fase instrutória, a não ser o momento em que proferido. O julgamento parcial, ademais, não se confunde com a parcial procedência de um pedido. No primeiro caso uma parcela do processo é decidida desde logo, porque desnecessário o prosseguimento do processo a seu respeito. O segundo caso, por seu turno, diz respeito a fenômeno em que a pretensão do autor encontra apenas parcial acolhida pelo magistrado. Nos casos de julgamento parcial, portanto, uma parcela do mérito é resolvida em caráter antecedente e a outra, como normalmente ocorre, é analisada apenas após o término da fase instrutória.

O julgamento antecipado parcial terá lugar quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela de um deles mostrar-se incontroverso ou estiver em condições de imediato julgamento, vale dizer, quando não houver necessidade de produção de outras provas ou quando se manifestarem os efeitos da revelia. Um fato se torna incontroverso após não ter sua existência ou modo de ser contestado pela parte contrária. Como se sabe, o ônus da impugnação específica impõe ao réu a necessidade de expor na contestação todas as razões pelas quais o pedido do autor não deve ser acolhido, sob pena de serem presumidos verdadeiros os fatos deduzidos na petição inicial. Assim, por exemplo, em resposta a pedido de condenação em danos morais e materiais,

pode o réu concordar com a procedência do segundo pedido e questionar apenas a subsistência do primeiro (reconhecimento parcial do pedido). O julgamento antecipado parcial do mérito também pode ocorrer nos casos em que parcela de um único pedido restar incontroversa. Imagine-se, a título de ilustração, a seguinte hipótese: o autor formula em face do réu pedido de tutela condenatória consistente na imposição de obrigação de pagamento de quantia. O réu, em sua manifestação, reconhece como devida parcela do valor requerido pelo autor. Por consequência, a parcela não impugnada, deve ser desde logo reconhecida pelo juiz como devida, o que possibilitará ao autor a imediata satisfação desse direito (execução definitiva). Nada justificaria, pois, ter de impor ao autor a necessidade de aguardar o fim do processo para obter a satisfação definitiva de um direito que já lhe foi reconhecido como pertencente.

O principal efeito prático da decisão que julga parcela do mérito em caráter antecedente é justamente o acesso fornecido ao titular do direito reconhecido como devido às vias executivas (ou à fase de liquidação no caso de obrigação ilíquida). A decisão que julga parcela do mérito em caráter antecedente, nesses termos, constitui título executivo, conforme estabelece o art. 515, inc. I, do Código de Processo Civil. A execução então requerida independerá do oferecimento de caução e será definitiva nos casos em que houver o trânsito em julgado da decisão. Nesses termos, a decisão que julga em caráter antecedente parcela do mérito é uma decisão interlocutória, pois apesar de seu conteúdo versar a respeito da pretensão do autor, tal decisão não é apta a extinguir a fase cognitiva do procedimento comum que terá prosseguimento para julgamento da parcela do mérito não resolvida.

Em atenção a isso, portanto, o art. 356, §5º do CPC/2015, estabelece como cabível o recurso de agravo de instrumento contra a decisão que julgar parcela do mérito em caráter antecedente (arts. 1.015, II, 203, § 2º, 354, parágrafo único). Deve-se destacar que, em virtude da natureza do julgamento parcial do mérito, aplica-se ao agravo de instrumento interposto contra essa decisão disciplina que tradicionalmente é atribuída ao recurso de apelação. Assim, por exemplo, nos casos de agravo de instrumento interposto contra decisão que julgar em caráter antecipado parcela do mérito é cabível a técnica da ampliação da colegialidade nos termos do art. 942, §3º, inc. II, do Código, quando houver a reforma da decisão. Cabível também ação rescisória contra decisão transitada em julgado que decidiu parcialmente o mérito do processo. Conforme disposto no art. 966, §3º, do Código “a ação rescisória pode ter por objeto apenas 1 (um) capítulo da decisão”.

Outra hipótese de decisão interlocutória de mérito impugnável pela via do agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, inc. II, do Código

de Processo Civil é a que rejeita, por exemplo, alegação de prescrição e decadência. Tais matérias gravitam entre o direito material e o direito processual, uma vez que sua previsão encontra amparo principalmente no Código Civil e no Código de Processo Civil. Prescrição é instituto que tem por finalidade extinguir pretensões jurídicas extemporâneas. Ela impede que a instabilidade se perpetue em detrimento da harmonia social, comprometida se houvesse a possibilidade do exercício de uma pretensão por prazo indeterminado. Constitui ela, portanto, uma pena ao negligente, que deixa de exercer uma pretensão deduzível em juízo num determinado espaço de tempo.

Consoante se depreende do art. 189 do Código Civil, a prescrição fulmina a pretensão de direito material, na medida em que dispõe que “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos que aludem os arts. 205 e 206”. A prescrição é, portanto, a perda da exigibilidade do direito material em decorrência da inércia de seu titular por determinado tempo previsto em lei. Ou seja, com a promulgação do novo Código Civil, o legislador instituiu que a atuação do Poder Judiciário não socorrerá a incúria, mas, na verdade, deverá sancioná-la, impedindo o sujeito de obter tutela por meio de um ato jurisdicional.

Assim como ocorre com a prescrição, a decadência nasceu como uma ferramenta para proporcionar segurança jurídica à sociedade, regulamentando o espaço de tempo que um indivíduo tem para exercer o seu direito. É unísono o entendimento doutrinário de que o objetivo da decadência é extinguir os direitos potestativos de qualquer espécie, sejam eles disponíveis ou indisponíveis. Além de um fenômeno de direito material, assim como a prescrição, a decadência manifesta-se principalmente no processo, na medida em que este tem por objetivo realizar a vontade do direito material e realiza-se por meio de um amplo complexo de atos lógicos e cronológicos, que, por sua vez, se subordinam a momentos temporais diversos rigidamente disciplinados em lei.

Tendo em vista seu objetivo e fundamento, a decadência de direito material pode ser arguida a qualquer momento e em qualquer instância pelas partes, independentemente do momento em que se encontra o estado do processo (art. 210 e 211 do Código Civil). Assim, ocorrendo à decadência, o juiz estará tolhido de reconhecer o direito pleiteado pela parte, podendo, contudo, declará-la, *ex officio*, desde que estabelecida por lei, nos termos do art. 210 do Código Civil.

O juiz extinguirá o processo com resolução do mérito se reconhecer a decadência e a prescrição. Trata-se de uma sentença de mérito por equiparação (ou uma falsa sentença de mérito), já que o julgador não aprecia o pedido deduzido

pelo autor. O art. 194 do Código Civil de 2002 previa que “o juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz”. A Lei n. 11.280/06, contudo, revogou esse artigo a fim de autorizar ao juiz, em qualquer caso, pronunciar de ofício a prescrição. Percebe-se, assim, de antemão, a significativa mudança introduzida por essa lei em nosso ordenamento jurídico, uma vez que, antes dela, a prescrição não podia ser reconhecida de ofício, salvo para proteger interesse de absolutamente incapaz. Agora ela pode ser reconhecida pelo juiz, independentemente de alegação da parte ou da natureza da pretensão perseguida, se de direito patrimonial ou não.

A prescrição tornou-se, então, matéria de ordem pública, na medida em que, na dogmática processual, somente elas transcendem os interesses das partes e, por essa razão, podem ser conhecidas de ofício pelo julgador. Tal mudança de paradigma vem a satisfazer dois dos mais importantes princípios regentes do processo civil moderno, quais sejam, a celeridade e a eficiência. No que atine ao primeiro, vale mencionar a solução de conflitos de modo mais rápido, haja vista o reconhecimento da prescrição ocasionar imediatamente a extinção do processo com resolução de mérito. No que concerne ao segundo, objetiva-se desestimular atos processuais desprovidos de utilidade, uma vez que perderam seu valor aqueles prévios à sentença de extinção com a superveniência desta.

No que concerne à decadência, seu prazo pode decorrer da lei ou de uma relação jurídica, hipótese em que deriva do próprio negócio jurídico. No primeiro caso, o juiz deverá conhecer, de ofício, da decadência, nos termos do art. 210 do Código Civil. Já na segunda hipótese, por outro lado, não cabe ao juiz conhecer da decadência, senão quando arguida pela parte, uma vez que tem esta disponibilidade a respeito do direito que nela se funda, ou seja, não cabe ao juiz sobrepor-se à vontade dos interessados em terreno dominado pela disponibilidade dos direitos.

A possibilidade de revisão da decisão que rejeita a alegação de prescrição e decadência pela via do agravo de instrumento permite que o tribunal se manifeste desde logo sobre essas questões de modo a evitar assim a prática de atos inúteis pela primeira instância.

4 GRATUIDADE DE JUSTIÇA

De acordo com o art. 1.015, inc. V, do Código de Processo Civil, é cabível agravo de instrumento contra decisão interlocutória que versar sobre rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação. Com efeito, o art. 98 do Código de Processo Civil e os que

o seguem disciplinam uma das formas de se assegurar o direito de acesso à justiça, previsto na Constituição Federal, consistente na concessão da gratuidade de justiça àqueles que não dispõem de rendimentos suficientes para arcar com as despesas do processo jurisdicional estatal. Com a concessão do benefício da justiça gratuita, ou seja, com a dispensa da exigência de pagamento de determinados atos processuais, quer se assegurar o acesso à justiça àqueles que não dispõem de recursos financeiros para tanto. Um Estado de Direito não pode ser considerado democrático, se parcela de sua população não consegue acessar o Poder Judiciário para a justa resolução de seus litígios. Não fosse a concessão de tal benefício, poder-se-ia afirmar, logo, que a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional não representaria mais do que uma petição de princípios para uma grande parcela da população.

O pedido de justiça gratuita será indeferido, se ausentes os pressupostos legais para tanto, isto é, se houver nos autos motivos que evidenciem a falta de tais pressupostos. Ademais, caso o juízo verifique tal ausência, deverá intimar o beneficiário a comprovar a sua situação de pobreza (CPC/2015, art. 99, §2º). O Código de Processo Civil, ademais, positiva uma presunção de veracidade do pedido de justiça exclusivamente para as pessoas naturais, o que obriga, por consentâneo lógico, as pessoas jurídicas a comprovarem, previamente, a sua situação de incapacidade de arcar com custas e despesas processuais. O direito aos benefícios da justiça gratuita é personalíssimo, não se estendendo, portanto, a eventual litisconsorte ou ao sucessor do beneficiário (CPC/2015, art. 99, §6º). O fato de a parte ser representada por advogado particular não lhe retira o direito à concessão de benefício se atendidos os requisitos legais para tanto. Nesses casos, eventual recurso interposto exclusivamente sobre o valor dos honorários de sucumbência fixados em favor do advogado do beneficiário da justiça gratuita estará sujeito ao recolhimento do preparo, exceto se também este advogado fizer jus ao benefício da justiça gratuita.

Conforme dispõe o art. 101 do Código, em igual sentido ao previsto no art. 1.015, inc. V, contra a decisão que indeferir a gratuidade ou acolher o pedido de sua revogação caberá agravo de instrumento, exceto se essa questão for resolvida na sentença, hipótese em que será impugnável pela via do recurso de apelação. O recorrente não necessitará recolher as custas do recurso até decisão do relator a respeito. Confirmada a revogação do benefício, terá o recorrente o prazo de cinco dias para recolher as custas devidas sob pena de não conhecimento do recurso. O que se constata, portanto, é que o Código de Processo Civil de 2015 se preocupa em assegurar a parte que pretende se valer dos benefícios da justiça gratuita a possibilidade de obter uma revisão imediata da decisão que não lhe conceder esse benefício. Tal

opção justifica-se, pois, caso contrário, a parte que se pretende fazer valer dos benefícios da justiça gratuita não teria condições de dar prosseguimento ao processo. Em atenção à garantia do tratamento paritário das partes, no entanto, também deveria ser prevista a possibilidade de impugnação da decisão que concede o benefício da justiça gratuita pela via do agravo de instrumento. Se tal decisão for revista apenas em sede de apelação, corre-se o risco de o processo ser extinto sem resolução de mérito, restando inúteis todos os atos praticados em primeira instância.

5 LITISCONSÓRCIO

Fugindo ao esquema básico do processo, no qual cada um dos polos da relação jurídica processual é integrado por apenas um sujeito interessado na relação jurídica (uma parte), há casos em que em um dos polos ou em ambos existe uma pluralidade de partes. Nestes casos haverá o que se chama de litisconsórcio em que mais de uma parte participa do polo ativo ou passivo da demanda. A figura do litisconsórcio (cumulação subjetiva), pois, não se confunde com a do *concurso de ações* (na verdade, concurso de pretensões ou cumulação objetiva). Se é certo que o *concurso de ações* pode ensejar a formação de polos complexos, certo também é que uma pluralidade de sujeitos também pode litigar em torno de um único objeto litigioso. Em outras palavras, mais de um sujeito pode pleitear a satisfação de uma única pretensão, o que leva à necessidade de não se confundir o instituto do litisconsórcio com a figura da *cumulação de ações*.

O respeito às regras que disciplinam o litisconsórcio, relaciona-se com o escopo maior de evitar julgados conflitantes, assegurando a racionalidade da tutela jurisdicional e prestigiando a segurança jurídica. Nesses casos, o legislador impõe a coligação litisconsorcial de seus titulares com vista a preservar a harmonia de decisões judiciais. Se a formação do litisconsórcio, em regra, contribui para a celeridade do processo, na medida em que contribui para a resolução única de uma questão que poderia ensejar a propositura de diversas demandas, em certas ocasiões o grande número de partes envolvidas pode resultar em situação contrária. Quanto maior o número de litigantes maior o número de atividades a serem desenvolvidas o que acabará por postergar a solução do litígio. Por esta razão, com acerto, o art. 113, §1º do Código de Processo Civil autoriza o juiz a limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes “quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento de sentença”.

Eventual insurgência contra a formação do litisconsórcio deverá se dar por meio da interposição do recurso de agravo de instrumento. De acordo com

o art. 1.015, inc. VII do Código de Processo Civil, é cabível referido recurso contra decisões interlocutórias que versarem sobre exclusão de litisconsorte. A tal dispositivo deve ser atribuída, no entanto, uma interpretação ampla para que também se tenha como cabível o recurso de agravo contra as decisões que admitem a intervenção de litisconsorte. Se não for admitido o agravo para essa hipótese, correr-se-á o risco de em sede de apelação constatar-se que a presença de um litisconsorte até aquela fase processual era inútil. Isso significaria admitir que a uma parte foi imposta a participação em um processo que ela não deveria figurar com todos os custos econômicos e pessoais aí presentes.

6 REDISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

O art. 373 do Código de Processo Civil guarda relação de semelhança com o art. 333 do Código de Processo Civil de 1973. Ambos disciplinam, cada qual a seu tempo, a temática dos ônus probatórios. Enquanto categoria jurídica autônoma que define determinada posição jurídica processual, ônus são atribuídos às partes a fim de que elas deles se desincumbam, atendendo, assim a um determinado objetivo perseguido pela lei, sob pena de lhes ser imposta uma situação jurídica desfavorável. No que concerne à verificação dos fatos narrados pelas partes, impõem-se a elas o ônus de provar os fatos que respectivamente dão suporte as suas alegações. Ao autor, portanto, incumbe o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto ao réu incumbe a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

A origem dessa distribuição dos ônus probatórios tem natureza prática, pois cada parte tende a ter maior facilidade de provar as alegações que fizer, e ética, na medida em que se espera das partes a responsabilidade de alegar apenas fatos que elas tenham reais condições de demonstrar. Caso isso não ocorra, dada a vedação ao *non liquet*, como técnica de julgamento, impõe-se o julgamento desfavorável à parte que não se desincumbiu de seu respectivo ônus. Assim, se houver insucesso na investigação fática (o que não ocorrerá com as questões de direito, dada a aplicação do *iura novit curia*), sendo obrigado a julgar, deve o magistrado se valer do ônus probatório como técnica de julgamento a fim de impor decisão desfavorável à parte que não se desincumbiu de seu respectivo ônus. Daí se afirmar que as regras do ônus da prova são normas de julgamento ou *encerramento do processo*. Tal consequência determina, portanto, o comportamento das partes no processo, daí o porquê de se falar em dimensão subjetiva do ônus probatório, já que as partes passam a orientar suas condutas com o propósito de se desincumbir de seus respectivos ônus.

O art. 373, §1º, do Código de Processo Civil de 2015 positiva a chamada técnica de dinamização do ônus probatório. De acordo com esse dispositivo, “*nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído*”. Em realidade, são dois os requisitos que devem ser atendidos conjuntamente para que se proceda à dinamização: impossibilidade ou excessiva dificuldade da parte em cumprir o ônus que a princípio lhe seria imposto aliada à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário pela outra parte. Esse dúplice requisito, como se depreende, é pré-ordenado a garantir o acesso à justa composição do conflito.

Ocorrendo, pois, a dinamização, o ônus de provar determinado fato recai sobre a parte que tem mais facilidade na produção dessa prova, mesmo não estando ela inicialmente incumbida dessa tarefa. A dinamização é, portanto, apenas circunstancial. Não se transferem todos os ônus probatórios, mas apenas aqueles que exigem uma *probatio diabólica* para uma das partes e cuja contraprova é de fácil acesso à parte contrária. Assim, por exemplo, caso a dinamização beneficie o autor, não será a ele atribuído o ônus de provar fato constitutivo de seu direito, incumbindo então ao réu demonstrar a inveracidade das alegações do autor. Incumbirá, pois, ao réu produzir contraprova a fim de demonstrar que o fato aduzido pelo autor não é verdadeiro, não ocorreu ou, então, ocorreu de maneira distinta, sob pena de lhe ser imposto julgamento desfavorável.

A dinamização, em síntese, apenas ocorrerá em hipóteses excepcionais, quando se verificar a existência de uma *probatio diabólica* para uma das partes aliada a uma facilidade na produção da contraprova pela outra parte. Como destaca Danilo Knijnik “o ônus dinâmico não pode ser aplicado para simplesmente compensar a inércia ou a inatividade processual do litigante inicialmente onerado, mas única e tão somente, para evitar a formação da *probatio diabólica* diante da impossibilidade material que recai sobre uma das partes, à luz da natureza do fato e da sintaxe da norma”.⁶ A dinamização, a propósito, não pode atribuir a outra parte ônus do qual ela não possa se desincumbir. Nesse sentido, é o que dispõe o §2º, do art. 373: “a decisão prevista no §1º deste artigo não pode gerar

6 Ver: KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 181.

situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”.⁷

Com relação à fase processual em que deve se dar a dinamização, deve ela ocorrer em momento anterior ao início da fase instrutória, pois só assim se ofertará à parte que foi atribuído esse novo ônus possibilidade efetiva de dele se desincumbir. Trata-se de regra ligada ao procedimento e não ao julgamento da causa. Caso a dinamização ocorresse em fase ulterior, a parte seria surpreendida muito provavelmente com um julgamento desfavorável sem que a ela tenha sido concedida a oportunidade de se desincumbir de um ônus que ela não sabia lhe incumbir. Justamente para evitar decisões surpresa dessa natureza e repudiadas pelo direito processual constitucional (devido processo legal e contraditório) é que há um recurso de imediato cabível contra decisão que determinar a dinamização do ônus probatório: o agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, §3º, do Código de Processo Civil. Segundo esse dispositivo, é cabível o agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre a “redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, §1º do Código”. Isso significa que o agravo será cabível tanto nas hipóteses em que o magistrado de primeira instância aplica a teoria da dinamização do ônus probatório, tanto nos casos em que ele rejeita pedido nesse sentido. Em ambos os casos incumbe ao tribunal definir previamente essa questão para que a uma das partes não seja atribuído um ônus a respeito do qual ela não pode se desincumbir.

7 ENCERRAMENTO: ASPECTOS PROCEDIMENTAIS

Procurou-se demonstrar até aqui que a par da opção do legislador de estabelecer hipóteses taxativas para o cabimento do agravo de instrumento, deve ser atribuída a tais casos uma interpretação extensiva a fim de atribuir o mesmo tratamento jurídico a situações materialmente semelhantes, impedindo-se, assim, a ocorrência de “lesões graves” ou de “difícil reparação” para as partes e para o regular andamento do processo. Essas expressões juridicamente indeterminadas devem sempre ser analisadas a partir das circunstâncias de fato e de direito que permeiam o caso concreto. Portanto, além de apresentar a decisão agravada e seu inconformismo, bem como formular o pedido de reforma ou anulação da decisão, compete ao agravante contrastar as circunstâncias de fato e de direito que evidenciam a lesão grave ou de difícil reparação. Esta a cláusula geral que deve informar

7 Ver: LUCON, paulo henrique dos santos. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil* (orgs. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer). Forense: Rio de Janeiro, 2015.

a interpretação finalística do art. 1.015 do Código de Processo Civil. Note-se que, dentre os incisos do art. 1.015, não estão relacionadas apenas hipóteses de urgência no julgamento do recurso, mas também decisões cuja eventual reforma realizada tardiamente possa acarretar nulidade de todo o feito. É o que se verifica nas hipóteses de rejeição da alegação de convenção de arbitragem, gratuidade de justiça, exclusão de litisconsorte por ilegitimidade, a limitação de litisconsórcio, admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros.

Com relação aos aspectos procedimentais desse recurso, tem-se que o prazo para sua interposição será de quinze dias úteis. Seguindo a tendência de simplificação do procedimento, os prazos recursais, com exceção dos embargos de declaração, foram unificados, vigorando, para todos, o mesmo interregno. A forma de interposição do agravo de instrumento, como se sabe, constitui uma exceção à regra geral no processo civil brasileiro de que os recursos são endereçados ao órgão *a quo* e não diretamente ao *órgão ad quem*.⁸ Anteriormente à Lei 9.139/95, o agravo de instrumento era interposto perante o juízo de primeiro grau e sua instrução e remessa ao Tribunal competia aos serventuários de justiça. A ruptura desse sistema aconteceu em 1995 quando o agravo de instrumento passou a ser dirigido diretamente ao Tribunal competente, ficando sob a responsabilidade da parte a formação do instrumento. A petição de interposição do recurso deve conter os seguintes requisitos: (i) os nomes das partes; (ii) a exposição do fato e do direito; (iii) as razões do pedido de reforma ou invalidação da decisão combatida e o respectivo; (iv) o nome e o endereço completo dos advogados constantes do processo. Lembre-se que o agravo de instrumento está sujeito à preparo e, eventualmente, ao pagamento de porte de remessa e retorno dos autos, conforme as normas de cada Tribunal.

Como o agravo de instrumento é interposto diretamente no Tribunal e não possui, em regra, efeito suspensivo, por razões de ordem prática, ele deve ser instruído com cópias dos autos, de modo a possibilitar o conhecimento da matéria impugnada pelo órgão *ad quem*. O art. 1.017 do Código de Processo Civil estabelece a obrigatoriedade de apresentação de: (i) cópia da decisão agravada e da certidão de respectiva intimação, ou outro documento que comprove a tempestividade do recurso; (ii) cópia das procurações e substabelecimentos outorgados aos advogados das partes, além de (iii) cópias da petição inicial, da contestação e da petição que ensejou a decisão agravada. Contudo, o §5º desse mesmo artigo dispensa as peças

8 Ver: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V, 16, ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

referidas sendo eletrônicos os autos do processo de origem. Ademais, facultava-se ao agravante instruir o recurso com cópias de outras peças que entender necessárias à formação da convicção judicial.

A inovação mais relevante do novo Código, no entanto, atine à aplicação do princípio da colaboração em sede recursal com o propósito de assim combater a denominada jurisprudência defensiva. À luz da instrumentalidade do processo, o art. 1.017, § 3º, do Código impõe ao juiz, ante a falta de um algum dos requisitos de admissibilidade do agravo, o dever de intimar o recorrente com vista a suprir a falta da peça e, desse modo, prosseguir no julgamento do mérito do recurso. Combate-se, assim, a jurisprudência defensiva que impedia o conhecimento dos recursos. Esse tipo de comportamento por parte dos tribunais constitui uma das principais máculas da administração da justiça em nosso país. Isso porque ela resulta no não conhecimento de um recurso – uma das formas de manifestação do direito de ação – em virtude de uma irregularidade formal sanável. Justamente com o fim de combater essa prática, o art. 932, parágrafo único, do Código de Processo Civil prevê que antes de ser julgado inadmissível um recurso o relator deve conceder ao recorrente o prazo de cinco dias para que seja sanado o vício ou complementada a documentação exigível. Não basta, contudo, que apenas seja oportunizado ao recorrente esse prazo. Em decorrência do princípio da cooperação e seus deveres correlatos, como o dever de esclarecimento por exemplo, deve o juiz indicar precisamente o vício que deve ser corrigido, aplicando-se, portanto, a mesma lógica que informa o juízo a respeito da admissibilidade da petição inicial (art. 321).

O art. 6º do Código de Processo Civil estabelece que *“todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”*. No processo cooperativo, modelo de processo civil característico do atual Estado Constitucional, não se pode conceber um procedimento que não seja estruturado senão a partir de um diálogo constante entre o juiz e as partes ao longo de todas as fases procedimentais, inclusive a respeito daquelas questões que o juiz pode conhecer de ofício. Quanto maior for esse diálogo, com maior facilidade as partes aceitarão o comando contido no elemento imperativo da decisão a elas destinado e mais consistente será a justificativa que o elemento lógico conferirá ao elemento imperativo da decisão. Evitar o processo de surpresas ou o processo de armadilhas deve ser uma premissa a ser respeitada por todos os sujeitos do processo, mais particularmente pelo julgador que, afinal, produz as decisões a repercutir na vida dos sujeitos parciais do processo. Pode-se afirmar, portanto, que o art. 6º do Código de Processo Civil consagra um novo modelo de atuação que se espera do juiz; mais participativo e

próximo das partes e que prestigie o diálogo entre todos os sujeitos do processo ao longo de todo o procedimento.

REFERÊNCIAS

- CALAMANDREI, Piero. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. In: *Opere Giuridiche*, Napoli: Morano, v. IX, n. 18, p. 195-197, 1983,
- FERRUCIO TOMMASEO. *I provvedimenti d'urgenza*. Padova: CEDAM, p. 11, 1983.
- KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, p. 181, 2007..
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V, 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela provisória e julgamento parcial no CPC de 2015: avanços e perspectivas. In: *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*, Atlas, p. 325-342, 2015.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil* (orgs. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer). Forense: Rio de Janeiro, 2015.
- PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 2. ed. Napoli: Jovene, p. 661, 1996.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. In: *Reforma do Código de Processo Civil*. (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira), São Paulo: Saraiva, p. 151-152, 1996.

CONTRATAÇÃO PÚBLICA “VERDE”: UMA EVOLUÇÃO (ECO)LÓGICA

GREEN PUBLIC PROCUREMENT: AN ECOLOGIC (R)EVOLUTION

Carla Amado Gomes

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Professora Convidada da Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Porto)

Marco Caldeira

Assistente Convidado da Faculdade de Direito de Lisboa

Advogado

SUMARIO: I. Introdução: o surgimento e afirmação do “*green public procurement*”; II. Possíveis vias de incorporação de preocupações ambientais na contratação pública (breve nota); III. O actual panorama da contratação pública ecológica: das Directivas europeias de 2014 à revisão do CCP em 2017: a) *Princípios gerais*; b) *Condições de execução do contrato*; c) *Qualificação dos operadores económicos*; d) *Exclusão de propostas*; e) *Critérios de adjudicação: a escolha da proposta ambientalmente mais vantajosa*; IV. Conclusão: uma contratação pública mais “verde”

RESUMO: A contratação pública ecológica constitui um fenómeno relativamente recente no Direito da União Europeia, que se desenvolveu já no século XXI. Tendo merecido, num primeiro momento, resistência, em razão dos receios de perturbação dos princípios da concorrência e da transparência que pontificam no Direito da contratação pública, o envolvimento crescente da União Europeia no combate à luta contra o aquecimento global, no âmbito do qual as entidades públicas devem liderar pelo exemplo, torna o domínio da contratação pública especialmente permeável à introdução de critérios ecológicos nas várias fases do procedimento de formação e execução do contrato.

PALAVRAS-CHAVE: Contratação Pública Ecológica. Critérios de Adjudicação. Proposta Ambientalmente Mais Vantajosa.

ABSTRACT: Green public procurement is a relatively recent phenomenon in European Union law, which has been being developed from the beginning of the 21st century. At first it was envisaged with suspicion, due to fears of disruption of the principles of competition and transparency in the Law of public procurement; however, the European Union's growing involvement in fighting global warming, in which public authorities should lead by example, makes the field of public procurement especially permeable to the introduction of eco-criteria in the various stages of the contract's formation and implementation procedure.

KEYWORDS: Green Public Procurement. Adjudication Criteria. Most Advantageous Environmentally-Friendly Proposition.

I INTRODUÇÃO: O SURGIMENTO E AFIRMAÇÃO DO “GREEN PUBLIC PROCUREMENT”

É sabido que, depois de um período inicial de resistência à incorporação, na contratação pública, de considerações que não fossem imediata e estritamente económicas, o Direito europeu da contratação pública, impulsionado pelo labor pretoriano do Tribunal de Justiça, acabou paulatinamente por aceitar – e até incentivar – as entidades adjudicantes a terem em conta factores ambientais e sociais na adjudicação de contratos públicos.

Não se justifica, nesta sede, proceder a uma reconstituição exaustiva desse longo percurso – de resto, já amplamente feita entre nós¹ –, cabendo apenas recordar, topicamente, os seguintes pontos, especialmente marcantes da evolução descrita:

(i) *A nível comunitário*

A relevância crescente dos critérios ecológicos para a contratação pública pode atestar-se:

- Em várias comunicações de instituições europeias no âmbito do *soft law*: a Comunicação da Comissão sobre *Os contratos públicos na União Europeia*, de 1998²; a *Comunicação Interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de integrar considerações ambientais*

1 Cf., em especial, Marta Rebelo, “A dimensão ambiental das regras comunitárias de contratação pública: «Os critérios de adjudicação relativos à protecção do ambiente» na jurisprudência do TJUE”. In: *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 20, 2003, p. 81 a 96; Diogo Duarte de Campos, “A admissibilidade de políticas secundárias na contratação pública: a consideração de factores ambientais e sociais”. In: *AA.VV., Estudos de Direito Público*, PLMJ, Coimbra, 2011, p. 127 a 170; Maria João Estorninho, Curso de Direito dos Contratos Públicos – Por uma contratação pública sustentável, Coimbra, 2012, maxime p. 415 e segs.; Idem, Green Public Procurement – *Por uma contratação pública sustentável*. Disponível em: <www.icjp.pt>; Nuno Cunha Rodrigues, *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, Coimbra, 2013, maxime p. 261 e segs.; Manuel da Silva Gomes, “Sustainable Public Procurement in Portugal”. In: *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, Volume 8, n.º 1, 2013, p. 60 a 72; Filipe Brito Bastos, *A escolha de critérios ambientais de adjudicação de contratos públicos – reflexões de Direito Administrativo nacional e europeu*. Disponível em: <www.icjp.pt>; Ana Rita Carneiro, Luciana Sousa Santos e Rita Barros, “Contratação Pública Verde”. In: *AA.VV., Actas do I Congresso sobre Compras Públicas – Para uma Contratação Pública Estratégica*, coord. de Isabel Celeste Fonseca, Braga, 2015, p. 205 a 239; Rafael Lima Daudt D’Oliveira, “Contratação pública sustentável no direito europeu e português. Reflexões sobre a sua evolução e a Diretiva 2014/24/UE”. In: *Revista de Contratos Públicos*, n.º 14, 2014, p. 103 a 153.

2 Cf. COM (1998) 143 final, de 11 de Março de 1998.

nos contratos públicos, de 2001³; a *Comunicação Interpretativa da Comissão – Contratos públicos para um ambiente melhor*, de 2008⁴; e, mais recentemente, a denominada *Estratégia 2020*⁵. Refira-se ainda o manual *Buying green! A handbook on environmental public procurement*, de 2004, cuja edição mais recente (a terceira) data de 2016⁶, e o *Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE – Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa*, de 2011⁷⁻⁸;

- Na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, leiam-se os Acórdãos *Concordia Bus Finland* (2002)⁹; *EVN and Wienstrom* (2003)¹⁰, e *Max Havelaar/Dutch Coffe* (2012)¹¹;
- No âmbito do *hard law*, com respaldo no artigo 6.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia e (hoje) no artigo 11.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, vejam-se as Directivas comunitárias sobre contratação pública de 2004¹² e, agora, as de 2014¹³.

3 Cf. COM (2001) 274 final, de 4 de Julho de 2001.

4 Cf. COM (2008) 400 final, de 16 de Julho de 2008.

5 Cf. COM (2010), 2020 final, de 3 de Março de 2010.

6 Disponível em: <<http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/Buying-Green-Handbook-3rd-Edition.pdf>>

7 Cf. COM (2011) 15 final, de 27 de Janeiro de 2011.

8 Perante estes elementos, torna-se forçoso concordar com a afirmação de Marta Rebelo de que “a Comissão tem assumido um papel preponderante na «ecologização dos contratos públicos», defendendo que o poder de compra das entidades públicas dos Estados-Membros deve ser utilizado como instrumento de protecção ambiental” — “A dimensão...”, cit., p. 85.

9 Proferido no processo n.º C-513/99, de 17 de Setembro de 2002.

10 Proferido no processo n.º C-448/01, de 4 de Dezembro de 2003.

11 Proferido no processo n.º C-368/10, de 10 de Maio de 2012.

Para uma breve nótula a esta decisão, cf. Licínio Lopes Martins, “Rótulos ecológicos e protecção do ambiente na nova Directiva dos contratos públicos”. In: *Revista do CEDOUA*, n.º 34, 2014/II, p. 103 a 106.

12 Isto é, as Directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março. No sentido de que “[u]m dos aspectos mais importantes” destas Directivas consiste no “incentivo à prossecução de políticas secundárias, de natureza social ou ambiental”, cf. Maria João Estorninho, “A transposição das Directivas n.os 2004/17/CE e 2004/18/CE, de 31 de Março, e a elaboração de um Código dos Contratos Públicos”. In: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, 2006, p. 16.

13 Cf. As Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014.

(ii) *A nível nacional*

Os critérios de contratação ecológica ficam bem patentes:

- Nas duas *Estratégias Nacionais* aprovadas pelo Governo: a *Estratégia Nacional para as Compras Públicas Ecológicas 2008-2010*¹⁴ e, mais recentemente, a *Estratégia Nacional para as Compras Públicas Ecológicas para 2020*¹⁵;
- Com a aprovação do *Código dos Contratos Públicos* (“CCP” ou “Código”)¹⁶, destacando-se particularmente os artigos: 42.º, n.º 6; 43.º, n.º 5, alínea c), e n.º 8, alínea c); 49.º, n.º 2, alínea c) e n.º 7; 164.º, n.ºs 2 e 3; e 165.º, n.º 1, alínea d)¹⁷;
- Na aprovação do *Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores*¹⁸, o qual, antecipando-se ao legislador nacional e procedendo a uma primeira transposição, para o ordenamento jurídico interno, das Directivas comunitárias de 2014, incorpora já, *maxime* nos seus artigos 4.º, n.º 3, 18.º e 32.º, n.º 3, as mais recentes soluções europeias em matéria de *green public procurement*¹⁹.

Os marcos acabados de enunciar representam os principais expoentes de uma progressiva transição para uma contratação pública “ecológica”, “verde” ou “sustentável”, naquilo que, longe de constituir “*uma moda*”

14 Aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 65/2007, de 25 de Janeiro, publicada no Diário da República, 1.ª Série, n.º 87, de 7 de Maio de 2007.

15 Aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 38/2016, de 8 de Junho, publicada no Diário da República, 1.ª Série, n.º 145, de 29 de Julho de 2007.

16 Através do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

17 No preâmbulo do Código, afirma o legislador que, “tanto para efeitos de admissão e exclusão de candidaturas e de propostas, quanto para efeitos da sua avaliação e classificação, confere-se especial importância aos respectivos aspectos que relevem dos âmbitos social e ambiental — de resto, no seguimento das orientações perfilhadas pelas directivas comunitárias que se transpõem. Ou seja, é desejável que os requisitos mínimos de qualificação dos candidatos, bem como os factores que densificam o critério de adjudicação e ainda os aspectos vinculados do caderno de encargos dos procedimentos reflectam, ponderem e valorizem preocupações sociais e ambientais relacionadas com o objecto do contrato a celebrar”.

18 Cf. Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, publicado no *Diário da República*, 1.ª série, n.º 253, de 29 e Dezembro de 2015.

19 Sobre este regime regional, cf. AA.VV., *Comentário ao Regime Jurídico dos Contratos Públicos da Região Autónoma dos Açores*, coord. de Paulo Linhares Dias e Pedro Melo, Coimbra, 2016.

*passageira*²⁰, representa, pelo contrário, um “*processo aparentemente sem retorno*”²¹, sendo inevitável reconhecer que “[o] *direito do ambiente penetrou decisivamente na contratação pública europeia*”²² e, conseqüentemente, também na Portuguesa. Há até quem assinala a existência de estudos de acordo com os quais “*50% dos últimos contratos assinados (até 2012) incluíram, pelo menos, um critério verde nos seus contratos*”²³, o que evidencia um inequívoco incremento das preocupações ambientais das entidades adjudicantes.

Por conseguinte, é hoje ideia absolutamente assente e pacífica que a contratação pública constitui um método (pelo menos) tão idóneo como qualquer outro para que as entidades públicas prossigam as suas incumbências em matéria ambiental, afirmando-se que “[o]s *contratos públicos são cada vez mais vistos como um instrumento de política ambiental*”²⁴, sendo mesmo “*o contrato administrativo [...] um instrumento privilegiada para a execução das políticas ambientais*”^{25 - 26}.

Aliás — numa precisão que é essencialmente terminológica, mas que não é inocente e reveste inescapável relevo semântico²⁷ —, as políticas

20 Afastando esta ideia, cf. Isabel Celeste Fonseca, “O (novo) conceito de «proposta economicamente mais vantajosa» e a adjudicação com base na melhor relação qualidade-preço: desafios”. In: *AA.VV., A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, coord. de Maria João Estorninho, ICJP, 2016, p. 55. Disponível em: <www.icjp.pt>.

21 As expressões são de Licínio Lopes Martins, “Rótulos ecológicos...”, cit., p. 104.

22 Idem, *ibidem*.

23 A afirmação é de Rafael Lima Daudt D’Oliveira, “Contratação pública sustentável...”, cit., pp. 153 — embora o Autor não identifique concretamente os estudos em que se baseia.

24 Cf. Teresa Almeida, “A relação qualidade ambiental-preço (ou custo) enquanto critério de adjudicação nos contratos públicos”, in *Boletim de Ciências Económicas*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume LVIII, 2015, p. 326.

25 Cf. Luís S. Cabral de Moncada, *A relação jurídica administrativa – Para um novo paradigma de compreensão da actividade, da organização e do contencioso administrativos*, Coimbra, 2009, p. 828 (destaque nosso).

26 O fenómeno que poderíamos designar de “ambientalização” do Direito dos Contratos Públicos — isto é, a incorporação de preocupações ambientais na contratação pública — é distinto, embora simétrico, da contratualização do Direito do Ambiente, que se traduz no crescente recurso à forma do contrato administrativo em matéria ambiental. Deve sublinhar-se, contudo, que o instrumento do contrato, em Direito do Ambiente e com finalidades directas de promoção de valores ecológicos, não pode perder de vista o princípio do nível mais elevado de protecção (cf. o artigo 193 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) e, conseqüentemente, não pode servir para as entidades públicas alijarem as suas responsabilidades primaciais nessa sede, como foi expressivamente afirmado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no Acórdão de 25 de Novembro de 1999, processo C-96/98 (Marais poitevin). Para alguns exemplos, nem sempre felizes, de utilização do contrato em domínios de promoção da qualidade ambiental no direito português, veja-se Carla Amado Gomes, *Introdução ao Direito do Ambiente*, 2. ed. Lisboa, 2014, p. 129 a 134.

27 Já que, como bem salienta, por último, Carolina Ferreira da Silva, o *nomen iuris* tem sempre influência sobre a forma como se percebem os diferentes instrumentos jurídicos e, em consequência, sobre o uso que deles se faz: cf. “Políticas horizontais Ambientais e Sociais e Concorrência na Contratação pública: Uma

ambientais foram progressivamente deixando de ser identificadas como políticas “secundárias” (designação que acarretava uma carga negativa) para passarem a ser referidas como “horizontais” ou transversais, mas em plena paridade com os demais objectivos que a contratação pública também deve prosseguir. É recorrente, hoje, a ideia de que os contratos públicos devem ser *sustentáveis*, desde logo (mas não só) sob o ponto de vista ambiental, sendo esta sustentabilidade uma característica que se pretende ínsita a um novo paradigma emergente, o da utilização (não apenas imediatista, mas antes verdadeiramente) *estratégica* da contratação pública.

Como já foi assinalado na doutrina, as Directivas de 2014 vieram dar algum reforço ao papel da contratação pública “verde”, embora não tenham propriamente trazido muitas novidades na matéria²⁸.

E, apesar da apreensão de alguns Autores quanto ao facto de o *green public procurement* constituir “*um tema que no contexto das discussões em torno das novas diretivas tem sido um pouco descurado pela doutrina (particularmente em Portugal)*”²⁹, a verdade é que, apesar de tudo, alguma atenção lhe foi

leitura em face do caleidoscópio ambiental e social reforçado pela Diretiva 2014/24/UE e pelo Anteprojecto do Código dos Contratos Públicos”. In: *Revista de Contratos Públicos*, n. 15, 2014, p. 170, nota 1.

28 Cf. Rui Medeiros, “The New Directive 2014/24/EU on Public Procurement: A First Overview”, in AA. VV., *The New Directive 2014/24/EU on Public Procurement*, OPET – Observatório de Prospectiva da Engenharia e da Tecnologia, Lisboa, 2014, pp. 43; bem como Raquel Carvalho, “Contratação pública e ecoinovação”. In: *AA.VV., Estudos em Homenagem a Rui Machete*, org. de Paulo Otero, Carla Amado Gomes e Tiago Serrão, Coimbra, 2015, p. 896.

29 É a opinião de Luís Filipe Mota Almeida, “A contratação pública verde no quadro da nova Diretiva 2014/24/UE”. In: *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano VII, n. 27-28, 2016, p. 105.

sendo prestada, não apenas em Portugal³⁰ mas também no estrangeiro³¹. Aliás, durante o prazo de transposição das Directivas, não faltaram apelos doutrinários para que o legislador Português aproveitasse o pretexto da transposição das mencionadas Directivas para enfrentar a decisiva “*questão da sustentabilidade da contratação pública*”, nomeadamente “*aperfeiçoar[ndo] as normas relativas às especificações técnicas e aos critérios de adjudicação, abrindo novas possibilidades de utilizar os contratos públicos para a prossecução de políticas públicas instrumentais, de fomento à inovação, de promoção das pequenas e médias empresas, através, por exemplo, da utilização de critérios sociais ou de critérios ambientais, na lógica do chamado Green Public Procurement*”, com vista a que, “[e]m tempos de crise” e numa altura em que “*os recursos públicos são especialmente escassos*”, as entidades adjudicantes públicas cumpram a sua “*obrigação de exercer o seu poder de compra de modo financeira, social e ambientalmente responsável*”³².

30 Além do próprio texto de Luís Filipe Mota Almeida, citado na nota antecedente, cf. ainda Miguel Assis Raimundo, “Primeira análise das novas Directivas (Parte I)”. In: *Revista de Contratos Públicos*, n.º 9, 2013, p. 53 a 55; Raquel Carvalho, “A Contratação Pública como Instrumento de Realização de Políticas Ambientais e Sociais”, in A.A.V.V., *Actas do I Congresso sobre Compras Públicas – Para uma Contratação Pública Estratégica*, coord. de Isabel Celeste Fonseca, Braga, 2015, p. 21 a 36; Idem, “Contratação pública...” cit., p. 881 a 904; Maria João Estorninho, “A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: (1) por uma contratação pública sustentável e amiga do bem comum”, in A.A.V.V., *A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, coord. Maria João Estorninho, ICJP, 2016, pp. 7 a 11. Disponível em: <www.icjp.pt>; Vasco Pereira da Silva, “Para um Novo Código dos Contratos Públicos Ambientalmente Sustentável”, na obra colectiva acabada de citar, p. 43 a 48; e Isabel Celeste Fonseca, “O (novo) conceito...”, cit., p. 49 a 56; Licínio Lopes Martins, “Rótulos ecológicos...”, cit., pp. 103 a 106; Teresa Almeida, “A proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista ambiental: internalização de externalidades ambientais pelos critérios de adjudicação”, in *Boletim de Ciências Económicas*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume LVII/I, 2014, p. 147 a 194; Idem, “A relação...”, cit., p. 279 a 334; Pedro Costa Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, 2015, pp. 59 e segs. e 323 e segs.; Pedro Cerqueira Gomes, “Políticas estratégicas na nova Diretiva 2014/24/EU – objetivos sociais e ambientais”. In: *Revista de Contratos Públicos*, n.º 11, 2016, pp. 89 a 110; Maria João Estorninho, “Por uma visão ética da contratação pública”, in A.A.V.V., *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, coord. de Marcelo Rebelo de Sousa e Eduardo Vera-Cruz Pinto, Volume I, Coimbra, 2016, p. 303 a 315; Rafael Lima Daudt D’Oliveira, “Contratação pública sustentável...”, cit., p. 103 a 153; Carolina Ferreira da Silva, “Políticas horizontais...”, cit., p. 169 a 202.

31 Atendendo à ampla atenção que, na literatura estrangeira (não apenas europeia, note-se), tem sido dedicada ao tema da contratação pública (ambientalmente) sustentável, seria impossível pretender apresentar aqui uma lista bibliográfica minimamente exaustiva. Assim, além da obra – de consulta sempre obrigatória – de Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, v. I, 3. ed, London, 2014 (nomeadamente, pp. 795 e segs.), ver ainda, entre muitos outros, e mais recentemente, a obra colectiva *Sustainable Public Procurement under EU Law – New Perspectives on the State as Stakeholder*, ed. Beate Sjaafjell e Anja Wiesbrock, Cambridge, 2016, bem como o último número da *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, v. 12, n. 3, 2017, justamente dedicado ao mote da contratação pública sustentável e inovadora.

32 Cf. Maria João Estorninho, “Implicações no âmbito dos contratos da Administração Pública”, in A.A.V.V., *Projeto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo – Colóquio*, coord. Rui Chancerelle de Machete, Luís Sousa da Fábrica e André Salgado de Matos, Lisboa, 2013, p. 122 e 123. Disponível em: <www.fd.lisboa.ucp.pt>.

Através do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de Agosto, o legislador Português, com cerca de ano e meio de atraso, procedeu enfim à transposição das Directivas de 2014 para o ordenamento jurídico interno.

É o regime desse diploma – ou melhor, o regime do CCP, resultante da revisão operada por aquele Decreto-Lei – que passa a analisar-se de seguida, com uma dupla prevenção:

(i) Por um lado, a análise cingir-se-á aos aspectos relacionados com o tema da contratação pública ecológica, sendo essa delimitação decisiva para justificar a inexistência de outros desenvolvimentos no tratamento de diversos dos tópicos focados (em especial, no que respeita aos critérios de adjudicação);

(ii) Por outro lado, considerando que o Decreto-Lei n.º 111-B/2017 visou transpor para o ordenamento interno o regime das Directivas de 2014 e, em alguns pontos, o regime nacional segue muito de perto o eurocomunitário, a análise será feita de modo global, procurando-se realizar uma abordagem conjugada das novas Directivas e da forma como as mesmas foram agora transpostas pelo legislador Português.

II POSSÍVEIS VIAS DE INCORPORAÇÃO DE PREOCUPAÇÕES AMBIENTAIS NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA (BREVE NOTA)

Para se apreender integralmente o sentido e alcance das modificações registadas, convém ter presente os diferentes planos de possível sobreposição ou interpenetração entre a protecção do ambiente e a contratação pública.

A este propósito, o Considerando (40) da Directiva 2014/24/UE³³ começa por fornecer uma primeira aproximação, ao dispor que o controlo da observância das disposições ambientais “*deverá ser efetuado nas fases pertinentes do procedimento de contratação*”, isto é, quando as entidades adjudicantes apliquem (i) os princípios gerais que regem a escolha dos participantes e a adjudicação de contratos, (ii) os critérios de exclusão e (iii) as disposições relativas às propostas anormalmente baixas³⁴.

33 Relativa aos contratos públicos, em geral.

Por comodidade, sempre que, ao longo do presente texto, fizermos referência ao regime das Directivas de 2014, cingir-nos-emos às disposições desta Directiva 24, que tomaremos por modelo.

34 Recorde-se que a *Comunicação Interpretativa da Comissão*, de 2001 (referenciada em I.1.) apontava quatro áreas abertas a critérios ecológicos: (i) a definição do objecto do contrato; (ii) a selecção/admissão de concorrentes, (iii) os critérios de adjudicação e (iv) as condições de execução do contrato (cf. pp. 10 a 23).

No entanto, esta primeira noção, embora inquestionavelmente útil, não deixa de se apresentar como algo redutora, já que, em bom rigor, aquele elenco não esgota os múltiplos pontos de contacto entre o ambiente e a contratação pública – como, de resto, outros passos da mesma Directiva acabam por evidenciar.

Em estudo dedicado ao tema, RAQUEL CARVALHO adianta cinco possíveis momentos relevantes para integrar considerações de índole ambiental na contratação pública: (i) a definição do objecto do contrato, (ii) os documentos do procedimento, caderno de encargos e as especificações técnicas, (iii) a selecção/admissão de concorrentes, (iv) os critérios de adjudicação e (v) as condições de execução do contrato³⁵. Em sentido próximo se pronuncia também ISABEL CELESTE FONSECA, que propõe igualmente cinco fases³⁶.

Pela nossa parte, sem discordarmos do elenco apresentado por estas Autoras, pensamos, contudo, que, com o auxílio de outros contributos (doutrinários e não só)³⁷, pode porventura ir-se um pouco mais longe e, numa perspectiva ampla, identificar *dez* vias através das quais, em abstracto, a contratação pública pode ser utilizada como instrumento para a promoção, directa ou remota, de objectivos de política ambiental:

(i) Decisão de contratar

- As ponderações ambientais podem estar presentes, desde logo, na opção da entidade adjudicante entre celebrar um contrato com um operador económico no mercado ou, por exemplo, reutilizar bens de que já disponha;

(ii) Forma de contratar

- Referimo-nos, paradigmaticamente, ao *e-procurement*: além de todas as demais vantagens inerentes à contratação através de meios electrónicos, a desmaterialização dos procedimentos pré-contratuais reduz sobremaneira a quantidade de recursos

35 Cf. “Contratação pública...”, cit., pp. 892.

36 Cf. “O (novo) conceito...”, cit., pp. 55.

37 Cf., em especial, a *Comunicação Interpretativa da Comissão*, de 2001, referenciada em I.1.. Na doutrina, veja-se, com algum desenvolvimento, Maria João Estorninho, Curso..., cit., pp. 430 e segs..

materiais (pense-se nas quantidades de papel) consumidas no processo de aquisição;

(iii) Objecto do contrato

- Aqui num duplo sentido: por um lado, o próprio contrato pode consistir numa benfeitoria ambiental (*v.g.*, construção de uma estação de tratamento de resíduos ou prestação de serviços de recolha de lixo); por outro lado, as próprias condições de execução do contrato podem ser configuradas de forma *ambientalmente amiga* (cf. *infra*);

(iv) Tipo de procedimento pré-contratual a adoptar

- Por um lado, pode discutir-se se e em que medida motivos ambientais podem fundamentar a adopção de ajuste directo, *v.g.* com fundamento em “*urgência imperiosa*”³⁸ ou na especial aptidão técnica do operador económico convidado³⁹; por outro lado, procedimentos como as novas parcerias para a inovação⁴⁰ podem igualmente ser mobilizados para a criação de soluções ambientalmente inovadoras⁴¹;

(v) Características dos operadores económicos

- Nos procedimentos com fase de prévia qualificação, a entidade adjudicante pode socorrer-se de aspectos ambientais para densificar os requisitos de capacidade técnica dos operadores económicos, nomeadamente exigindo-lhes a adopção de determinados sistemas de gestão ambiental ou a titularidade de determinada certificação (ou o cumprimento dos requisitos necessários para a deter);

38 Cf., a este respeito, o Acórdão do TJUE nos processos n.os C-20/01 e C-28/01, de 10 de Abril de 2003 (Comissão/Alemanha).

Sobre esta urgência, cf., em especial, Maria da Glória F. P. D. Garcia, “A urgência nos procedimentos pré-contratuais”, in AA.VV., Estudos em memória do Professor Doutor Paulo M. Sendim, Lisboa, 2012, maxime pp. 560, bem como, com desenvolvimentos, Miguel Assis Raimundo, “*Catástrofes ambientais e contratação pública*”, in AA.VV., Direito(s) das Catástrofes Naturais, coord. de Carla Amado Gomes, Coimbra, 2012, maxime pp. 229 e segs..

39 Vide o Acórdão do TJUE no processo n.º C-394/02, de 24 de Junho de 2005 (Comissão/Grécia).

40 Cf. o artigo 31.º da Directiva 2014/24/UE, e os artigos 218.º-A a 218.º-D do CCP.

41 Parecendo este último procedimento, aliás, especialmente vocacionado para promover o desígnio daecoinovação, a que alude o Considerando (47) da Directiva 2014/24/UE.

(vi) Especificações técnicas

- A entidade adjudicante pode solicitar que as obras, os bens ou serviços contratados revistam determinadas características em termos de desempenho ou requisitos funcionais, que atendam a critérios ambientais (*v.g.*, aquisição de impressoras mais económicas), podendo ou não exigir que essas características sejam comprovadas através de um rótulo ecológico;

(vii) Análise (e exclusão) de propostas

- A entidade adjudicante pode excluir, por um lado, propostas apresentadas por operadores económicos que tenham cometido infracções ambientais e, por outro lado, propostas que revelem (ou cuja execução, em caso de adjudicação, se traduzisse em) qualquer incumprimento de obrigações ambientais;

(viii) Propostas variantes

- Também a admissão de propostas variantes, a par da proposta base, pode permitir à entidade adjudicante obter dos concorrentes a apresentação de soluções ambientalmente mais favoráveis;

(ix) Avaliação de propostas

- A entidade adjudicante pode introduzir aspectos ambientais na escolha da proposta economicamente vantajosa, valorizando propostas cujo impacto ambiental seja mais reduzido, nomeadamente no que respeita a externalidades ocorridas durante o ciclo de vida das obras, bens ou serviços a adquirir;

(x) Execução do contrato

- Além do que já se disse a propósito das especificações técnicas, também outras condições de execução do contrato podem ser desenhadas para garantir um melhor resultado ambiental, como sejam a utilização de papel reciclado, a recuperação ou reutilização do material de embalagem e dos produtos utilizados, ou a entrega das mercadorias em contentores reutilizáveis.

Este é, note-se, um panorama global das possibilidades de utilização da contratação pública como forma de proteger e

valorizar o ambiente; o que não significa, no entanto, que todas estas fases ou vertentes sejam *igualmente* idóneas a acolher preocupações ecológicas, não podendo perder-se de vista que, apesar de tudo, a protecção do ambiente é apenas um de entre diversos outros valores que a contratação pública visa salvaguardar⁴², assumindo aqui especial relevância a protecção da igualdade e da concorrência de mercado⁴³. E não significa, também, que as Directivas tenham introduzido alterações (ou, pelo menos, alterações com a mesma relevância) em todas e cada uma destas formas de *mobilização ecológica* dos contratos públicos.

Por esse motivo, a exposição subsequente incidirá apenas sobre os pontos que se mostram mais relevantes, tendo presente não apenas o regime das Directivas mas, sobretudo, as inovações operadas pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017.

III O ACTUAL PANORAMA DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA ECOLÓGICA: DAS DIRECTIVAS EUROPEIAS DE 2014 À REVISÃO DO CCP EM 2017

Dito isto, analisando o novo regime, pode afirmar-se com segurança que o Código revisto apresenta diversos sinais de um claro reforço da aposta numa contratação pública ambientalmente (mais) sustentável, embora, tal como sucede relativamente às Directivas, algumas das alterações do CCP nesta matéria sejam mais *estéticas* ou formais do que propriamente inovadoras ou substanciais.

Vejamos.

A) PRINCÍPIOS GERAIS

- 42 Ilustrando a tensão, patente no regime europeu, entre o best value for money e as demais finalidades (ditas estratégicas ou transversais) da contratação pública, mas defendendo que, no plano interno, e pelo menos no que respeita aos contratos cujo valor se situe abaixo dos limiares comunitários, o legislador nacional tem margem para conferir uma relevância acrescida a estas últimas finalidades, cf., recentemente, Rui Medeiros, “Em Defesa de uma Perspetiva Dualista na Regulamentação da Contratação Pública”, in AAVV., *Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira*, coord. de José Miguel Júdice, António Lobo Xavier, Pedro Costa Gonçalves, Paulo Pinheiro e Lino Torgal, Coimbra, 2017, pp. 685 a 695.
- 43 Por esse motivo, os fins ambientais têm de ser compatibilizados com outros fins igualmente dignos de protecção e cuja prossecução deve ser assegurada através da contratação pública, sendo esse o motivo de alguns aspectos do regime das Directivas contrariarem ou, pelo menos, terem de ser compatibilizados com (por implicarem compressões sobre) as preocupações ecológicas: um exemplo paradigmático que já tem sido apontado reside na circunstância de a preferência das Directivas pela divisão em lotes (cf. artigo 46.º da Directiva 2014/24/UE), para facilitar o acesso das Pequenas e Médias Empresas aos procedimentos de contratação pública, não ser a que mais favorece um desempenho energético mais eficiente na execução dos contratos públicos.

Desde logo, o legislador incluí expressamente, entre os princípios jurídicos que as entidades adjudicantes devem observar na formação e execução dos contratos públicos, o princípio da **sustentabilidade** (cf. artigo 1.º-A, n.º 1) – a que de imediato se acrescenta, na esteira do Considerando (37) e do artigo 18.º da Directiva 2014/24/UE, a obrigação de as entidades adjudicantes assegurarem, na formação e na execução dos contratos públicos, que os operadores económicos respeitam as normas aplicáveis em vigor, designadamente, em matéria **ambiental**, decorrentes do direito internacional, europeu, nacional ou regional (cf. artigo 1.º-A, n.º 2)⁴⁴.

Fica, portanto, claramente afirmada esta ideia-chave, da vinculação geral ao princípio da sustentabilidade ambiental da contratação pública⁴⁵, objectivo que assume uma relevância transversal a toda a actividade das entidades adjudicantes e contraentes públicos e que depois encontra concretização prática e directa noutros pontos do regime, a que passamos de seguida.

B) CONDIÇÕES DE EXECUÇÃO DO CONTRATO

No que respeita à configuração do objecto do contrato e aos termos e condições da sua execução — incluindo as especificações técnicas a observar⁴⁶ —, tanto o legislador europeu como o nacional consideram existir margem para a prossecução de políticas ambientais.

De resto, como realça RAQUEL CARVALHO, este será mesmo “[u]m dos domínios mais relevantes para efeitos de consideração de aspetos ambientais”⁴⁷. Na verdade, como já há uma década era posto em evidência por CLÁUDIA VIANA, “a execução do contrato constitui um momento privilegiado para a prossecução das políticas sociais e ambientais, evidenciando-se, assim, que o objectivo da abertura à concorrência dos contratos públicos no espaço europeu, inerente à

44 Considerando, por referência ao artigo 18.º, n.º 2, ser esta “[u]m primeira e mais simbólica mudança” introduzida pela Directiva 2014/24/UE nesta matéria, cf. Carolina Ferreira da Silva, “Políticas horizontais...”, cit., pp. 175.

45 Entendendo, no entanto, que nenhuma entidade adjudicante poderá estar segura “acerca de qual o reduto de autonomia pública nos casos de fiscalização judicial de princípios como os da “sustentabilidade””, cf. João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez, Comentários ao Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos (Agosto de 2016) – *Regime da Contratação Pública*, Sérvulo, Lisboa, 2016, pp. 33. Disponível em: <www.servulo.com>.

46 Assinalando, todavia, a existência de dificuldades na distinção entre condições de execução dos contratos e especificações técnicas, cf. Raquel Carvalho, “Contratação pública...”, cit., pp. 896; Idem, “A contratação pública como instrumento...”, cit., pp. 27. Ponto é que as condições de execução não constituam, afinal, especificações técnicas ou critérios de adjudicação encapotados.

47 Cf. “Contratação pública...”, cit., pp. 892; Idem, “A contratação pública como instrumento...”, cit., pp. 26 e 27.

*realização do mercado europeu, não pode ser dissociado de outros objectivos europeus, como são as políticas social e ambiental, também elas fundamentais*⁴⁸.

Assim, o artigo 70.º da Directiva 2014/24/UE, sob a epígrafe “*Condições de execução dos contratos*”, prevê que “[*ã*]s autoridades adjudicantes podem fixar condições especiais de execução de um contrato desde que as mesmas estejam relacionadas com o objeto do contrato (...) e sejam indicadas no anúncio de concurso ou nos documentos do concurso”, podendo “*incluir considerações (...) de natureza ambiental*”.

De resto, a versão inicial do Código já dava resposta a estas preocupações, razão pela qual a revisão de 2017 não alterou significativamente o regime anterior (no que a esta parte respeitava), continuando o artigo 42.º, n.º 6 do CCP a prever que os aspectos da execução do contrato, constantes das cláusulas do caderno de encargos, podem dizer respeito, desde que relacionados com tal execução, a condições de natureza ambiental, entre outras.

Mais relevante será, assim, atentar nas novas disposições legais relativamente às especificações técnicas e aos rótulos ecológicos.

i) Especificações técnicas

Um dos aspectos da execução do contrato susceptível de ser configurado em moldes ambientalmente amigos é o das especificações técnicas — “*local por excelência para a consagração de exigências (...) ambientais*”⁴⁹ —, que o Código agora define⁵⁰ e que admite que possam ser formuladas “[*e*]m termos de desempenho ou de requisitos funcionais, que podem incluir critérios ambientais, desde que os parâmetros sejam suficientemente precisos para permitir que os concorrentes determinem o objeto do contrato e que a entidade adjudicante proceda à respetiva adjudicação” [cf. artigo 49.º, n.º 7, alínea a) — destaque nosso].

A este respeito, é pertinente recordar que a elaboração das peças do procedimento envolve o exercício de poderes discricionários, razão pela qual as entidades adjudicantes gozam de uma apreciável latitude na conformação dos moldes do contrato a celebrar. No entanto, para evitar discriminações injustificadas e desvirtuadoras da concorrência, a lei

48 Cf. Cláudia Viana, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra, 2007, pp. 565.

49 Cf. Maria João Estorninho, *Curso...*, cit., pp. 431.

50 Cf. Anexo VII do Código.

estabelece diversas restrições a esta liberdade conformadora das entidades adjudicantes, prevendo que:

- (i) As características exigidas para as obras, bens móveis e serviços podem também incluir uma referência ao processo ou método específico de produção ou execução das obras, bens móveis ou serviços solicitados ou a um processo específico para outra fase do seu ciclo de vida, mesmo que tais factores não façam parte da sua substância material, desde que estejam ligados ao objeto do contrato e sejam proporcionais ao seu valor e aos seus objetivos (cf. artigo 49.º, n.º 2);
- (ii) As especificações técnicas devem permitir a igualdade de acesso dos operadores económicos ao procedimento de contratação e não devem criar obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência (cf. artigo 49.º, n.º 4);
- (iii) Em princípio, as especificações técnicas não podem fazer referência a determinado fabrico ou proveniência, a um procedimento específico que caracterize os produtos ou serviços prestados por determinado fornecedor, ou a marcas comerciais, patentes, tipos, origens ou modos de produção determinados que tenham por efeito favorecer ou eliminar determinadas empresas ou produtos (cf. artigo 49.º, n.º 8);
- (iv) Tais referências apenas são autorizadas, a título excepcional, no caso de não ser possível uma descrição suficientemente precisa e inteligível do objecto do contrato, devendo, no entanto, ser acompanhada da menção «ou equivalente» (cf. artigo 49.º, n.º 9);
- (v) A entidade adjudicante não pode excluir uma proposta com o fundamento de que as obras, bens móveis ou serviços dela constantes não estão em conformidade com as suas especificações técnicas de referência, se o concorrente demonstrar na sua proposta, por qualquer meio adequado, que as soluções propostas satisfazem de modo equivalente os requisitos definidos nas especificações técnicas (cf. artigo 49.º, n.º 10)⁵¹;

51 No entanto, é aos concorrentes que cabe este ónus de prova: cf., neste sentido, os Acórdãos do Tribunal Central Administrativo ("TCA") Sul de 27 de Janeiro de 2011, processo n.º 06859/10, e de 23 de Fevereiro de 2012, processo n.º 08433/12.

- (vi) Do mesmo modo, uma entidade adjudicante não deve excluir uma proposta que esteja em conformidade com uma norma nacional que transponha uma norma europeia, uma homologação técnica europeia, uma especificação técnica comum, uma norma internacional ou um sistema técnico de referência estabelecido por um organismo de normalização europeu, quando essas especificações corresponderem aos critérios de desempenho ou cumprirem os requisitos funcionais impostos (cf. artigo 49.º, n.º 11).

Assim, embora seja verdade que, em sede de especificações técnicas, *“a entidade contratante goza de uma certa margem de discricionariedade na fixação das mesmas”*⁵², é também certo que ela *“não é livre de incluir no caderno de encargos as especificações técnicas que lhe aprouver”*⁵³, já que *“não pode escolher livremente as especificações técnicas do caderno de encargos”*⁵⁴.

Numa formulação mais completa, a nossa jurisprudência administrativa afirmou já que *“[a]s especificações técnicas definidas pelos adquirentes públicos devem permitir a abertura dos contratos públicos à concorrência. Para o efeito deverão possibilitar-se a apresentação de propostas que reflitam a diversidade das soluções técnicas das normas e das especificações técnicas existentes no mercado incluindo as definidas com base em critérios de desempenho ligados ao ciclo de vida e à sustentabilidade do processo de produção das obras, fornecimentos e serviços. As especificações técnicas deverão ser elaboradas de forma a evitar uma redução artificial da concorrência através de requisitos que favoreçam um operador económico ao refletirem as principais características dos fornecimentos”*⁵⁵.

ii) Rótulos ecológicos

Ainda neste âmbito, importa também fazer referência à matéria dos rótulos ecológicos⁵⁶, dimensão de crescente relevância e que, apesar

52 Cf. Acórdão do TCA Sul de 19 de Junho de 2014, processo n.º 11153/14.

53 Cf. Acórdão do TCA Sul de 29 de Outubro de 2015, processo n.º 11938/15.

54 Cf. Acórdão do TCA Sul de 12 de Abril de 2012, processo n.º 08648/12.

55 Cf. Acórdão do TCA Norte de 18 de Março de 2016, processo n.º 03536/14.2BEPRT.

56 Que a Directiva 2014/24/UE, aliás, de forma inovadora, agora define: cf. o artigo 2.º, n.º 1, 23). Sobre a interferência da ecoetiqueta ou rótulo ecológico com a dinamização da participação dos operadores económicos privados na “shared responsibility” de protecção do ambiente, Carla Amado Gomes e José Eduardo Figueiredo Dias, “Notas reflexivas sobre sistemas de gestão ambiental”, in *Revista do CEDOUA*, n.31, 2013/I, pp. 9 e segs..

de estreitamente ligada às especificações técnicas e/ou às condições de execução do contrato, tem alguma autonomia, podendo transcender esses campos e repercutir-se, por exemplo, nos critérios de adjudicação⁵⁷.

Assim, para o que aqui interessa, sublinha-se que o Considerando (75) da Directiva 2014/24/UE prevê que as entidades adjudicantes *“que pretendam adquirir obras, fornecimentos ou serviços com características específicas do ponto de vista ambiental, social ou outro, deverão poder utilizar determinados rótulos, por exemplo o rótulo ecológico europeu, rótulos ecológicos (pluri)nacionais ou qualquer outro rótulo, desde que os respetivos requisitos estejam associados ao objeto do contrato, nomeadamente no que toca à descrição do produto e à sua apresentação, incluindo requisitos de acondicionamento”*.

A utilização dos rótulos não é, porém, irrestrita, já que, como dispõe o artigo 43.º, n.º 1 da Directiva 2014/24/UE, para que a exigência de um rótulo seja válida, é necessário que estejam verificadas as seguintes condições:

- a) Os requisitos de rotulagem devem dizer exclusivamente respeito a critérios associados ao objecto do contrato e serem apropriados para definir as características das obras, fornecimentos ou serviços a que se refere o contrato⁵⁸;
- b) Os requisitos de rotulagem devem basear-se em critérios objectivamente verificáveis e não discriminatórios;
- c) Os rótulos devem ser criados através de um procedimento aberto e transparente em que podem participar todas as partes interessadas, nomeadamente organismos governamentais, consumidores, parceiros sociais, fabricantes, distribuidores e organizações não governamentais;
- d) Os rótulos devem estar acessíveis a todas as partes interessadas; e

57 De facto, como resulta do artigo 43.º, n.º 1 da Directiva 2014/24/UE, *“as autoridades adjudicantes podem, nas especificações técnicas, nos critérios de adjudicação ou nas condições de execução dos contratos, exigir um rótulo específico (...)”*.

58 Sendo que, caso determinado rótulo também inclua requisitos que não estejam ligados ao objecto do contrato, então *“as autoridades adjudicantes não podem exigir o rótulo propriamente dito mas sim definir a especificação técnica por referência às especificações pormenorizadas do rótulo em questão ou, se necessário, às partes do mesmo que estejam ligadas ao objeto do contrato e que sejam adequadas para definir as características desse objeto”* (cf. o artigo 43.º, n.º 2 da Directiva 2014/24/UE).

- e) Os requisitos de rotulagem devem ser definidos por um terceiro sobre o qual o operador económico que solicita o rótulo não possa exercer uma influência decisiva⁵⁹.

Naturalmente, estas condições visam essencialmente responder aos principais riscos identificados na utilização dos rótulos ecológicos: o de as entidades adjudicantes exigirem rótulos nacionais (emitidos por entidades com sede nos respectivos Estados-Membros), desse modo desvirtuando a concorrência⁶⁰.

Neste sentido, e para o aqui importa, dispõe agora o novo artigo 49.º-A, aditado ao CCP, que a entidade adjudicante pode exigir — “*nos termos a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área das obras públicas*” — um rótulo específico para atestar que as obras, bens móveis ou serviços correspondem às características exigidas [álínea a)]⁶¹.

Apesar da remissão do Código para portaria governamental, não parece que a faculdade de as entidades adjudicantes exigirem a apresentação de rótulos ecológicos esteja absolutamente condicionada à aprovação, publicação e entrada em vigor dessa futura portaria — a qual, até à data, ainda não é conhecida⁶² —, afigurando-se que esta remissão para

59 Para uma visão crítica do regime da Directiva no que respeita aos rótulos ecológicos, cf. Luís Filipe Mota Almeida, “A contratação pública verde...”, cit., pp. 110 a 115. O Autor questiona, em particular, e de forma muito pertinente, se esta preferência comunitária é inteiramente compatível com o desiderato — também inequivocamente presente nas Directivas de 2014 — de favorecer o acesso das Pequenas e Médias Empresas aos procedimentos de contratação pública (cf. ob. cit., pp. 115).

Como já vimos a propósito da referência à divisão em lotes (cf. nota 43 supra), os objectivos que as Directivas visam prosseguir são múltiplos e heterogéneos, sendo necessário proceder a uma concordância prática para dar a todos eles um nível adequado de satisfação mas sem poder dar primazia absoluta a um só (ou apenas alguns) deles em detrimento total dos restantes.

60 Cf. Raquel Carvalho, “Contratação pública...”, cit., pp. 894. Veja-se ainda Carolina Ferreira da Silva, “Políticas horizontais...”, cit., pp. 196.

61 Além do rótulo, as entidades adjudicantes podem ainda solicitar a apresentação de um relatório de ensaio de um organismo de avaliação da conformidade, ou um certificado emitido por tal organismo, como meio de prova da conformidade com os requisitos ou critérios estabelecidos [álínea b)], ou a apresentação de amostras de produtos que pretendem adquirir [álínea c)].

Aplaudindo esta solução, à luz do Anteprojecto de revisão do CCP, cf. Carolina Ferreira da Silva, “Políticas horizontais...”, cit., pp. 186.

62 Sendo que, nos termos do artigo 137.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo, é de 90 dias o prazo supletivo para a aprovação de regulamentos que se revelem necessários “*para dar exequibilidade a ato legislativo carente de regulamentação*”.

regulamento não deve ter por efeito limitar o exercício de uma possibilidade directamente concedida pelas Directivas⁶³.

Decisivo, em qualquer caso, se revela o cumprimento dos níveis de desempenho ou requisitos funcionais exigidos pela entidade adjudicante, o que significa que:

- (i) Mesmo que a entidade adjudicante não exija qualquer rótulo, os concorrentes podem recorrer ao rótulo para demonstrar que a obra, bem móvel ou serviço satisfazem de modo equivalente os requisitos definidos nas especificações técnicas e correspondem ao desempenho exigido ou cumprem os requisitos funcionais da entidade adjudicante⁶⁴; e
- (ii) Quando a entidade adjudicante exige a apresentação de um rótulo, os concorrentes devem poder fazer uso de outros meios adequados para demonstrar o cumprimento dos requisitos subjacentes ao rótulo⁶⁵ – cabendo-lhes, porém, esse ónus da prova, a exemplo do que acima se viu suceder quanto à demonstração do cumprimento equivalente das especificações técnicas (cf. nota 51 supra).

Numa palavra: o rótulo é um meio de prova que nunca pode ser imposto pela entidade adjudicante aos concorrentes, mas que estes podem “impor” à entidade adjudicante, enquanto meio idóneo para a demonstração do cumprimento dos requisitos funcionais ou de desempenho fixados nas peças procedimentais.

C) QUALIFICAÇÃO DOS OPERADORES ECONÓMICOS

No que respeita à denominada fase de selecção qualitativa dos operadores económicos, isto é, à qualificação dos candidatos, o CCP continua a prever, tal como anteriormente, e em conformidade com as Directivas⁶⁶, que a entidade adjudicante atenda, para efeitos de qualificação, à capacidade de os candidatos adoptarem medidas de gestão ambiental no

63 Até porque, caso assim fosse, seria forçoso concluir existir um surpreendente retrocesso legislativo nesta matéria, totalmente em contra-corrente face ao regime das Directivas, uma vez que o artigo 49.º, n.º 7 do Código de 2008, na sua versão anterior à revisão do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, já admitia, com considerável amplitude, a possibilidade de as entidades adjudicantes exigirem a apresentação de rótulos ecológicos.

64 Nos termos dos n.os 7 e 11 do artigo 49.º do CCP.

65 Cf. o artigo 43.º, n.º 1, quarto parágrafo, da Directiva 2014/24/UE.

66 Cf. Considerando (88) e artigo 62.º da Directiva 2014/24/UE.

âmbito da execução do contrato a celebrar [cf. o artigo 165.º, n.º 1, alínea d)]⁶⁷. Também aqui não houve, portanto, alterações de monta.

Conforme se antecipou em matéria de especificações técnicas, igualmente no que respeita à definição dos requisitos de capacidade técnica dos candidatos dispõem as entidades adjudicantes de ampla margem de conformação, já que “*quem contrata é que estabelece a experiência ou capacidade técnica mínimas exigíveis que pretende para levar a cabo a contratação*”⁶⁸; tudo está em que tais requisitos estejam relacionados com o contrato a celebrar, pois “[é] por referência ao conteúdo do contrato a celebrar, aos deveres e sujeições por ele construídas, que se deve ponderar quais devem ser os níveis mínimos de capacidade técnica e financeira para se aceder ao concurso limitado por prévia qualificação”⁶⁹.

A nossa jurisprudência administrativa tem entendido que a exigência de determinado requisito só poderia ser considerada ilegal — *maxime*, por violadora dos princípios da igualdade e da concorrência — caso a mesma “*se apresentasse como infundada, injustificada e sem critério, ou seja, se a concretização, efectuada naquele regulamento, do que é capacidade técnica adequada ao objecto do contrato (prestação de determinado serviço) consubstanciasse, em termos reais e objectivos, a criação de uma situação arbitrária de desigualdade, violadora do núcleo essencial da igualdade e da concorrência*”⁷⁰.

A prova do preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica dos candidatos deve ser efectuada através da apresentação, na respectiva candidatura (cf. o artigo 168.º, n.º 1) dos documentos que, para esse efeito, a entidade adjudicante exija no programa do procedimento [cf. o artigo 164.º, n.º 1, alínea j)]. Quando tais documentos consistam em certificados emitidos por organismos independentes, nacionais ou estabelecidos noutros Estados membros da União Europeia, que atestem que o interessado respeita determinadas normas de garantia de qualidade

67 Vide, igualmente, o artigo 58.º e o Anexo XII da Directiva 2014/24/UE, no qual se prevê que a “[...] ndicação das medidas de gestão ambiental que o operador económico poderá aplicar aquando da execução do contrato” constitui um meio de prova dos requisitos de capacidade técnica dos operadores económicos.

68 Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (“STA”) de 27 de Junho de 2007, processo n.º 0302/07.

69 Cf. Acórdão do TCA Norte de 22 de Abril de 2010, processo n.º 01327/09.1BEPRT.

70 Cf. Acórdãos do STA de 27 de Junho de 2007, e de 11 de Dezembro de 2007, ambos proferidos no mesmo processo n.º 0302/07.

De forma interessante, o TCA Sul decidiu recentemente que, embora coubesse à entidade adjudicante “o ónus da prova dos factos constitutivos ou fundamentadores da adequação exigida pela norma que lhe atribui a margem de livre decisão administrativa”, o facto de “*haver, num concurso limitado, apenas um real candidato não prova nada de ilegal*”, sendo apenas “um índice a considerar pelo juiz em sede de controlo jurisdicional da restrição ilegal da concorrência sã e justa” (cf. Acórdão de 2 de Junho de 2016, processo n.º 13187/16).

ou normas de gestão ambiental, o programa do procedimento deve referir-se, respectivamente, aos sistemas de garantia de qualidade ou aos sistemas de gestão ambiental baseados no Sistema Comunitário de Ecogestão e Auditoria (EMAS) ou no conjunto de normas europeias, e certificados por organismos conformes com as séries de normas europeias respeitantes à certificação (cf. o artigo 164.º, n.º 2).

Não obstante, a entidade adjudicante deve reconhecer também outras provas de medidas de garantia de qualidade ou de medidas de gestão ambiental equivalentes apresentadas por interessados que (i) não tenham acesso aos referidos certificados, ou que (ii) demonstrem que os não podem obter dentro do prazo de apresentação das candidaturas (cf. o artigo 164.º, n.º 3)⁷¹.

D) EXCLUSÃO DE PROPOSTAS

Embora não constitua uma novidade e não represente o traço mais relevante do regime da contratação pública ecológica, cabe fazer referência à possibilidade de exclusão das propostas apresentadas por operadores económicos que tenham incumprido as suas “obrigações aplicáveis em matéria ambiental, social e laboral estabelecidas pelo direito da União, por legislação nacional, por convenções coletivas ou pelas disposições de direito internacional em matéria ambiental, social e laboral constantes do Anexo X” da Directiva 2014/24/UE, como resulta da remissão dos artigos 56.º, n.º 1 e 57.º, n.º 4, alínea a) para o n.º 2 do artigo 18.º da mesma Directiva⁷². Constituiu, na verdade, preocupação expressa do legislador eurocomunitário assegurar que as entidades adjudicantes possam “excluir os operadores económicos que se tenham revelado pouco fiáveis, por exemplo na sequência de infrações de obrigações ambientais”⁷³.

Ora, apesar de, no seu novo artigo 1.º-A, n.º 2, o Código ter reproduzido a obrigação constante do artigo 18.º, n.º 2 da Directiva 2014/24/UE — de as entidades adjudicantes assegurarem, na formação e na execução dos contratos públicos, que os operadores económicos respeitam as normas aplicáveis em vigor em matéria ambiental (como já acima se referiu) —, a verdade é que, confrontando o elenco dos impedimentos à participação em procedimentos pré-contratuais, constante do artigo 55.º do CCP, não se

71 De referir que as disposições dos n.os 3 e 4 do artigo 164.º do CCP, em sede de documentos da candidatura nos concursos limitados por prévia qualificação, são depois, sem surpresa, reiteradas nos n.os 4 e 5 do artigo 246.º do mesmo Código, agora no plano dos documentos a apresentar pelos interessados em integrar um sistema de qualificação.

72 Sobre este ponto, cf. Pedro Cerqueira Gomes, “Políticas estratégicas...”, cit., pp. 101 a 105.

73 Cf. Considerando (101) da Directiva 2014/24/UE.

descortina qualquer previsão que permita *ex professo* à entidade adjudicante determinar a exclusão de um operador económico (ou da proposta por si apresentada) com fundamento em qualquer incumprimento ambiental^{74 - 75}.

Quando muito, dir-se-á, poderá ser esse o caso (embora indirectamente) se as “*deficiências significativas ou persistentes*” na execução de “*um contrato público anterior*”, a que se refere a alínea *l*) do n.º 1 do mesmo artigo 55.º, tiverem incidido sobre aspectos ambientais desse contrato anterior — mas mesmo aí, note-se, só de forma indirecta pode este impedimento vedar a participação de operadores económicos com “cadastro” em matéria ambiental, já que a disposição do artigo 55.º, n.º 1, alínea *l*) do Código se aplica ao incumprimento de *qualquer* obrigação contratual passada, não sendo *especificamente* aplicável a obrigações de índole ambiental.

Assim, ou o impedimento resulta da aplicação de uma sanção de inibição da participação do operador económico no procedimento pré-contratual, com fundamento na prática de qualquer infracção ambiental⁷⁶ — sanção, essa, sublinha-se, necessariamente aplicada ao abrigo de *outro* regime legal, que não o do CCP^{77 - 78}; ou, então, a entidade adjudicante

74 O que, apesar de tudo, repare-se, não viola a Directiva, porquanto estamos perante uma causa de exclusão facultativa e não obrigatória — razão pela qual estava na discricionariedade dos Estados-Membros transpô-la ou não para o respectivo ordenamento interno. Questão diferente é a de saber se tal opção das Directivas se revela a mais correcta: no sentido de que esta deveria ser uma causa de exclusão obrigatória, cf. Rafael Lima Daudt D'Oliveira, “Contratação pública sustentável...”, cit., pp. 117.

75 Não foi assim acolhida a sugestão de alguma doutrina, que advogava o aditamento ao CCP de um impedimento autónomo relativo ao incumprimento de obrigações ambientais (referimo-nos a Pedro Cerqueira Gomes, “Políticas estratégicas...”, cit., pp. 103; de forma mais dúbia, cf. Maria João Estorninho, Curso..., cit., pp. 435).

76 Caso em que cairemos na previsão da alínea *f*) do n.º 1 do artigo 55.º do CCP.

77 Maxime, da lei-quadro das contra-ordenações ambientais, aprovada pela Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto (com última alteração pela Lei n.º 42-A/2016, de 12 de Agosto), e cujo artigo 30.º, n.º 1, alínea *e*) prevê que, no caso de contra-ordenações ambientais graves ou muito graves, pode ser aplicada ao infractor a sanção acessória de “[p]rivação do direito de participar em arrematações ou concursos públicos que tenham por objecto a empreitada ou concessão de obras públicas, a aquisição de bens e serviços, a concessão de serviços públicos e a atribuição de licenças ou alvarás”.

Sobre este regime, em geral, cf. Carla Amado Gomes, “As contra-ordenações ambientais no quadro da Lei 50/2006, de 29 de Agosto: Considerações gerais e observações tópicas”, in Revista do Instituto de Direito Brasileiro, Ano 1, 2012, n.º 1, pp. 335 a 364. Disponível em: <www.idb-fuld.com>.

78 De assinalar que o facto de o incumprimento de obrigações ambientais apenas poder assumir relevância a título de sanções acessórias aplicadas em sede contra-ordenacional traz ainda outra consequência assinalável: a impossibilidade de o operador económico relevar esse impedimento através da demonstração da adopção de medidas de *self-cleaning*, já que, como prevê, e bem, o artigo 55.º-A, n.º 4 do CCP, “[a]s sanções de proibição de participação em procedimentos de formação de contratos públicos que tenham sido aplicadas, ou consideradas válidas mediante decisão transitada em julgado, não são passíveis

apenas poderá excluir a proposta apresentada por um concorrente, com base em motivos ambientais, caso verifique: que é a própria proposta que, em si mesma, viola aspectos ambientais imperativamente previstos no caderno de encargos (como parâmetros base ou aspectos não submetidos à concorrência) ou vinculações legais ou regulamentares, de natureza ambiental, aplicáveis à execução do contrato⁷⁹; ou, ainda, que se trata de uma proposta com preço anormalmente baixo, *em resultado* da violação de obrigações decorrentes da legislação em matéria ambiental⁸⁰.

E) CRITÉRIOS DE ADJUDICAÇÃO: A ESCOLHA DA PROPOSTA AMBIENTALMENTE MAIS VANTAJOSA

Segundo o entendimento consensual na doutrina, “[o] critério de adjudicação é o domínio mais adequado ou menos problemático para contemplar aspetos ambientais”⁸¹. No entanto, porque também “não se podem ignorar os riscos de que a introdução de critérios verdes na contratação pública redunde em práticas discriminatórias ou em fenómenos de corrupção”⁸², importa assegurar que — aqui como em qualquer outro aspecto constante das peças procedimentais — o critério de adjudicação não seja desvirtuado com vista a introduzir discriminações injustificadas ou que incorra em violações dos princípios da igualdade e da concorrência⁸³, bem como da imparcialidade⁸⁴.

de relevação (...)” (citamos já a redacção dada pela Declaração de Rectificação n.º 36.º-A/2017, de 30 de Outubro de 2017, publicada no *Diário da República*, 1.ª série, n.º 209, de 30 de Outubro de 2017). Quando muito, restará ao operador económico a possibilidade — que, naturalmente, mantém — de impugnar judicialmente a decisão de aplicação da sanção acessória em causa, eventualmente requerendo também a adopção de providências cautelares com vista à suspensão da eficácia dessa mesma decisão.

79 Nos termos, respectivamente, das alíneas b) e f) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP.

80 Agora nos termos conjugados dos artigos 71.º, n.º 4, alínea g) com o artigo 70.º, n.º 2, alínea e), ambos do CCP.

81 Cf., emblematicamente, Raquel Carvalho, “Contratação pública...”, cit., pp. 895. Em sentido concordante, cf. Carolina Ferreira da Silva, “Políticas horizontais...”, cit., pp. 176 e 177.

82 Cf. Maria João Estorninho, *Curso...*, cit., pp. 418; Idem, *Green public procurement...*, cit., pp. 4. Assinalando também este risco, cf. Raquel Carvalho, “Contratação pública...”, cit., pp. 892. Mais amplamente, sobre a relação, nem sempre fácil, entre as preocupações ambientais e as concorrenciais na contratação pública, cf. Carolina Ferreira da Silva, “Políticas horizontais...”, cit., pp. 172, 173 e 191 e segs..

83 Também o artigo 67.º, n.º 4 da Directiva 2014/24/UE previne que os critérios de adjudicação devem “assegurar a possibilidade de concorrência efetiva” entre os operadores económicos que participam no procedimento pré-contratual.

84 Como há muitos anos alerta Margarida Olazabal Cabral, “[a] violação do princípio da imparcialidade pode ser detectada no programa de concurso ou no caderno de encargos não apenas pela leitura dos requisitos gerais de admissão ao concurso mas igualmente pela análise de outros factores como as cláusulas do caderno de encargos

Neste sentido, as Directivas e o CCP exigem, por um lado, que os factores ambientais tenham uma ligação ao objecto do contrato (como se verá); por outro lado, embora não exista um limite máximo definido para o “peso” que estes aspectos poderão assumir na avaliação das propostas⁸⁵, parece claro que o coeficiente de ponderação fixado aos critérios ou factores ambientais deve reflectir os objectivos a atingir com a execução do contrato. Apesar das injunções decorrentes do Acordo de Paris, a que mais adiante se fará referência, continua, agora como antes, a ser discutível que o legislador ou as entidades adjudicantes possam adoptar o critério da “proposta ecologicamente mais vantajosa” como critério de adjudicação⁸⁶, não parecendo, sequer, que possa considerar-se juridicamente obrigatória a inclusão, em todos os procedimentos de contratação pública de aspectos ambientais enquanto factores de avaliação das propostas⁸⁷.

Com efeito, contrariamente à ideia popularmente propalada, as Directivas de 2014 (e, em consequência, o CCP) continuam a admitir que a adjudicação de propostas possa continuar a ser efectuada com base unicamente no mais baixo preço; além disso, como acima se referiu, há diversas formas de utilizar a contratação pública como meio de promoção de valores ambientais (nomeadamente, em sede de elaboração das especificações técnicas ou na fixação de determinadas condições de execução do contrato) devendo, em cada caso, a entidade adjudicante ponderar qual a melhor via para acolher preocupações ecológicas nos contratos que celebra sem sacrificar os restantes valores também subjacentes ao mecanismo da contratação pública.

É com estas prevenções que deve ser lido o que se segue.

que impõem determinados materiais, determinados processos de construção ou fabrico, etc. Pense-se no caso de se prever como critério preferencial de adjudicação um determinado processo de fabrico a que só uma empresa europeia tem acesso. Aí há que ponderar se efectivamente razões de interesse público o exigem ou se se trata de favorecer ilegítimamente um determinado concorrente” — cf. O Concurso Público nos Contratos Administrativos, Coimbra, 1997, pp. 88, nota 155.

85 Cf. Rafael Lima Daudt D'Oliveira, “Contratação pública sustentável...”, cit., , pp. 136.

86 Com efeito, a doutrina já tem questionado se seria admissível a criação de um tal critério — da proposta ecologicamente mais vantajosa — enquanto critério de adjudicação, ou se isso não seria ir longe demais, desvirtuando assim os propósitos primordialmente subjacentes à contratação pública. Colocando a questão, cf. Raquel Carvalho, “Contratação pública...”, cit., pp. 895, nota 56.

87 A propósito de uma norma do Anteprojecto de revisão do Código, de Agosto de 2016, da qual parecia resultar que “seria sempre obrigatório submeter à concorrência aspetos ambientais ou sociais relativos à execução do contrato”, observaram João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez que semelhante redacção levaria a que os programas de procedimentos pré-contratuais pudessem ser impugnados “em todos os casos (que serão aliás a imensa maioria!) em que a entidade adjudicante entendeu (e bem) não incluir, entre os fatores densificadores do critério de adjudicação, fatores de natureza ambiental ou social” — cf. Comentários..., pp. 54.

Atendendo à especial aptidão dos critérios de adjudicação — isto é, das razões da escolha da proposta mais vantajosa para a entidade adjudicante (cf. artigo 73.º, n.º 1, primeira parte, do CCP) — para incorporar factores de valorização ambiental, não surpreende que tenha sido sobretudo nesta matéria que o legislador do Decreto-Lei n.º 111-B/2017 mais avançou, no que à utilização da contratação pública para a promoção de fins ambientais diz respeito.

Não que, anteriormente, as entidades adjudicantes não pudessem servir-se do critério de adjudicação para valorizar propostas em função das vantagens ambientais que apresentassem: como, em 2012, notava o STA, apesar de o CCP não enumerar “*os factores a considerar para a escolha da proposta mais vantajosa para a entidade adjudicante*”, estas poderiam utilizar, entre outros factores, a “*qualidade, preço, custo de utilização, valia técnica, características estéticas e/ou funcionais, custo da utilização, rendibilidade, características ambientais, assistência técnica, serviço pós-venda, prazo de entrega, prazo de execução, compromissos em matéria de peças sobresselentes, segurança de abastecimento e garantia*”⁸⁸.

Mas, apesar de isso já ser possível à luz da versão inicial do Código, a verdade é que, depois da revisão operada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, na sequência das Directivas de 2014, tal possibilidade passou a conhecer uma outra amplitude.

Vejamos.

i) A consideração de factores ambientais na avaliação das propostas

Como resulta da conjugação dos n.ºs 1 e 2 do artigo 74.º do CCP, o preço (ou o custo) pode(m) ser ou não ser submetido(s) à concorrência pelo caderno de encargos⁸⁹ — isto é, pode(m) constituir ou não um factor do critério de adjudicação (cf. artigo 75.º, n.º 1) —, sendo que, em caso afirmativo, pode(m) ser o único factor desse critério ou apenas um entre outros.

88 Cf. Acórdão do STA de 4 de Dezembro de 2012, processo n.º 0857/12.

89 Isto porque o n.º 2, numa (relativa) inovação — uma vez que esta possibilidade já deveria ter-se por admissível à luz da versão anterior do Código, embora não estivesse claramente explicitada na lei —, veio esclarecer inequivocamente que o preço (ou custo) não tem necessariamente de ser sujeito à concorrência do mercado, podendo a entidade adjudicante, pura e simplesmente, estabelecer um preço (ou custo) fixo e avaliar as propostas unicamente em função de outros factores (assumindo o procedimento pré-contratual, nesses casos, o figurino de um *beauty contest*).

Em qualquer dos casos, sublinhe-se, a entidade adjudicante pode sempre promover a prossecução de objectivos ambientais através dos contratos que celebra.

a) Quando o preço é fixo, lembra o Considerando (93) da Directiva 2014/24/UE que, mesmo nesses casos, “*continua a ser possível avaliar a relação qualidade/preço com base em fatores diferentes do preço ou da remuneração*”, podendo a entidade adjudicante aferir, por exemplo, “*se os livros foram impressos em papel reciclado ou em papel fabricado com madeira sustentável, qual o custo imputado às externalidades ambientais*”.

b) Quando o preço é submetido à concorrência pelo caderno de encargos, pode distinguir-se consoante é o único aspecto submetido à concorrência ou um entre outros.

b.1) No primeiro cenário — adopção do critério do preço mais baixo⁹⁰ — tudo reside em que as especificações técnicas e as condições de execução do contrato já tenham assegurado que o contrato a celebrar será ambientalmente sustentável (cf. *supra*).

Assim, ao contrário do que poderia pensar-se, não é apenas o critério da proposta economicamente mais vantajosa na modalidade da melhor relação qualidade/preço que permite às entidades adjudicantes promoverem uma contratação pública (mais) sustentável. Na verdade, quando o caderno de encargos acolhe satisfatoriamente as preocupações de salvaguarda ambiental tidas em vista pela entidade adjudicante, nesse caso a proposta com o preço mais baixo será também a “mais vantajosa” do ponto de vista ambiental, na medida em que é aquela que permite dar cabal cumprimento às exigências ambientais fixadas nas peças procedimentais, implicando o menor dispêndio para a entidade adjudicante⁹¹. Nestes termos, se o caderno de encargos já permite assegurar que qualquer contrato que venha a ser celebrado naquele procedimento, desde que respeite as determinações procedimentais e apenas por isso (pois só assim as propostas poderão ser admitidas e avaliadas), já será satisfatório do ponto de vista ambiental, nesse caso não será merecedor de censura que a avaliação das propostas

90 Que, justamente, só é permitido “*quando as peças do procedimento definam todos os restantes elementos da execução do contrato a celebrar*”, como resulta do artigo 74.º, n.º 3 do CCP.

91 Nesse caso, como nota Nuno Cunha Rodrigues, as externalidades ambientais já foram “*internalizadas por exemplo através das especificações técnicas ou do ciclo de vida do produto*”: cf. “Breves tópicos sobre os critérios de adjudicação no anteprojecto de Código dos Contratos Públicos (Artigos 74.º e 75.º)”, in A.A.V.V., Atas da Conferência “*A Revisão do Código dos Contratos Públicos*”, ICJP, Dezembro de 2016, pp. 207. Disponível em: <www.icjp.pt>.

incida unicamente sobre o preço, isto é, que os factores ambientais, já tão impregnados no caderno de encargos, não sejam mobilizados *também* para diferenciar as propostas entre si.

b.2) Não obstante, é obviamente no segundo cenário, em que há outros aspectos da execução do contrato (além do preço) submetidos à concorrência, que a entidade adjudicante goza de maior liberdade para incorporar factores ambientais na avaliação das propostas.

Assim, quando o critério de adjudicação adoptado seja o da proposta economicamente mais vantajosa, *na modalidade da “melhor relação qualidade-preço”*, o artigo 75.º, n.º 2 do CCP torna agora (mais) claro que podem ser utilizados para densificar esse critério, entre outros, os seguintes factores:

- (i) Por um lado, a qualidade, designadamente valor técnico, características estéticas e funcionais, acessibilidade, concepção para todos os utilizadores, características sociais, ambientais e inovadoras e condições de fornecimento [cf. alínea a)]; bem como, em especial,
- (ii) A *sustentabilidade ambiental* ou social do modo de execução do contrato, designadamente no que respeita ao tempo de transporte e de disponibilização do produto ou serviço, em especial no caso de produtos perecíveis, e a denominação de origem ou indicação geográfica, no caso de produtos certificados [cf. alínea d)].

De notar, em qualquer caso que, tratando-se de factores ou subfactores que integram e densificam o critério de adjudicação, os mesmos “*devem estar ligados ao objeto do contrato a celebrar*” (cf. artigo 75.º, n.º 1), considerando-se que é esse o caso quando tais factores ou subfactores “*estiverem relacionados com as obras, bens ou serviços a executar ou fornecer ao abrigo desse contrato, sob qualquer aspeto e em qualquer fase do seu ciclo de vida*” (cf. artigo 75.º, n.º 4) bem como, mesmo se de forma mais remota, se estivermos perante “*fatores envolvidos no processo específico de produção ou fornecimento das obras, bens ou serviços ou num processo específico em relação a outra fase do seu ciclo de vida*” (cf. artigo 75.º, n.º 5).

Estas disposições do Código, que aliás seguem de perto o que resulta das alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 67.º da Directiva 2014/24/UE, devem ser entendidas como o corolário da evolução da jurisprudência europeia na matéria.

A este respeito, o legislador comunitário adverte ainda para o facto de que “[o]s critérios de adjudicação não podem ter por efeito conferir à autoridade adjudicante uma liberdade de escolha ilimitada”, devendo a entidade adjudicante “especifica[r] nos documentos do concurso a ponderação relativa que atribui a cada um dos critérios escolhidos para determinar a proposta economicamente mais vantajosa”, ponderações essas que “podem ser expressas na forma de um intervalo, com uma variação máxima adequada” ou, quando “a ponderação não seja possível por razões objetivas”, deverão ao menos ser indicados “os critérios por ordem decrescente de importância”⁹².

Como se sabe, o legislador Português é, nesse aspecto, bem mais exigente do que o europeu⁹³ (que, nesta matéria, peca por alguma parcimónia⁹⁴), bastando atentar nos elementos que, de acordo com os artigos 132.º, n.º 1, alínea n), 139.º, e 164.º, n.º 1, alínea q) do CCP, devem imperativamente constar do modelo de avaliação das propostas.

Por conseguinte, o que é relevante sublinhar a este respeito é que, também aqui, a escolha e determinação dos factores e subfactores do critério de adjudicação tem de decorrer de um interesse atendível e objectivamente justificado, não podendo resultar de mero capricho das entidades adjudicantes nem sendo admissíveis critérios que não tenham, de todo em todo, qualquer relação com o objecto do contrato que se pretende celebrar — daí a exigência, nacional e comunitária, de que os factores ou subfactores que integram e densificam o critério de adjudicação estejam “ligados ao objeto do contrato a celebrar”⁹⁵, ainda que a jurisprudência europeia propenda para alguma “generosidade” e flexibilidade na compreensão deste requisito, o que objectivamente facilita a utilização da contratação pública para a prossecução de fins como os ambientais⁹⁶. Além disso, como já acima se referiu, a introdução de factores ecológicos na avaliação das propostas não pode ser utilizada como forma de restrição injustificada

92 Cf. o artigo 67.º, n.º 5 da Directiva 2014/24/UE.

93 Neste sentido, cf. João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez, *Comentários...*, pp. 17.

94 Cf., para maiores desenvolvimentos, Teresa Almeida, “A relação...”, cit., pp. 293 e segs..

95 O que, designadamente, impede a exigência de que os concorrentes “possuam determinadas políticas de responsabilidade (...) ambiental”, como nota Nuno Cunha Rodrigues — cf. “Breves tópicos...”, cit., pp. 206. Realce-se, aliás, o que se refere no Considerando (97) da Directiva 2014/24/UE. Ou seja, o pressuposto subjacente à exigência deste requisito é o de que os factores ambientais em causa se relacionem directamente com os bens ou serviços a *comprar*, e não com quaisquer requisitos genéricos relativos à actividade desenvolvida pelos concorrentes (cf. Pedro Cerqueira Gomes, “Políticas estratégicas...”, cit., pp. 106 e 107).

96 Assinalando este aspecto, por referência ao já acima citado Acórdão Max Havelaar/Dutch Coffe, veja-se Miguel Assis Raimundo, “Primeira análise...”, cit., pp. 55.

ou de falseamento da concorrência de mercado, sempre com vista a evitar que a protecção do ambiente seja invocada como pretexto para quaisquer favoritismos juridicamente ilegítimos.

ii) *A consideração dos custos de ciclo de vida*

Paralelamente, o Código prevê agora, no seu artigo 75.º, n.º 7, e na sequência das Directivas⁹⁷, que o custo pode ser “calculado com base no ciclo de vida” sendo que, nesse caso, “o modelo de avaliação das propostas pode abranger custos suportados ou não pela própria entidade adjudicante”, como sejam os seguintes:

- (i) Custos de utilização, tais como consumo de energia, de consumíveis e de outros recursos [cf. alínea b)];
- (ii) Custos de fim de vida, tais como custos de recolha e reciclagem [cf. alínea d)];
- (iii) Custos imputados a externalidades ambientais ligadas ao bem, serviço ou obra durante o seu ciclo de vida [cf. alínea e)].

Trata-se de uma importação do regime já constante do artigo 68.º da Directiva 2014/24/UE, que veio introduzir uma “*novidade apenas relativa*” ou “*de sentido limitado*”, já que, em rigor, mesmo à luz do quadro legal anterior, nada impedia as entidades adjudicantes de avaliarem as propostas com base em ponderações custo-eficácia; assim, o principal mérito das Directivas terá sido, quando muito, o de “*dar visibilidade ao problema*”⁹⁸ e o de enfatizar que a contratação pública não “*se deve apenas confinar a avaliações monetárias imediatas*”⁹⁹, antes devendo atender aos custos incorridos ao longo de *todo o período de vida* da obra, bem ou serviço a adquirir (*from the cradle to the grave*).

O que aqui é inovador, portanto, não é a possibilidade de consideração do custo do ciclo de vida, mas sim o facto de, neste cômputo, poderem ser integrados os custos imputados a externalidades ambientais ligadas

97 Cf. o artigo 68.º da Directiva 2014/24/UE.

98 Cf. Miguel Assis Raimundo, “Primeira análise...”, cit. pp. 54, bem como Teresa Almeida, “A proposta...”, cit., pp. 152. Também no sentido de que as Directivas, nesta parte, se limitam a *chamar a atenção* para realidades já bem antigas, cf. João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez, Comentários..., cit., pp. 8.

99 Cf. Carolina Ferreira da Silva, “Políticas horizontais...”, cit., pp. 181.

ao bem, serviço ou obra, como sejam o custo das emissões de gases com efeito de estufa e de outras emissões poluentes, assim como outros custos de atenuação das alterações climáticas. Isto é: custos que, rigorosamente, são suportados *por terceiros* e não pela entidade adjudicante – ou, pelo menos, que não são suportados *unicamente* por esta (na formulação da lei, “*custos suportados ou não pela própria entidade adjudicante*”)¹⁰⁰.

A utilização dos custos de ciclo de vida — que, assinala-se, não é a única abordagem possível, sendo apenas um de entre vários exemplos possíveis de avaliação da relação custo-eficácia¹⁰¹ —, seja à luz das Directivas, seja à luz do CCP revisto, suscita, porém, múltiplos problemas, que não cabe aqui, naturalmente, desenvolver e que, de resto, já começaram a ser sinalizados pela doutrina¹⁰².

Desde logo, a adopção desta abordagem só é legalmente possível quando “*seja possível determinar e confirmar o seu valor monetário*”¹⁰³, o que se reveste de apreciável complexidade e implica respostas que não são evidentes a questões fulcrais, como as de saber: (i) quais os impactos a considerar (âmbito de abrangência); (ii) qual a relação entre as fontes e os danos provocados; bem como (iii) qual o valor monetário desses danos, sendo que, neste último campo, se torna ainda necessário saber como tratar as denominadas taxas de desconto do futuro e do tratamento económico da incerteza da imprevisibilidade. Perguntas cuja resolução implica informação que muitas vezes não estará disponível e escolhas que, por esse motivo, encerram uma larga margem de erro, sendo que “*a forma como se determina*

100 Cf. Teresa Almeida, “A proposta...”, cit., pp. 150 a 152, bem como Carolina Ferreira da Silva, “Políticas horizontais...”, cit., pp. 182.

101 Cf. Miguel Assis Raimundo, “Primeira análise...”, cit. pp. 53 e 54. Em sentido próximo, cf. também Teresa Almeida, “A proposta...”, cit., pp. 150. Igualmente notando que a mesma possibilidade já era admitida (mesmo que não expressamente prevista) pelas Directivas de 2004, mais recentemente, Nuno Cunha Rodrigues, “Breves tópicos...”, cit., pp. 205. Diferentemente, assinalando que na Directiva “*existe uma clara intenção de promoção e incentivo desta metodologia (o que é inédito)*”, cf. Luís Filipe Mota Almeida, “A contratação pública verde...”, cit., pp. 107.

102 Sobre a matéria, na literatura Portuguesa, são incontornáveis os escritos de Teresa Almeida que temos vindo a citar ao longo deste texto: “A proposta...”, cit., pp. 147 a 194; e “A relação...”, cit., pp. 279 a 334. Veja-se ainda, da mesma Autora, “Critérios de Adjudicação – O (novo) Conceito de Oferta Economicamente mais Vantajosa”, in *Revista de Contratos Públicos*, n. 13, 2016, maxime pp. 120 e segs.. Também com interesse, veja-se as observações de Luís Filipe Mota Almeida, “A contratação pública verde...”, cit., pp. 107 a 110.

103 Cf. o artigo 75.º, n.º 7, alínea e) do CCP. Sobre esta quantificação, sob uma perspectiva mais ampla (não circunscrita à contratação pública) e anteriormente às Directivas de 2014, cf. o esclarecedor texto de Teresa Almeida, “Os critérios de avaliação monetária dos bens ambientais”, in A.A.V.V., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida*, Coimbra, 2012, pp. 63 a 98.

o trade-off a realizar” é “o passo mais importante de todo o processo”, qualquer que seja o método escolhido pela entidade adjudicante¹⁰⁴.

Mesmo reconhecendo que se trata de problemas que não cabia ao legislador resolver (até por se tratar de metodologias que não devem ficar rigidamente fixadas na lei e porque, em qualquer caso, a sua aplicação tem necessariamente de ser valorativa e casuística), não pode deixar de se alertar para a delicadeza da tarefa a levar a cabo pelas entidades adjudicantes quando pretendam avaliar uma proposta utilizando o conceito do custo do ciclo de vida das obras, bens ou serviços a adquirir através de um contrato público¹⁰⁵.

Note-se que, antes de se reflectirem a jusante, na possível celebração de um contrato público ambientalmente ineficiente, a insuficiência da informação disponível e a incerteza inerente às respostas e decisões da entidade adjudicante repercute-se, desde logo, a montante, isto é, na própria elaboração das peças procedimentais.

Com efeito, quando o custo seja um factor do critério de adjudicação e o caderno de encargos submeta à concorrência os custos do ciclo de vida do objecto do contrato a celebrar, a entidade adjudicante deverá indicar, no programa do procedimento ou no convite, qual a metodologia que será utilizada para calcular esses mesmos custos (cf. artigo 75.º, n.º 8) — metodologia esta que, quando for aplicada para o cálculo dos custos imputados a externalidades ambientais ligadas ao bem, serviço ou obra durante o seu ciclo de vida, nos termos permitidos pelo artigo 75.º, n.º 7, alínea e) do CCP, “*deve basear-se também em regras objetivamente verificáveis e não discriminatórias, permitindo que os dados a fornecer pelos concorrentes sejam por estes obtidos mediante esforço razoável*” (cf. o artigo 75.º, n.º 9).

104 Cf. Teresa Almeida, “A relação...”, cit., pp. 329.

105 Suscitando a questão de saber se as entidades adjudicantes terão capacidade suficiente para manejar de forma satisfatória estes instrumentos e metodologias, mas sem tomar posição expressa, cf. Pedro Cerqueira Gomes, “Políticas estratégicas...”, cit., pp. 108 (contudo, na pp. 100 do mesmo estudo, o Autor pronuncia-se claramente no sentido de a “*falta de preparação e de aposta na construção de um corpo preparado de funcionários públicos*”, bem como a ausência de political will, constituírem obstáculos à plena utilização de características relacionadas com o ciclo de vida, no âmbito dos procedimentos de contratação pública).

O artigo 75.º, n.º 10, por seu turno, dispõe que, “[c]aso seja obrigatória, por força do Direito da União Europeia, a utilização de uma metodologia comum para o cálculo dos custos do ciclo de vida, a mesma deve ser aplicada”¹⁰⁶.

Descontando a estranheza de o legislador nacional pretender lembrar às entidades adjudicantes que devem cumprir disposições obrigatórias do Direito da União Europeia¹⁰⁷, importa saber em que casos é que este Direito supra-nacional impõe a utilização de uma metodologia comum para o cálculo dos custos do ciclo de vida, sendo disso exemplo paradigmático o que se encontra previsto no artigo 6.º da Directiva 2009/33/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril de 2009, relativa à promoção de veículos de transporte rodoviário não poluentes e energeticamente eficientes — único acto normativo, de resto, que se encontra elencado na “lista” do Anexo XIII da Directiva —, a qual foi transposta para o ordenamento nacional através do Decreto-Lei n.º 140/2010, de 29 de Dezembro¹⁰⁸.

Assinale-se, em qualquer caso, que o legislador comunitário anunciou expressamente o seu propósito de alargar o número de metodologias comuns obrigatórias — cf. o Considerando (95), terceiro parágrafo, da Directiva 2014/24/UE —, pelo que “é provável que a liberdade de escolha das entidades adjudicantes venha a ser diminuída *a prazo*”¹⁰⁹. O que, sendo uma solução compreensível à luz da exigência de uma maior uniformidade de procedimentos e igualdade de actuação entre as entidades adjudicantes dos diversos Estados-Membros, não deixa, contudo, de suscitar algumas reservas quanto à adequação do alargamento dos casos de utilização obrigatória de metodologias comuns, tendo presente o seu estágio de desenvolvimento¹¹⁰ e, sobretudo, a necessidade de cada entidade adjudicante

106 Criticando, à luz do Anteprojecto de revisão do Código (mas em termos que se afiguram transponíveis para a versão final do diploma de revisão), a inserção sistemática destas normas, defendendo que as mesmas deveriam antes constar do artigo 132.º do CCP, cf. João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez, *Comentários...*, pp. 58.

107 No que parece constituir uma transposição demasiado literal do artigo 68.º, n.º 3 da Directiva 2014/24/UE, que dispõe que, “[c]aso um ato jurídico da União obrigue à utilização de uma metodologia comum para o cálculo dos custos do ciclo de vida, essa metodologia comum deve ser aplicada para avaliar os custos do ciclo de vida”.

108 Cf. Maria João Estorninho, *Curso...*, cit., pp. 430; Miguel Assis Raimundo, “Primeira análise..”, cit., pp. 54, nota 113; Nuno Cunha Rodrigues, “Breves tópicos...”, cit., pp. 206 e 207.

109 Cf. Teresa Almeida, “Critérios...”, cit., pp. 132.

110 Com efeito, apesar de o legislador eurocomunitário afirmar que “a definição de metodologias comuns para o cálculo dos custos do ciclo de vida tem progredido significativamente” [cf. o Considerando (95), segundo parágrafo, da Directiva 2014/24/UE], a verdade é que estas metodologias comuns têm fragilidades, como assinala, por último, Isabel Celeste Fonseca, “Das modas da contratação pública, Códigos de Ética

ponderar as circunstâncias concretas do contrato público que, em cada momento, pretende celebrar¹¹¹.

iii) Critérios de desempate

A concluir este ponto, apenas uma nota final para referir que, embora a lei nada diga a esse respeito, os factores ambientais podem ainda assumir uma dimensão de relevância adicional na escolha da proposta a adjudicar, caso a entidade adjudicante os eleja como critério de desempate.

Com efeito, o artigo 74.º, n.º 4 do CCP dispõe que “[o] convite ou o programa do procedimento deve definir o critério de desempate na avaliação das propostas”, acrescentando o n.º 6 do mesmo preceito que “[p]odem ser utilizados como critério de desempate, designadamente, os factores e subfactores estabelecidos nos termos do artigo seguinte, por ordem decrescente de ponderação relativa, ou a proposta que tiver sido apresentada por empresas sociais ou por pequenas e médias empresas, por ordem crescente da categoria das empresas”.

Assim, caso a entidade adjudicante consagre, nas peças, o primeiro critério de desempate sugerido pelo legislador, a escolha da proposta ecologicamente mais vantajosa, de entre duas (ou mais) propostas globalmente equivalentes, já resultará do coeficiente de ponderação atribuído aos factores ambientais, isto é, do seu “peso” relativo face aos demais factores que integram o critério da proposta economicamente mais vantajosa, na modalidade da “melhor relação qualidade-preço”. Nesta linha, a mais-valia ambiental de uma proposta poderá constituir o primeiro, segundo ou terceiro critério de desempate, consoante este factor seja aquele que tem o primeiro, segundo ou terceiro maior coeficiente de ponderação.

Mas, mesmo sem se optar por este critério, nada impede a entidade adjudicante de eleger como critério de desempate um determinado aspecto ecológico da proposta, independentemente do respectivo coeficiente — de resto, esta será mesmo a única forma de utilizar os factores ambientais como critério de desempate nos casos em que o critério de adjudicação seja o do mais baixo preço (que, além de ser o critério de adjudicação mais frequentemente utilizado entre nós, é também aquele que, por razões óbvias,

e Pactos de Integridade: um must-have contra a corrupção”, in AA.VV., Nos 20 Anos dos CJA – *Cadernos de Justiça Administrativa*, Braga, 2017, pp. 208.

111 Tensão que recomendará, portanto, uma “ponderação casuisticamente cuidada”, como bem propõe Carolina Ferreira da Silva, “Políticas horizontais...”, cit., pp. 184.

mais potencia a ocorrência de situações de empate) já que, nestes casos, o preço é o único factor que integra o critério de adjudicação.

Muitíssimo mais duvidosa é a questão de saber se as políticas ambientais do concorrente podem também ser utilizadas como critérios de desempate — à partida, dir-se-ia liminarmente que não, por a avaliação e adjudicação das propostas não dever ser contaminada por quaisquer aspectos relativos à própria pessoa dos proponentes, excluindo expressamente o Direito eurocomunitário a consideração, nesta sede, dos “critérios e condições relativos à política empresarial geral” dos concorrentes, como já acima se referiu (cf. nota 95 *supra*). E, de facto, a dúvida só se coloca porque o legislador, no mesmo artigo 74.º, n.º 6 do CCP, veio permitir que se adjudique, em caso de desempate, “a proposta que tiver sido apresentada por empresas sociais ou por pequenas e médias empresas, por ordem crescente da categoria das empresas” — o que, numa leitura mais imediata, e tendo em conta o carácter meramente exemplificativo (e não taxativo) dos critérios de desempate propostos pelo legislador, poderia abrir a porta à escolha da proposta apresentada pela empresa com melhores práticas ambientais, num argumento de identidade (ou por maioria) de razão, já que o favorecimento das Pequenas e Médias Empresas não é um objectivo constitucionalmente mais relevante do que a protecção do meio ambiente.

Temos, no entanto, as maiores reservas quanto a este critério de desempate supletivamente consagrado na segunda parte do artigo 74.º, n.º 6 do CCP e, também por esse motivo, não nos parece que possam ou devam ser aqui estabelecidos paralelismos ou feitas quaisquer extrapolações desse critério para matéria ambiental, tornando a adjudicação, em última análise, dependente das qualidades ecológicas do subscritor da proposta a final vencedora.

As entidades adjudicantes podem — porventura: devem (?) — privilegiar, em caso de empate, a proposta que seja mais vantajosa do ponto de vista ambiental, de entre várias propostas genericamente idênticas, no que respeita à satisfação do interesse público; todavia, a razão dessa escolha deve ainda radicar nos *atributos da própria proposta em si*, e não do respectivo proponente — sob pena de, aí sim, se assistir a um falseamento da concorrência. O qual, no caso, seria tanto mais injustificado quando, como se demonstrou, a entidade adjudicante tem múltiplas formas de *comprar mais verde*, não estando limitada (longe disso) aos critérios de adjudicação e aos modelos de avaliação das propostas, ainda que se reconheça ser esta a sede que com mais facilidade permite atender à vertente ecológica da contratação pública.

IV CONCLUSÃO: UMA CONTRATAÇÃO PÚBLICA MAIS “VERDE”

A contratação pública “verde” é uma forma de, também através da celebração e execução de contratos públicos, a Administração Pública prosseguir as suas atribuições em matéria ambiental¹¹² — sendo que, numa época em que os riscos ambientais se fazem sentir com maior premência do que em qualquer outro período da História, uma visão estratégica, a longo prazo e não estritamente economicista da contratação pública constitui uma ferramenta para combater a cultura do descarte, num reconhecimento de que, se “[o]s recursos da terra estão a ser depredados também por causa de formas imediatistas de entender a economia e a actividade comercial e produtiva”, então “[o] cuidado dos ecossistemas requer uma perspectiva que se estenda para além do imediato, porque, quando se busca apenas um ganho económico rápido e fácil, já ninguém se importa realmente com a sua preservação. Mas o custo dos danos provocados pela negligência egoísta é muitíssimo maior do que o benefício económico que se possa obter”¹¹³.

Deve sublinhar-se, de resto, que a introdução de critérios de contratação ecológica na contratação pública se insere numa lógica mais vasta de actuação da União Europeia no sentido da forma(ta)ção de mentalidades dos operadores e consumidores dos Estados-membros: a designada Política de produção e consumo sustentáveis (*Integrated Product Policy*), assim nomeada pela Comissão Europeia no *Livro Verde sobre a produção e consumo sustentáveis*, de 2001¹¹⁴. Esta “política”, que na verdade já vinha sendo desenvolvida embrionariamente desde os anos 1990, com as Directivas sobre reciclagem de pilhas e embalagens, envolve um *mix* normativo bastante heterogéneo mas cujo epicentro se circunscreve à formação do produtor e à educação do consumidor para o reconhecimento das vantagens de identificar os produtos com menor pegada ecológica, ou seja, através da análise do seu ciclo de vida na relação com o desgaste de componentes ambientais (custo de energia; custo de água; custo de emissões de gases de efeito de estufa; custo de reciclagem)¹¹⁵.

112 Cf., no caso Português, os artigos 9.º, alínea e) e 66.º da Constituição.

113 Cf. Papa Francisco, *Carta Encíclica “Laudato Si”*, Sobre o Cuidado da Casa Comum, pontos (32) e (36).

114 *Green Paper on Integrated Product Policy*, COM (2001) 68 final, de 7 de Fevereiro de 2001.

115 Sobre a Política de produção e consumo sustentáveis, veja-se Carla Amado Gomes, “Consumo sustentável: ter ou ser, eis a questão...”, in *Textos dispersos de Direito do Ambiente*, IV, Lisboa, 2014, pp. 277 e segs., especialmente 287 e segs..

Á semelhança de domínios específicos, como por exemplo a eficiência energética¹¹⁶, a União Europeia elege as entidades públicas como figuras exemplares e dá-lhes protagonismo na implementação de medidas que, pela sua visibilidade e expressividade sócio-económica, alavancam a mudança de mentalidades ao mesmo tempo que servem um desígnio comum à União e aos Estados-membros: a protecção do ambiente. Assim, e culminando uma longa e progressiva evolução, as Directivas europeias de 2014 vieram acentuar o foco numa contratação pública sustentável (também do ponto de vista ambiental), sem contudo deixar de procurar compatibilizar este desígnio com os imperativos de igualdade e de concorrência que continuam a presidir às compras públicas. Ora, mesmo se diversas das suas inovações foram mais simbólicas do que substanciais, o legislador Português estava aqui perante uma opção política que não poderia ignorar, como o não fez.

Assim, o Decreto-Lei n.º 111-B/2017, que procedeu à mais recente revisão do Código dos Contratos Públicos, incorporou neste diploma, sem prejuízo de algumas omissões, a generalidade das novas soluções europeias em matéria de *green public procurement* (tendo, porém, lamentavelmente, omitido qualquer referência ao que resulta do Acordo de Paris no âmbito da Convenção-quadro sobre alterações climáticas¹¹⁷ - o qual, apesar da sua enorme vaguidade, apela ao empenhamento dos Estados no sentido de descarbonização da economia na lógica da “maior ambição possível”¹¹⁸). Neste âmbito, destaca-se, em especial, a expressa previsão da possibilidade de inclusão de factores ambientais na avaliação das propostas e, sobretudo, a consideração do custo imputado a externalidades ambientais em sede do custo das obras, bens ou serviços a adquirir, preconizando-se a adopção de um olhar que atenda a todo o respectivo ciclo de vida.

116 Cf. os artigos 5.º e 6.º da Directiva 27/2012/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro, relativa à eficiência energética.

117 O Estado Português assinou o Acordo de Paris a 22 de Abril de 2016. O Acordo foi aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 197-A/2016, e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 79-M/2016, ambos publicados no *Diário da República*, 1. série, n. 189, de 30 de Setembro de 2016.

118 Cf. o artigo 4.º, n.º 3, do Acordo de Paris. Sendo certo que o Acordo não refere quaisquer medidas ou políticas concretas com vista à contenção da subida da temperatura média global até 2°C (preferencialmente 1.5°C) acima dos níveis pré-industriais, várias iniciativas vêm surgindo no sentido de densificar as fórmulas, porventura demasiado abertas, do compromisso assumido. São especialmente conhecidas as tomadas de posição de várias cidades norte-americanas quanto ao empenho no cumprimento dos objectivos do Acordo e existe mesmo uma associação de 14 cidades de vários continentes que se pretende assumir como porta-estandarte da contratação sustentável como método preferencial de consecução daqueles objectivos: The Global Lead City Network on Sustainable Procurement – cf. <http://www.glcn-on-sp.org/home/>

Apesar da louvável ambição subjacente a estas medidas, antecipa-se que a sua aplicação prática no dia-a-dia da contratação pública não deixará de enfrentar algumas resistências e de suscitar algumas dificuldades, resultantes da insuficiência da informação disponível e da complexidade das opções a tomar.

Espera-se, em qualquer caso, que tal não represente mais do que impasses temporários ou salutares “dores de crescimento” na direcção de uma contratação pública mais *verde* – um rumo que, embora espinhoso, a cada dia se torna cada vez mais necessário.

RECEBIDO EM: 07/05/2017

APROVADO EM: 31/05/2017

O CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA NOS JULGAMENTOS DOS PEDIDOS DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA: QUESTÕES TEÓRICAS E ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

***THE CONCEPT OF PUBLIC ORDER IN THE JUDGMENTS OF THE
REQUESTS FOR SUSPENSION OF JUDICIAL DECISION ON WRIT
OF MANDAMUS: THEORETICAL ISSUES AND ANALYSIS OF THE
JURISPRUDENCE OF THE SUPERIOR COURTS***

Caetano Dias Corrêa

*Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor
no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina
Professor dos Cursos de Graduação em Direito e de Especialização em Direito do
Centro Universitário Católica de Santa Catarina. Advogado*

Gustavo Stollmeier Matiola

*Pós-graduando em Direito Processual Civil pelo Complexo de Ensino Superior
de Santa Catarina - CESUSC. Graduado em Direito pela Universidade Federal de
Santa Catarina. Advogado*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Manifestações da ordem pública no ordenamento brasileiro; 1.1 Ordem pública como manutenção da segurança e harmonia social; 1.2 Ordem pública como limitação das relações privadas; 1.3 Proteção da ordem pública pelo Estado; 1.4 A supremacia do interesse público;

2 Delimitação da ordem pública protegida pela Lei 12.016/09; 2.1 A jurisprudência e a “ordem pública” identificada como ordem administrativa; 2.1.1 Preservação da regularidade dos atos da administração pública; 2.1.2 Ofensa à atuação dos poderes constituídos; 2.1.3 Embaraço à regular prestação dos serviços públicos; 2.1.4 Violação à ordem jurídica; 3 Possibilidades de estabelecimento de critérios para a concessão da medida excepcional; 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente trabalho trata das possibilidades de invocação do conceito de ordem pública como requisito para o deferimento da Suspensão de Segurança, disciplinada pela Lei 12.016/09. Pelo fato de o artigo 15 da lei do mandado de segurança trazer consigo o trato de conceitos jurídicos indeterminados (saúde, segurança, economia e ordem públicas), problematiza-se as várias manifestações do termo ordem pública na análise do julgador. Dentro desse cenário abordam-se as várias referências legislativas do conceito de ordem pública no ordenamento jurídico, com a diferenciação nos ramos do direito privado e público, chegando-se à construção jurisprudencial da ordem protegida pela Suspensão. Em primeiro lugar, verifica-se o conteúdo do caso paradigma como norteador do conceito de ordem pública administrativa, tratado pelo Tribunal Federal de Recursos em 1979. Após, serão investigadas várias decisões dos tribunais superiores brasileiros em busca da identificação das faces mais comuns da ordem pública que são protegidas, em especial com a baliza inicial de aproximação entre ordem pública e ordem administrativa. Trata-se, ademais, de outras determinações atribuídas ao termo “ordem” por julgados do STF e STJ. Ao final, após a análise de alguns precedentes tidos como destaque, o trabalho demonstra a necessidade de estabelecimento de critérios fático-jurídicos para a concessão da referida ordem suspensiva quando se tratar de possibilidade de lesão à ordem pública.

PALAVRAS-CHAVE: Interesse Público. Ordem Pública. Ordem Administrativa. Suspensão de Segurança.

ABSTRACT: The present work deals with the possibilities of manifestation of the concept of public order as a requirement for the suspension of judicial decision on writ of mandamus, disciplined by Law 12.016/09. Due to the fact that article 15 of that law carries with it the treatment of indeterminate legal concepts, it is problematized how several meanings of the concept of public order influence the judge’s analysis. Within the scenario, several legislative references to the concept of public order on legal order are discussed, with a differentiation in the principles of private and public law, reaching the jurisprudential construction of the order protected by suspension. Firstly,

the content of the paradigm case is presented as guiding the concept of administrative order by the Federal Court of Appeals in 1979. After will be investigated several decisions of the Brazilian higher courts in search of the identification of the most common facets of public order are protected, in particular with a first approximation between public order and administrative order. The paper deals, in addition, with other determinations attributed to the term “order” by some cases judged by Brazil’s Supreme Court and Superior Court of Justice. In the end, after an analysis of these cases, the paper shows the necessity of the establishment of phatic-legal criteria for granting a suspensive order when it comes to the possibility of damage to public order.

KEYWORDS: Public Interest. Public Order. Administrative Order. Suspension of Judicial Decision on Writ of Mandamus.

INTRODUÇÃO

A Lei n. 12.016/09, ao tratar do pedido de suspensão de segurança, anota que um dos interesses públicos protegidos pela norma é a ordem pública. Considerando o fato de que este conceito apresenta algo grau de indeterminação jurídica, o presente artigo apresenta como problema de pesquisa justamente saber se existem critérios fático-jurídicos consistentes para identificar o conteúdo do termo ordem pública protegido através da sistemática do pedido de suspensão.

Nesse sentido, será feita uma leitura da bibliografia especializada em busca dos possíveis conceitos do termo ordem pública e, após, serão analisados vários julgamentos das cortes superiores brasileiras nos casos de suspensão de segurança, na busca da identificação dos possíveis contornos do conceito em questão.

Para tanto, utiliza-se o método dedutivo, com análise bibliográfica e principalmente a leitura da jurisprudência das cortes superiores brasileiras.

A primeira parte do artigo tenta compreender as acepções e alcances do termo “ordem pública”, delimitando-se as feições variadas que a expressão “ordem” assume dentro das esferas do direito privado e público. Desnuda-se que o pedido de suspensão tem como fundamento a preservação da supremacia do interesse público sobre o particular, através da suspensão de decisão válida e eficaz.

Já a segunda parte do trabalho debruça-se sobre a investigação da jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros a respeito das

temáticas de proteção da ordem pública, tais como a manutenção da competência discricionária dos atos administrativos, manutenção dos serviços públicos, separação dos poderes, limites remuneratórios e outras possibilidades visualizadas nos julgamentos analisados. Dentro dessa multiplicidade de concepções, problematiza-se a aproximação feita pelos tribunais superiores entre ordem pública e ordem jurídica e o consequente alargamento conceitual do instituto.

No terço final do artigo trata-se de lembrar e definir os casos onde é possível identificar com mais clareza as faces da ordem protegidas pelo pedido de suspensão, demonstrando, de outro lado, que há ainda muitas temáticas que merecem uma análise menos casuística e subjetiva pelos tribunais. Derradeiramente, relembra-se a importância da fixação destes critérios, a fim de evitar subjetivismos e casuísmos no trato de medida cautelar tão excepcional como a suspensão de segurança.

1 MANIFESTAÇÕES DA ORDEM PÚBLICA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O pedido de suspensão está previsto na Lei n. 12.016/09, que, em seu artigo 15, expressa que:

Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

Sem adentrar na discussão sobre os aspectos processuais do pedido de suspensão, merecem destaque os interesses públicos protegidos pela legislação em comento. Sem embargo, o termo ordem pública é o que apresenta maiores dificuldades conceituais, visto sua alta indeterminação e o fato de que a ordem pública é considerada matéria disciplinada (e merecedora de proteção) em diversos ramos do direito, tais como Direito Civil, Processual Civil, Constitucional e Penal, por exemplo.

A questão mais complexa na delimitação no conteúdo (ou nos possíveis conteúdos) do termo é que a ordem pública é analisada sob os mais diversos enfoques e perspectivas, a se julgar pelo direito público ou privado.

Há menção expressa de proteção à ordem pública em algumas legislações de destaque no Brasil, sem, porém, haver qualquer baliza legal conceitual quanto ao seu conteúdo. A diversidade de diplomas que citam a ordem pública como instituto a ser protegido demonstra também a própria diversidade de seu conteúdo.

Essa reflexão sobre as diversas faces do seu conteúdo é o ponto de partida para o estudo de algumas das manifestações da ordem pública de que trata a legislação brasileira. Foram analisados cinco vértices legais de conteúdo e proteção da expressão ordem pública, sendo último deles uma pequena digressão sobre o uso do termo na Suspensão de Segurança.

1.1 ORDEM PÚBLICA COMO MANUTENÇÃO DA SEGURANÇA E HARMONIA SOCIAL

Ainda que o conceito de ordem pública seja fluído e, como dito por Elton Venturi, principalmente “sujeito ao natural dinamismo das concepções políticas, ideológicas, temporais e espaciais de cada ordenamento”¹, é preciso fazer um pequeno recorte legislativo para demonstrar o dinamismo das facetas que este termo assume no ordenamento jurídico brasileiro.

O Código de Processo Penal faz cinco menções expressas ao termo “ordem pública”².

Nesse vértice, a relação de ordem pública com segurança pública é tão íntima que, partindo de uma análise estritamente exegética do termo, há um conceito legislativo que define o que seria ordem pública, contido no Decreto 88.777 de 1983, regulamentador das atividades das polícias militares e bombeiros. Desnuda-se a definição citada:

Art 2º - Para efeito do Decreto-lei nº 667, de 02 de julho de 1969 modificado pelo Decreto-lei nº 1.406, de 24 de junho de 1975, e pelo Decreto-lei nº 2.010, de 12 de janeiro de 1983, e deste Regulamento, são estabelecidos os seguintes conceitos:

21) Ordem Pública - Conjunto de regras formais, que emanam do ordenamento jurídico da Nação, tendo por escopo regular as relações sociais de todos os níveis, do interesse público, estabelecendo um clima

1 VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e das sentenças contra o poder público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 138.

2 A ordem pública é referenciada no arts. 7º, 185,§2º,IV; 312, caput; 427, caput e 781 do Código de Processo Penal.

de convivência harmoniosa e pacífica, fiscalizado pelo poder de polícia, e constituindo uma situação ou condição que conduza ao bem comum.

Tal conceito trata que a ordem pública é um conjunto de regras formais que regula relações sociais, interesse público com a finalidade de convivência harmoniosa e pacífica. Nota-se a presença de vários elementos abertos, com a proteção de vários valores (bem comum, interesse público), extrapolando até mesmo a esfera da segurança.

Sobre a relação violência e manutenção da ordem pública, explicitada no Decreto 88.777, Alvaro Lazzarini e Hely Lopes Meirelles anotam que:

Ordem pública é a situação de tranqüilidade e normalidade que o Estado assegura – ou deve assegurar – às instituições e a todos os membros da sociedade, consoante às normas jurídicas legalmente estabelecidas. [...] O conceito de ordem pública não se restringe apenas à estabilidade das instituições, pois abrange e protege também os direitos individuais e a conduta lícita de todo cidadão, para a coexistência pacífica de toda a comunidade. Tanto ofende a ordem pública a violência contra a coletividade ou contra as instituições em geral, como os atentados aos padrões éticos e legais de respeito à pessoa humana. [...] É a situação fática de respeito ao interesse da coletividade e aos direitos individuais que o Estado assegura, pela Constituição da República e pelas leis, a todos os membros da comunidade.³

A mera transcrição de conceitos legislativos, porém, não consegue determinar o conteúdo do instituto em questão, visto que por mais tentador que pareça associar a ordem pública às questões de segurança pública, não parece ser esse o escopo de proteção da Suspensão de Segurança.

Desde a primeira edição de legislação que previa o pedido de sustação, a segurança pública era tratada em separado da ordem pública⁴. Atualmente não é diferente, portanto a ordem afetada pela decisão suspensa certamente

3 LAZZARINI, Alvaro; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo da ordem pública*. Forense: São Paulo, 1999. p. 93

4 Transcreve-se aqui o artigo 13 da Lei 191/1936, que instituiu o pedido de suspensão: Art. 13. Nos casos dos art. 8º, §9º, e art. 10, poderá o presidente da Corte Suprema, quando se tratar de decisão da Justiça Federal, ou da Corte de Apelação, quando se tratar de decisão da justiça local, a requerimento do representante da pessoa jurídica de direito público interno interessada, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, ou à segurança pública, manter a execução do ato impugnado até o julgamento do feito, em primeira ou segunda instância.

não é aquela relacionada à sensação de harmonia e paz a que faz menção o conceito do item 21 do art. 2º do Decreto 88.777.

Num prisma semelhante ao de segurança, entretanto, considera-se que a sociedade ordenada seria aquela onde, de acordo com a ideologia e costume de cada tempo, as instituições funcionam regularmente e determinados direitos são resguardados.

Entretanto, considerando a matriz ideológica desse conceito, extrapolando a própria proteção da segurança, e que “a temática da Ordem pública é importante sob o perfil das possíveis repercussões consequentes sobre a esfera jurídica dos vários sujeitos de um ordenamento”⁵ é preciso investigar mais a fundo as suas manifestações como restrição e regulamentação das atividades privadas.

1.2 ORDEM PÚBLICA COMO LIMITAÇÃO DAS RELAÇÕES PRIVADAS

A ordem pública, conforme o conceito anterior, seria o reflexo do conjunto daqueles valores, alguns dos quais traduzidos expressamente na legislação, que, em determinado momento histórico, o legislador, e mesmo o judiciário traduz como essenciais ao respeito da vida em coletividade.

Assim, ainda explorando o conceito trazido por Bobbio e Manteucci, onde se lê que “com a variação da inspiração ideológica e dos princípios orientadores (democráticos ou autocráticos, por exemplo), cada ordenamento dará uma disciplina própria (ampla ou restrita) das hipóteses de intervenção normativa e de administração direta tendentes a salvaguardar a ordem pública”⁶ é preciso compreender a restrição normativa às relações privadas fundamentada nesta proteção da ordem.

No Direito Civil, toda relação jurídica entre particulares tem como limite de legalidade o respeito à ordem pública.

O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, encerra em seu art. 1º que “o presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos do artigo 5º, inciso XXXII, artigo 170, inciso V, da Constituição Federal e artigo 48 de suas Disposições Transitórias.”

5 BOBBIO, Norberto.; MANTTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfresco. *Dicionário de política*. Tradução de João Ferreira. v. 2, 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. p. 851.

6 *Ibidem*, p. 851

Já o Código Civil não faz menção expressa à ordem pública, mas há inúmeras proibições e regulamentações baseadas na preservação da ordem, visto que em certas matérias não se admite liberalidade dos particulares na busca da preservação de certos valores e da ordem estabelecida. Exemplificando a presença das “normas de ordem pública”, Caio Mário destaca que:

[...] condizem com a ordem pública as normas que instituem a organização da família (casamento, filiação adoção, alimentos); as que estabelecem a ordem de vocação hereditária e a sucessão testamentária; as que pautam a organização política e administrativa do Estado, bem como as bases mínimas da organização econômica; os preceitos fundamentais do Direito do Trabalho; enfim, as regras que o legislador erige em cânones basilares da estrutura social, política e econômica da Nação. Não admitindo derrogação, compõem leis que proíbem ou ordenam cerceando nos seus limites a liberdade de todos⁷

Assim, a ordem pública relaciona-se estritamente com aquelas normas que o legislador estabelece como sendo fundamentais para o bom funcionamento da coletividade. Exige-se um sacrifício da liberdade particular em nome da coletividade.

O mesmo raciocínio aplica-se aos limites das relações trabalhistas - em especial o contrato de trabalho - e também nas relações de consumo, como já ressaltado pelo art. 1º do Código de Defesa do Consumidor.

Em matéria processual a situação é semelhante. Existem determinadas matérias, erigidas pelo legislador no Código de Processo Civil que não se sujeitam à preclusão e podem ser conhecidas a qualquer tempo pelos tribunais, tamanha relevância que sua violação acarreta.

1.3 PROTEÇÃO DA ORDEM PÚBLICA PELO ESTADO

Como justificativa do poder de polícia, a ordem pública é merecedora de grande destaque na atuação regulatória da administração pública. A preservação do bem estar coletivo e da ordem é o fundamento do poder de polícia administrativa, expresso de forma literal no artigo 78 do Código Tributário Nacional⁸.

7 PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. v. 3, 18. ed. São Paulo: Forense, 2014. p. 43.

8 Art. 78. Considera-se poder de polícia 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 concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado,

Esta atuação estatal em busca da preservação da ordem pública foi modificando-se, mostrando uma tendência, já sentida também no Direito Civil (com o aumento das matérias sujeitas à controle estatal nos contratos) de alargamento das matérias que envolvem a preservação da ordem.

Portanto, em certos períodos temporais, a influência do Estado na vida privada, através da proteção da ordem pública será maior, em outras, de paradigma liberal, menor. No período do liberalismo do século XIX, por exemplo, as liberdades individuais somente poderiam ser restringidas naquelas questões de ordem pública vinculadas especialmente a segurança pública, exercendo o Estado unicamente uma “polícia de segurança”⁹. Com o advento do Estado social, entretanto, o âmbito de regulação e normatização estatal sobre a vida privada aumenta.¹⁰

Descrevendo a ordem pública como o funcionamento regular das instituições do Estado e com o espectro de variação ideológica, novamente Bobbio e Manteucci, problematizam que:

[...] Nessa hipótese, ordem pública constitui objeto de regulamentação pública para fins de tutela preventiva, contextual e sucessiva ou repressiva, enquanto que a jurisprudência tende a ampliar o conceito material de ordem pública até fazer incluir nele a execução normal das funções públicas ou o normal funcionamento das instituições como a propriedade, de importância publicitária (ordem legal constituída). É evidente que uma vez que é objeto de disciplina normativa, a ordem pública material se traduz através de um sistema de normas que

ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

9 DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

10 Comentando sobre o aumento do poder de polícia e ordem pública, Di Pietro aponta dois caminhos: “1. de um lado, [o poder de polícia] passou a atuar em setores não relacionados com a segurança, atingindo as relações entre particulares, anteriormente fora do alcance do Estado; o próprio conceito de ordem pública, antes concernente apenas à segurança, passou a abranger a ordem econômica e social, com medidas relativas às relações de emprego, ao mercado dos produtos de primeira necessidade, ao exercício das profissões, às comunicações, aos espetáculos públicos, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e artístico nacional, à saúde e tantas outras; 2. de outro lado, passou a possibilitar a imposição de obrigações de fazer, como o cultivo da terra, o aproveitamento do solo, a venda de produtos; a polícia tradicional limitava-se a impor obrigações de não fazer. Para alguns autores, essas medidas escapam ao poder de polícia e se apresentam como novo instrumento de que o Estado para intervir na propriedade, com vista em assegurar o bem comum, com base no princípio da função social da sociedade”. (Ibid, p. 157).

têm como objeto e que variam de ordenamento para ordenamento. Por conseguinte, com a variação de inspiração ideológica e dos princípios orientadores (democráticos ou autocráticos, por exemplo), cada ordenamento dará uma disciplina própria (ampla ou restrita) das hipóteses de intervenção normativa e de administração direta tendentes a salvaguardar a ordem pública.¹¹

Resta compreender, de outro lado, de que forma a supremacia do interesse público se relaciona e serve como fundamento da proteção a ordem estabelecida.

1.4 A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Nesta perspectiva em que se enquadra a proteção da ordem pública como fundamento do poder de polícia e respeito aos valores da coletividade é que a sua devida proteção nada mais seria que um reflexo princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Para Maria Sylvia di Pietro a supremacia do interesse público sobre o particular é a justa causa de várias atuações estatais e normas regulamentares:

Em nome do primado do interesse público, inúmeras transformações ocorreram: houve uma ampliação das atividades assumidas pelo Estado para atender às necessidades coletivas, com a conseqüente ampliação do próprio conceito de serviço público. O mesmo ocorreu com o poder de polícia do Estado, que deixou de impor obrigações apenas negativas (não fazer) visando resguardar a ordem pública, e passou a impor obrigações positivas, além de ampliar o seu campo de atuação, que passou a abranger, além da ordem pública, também a ordem econômica e social.¹²

A maior interferência do Estado na propriedade, na preservação do meio ambiente e do patrimônio também é considerada como reflexo do alargamento da incidência do interesse público sobre o uso do bem privado¹³.

Este princípio, muito discutido pela doutrina administrativista é fundamento também do próprio pedido de suspensão, pois na lesão dos interesses públicos tutelados pela Lei é que haverá o sacrifício do

11 BOBBIO; MANTTEUCCI; PASQUINO, op cit., p. 851.

12 DI PIETRO, op cit., p. 99.

13 DI PIETRO, op cit., p. 100.

interesse particular ou mesmo do interesse coletivo secundário em prol do interesse público primário¹⁴.

Ponto primeiro neste debate é delimitar que o interesse público, quando se trata de atuação estatal, não é (i) o interesse de toda a coletividade tomada como uma abstração da conjunção de vontades individuais, muito menos (ii) o interesse do próprio Estado, que seria, como legítimo representante da população, o porta voz do interesse público.

Celso Antônio Bandeira de Mello estabelece um ponto fundamental sobre o conteúdo do princípio, pois o interesse público é a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de “cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrindo também o depósito intertemporal destes mesmos interesses, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais”¹⁵.

O próprio princípio da legalidade, dessa forma, existe justamente para proteger o interesse público em face das arbitrariedades e violações do Estado frente à coletividade, e não o contrário, ou seja, que o interesse público existe para proteger a legalidade.

Dentro dessa reflexão sobre o conteúdo do princípio, o doutrinador carioca aduz que há uma forma primária e outra secundária de interesse público.

O interesse primário é aquele tratado anteriormente, como dimensão do interesse do indivíduo como participante da sociedade, ou seja, pelo senso de coletividade e bem do todo considerado. Por outro lado, o interesse público secundário é aquele interesse do Estado como sujeito de direito e pessoa jurídica, de forma a se considerar, portanto, que existem interesses particularizados e individualizados¹⁶ do Estado quando do cumprimento de suas funções administrativas.

A existência da suspensão de segurança, como já colocado, é também um reflexo da supremacia do interesse público sobre o particular, pois a decisão proferida num juízo de legalidade e tutela de interesses legítimos pode ser suspensa para dar lugar à proteção

14 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de Segurança*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

15 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 60.

16 MELLO, op. cit., p. 61-62.

do interesse público primário através daqueles conceitos trazidos pelo artigo 15 da Lei n. 12.016/09.

2 DELIMITAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA PROTEGIDA PELA LEI 12.016/09

No caso da ordem pública regida pela Lei 12.016/09, entretanto, é preciso estabelecer algumas distinções, pois este conceito de ordem não é aquele mesmo disposto de forma genérica como regulamento dos limites das relações privadas e de respeito à harmonia e segurança da coletividade.

Considerando o relacionamento normativo das “matérias de ordem pública” e a “proteção da ordem pública” do direito privado, chega-se à conclusão que esta ordem se relaciona mais com os valores protegidos coletivamente, como segurança ou saúde, do que com uma ordem de funcionamento das instituições do Estado.

Além disso, a ordem pública poderia confundir-se com a proteção de uma miríade praticamente infinita de valores caso considere-se como de “ordem pública” todas aquelas liberalidades privadas restringidas pelo direito civil.

Percebe-se, assim, que o conceito de ordem pública referido na Suspensão de Segurança não é aquele mesmo disposto de forma genérica como regulamento dos limites das relações privadas e de respeito à coletividade, expostos nos itens 1.1 e 1.1 deste ensaio.

Visto a separação em vários interesses específicos (ordem, segurança, saúde e economia) o conceito de ordem no incidente cautelar do pedido de suspensão representa um tópico específico e cuja conceituação foi construída, em sua grande maioria, pela jurisprudência brasileira.

O leading case dos tribunais brasileiros, na lição de Hely Lopes Meirelles¹⁷ e Elton Venturi¹⁸, que estabeleceu os preceitos de ordem pública é a Suspensão de Segurança n. 4405, de 1979, e se deu em julgamento do Tribunal Federal de Recursos (extinto com a constituição de 1988 e cujas funções atualmente competem ao STJ) e assim dita:

17 MEIRELLES, Hely Lopes; MENDES, Gilmar Ferreira; WALD, Arnold. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

18 VENTURI, op. cit., op. cit.

Quando na Lei nº 4.348/64, art. 4º, se faz menção a ameaça de lesão à ordem, tenho entendido que não se compreende, aí, apenas, a ordem pública, enquanto esta se dimensiona em termos de segurança interna, porque explicitamente de lesão à segurança, por igual, cogita o art. 4º da lei nº 4.348/64. Se a liminar pode constituir ameaça de grave lesão à ordem estabelecida para a ação da Administração Pública, por força da lei, nas suas múltiplas manifestações, cabe ser suspensa sua eficácia pelo Presidente do Tribunal. Não pode, em verdade, o juiz decidir contra a lei. Se esta prevê determinada forma para a prática do ato administrativo, não há o juiz, contra a disposição normativa, de coarctar a ação do Poder Executivo, sem causa legítima. Fazendo-o, atenta contra a ordem estabelecida, em lei, para os atos da Administração.

[...]

No juízo de ordem pública está compreendida, também, a ordem administrativa em geral, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções. da administração, pelas autoridades constituídos.¹⁹

A ordem pública protegida pela Suspensão de Segurança será então a ordem administrativa, ou seja, a proteção da legitimidade dos atos administrativos num geral e a manutenção regular funcionamento dos órgãos do Estado.

Em 1995, o Ministro Sepúlveda Pertence, em longo voto sobre a Suspensão de Segurança n. 846, no âmbito do STF, declarou ainda a correlação da manutenção de legalidade dos atos da administração e proteção da ordem, estabelecendo a diferenciação de ordem pública material e ordem administrativa:

É preciso convir, que - ao contrário da saúde, da segurança, da economia e da ordem pública material, que comportem significação juridicamente neutra -, o conceito de ordem pública está inexoravelmente vinculado à verificação, ao menos, da aparente legalidade da postura da administração que a decisão a suspender põe em risco.

19 BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. *SS n. 4.405*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Néri da Silveira. Publicado em 07/12/1979.

[...] Ordem Administrativa é, assim, não a que pretenda impor a vontade da autoridade pública, mas, unicamente, a ordem estabelecida, em lei, para os atos da Administração²⁰

O termo ordem pública, na Suspensão de Segurança, desta forma, tem uma dupla face protetiva: a primeira da “ordem administrativa”, qual seja, a proteção da legitimidade e legalidade dos atos da Administração Pública, e a segunda face da manutenção do funcionamento dos serviços estatais, que é a “ordem pública material”.

Caso não se delimite claramente em qual âmbito incide a proteção da ordem, o incidente suspensivo poderá ser utilizado para a suposta defesa de interesses públicos secundários (meramente estatais), bem como estabelecer-se-á uma confusão entre os diversos interesses públicos protegidos pelo ordenamento jurídico, transformando a suspensão em recurso da fazenda pública.

Portanto, resta conhecer quais são os contornos e características dados pela jurisprudência das cortes superiores sobre os abalos a ordem pública (material e administrativa, nas palavras de Sepúlveda Pertence) aptos a utilização da Suspensão de Segurança.

2.1 A JURISPRUDÊNCIA E A “ORDEM PÚBLICA” IDENTIFICADA COMO ORDEM ADMINISTRATIVA

Ao analisar as jurisprudências dos tribunais superiores no presente trabalho, foram investigados somente os casos de Suspensão de Segurança da Lei n. 12.106/09 e da Lei n. 4.834/64, tratando-se assim de casos de Mandados de Segurança que tiveram suas decisões sustadas.

Ainda que atualmente a Suspensão esteja regulamentada pela legislação de 2009 (Lei 12.016/09) sobre o Mandado de Segurança, não só seus critérios são idênticos à legislação da suspensão de 1964, como, principalmente, a grande maioria dos precedentes das cortes superiores brasileiras sobre o tema foram infirmados sobre a égide da lei pretérita, visto que o alargamento do instituto se deu a partir de 1992, com a suspensão de liminar, tutela antecipada e até mesmo de sentença, por exemplo.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgRg na SS n. 846/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Publicado em 13/10/1995.

Mesmo que os conceitos e interesses públicos protegidos pelas novas legislações sejam idênticos²¹, em face dos novos âmbitos de incidência do uso de instituto de suspensão, agora para praticamente todas as decisões contra a fazenda pública, utilizou-se o recorte jurisprudencial apenas dos casos de Mandado de Segurança.

2.1.1 PRESERVAÇÃO DA REGULARIDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Estabelecido o ponto anterior, investiga-se algumas dessas manifestações de que faz referência o julgamento da SS n. 4.405-SP, onde também ficou estabelecido que a violação à ordem pública estaria configurada quando o julgador interferisse indevidamente no ato administrativo.

Não à toa cita-se no acórdão “que se a lei prevê determinada forma para o ato administrativo” e o juiz embaraçar a ação do Poder Executivo, este “atenta contra a ordem estabelecida, em lei, para os atos da Administração”²².

Uma das feições da garantia de ordem pública administrativa é a possibilidade de a administração agir com conveniência e oportunidade quando a lei permitir, sendo recomendado o afastamento das interferências do judiciário no poder discricionário da autoridade, enquanto, de outro lado, deve ser garantida a legalidade dos atos vinculados.

Com base nesta tese, o STJ, no julgamento da SS n. 1.521-TO²³ já decidiu que se configura grave lesão à ordem administrativa quando a «decisão judicial atacada interfere no critério de conveniência e oportunidade do ato administrativo impugnado». Nesta demanda, a decisão suspensa determinava ao poder público que este não pudesse alterar unilateralmente linhas de ônibus intermunicipais.

21 Nesse sentido, o artigo 4º da Lei n. 8.437/92 protege os mesmos interesses públicos e traça procedimento idêntico ao da Lei 12.016/09 para todas as liminares contra o poder público:

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

§1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

22 BRASIL. Tribunal Federal de Recursos, 1979, op. cit.

23 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *AgRg na SS 1.521/TO*. Relator: Min. Edson Vidigal. Julgado em 20/03/06. Publicado em 10/04/2006.

Segundo a decisão monocrática do caso, mantida após a interposição de agravo, era de ser suspensa a liminar considerando a “agressão à atuação do Executivo, ao decidir sobre a necessidade de modificação dos itinerários do transporte coletivo, investindo contra os critérios de conveniência e oportunidade ponderados pela administração”²⁴

Em outra demanda, no Rio de Janeiro, estabeleceu-se controvérsia sobre a cobrança das tarifas de uso dos sistemas de transmissão e de distribuição de energia pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) em face da Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) e a Valesul Alumínio S/A. No julgamento da Suspensão de Segurança n. 1.424-RJ²⁵, que afastou a liminar que impedia a ANEEL de cobrar as referidas tarifas, ficou exposto pelo STJ que “a questão atinente aos critérios utilizados na composição do preço cobrado pelo serviço de transporte é matéria atinente ao mérito do ato administrativo da ANEEL, não sendo possível ao judiciário nela intervir, a não ser para aferir a legalidade.”

Este provimento judicial demonstra a face proteção a ordem pública administrativa, visto que, mais do que preservar a prestação do serviço público, suspendeu-se a execução da medida liminar em razão de sua interferência no mérito do ato administrativo da ANEEL e embaraço ao seu poder regulatório.

Adentrando em questões de vinculação técnica, a mesma corte superior proferiu entendimento de que a atuação do judiciário substituindo os critérios de valoração de banca examinadora de concurso configurava-se como indevida interferência do Judiciário na atividade administrativa, como narra o Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 2.780-BA²⁶, onde ficou exposto que “[...] não pode o Poder Judiciário se substituir à banca examinadora do concurso, alterando critério de avaliação, atribuindo pontos aos candidatos e, por consequência, reclassificando-os após o encerramento do certame, com consequências diretas”.

Aquelas decisões judiciais que interferem nos atos administrativos de poder de polícia afetam de igual maneira a regularidade dos atos da

24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, op. cit.

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. AgRg na SS 1.424/RJ. Relator Ministro Edson Vidigal. Julgado em 01/02/2005. Publicado em 06/06/2005.

26 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. AgRg na SS 2.780 - BA. Relator Min. Francisco Falcão. Julgamento em 03/02/2016. Publicado em 17/03/2016.

administração, causando, via de consequência, lesão à ordem pública administrativa.

No ano de 2006, quando ainda se discutia judicialmente o funcionamento das casas de bingo, o STJ, a pedido do Ministério Público Federal, sustou decisão liminar do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que ordenava a devolução das cartelas de jogo e demais equipamentos apreendidos à empresa “Golden Bingos”, que explorava o jogo. De acordo com a fundamentação do acórdão no Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 1.662-RS²⁷:

Ao determinar a devolução de bens e valores relativos à exploração do jogo de bingo, seja eletrônico, seja “de cartela”, a decisão impugnada acaba por violar a ordem pública administrativa, pois impede que a Administração Pública exerça o seu regular poder de polícia, fiscalizando o estabelecimento e os equipamentos que veiculam jogo de azar, atividade proibida no território nacional, a teor do art. 50 da Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei n. 3.688/1941).

A seara de atuação do Estado em seus contratos administrativos também é digna de tutela jurisdicional suspensiva até o deslinde final da causa pela proteção da ordem pública. Em imbróglios que envolvem anulação ou modificações de licitações, ficou estabelecido que devem ser preservadas as contratações já regularizadas, ainda que haja disputa judicial sobre o certame, a exemplo da Suspensão de Segurança n. 2.751-AP do Superior Tribunal de Justiça.²⁸

Percebe-se que a pretensão individual das empresas que estão em litígio com o Estado e a possibilidade de se estabelecer vínculos contratuais precários até o final do processo judicial deve ser sacrificada, pela via da suspensão de segurança, para que seja mantida a garantia da prestação dos serviços públicos em favor da coletividade.

Essa contraposição entre a preservação da ordem, manutenção dos contratos administrativos e respeito à coletividade fica clara de igual modo em acórdão do STJ, na Suspensão de Segurança n. 2.764-GO²⁹, que sustou a

27 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. AgRg na SS 1.662 - RS. Relator: Min. Barros Monteiro. Julgamento em 04/10/06. Data de Publicação: 11/12/2006.

28 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial AgRg na SS 2.751- AP. Relator: Min. Francisco Falcão, julgado em 04/03/2015. Publicado em 23/03/2015.

29 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. AgRg na SS 2.764/GO, Relator Min. Francisco Falcão, julgado em 03/06/2015. Publicado em 15/06/2015

eficácia de decisão do Tribunal de Justiça de Goiás que suspendia licitações da Companhia Elétrica de Goiás para contratação de empresas para auxiliar na cadeia de fornecimento e distribuição de energia elétrica no estado goiano.

2.1.2 OFENSA À ATUAÇÃO DOS PODERES CONSTITUÍDOS

A interferência judicial nas atividades do Poder Legislativo, do Ministério Público e até mesmo de agentes políticos pode ser questionada pela via do pedido de suspensão. Tenta-se preservar, de modo geral, a separação dos poderes e independência das instituições.

Nesses termos, destaca-se a Suspensão de Segurança n. 1.592-MT³⁰ deferida pelo STJ contra decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, que ordenou o trancamento de inúmeros inquéritos civis abertos contra a mesma pessoa pelo Ministério Público. Na sua fundamentação o relator da questão anotou que impedir o órgão ministerial de realizar suas funções de proteção da coletividade e interesse público configura em grave lesão à ordem pública.

O poder legislativo municipal, legitimado ativo para o pedido de suspensão, através de construção jurisprudencial consolidada, resguarda a autonomia de suas decisões através de decisões suspensivas dos tribunais superiores.

A atuação jurisdicional que impede ou modifica formas dos regimentos internos, sistemática de votação ou outras decisões próprias do legislativo é, portanto, repudiada pelos Tribunais Superiores quando da concessão da Suspensão.

Em relação ao controle judicial dos atos interna corporis do legislativo, já houve manifestação do STJ no sentido de que a violação à separação dos poderes identifica-se com a lesão à ordem pública. Ao julgar demanda envolvendo a retirada, por ordem judicial, de matérias da ordem do dia na Câmara, o Ministro César Asfor Rocha, em voto do Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 1.943-SC³¹, entendeu que:

Seguindo essa linha de raciocínio, havendo intervenção inoportuna do Poder Judiciário na atividade específica do Poder Legislativo, elaboração e votação de leis, fica configurado o risco de grave lesão

30 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *AgRg na SS. 1.592/MT*. Relator: Min. Barros Monteiro. Julgado em 07/02/2007. Publicado em 05.03.2007

31 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *AgRg na SS 1.943/SC*, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 30/06/2009. Publicado em 24/08/2009

à ordem, aqui relacionada à separação da atividade institucional de cada Poder da República.

Em outra manifestação deste mesmo tribunal em 2012, na Suspensão de Segurança n. 2.559-PB³², sustentou-se que a decisão judicial que determina quórum mínimo para que seja cassado parecer de comissão temática lesa a ordem na medida em que “[...] a interferência do Judiciário [em atos interna corporis] é claramente lesiva ao interesse público, porque submete a maioria da Assembleia Legislativa às deliberações de uma minoria”.

A segurança concedida que ordena a volta de prefeito cassado pela câmara, enquanto perdura o processo inquisitório do legislativo, da mesma forma pode ser suspensa na busca pelo estabelecimento da ordem e harmonia entre os poderes, a vista do Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 2.705-MS.³³

A construção jurisprudencial então, parece indiciar que as decisões (em Mandado de Segurança) que afetam de alguma forma a separação dos poderes e trazem embaraço a atuação dos órgãos legislativos causam grave lesão à ordem pública aptas ao manejo do pedido de suspensão.

2.1.3 EMBARAÇO À REGULAR PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Adotando-se como tese a distinção entre ordem pública administrativa e ordem pública material, nota-se que a jurisprudência do STF e do STJ protege a coletividade das decisões não transitadas em julgado que poderão causar colapso no funcionamento do Estado e dos serviços públicos.

Existem entendimentos sustentando que mandados de segurança em que a ordem judicial é deferida para a suspensão de exigibilidade de tributos e taxas causa risco de grave lesão ao funcionamento das funções administrativas.

No Estado do Rio de Janeiro, a Associação Brasileira De Assessoria e Planejamento Tributário, Fiscal e Proteção Aos Direitos Do Consumidor e Do Contribuinte – ABAPLAT - obteve decisão liminar no TJRJ que obrigava o governo fluminense a se abster de cobrar a alíquota de 29% do Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços da fatura de energia elétrica dos associados da referida entidade.

32 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *AgRg na SS 2.559/PB*, Relator Min. Ari Pargendler. Julgado em 14/06/2013. Publicado em 29/06/2012

33 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *AgRg SS 2.705/MS*. Relator: Min. Felix Fischer. Julgado em 14/03/2015. Publicado em 10/06/2015

A decisão da corte fluminense, entretanto, teve seus efeitos suspensos pelo STF através da Suspensão de Segurança. n. 4.980/RJ³⁴, apresentada pelo Estado do Rio de Janeiro. Neste julgado foram delimitados pelo relator a feição material da ordem pública, que envolve a possível dificuldade de funcionamento do estado com a abrupta queda na arrecadação, e também da feição da ordem administrativa, pois a decisão guerreada interfere na presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos.

A discussão sobre a não exigibilidade de determinados tributos é tema frequente de controvérsias nos tribunais superiores, em especial quando presente o efeito multiplicador e a concessão de liminares para associações de consumidores ou grandes empresas (que envolvem altos valores de arrecadação tributária).

Nessa perspectiva, há controvérsias sobre a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços, versado no Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 3.717-RJ do STF.³⁵ Neste julgamento citou-se que a brusca diminuição na arrecadação de impostos poderia colapsar a ordem pública na medida em que o Estado não disporia mais de recursos de forma abrupta para manter os serviços públicos essenciais.

Há ainda casos de pedidos deferidos em favor do ente público em julgados sobre bitributação, como a Suspensão de Segurança n. 4.177-SP.³⁶

O STJ já prolatou entendimento aduzindo que a decisão judicial que impede o município de reaver, através de reversão, o maquinário e instrumentária necessária à prestação de serviços públicos de tratamento e distribuição de água, quando da rescisão do contrato de concessão, configura grave lesão à ordem pública, exemplo visto na Suspensão de Segurança n. 1.307-PR³⁷.

Mesmo se tratando de demandas individuais atacadas pela via do pedido de suspensão, o mero risco de prolação de decisões semelhantes já basta para que se proteja a prestação dos serviços públicos da ameaça de grave lesão.

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *AgRg na SS 4.980/RJ*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 16/04/2015. Publicado em 05/05/2015.

35 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *AgRg na SS 3.717/RJ*. Relator Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 29/10/2014. Publicado em 14/11/2014.

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *AgRg na SS 4.177/SP*. Relator: Min. César Peluzo, julgado em 17/02/2011. Publicado em 14/03/2011.

37 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *AgRg na SS 1.307/PR*. Relator Min. Edson Vidigal, julgado em 25/10/2004. Publicado em 06/12/2004.

As remoções de serventias judiciais merecem destaque neste conceito de que a judicialização de concessões e delegações públicas não pode se sobrepor ao regular funcionamento dos serviços estatais, como anotado na Suspensão de Segurança n. 2.783-RO do STJ.³⁸

Assim, entre o direito individualizado das partes de assumirem suas vagas em concessão ou delegação públicas e o direito à prestação regular dos serviços públicos, deve prevalecer o segundo por manter incólume a ordem pública material.

Em que pese o escopo de proteção à ordem pública e manutenção da regularidade das atividades administrativas, salta aos olhos que as cortes superiores visualizem grave lesão à ordem apenas em casos individualizados de processos sobre serventias judiciais, por exemplo, dando azo a suspensão de acórdão dos tribunais de justiça dos estados.

2.1.4 VIOLAÇÃO À ORDEM JURÍDICA

Já se tratou nesta obra sobre a proteção à ordem administrativa, relembrando-se do precedente do Ministro Néri da Silveira que apregoava sobre a impossibilidade de o juiz decidir contra a lei, devendo assim ser suspenso o julgado que interferia no mérito do ato administrativo, por exemplo.

Ao mesmo tempo, a doutrina e os próprios tribunais já definiram que a Suspensão de Segurança não tem a pretensão de verificar o acerto ou desacerto da decisão atacada, mas simplesmente acautelar os interesses públicos constantes na Lei.

A partir desse raciocínio tem-se que o pedido tem natureza de contracautela em face de decisão cautelar ou liminar contra o poder público.³⁹ É preciso, além disso, haver grave lesão a esses interesses.

A jurisprudência dos tribunais brasileiros, porém, passou a admitir a tese de que a configura grave lesão à ordem pública as ofensas contra a “ordem jurídica” ou “ordem jurídico-constitucional”, nos dizeres do STF.

38 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *AgRg na SS 2.783/RO*. Relator: Ministro Francisco Falcão; Julgado em 16/09/2015. Publicado em 05/10/2015

39 VENTURI, 2010, op cit. p. 72. RODRIGUES, 2005, op cit. p. 96

Assim, situações envolvendo demandas individuais são aptas a provocar o controle cautelar das supremas cortes para a proteção das normas constitucionais, mesmo que não haja grave lesão e que a ordem administrativa continue incólume.

Em acórdão no Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 3.259-SP, da lavra da Ministra Ellen Gracie, acompanhada por seus pares no STF, foi suspensa a execução de decisão liminar do Tribunal de Justiça de São Paulo que permitia a determinado servidor, através de indenizações e vantagens, perceber vencimentos maiores que o teto constitucional.

Para a relatora, havia grave lesão à ordem pública “considerada em termos de ordem jurídico constitucional”.⁴⁰ Neste mesmo ano, prolatou-se acórdão em que até a ordem processual era equivalente à ordem pública, pois no julgamento de Agravo Regimental em Suspensão de Segurança n. 3.108-RJ, envolvendo acréscimo salarial de servidor, o STF considerou existir “grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem jurídico-processual”.⁴¹

Independente da quantia a ser paga ao servidor e ignorando o requisito da grave lesão, o entendimento de violação à “ordem jurídica constitucional” foi concretizado como jurisprudência praticamente dominante na corte constitucional brasileira no biênio 2007-2008.⁴²

Indo mais além, a referida corte já se utilizou dos termos “ordem administrativo-econômica”, “ordem jurídica constitucional administrativa”, “observância de lei expressa”, “respeito a hierarquia e disciplina militar”⁴³ e até mesmo “ordem econômica”, a exemplo da Suspensão de Segurança n. 2.664-SC⁴⁴.

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *AgRg na SS 3.259/SP*. Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgado em 07/04/2008(a). Publicado em 16/05/2008

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *AgRg na SS 3.108/RJ*, Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgado em 10/03/2008(b). Publicado em 25/04/2008

42 Presidido pela Ministra Ellen Gracie, somente em março de 2008, o STF julgou mais de 20 casos confirmando esse entendimento, com ementas praticamente idênticas aduzindo que os pagamentos de valores acima do teto constitucional feriam a “ordem jurídico- constitucional”, mudando-se somente a situação fática.

43 CARVALHO, César Augusto Cavalcanti de. *O instituto da suspensão de decisão judicial contrária ao poder público: um instrumento de proteção do interesse público*. 214 p. Universidade Católica de Pernambuco. Dissertação defendida e aprovada em 29/11/07.

44 Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *AgRg na SS n. 2.664/SC*. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgado em 09/08/2006. Publicado em 06/10/2006

Em julgamento de 2015 a questão foi praticamente pacificada nos termos de que o pagamento de remunerações acima do teto é tratado como grave lesão à ordem pública, considerada como ordem jurídica, o que pode ser visto na ementa do Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 5.013-SP:

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. TETO REMUNERATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL 41/2003. EFICÁCIA IMEDIATA DOS LIMITES NELA FIXADOS. EXCESSOS. GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. DECISÃO AGRAVADA QUE DEFERIU A SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que a percepção, por servidores públicos, de proventos ou remuneração acima do limite estabelecido no art. 37, XI, da Constituição da República enseja lesão à ordem pública.

II – Impõe-se a suspensão das decisões como forma de evitar o efeito multiplicador, que se consubstancia no aforamento, nos diversos tribunais, de processos visando ao mesmo escopo. Precedentes.

III – Agravo regimental a que se nega provimento.⁴⁵

Esse raciocínio do Supremo Tribunal Federal, ignorando a presença de efetivo dano à administração pública, praticamente transforma a Suspensão de Segurança em uma espécie de recurso constitucional, ainda que pacifique o entendimento sobre uma das feições de suposto ataque à ordem.

O Superior Tribunal de Justiça, ainda que pareça mais refratário à tese exposta, já considerou que a ordem pública estaria representada pelos princípios da administração, como “moralidade” e “legalidade”, além da “segurança jurídica”, como se vê da Suspensão de Segurança n. 1.734-MA, em nítida manifestação de que a violação da ordem jurídica seria idêntica à ordem jurídica.⁴⁶

45 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *AgRg na SS 5.013/SP*. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 17/06/2015. Publicado em 01/10/2015

46 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *AgRg na SS 1.734/MA*. Rel. Min. Barros Monteiro. Julgado em 19/09/2007. Publicado em 09/05/2007

Essa confusão, porém, as vezes é refutada pela jurisprudência. Em interessante voto, citando vários precedentes de sua corte, o Ministro Edson Vidigal, do STJ, sustentou como incabível o fundamento de que a violação da “ordem jurídica” é causa apta de suspensão. Para o tribuno, na decisão da Suspensão de Segurança n. 1.358-AL:

Não logra êxito igualmente a afirmação de que a decisão liminar implicou em ofensa à ordem jurídica ao imiscuir-se no juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública. A ordem pública a que se refere a Lei 4.348/64, art. 4º, não abrange a ordem jurídica, mesmo porque a medida suspensiva não permite a apreciação de questões que dizem respeito a juridicidade ou antijuridicidade da liminar ou da sentença que se busca suspender. Nesse sentido esta Corte vem em várias oportunidades reiterando que eventuais *error in judicando* ou *error in procedendo* não são passíveis de exame na via em comento, [...]⁴⁷

A doutrina também critica essa tese abrangente, visto que:

[...] falar em grave lesão à ordem jurídica é beirar o absurdo, com nítida pretensão de cerceamento da atividade jurisdicional do juiz a quo. Se se suspendesse a execução, o Presidente do Tribunal estaria dizendo, por via transversa, que a decisão foi equivocada, extrapolando, pois, na competência, sobre aquilo que pode ser apreciado neste incidente.⁴⁸

Percebe-se que é preciso analisar a questão com cuidado, pois o uso indiscriminado do incidente suspensivo pode gerar insegurança jurídica e principalmente usurpar a competência dos órgãos recursais próprios da demanda em comento.

3 POSSIBILIDADES DE ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIOS PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA EXCEPCIONAL

Conforme exposto, os interesses públicos erigidos pela Lei n. 12.016/09 como dignos de proteção através da suspensão de segurança comportam conceitos altamente vagos, devendo o julgador preencher valorativamente o conteúdo do termo de acordo com a situação concreta exposta.

47 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *AgRg na SS 1.358/AL*. Relator: Min. Edson Vidigal. Julgado em 25/10/04. Publicado em 06/12/2004.

48 RODRIGUES, op. cit, p. 154

A interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, em especial a expressão “ordem pública” é ponto que merece atenção no julgamento do pedido de suspensão, visto a sua pluralidade de dimensões terminológicas.

O cuidado com a questão aumenta na medida em que a ordem pública pode ser vista sob dois primas: da ordem pública material (regular funcionamento dos serviços e atividades administrativas) e da ordem administrativa (manutenção da legitimidade, legalidade e discricionariedade dos atos da administração)

Os julgamentos levantados nas páginas anteriores são uma parte pequena das inúmeras suspensões de segurança concedidas pelo requisito da grave lesão à ordem julgadas pelos tribunais superiores brasileiros, que é sem dúvida o argumento mais utilizado no manejo do pedido.

Como mostra dessa casuística, já houve até mandados de segurança sustados pelo STF pois tinham sido prolatadas decisões liminares que permitiam o exercício da advocacia sem a aprovação em exame da Ordem dos Advogados do Brasil, caso da Suspensão de Segurança n. 4.321-DF.⁴⁹

Existem, de outro lado, situações já consolidadas pela jurisprudência como causadoras de grave lesão à ordem pública. São decisões que, tamanha sua repetição, foram consideradas como de risco alto para a ordem pública administrativa pela jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros.

O pagamento de vencimentos acima do teto remuneratório, através de mandado de segurança, neste diapasão, pode ser considerado como jurisprudência dominante de grave lesão à ordem pública, consoante a afirmação do relator da Suspensão de Segurança n. 5.013-SP do STF⁵⁰. No mesmo sentido, a ordem de liquidação de precatórios fora da ordem cronológica e em desrespeito às regras constitucionais também enseja o manejo do pedido de forma tranquila pela corte constitucional, a exemplo do Agravos Regimentais na Suspensão de Segurança n. 4.010-SP⁵¹ e n. 4.090-PA⁵².

49 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgRg na SS n. 4.321*. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgado em 01/06/2011. Publicado em 30/06/2011.

50 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *AgRg na SS 5.013/SP*. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 17/06/2015

51 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *AgRg na SS 4.010*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 07/05/2015. Publicado em 01/06/2015

52 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *AgRg na SS n. 4.090*. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgado em 17/02/2011, Publicado em 14/03/2011

De outro norte, adentrando em temáticas controversas pelos tribunais, não se pode desconsiderar as várias decisões que consideram como sinônimas à ordem jurídica (constitucional, principalmente) e a ordem pública. A origem da jurisprudência sobre a vedação de pagamentos acima do teto da Constituição surgiu dessa linha de raciocínio, por exemplo.

Ainda que se queira proteger a legitimidade e presunção de veracidade dos atos administrativos, a jurisprudência e a doutrina questionam-se constantemente sobre a possibilidade, por exemplo, de acréscimos patrimoniais para apenas um agente público serem considerados como aptos a despontar grave lesão na atividade administrativa do estado.

Ponto igualmente controvertido é a manifestação judicial nos atos administrativos quando da interferência na competência discricionária ou vinculada da administração. Já é aceito pela jurisprudência e garantido pela Constituição que o administrador público deve respeitar a proporcionalidade e razoabilidade na tomada de decisões, como também há cada vez mais possibilidades de controle judicial dos atos administrativos.

Levado a cabo o entendimento de que a ordem pública administrativa é abalada quando da interferência judiciária nos atos administrativos, em especial quando aceitas teses acatando o efeito multiplicador abstratamente considerado, poder-se-ia chegar na conclusão de que é praticamente impossível o ente particular conseguir executar decisões não transitadas em julgado contra a Fazenda Pública, visto que os atos do Executivo estariam quase sempre protegidos pela preservação da ordem.

Como anotado por Elton Venturi

[...] a pretexto de se assegurar a ordem pública administrativa, em verdade praticamente se tem negado a sindicabilidade de atos administrativos considerados pretensamente discricionários, bem como o efetivo e imprescindível controle jurisdicional da legalidade e legitimidade dos contratos administrativos, muitas vezes contestados sob a ótica da probidade administrativa.⁵³

Adiante, o mesmo autor ainda critica a possibilidade de que a simples alteração “usual” ou “normal”⁵⁴ das execuções de obras e serviços públicos possa

53 VENTURI, op cit., p. 141.

54 Ibidem, p. 155.

ser chamada de grave lesão, o que facilmente é visto nas decisões de suspensão que tratam do preenchimento de serventias judiciais, já discutidas aqui.

O que se quer com esses apontamentos é afastar a possibilidade de que a mera representação de grave lesão à ordem pública enseje o manejo do pedido de suspensão de segurança.

Por se tratar de incidente cautelar, a grave lesão ou ameaça deveria residir no perigo de dano irreparável ou de difícil reparação efetivamente demonstrado, e não apenas a possibilidade de multiplicação de demandas semelhantes.

Rememorando as considerações acima, pode-se concluir que a análise do julgador para a concessão da Suspensão de Segurança passa por dois momentos: (i) identificar onde e de que maneira a ordem pública está sendo atacada e; (ii) dimensionar a gravidade da lesão através das provas e circunstâncias do caso.

Mesmo que seja possível visualizar alguns critérios fáticos jurídicos na jurisprudência para a concessão da Suspensão de Segurança, é preciso ainda delimitar a distinção entre o efetivo prejuízo a ordem pública (em sua feição material) e o aparente prejuízo advindo da violação à ordem pública administrativa.

Analisando os casos levantados, parece evidente o conflito entre a exigência de grave lesão (ou ameaça) e o entendimento de que a ordem pública está abalada quando alguma decisão judicial interfere no mérito ou vinculação dos atos administrativos. Não parece razoável aceitar que qualquer atuação judiciária nos atos da administração cause abalo a toda uma “ordem administrativa”, em especial quando se observa o âmbito tão absolutamente estrito de atuação como o da Suspensão de Segurança.

Cabe repetir que este pedido retira a eficácia de decisão judicial que foi proferida em cognição mais profunda que a própria suspensão de segurança, de forma que conhecer as feições de manifestação da expressão ordem pública pode atenuar os subjetivismos no manejo da suspensão, combatendo-se as possíveis arbitrariedades que afastam o exercício da jurisdição em ações que envolvem entes públicos e, principalmente, garantindo a adequada proteção do interesse público primário.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de ordem pública é fundamento e alvo de proteção de diversos diplomas legislativos. Nesse sentido, o estudo de tal ideia a partir da disciplina

do pedido de suspensão de segurança identificou que esta expressão é tratada de forma genérica por diversas normas legais, ora como baliza das liberdades, até mesmo como repressão penal, ora como fundamento da regulamentação estatal e organização das funções administrativas para consecução do bem comum.

Notou-se, porém, que as significações do termo ordem pública são essencialmente construídas pelas cortes superiores brasileiras, em especial o conceito “ordem pública administrativa”, expressão que nasceu do julgamento da Suspensão de Segurança n. 4.405-SP pelo já extinto Tribunal Federal de Recursos.

Através dessa matriz protetiva dos atos da administração é que a jurisprudência fez irradiar vários escopos de proteção da ordem aptos a suspender decisões liminares contra a Fazenda Pública. Há grande destaque para a preservação das competências discricionária e vinculada dos atos administrativos, em especial na manutenção do funcionamento dos serviços públicos.

Ainda, aquelas decisões que interferem nos critérios de atuação estatal em pagamento de precatórios e limites remuneratórios para servidores públicos já são consideradas tema pacificado como atentatórios da ordem administrativa. Percebeu-se também o repúdio das atuações judiciais nas atribuições institucionais dos poderes legislativo e mesmo do Ministério Público, aproximando a ordem pública como manutenção do princípio constitucional da separação dos poderes.

Ocorre que há uma infinidade de condutas da administração que podem ser questionadas através do mandado de segurança, de modo que a abrangência de proteção da ordem pública administrativa pode gerar grande casuística. Nesse ponto, destaca-se, por exemplo, a confusão que se estabelece entre ordem pública e ordem jurídica, que trata faz da suspensão uma espécie de recurso constitucional, sem que se analise o requisito da grave lesão para que se retire a eficácia da medida liminar, além de alargar em muito a significação da ordem protegida.

Assim, da leitura analítica de todas as decisões destacadas neste trabalho, percebe-se que, em que pese haver, efetivamente, algumas faces da ordem pública consolidadas como dignas de proteção pelo pedido de suspensão (sintetizadas nos parágrafos anteriores dessas considerações finais), igualmente há ainda uma leitura muito abrangente do conceito, com presença alta de casuismo na sua significação, em especial em casos onde o interesse da administração confunde-se com o interesse público.

Considerando o fato de que a suspensão é medida extraordinária, que milita em favor do interesse público primário e retira eficácia de decisão válida

através de uma cognição altamente restrita, nota-se que é necessário estabelecer critérios fático-jurídicos mais sólidos para a concessão desta ordem acautelatória, sob pena de dificultar a sindicabilidade judicial dos atos administrativos.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto.; MANTTEUCCI, Nicola; PASQUINO Gianfresco; Dicionário de política. tradução de João Ferreira. v. 2, 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *AgRg na SS 1.521/TO*, Relator: Min. Edson Vidigal. Julgado em 20/03/06. Publicado em 10/04/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200501234343&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 31 mar. 2017.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *AgRg na SS 1.424/RJ*, Relator Ministro Edson Vidigal. Julgado em 01/02/2005. Publicado em 06/06/2005. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200401493462&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 31 mar. 2017.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *AgRg na SS 2.780 - BA*. Relator Min. Francisco Falcão. Julgamento em 03/02/2016. Publicado em 17/03/2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201500945101&aplicacao=processos>>. Acesso em: 31 mar. 2017.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial *AgRg na SS 2.751/AP*, Relator Min. Francisco Falcão, julgado em 04/03/2015. Publicado em 23/03/2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201402683025&aplicacao=processos>>. Acesso em: 03 abr. 2017.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *AgRg na SS 2.764/GO*, Relator Min. Francisco Falcão, julgado em 03/06/2015. Publicado em 15/06/2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201403277157&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 03 abr. 2017.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *AgRg na SS 1.662/RS*. Relator: Min. Barros Monteiro. Julgamento em 04/10/06. Data de Publicação:

11/12/2006. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200601806577&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *AgRg na SS. 1.592/MT*. Relator: Min. Barros Monteiro. Julgado em 07/02/2007. Publicado em 05/03/2007. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201400418943&aplicacao=processos>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *AgRg na SS 1.307/PR*, Relator Min. Edson Vidigal, julgado em 25/10/2004. Publicado em 06/12/2004. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200302323532&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *AgRg na SS 2.783/RO*, Relator: Ministro Francisco Falcão; Julgado em 16/09/2015. Publicado em 05/10/2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201501127991&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *AgRg na SS 1.734/MA*, Rel. Min. Barros Monteiro. Julgado em 19/09/2007. Publicado em 09/05/2007. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200700720740&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *AgRg na SS 1.358/AL*, Relator: Min. Edson Vidigal. Julgado em 25/10/04. Publicado em 06/12/2004. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200400680380&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *AgRg na SS n. 846/DF*, Relator: Min. Supúlveda Pertence. Julgado em 27/09/1995. Publicado em 13/10/1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1625618>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *AgRg na SS 3.128-7-DF*, Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 20/08/2009. Publicado

em 25/09/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2497981>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *AgRg na SS 4.980/RJ*, Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 16/04/2015. Publicado em 05/05/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4668506>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *AgRg na SS 3.717/RJ*, Relator Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 29/10/2014. Publicado em 14/11/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2652355>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *AgRg na SS 4.177/SP*, Relator: Min. César Peluzo, julgado em 17/02/2011. Publicado em 14/03/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3864227>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *AgRg na SS 5.013/SP*, Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 17/06/2015. Publicado em 01/10/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4751089>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *AgRg na SS 3.259-3/SP*, Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgado em 07/04/2008. Publicado em 16/05/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2529133>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *AgRg na SS 3.108/RJ*, Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgado em 10/03/2008. Publicado em 25/04/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2493228>> Acesso em: 03 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *AgRg na SS n. 2.664/SC* – Rel. Min. Ellen Gracie. Julgado em 09/08/2006. Publicado em 06/10/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2278326>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *AgRg na SS 4.010*, Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 07/05/2015. Publicado em 01/06/2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3773767>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AgRg na SS n. 4.321*, Relator: Min. Cezar Peluso. Julgado em 01/06/2011. Publicado em 30/06/2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4012742>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *AgRg na SS n. 4.090*, Relator: Min. Cezar Peluso. Julgado em 17/02/2011. Publicado em 14/03/2011. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3816912>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

_____. Tribunal Federal de Recursos. Tribunal Pleno. *SS n. 4.405*, Relator: Min. Néri da Silveira. Publicado em 07/12/1979.

CARVALHO, César Augusto Cavalcanti de. O instituto da suspensão de decisão judicial contrária ao poder público: um instrumento de proteção do interesse público. 214 p. Universidade Católica de Pernambuco. Dissertação defendida e aprovada em 29/11/07.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes; MENDES, Gilmar Ferreira; WALD, Arnold. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. v. 3. 18. ed. São Paulo: Forense. 2014.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de Segurança*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005

VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e das sentenças contra o poder público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RECEBIDO EM: 13/06/2016

APROVADO EM: 19/09/2016

**PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO:
COMPARAÇÃO ENTRE A LEGISLAÇÃO
INTERNACIONAL AMBIENTAL,
ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS
E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

***PREVENTION AND PRECAUTION'S PRINCIPLES: COMPARISON
BETWEEN INTERNACIONAL ENVIRONMENTAL TEXTS, LEGAL
LAW OPINIONS AND SUPREME COURT'S RULINGS***

Luly Rodrigues da Cunha Fischer
Doutora em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA) e Universidade de
Paris XIII (2014) em regime de cotutela.
Membro permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito
Professora de Direito da Universidade Federal do Pará

Carolina Maria de Jesus Rosso
Advogada
Voluntária da Clínica Internacional de Direitos Humanos da Amazônia

SUMÁRIO: Introdução; 1 Princípio da Prevenção e Prevenção nos Documentos Internacionais de Proteção ao Meio Ambiente; 2 Princípio da Prevenção e Princípio da Prevenção no Direito Ambiental Brasileiro; 3 Análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; 4 Comparação Entre o Entendimento do STF, Documentos Internacionais e a Doutrina Ambiental Nacional; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo analisa se há diferenças no entendimento do conteúdo dos princípios da prevenção e precaução no Direito Ambiental, nos textos internacionais e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Utiliza o método hipotético-dedutivo, e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Primeiramente, analisou-se o tema conforme explanado nos documentos internacionais, compreendendo o surgimento deste ramo do direito e a criação dos princípios. Após foi verificada a doutrina nacional, constatando-se que a compreensão da doutrina ambiental nacional sofreu influência dos textos internacionais. A partir das decisões do STF, verificou-se que estas aplicam os princípios da prevenção e precaução na tutela preventiva e repressiva ambiental, adequando-se ao entendimento doutrinário ambiental nacional majoritário.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios. Prevenção. Precaução. Direito Ambiental. Análise Jurisprudencial. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This article analyzes if there are differences in the content of the prevention and precautionary principles from International Environmental Documents, legal Law opinions and Federal Supreme Court's rulings. The methodology consisted on the hypothetical deductive method, using bibliographic and documentary research as sources. Primarily, it analyzed the principles in the light of the international environmental texts presenting their origin. After that, it analyzed national legal opinions, verifying that the national level was directly influenced by international texts. Secondly, analyzing Supreme Court's rulings it was verified that the legal arguments evolved to apply these principles in the prevention and repression of environmental problems.

KEYWORDS: Principles. Prevention. Precaution. Environmental Law. Case Law. Brazilian Supreme Court.

INTRODUÇÃO

O Direito Ambiental Internacional surgiu como instrumento para gerir as relações do homem com o meio ambiente em nível global, gerando a necessidade da criação de vários documentos internacionais que vieram a influenciar o direito doméstico dos países. O presente artigo tem por objetivo geral responder a seguinte pergunta: existem diferenças no entendimento do conteúdo dos princípios¹ da prevenção e precaução no Direito Ambiental entre a os textos legais de direito internacional ambiental, a doutrina majoritária brasileira e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)?²

Para a consecução do presente objetivo, observou-se a necessidade de atender os seguintes objetivos específicos: a) analisar as disposições legais de direito internacional ambiental sobre os princípios em análise; b) analisar o posicionamento da doutrina nacional sobre o conteúdo dos princípios em análise; c) verificar qual a interpretação dada nos julgamentos do STF na aplicação desses princípios; d) comparar os posicionamentos obtidos no plano internacional, nacional e da jurisprudência do STF.

A metodologia utilizada consiste na aplicação do método hipotético dedutivo, partindo-se da hipótese de não há diferença entre o conteúdo dos princípios da prevenção e da precaução entre os textos legais internacionais ambientais e a doutrina nacional. Utilizou-se a pesquisa bibliográfica para a execução dos primeiros dois objetivos específicos, de modo a testar a validade da primeira parte da hipótese levantada. Em seguida, utilizou-se como instrumento a metodologia de estudo de caso norte-americano² para a seleção e análise dos julgados do STF.

1 PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E PREVENÇÃO NOS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

Em razão da constante industrialização e conseqüente poluição do meio ambiente, juristas passaram a buscar respostas para minimizar as mazelas ambientais ocorridas. Fez-se assim necessária a criação de um ramo do direito que pudesse regular os riscos ambientais, principalmente, no

1 Neste artigo a palavra princípio deve ser entendida como um mandamento de otimização, estabelecendo que “[...] algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”, cujo conteúdo somente pode ser definido com outros princípios em colisão (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. RT, São Paulo, ano 91, n. 798, abr. 2002. P. 25).

2 RAMOS, Luciana de Oliveira; SCHORSCHER, Vivian Cristina. Método de caso. In: GHIRARDI, José Garcez (coord). *Método de ensino em direito: conceitos para um debate*. São Paulo: Saraiva, p. 49-60. 2009.

que tange aos danos que ultrapassam as fronteiras criadas artificialmente pelos Estados³.

O Direito Internacional, neste sentido, é criado de forma não homogênea e desordenada, em razão das seguintes problemáticas: a) ausência de um ordenamento cogente ou hierárquico; b) normas são editadas por diferentes fontes, acumulando-se nas regulamentações internacionais e c) normas se diferenciam em relação a sua lógica, sendo, por vezes, antropocêntrica e outras biocêntrica, coexistindo ambas no ordenamento e sem critérios de superioridade⁴.

Nestas circunstâncias, surge também a especificação deste ramo, voltado ao estudo e regramento do Direito Ambiental Internacional, sendo suas normas classificadas, em sua maioria, como *soft law*, as quais são aplicadas como normas interpretativas, precursoras à adoção de regras cogentes, estabelecendo diretrizes e princípios ou sendo recepcionados como costumes internacionais⁵. Apesar de ser essa a característica dominante das normas ambientais no plano internacional já foram firmados vários tratados e convenções internacionais, nos quais o Direito Internacional busca elaborar princípios gerais de direito ambiental que possam ser implementados pelos ordenamentos jurídicos nacionais dos Estados, assim como, possam ser utilizados pelas cortes internacionais⁶.

Foi nesse contexto que, entre 1970 e 1980, foram criados documentos iniciais sobre a preocupação com meio ambiente como: a Declaração de Estocolmo (1972), que repercutiu na criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), na edição de documentos como a Convenção sobre Comércio Internacional de Espécies Ameaçadas de Extinção (CITES) e na Convenção de Ramsar sobre Zonas Úmidas de Importância Internacional, entre outros, que trouxeram o primeiro

-
- 3 RIBEIRO, Alessandra Ferreira de Araújo. Direito Internacional Ambiental e Advocacia Pública. In: BENJAMIN, Antonio Herman; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (coord.). *Direito ambiental e as funções essenciais à justiça o papel da advocacia de estado e da defensoria pública na proteção do meio ambiente*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011. p. 619-639.
 - 4 VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional econômico ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
 - 5 SILVA, Solange Teles. Princípio da precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (orgs.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, sem data, p. 85-100. Disponível em: <http://www.marcelodvarella.org/marcelodvarella.org/Meio_Ambiente.html>. Acesso em: 05 mar. 2014.
 - 6 WOLD, Chris. Introdução ao estudo dos princípios de direito internacional do meio ambiente. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio José Fonseca. *Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada*, p. 5-31. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

entendimento sobre os princípios ambientais⁷. Estas primeiras declarações, entretanto, não atribuíram força aos princípios a fim de concretizá-los como regras a serem seguidas no âmbito internacional.

Somente a partir da Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (UNCED) de 1992, ocorrida no Brasil, abriu-se espaço as discussões sobre problemas ambientais em nível internacional e suas possíveis soluções. Como decorrência, houve no plano jurídico internacional a criação de dois tratados: a Convenção sobre Diversidade Biológica e a Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas, bem como, os documentos: Declaração do Rio e a Agenda XXI, os quais são relevantes para o Direito Ambiental Internacional, dispendo sobre normas em prol da tutela do meio ambiente⁸.

A Declaração do Rio, por sua vez, foi composta por 27 princípios, atuando como direitos e obrigações dos Estados em âmbito internacional⁹. Dentre os princípios base para o ramo do Direito Ambiental Internacional, há dois que formam, atualmente, o cerne da proteção ao meio ambiente: princípio da prevenção e princípio da precaução.

Com relação ao princípio da prevenção, tem-se que sua primeira manifestação ocorreu com o julgamento do Estado do Canadá pelos danos causados por poluição atmosférica a outros Estados, julgando-o culpado por não se certificar sobre a poluição que viria a causar no caso *Trail Smelter Arbitration*, fazendo-se estabelecer uma regra de Direito Internacional para antecipação das medidas protetivas da poluição transfronteiriça¹⁰. Nesta situação o Estado do Canadá deveria ter operado em conformidade com as obrigações de todos os Estados submetidos ao Direito Internacional, protegendo os demais contra poluições advindas de atividades ocorridas em seu território.

Com a decisão do caso, foi incluído o Princípio 21, da Declaração de Estocolmo de 1972, o entendimento de que os Estados possuem o direito de explorar seus recursos e aplicar sua própria política ambiental, bem como, assegurar que as atividades implementadas dentro de sua jurisdição e/ou

7 Wold, op. cit.

8 Ibid.

9 Ibid.

10 SADELEER, Nicolas de. Comentários sobre o status no direito internacional de três princípios ambientais. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (orgs.). Proteção internacional do meio ambiente. *Série Direito Ambiental*, v. 4, p. 34-87. Brasília: Unitar, UniCEUB e UnB, 2009.

seu controle: “não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda jurisdição nacional”. A mesma ideia foi adotada, posteriormente, na Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento do Rio em 1992, em seu Princípio 2.

Assim, conclui Baptista¹¹ acerca da adoção de medidas preventivas, antes da efetivação de reparos ao dano causado, que o Princípio 21 da Declaração de Estocolmo e Princípio 2 da Declaração do Rio de Janeiro foram embasados na ideia de atuação preventiva fazendo-se: “explícita a responsabilidade do Estado de assegurar que as atividades que são realizadas sob sua jurisdição e controle não causam danos ao ambiente de outros Estados ou de áreas localizadas além dos limites da jurisdição nacional”.

Entretanto, a ideia de prevenção é mais ampla que os Princípios 2 e 21, posto que estes tratam, em verdade, do princípio da soberania dos Estados. Desta forma, segundo o entendimento de Sadeleer¹² o princípio da prevenção é mais amplo que o direito de soberania dos Estados, em razão da sua atuação sobre a poluição ou degradação ambiental, sendo este princípio “elemento externo da obrigação geral de ‘devido cuidado’ ou ‘auditoria legal’ (*sic*) com respeito ao ambiente e à abundância de recursos naturais”.

Logo, o princípio da prevenção é mais amplo que o princípio da soberania dos Estados Nacionais, pois o primeiro repercute a prevenção de danos ambientais em qualquer situação, não somente no que tange aos danos causados de um Estado ao outro.

Nos dizeres de Schmidt¹³ o princípio da prevenção deve ser aplicado aos possíveis impactos ambientais que são conhecidos, atuando-se preventivamente em prol da inexecução dos danos ambientais, tarefa esta que depende da atuação do Estado; assim, o princípio em tela, decorre “da constatação de que as agressões ao meio ambiente são, em regra, de difícil ou impossível reparação na sua quase totalidade”.

Assim, o princípio da prevenção visa a antecipação dos danos ambientais conhecidos, através de estudos científicos, devendo-se aplicar

11 BAPTISTA, Zulmira Maria de Castro. *Direito internacional público contemporâneo interesses difusos*. São Paulo: Pillares, 2008. p. 216.

12 SADELEER. op. cit, p. 46

13 SCHMIDT, Cíntia. *Princípios de direito ambiental. Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 69, set./out. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=75411>>. Acesso em: 7 fev. 2017.

medidas políticas de gerenciamento desses recursos naturais, a fim de preservá-los.

Nesse sentido é a redação do princípio 14 da Declaração do Rio, que assim dispõe: “[o]s Estados devem cooperar de forma efetiva para desestimular ou prevenir a realocação e transferência, para outros Estados, de atividades e substâncias que causem degradação ambiental grave ou que sejam prejudiciais à saúde humana”.

Os meios de fortalecer este princípio no ramo do Direito Internacional, segundo Sadeleer¹⁴ são a implementação de mecanismos de “gerenciamento de impacto ambiental, procedimentos de notificação, troca de informação sobre impacto de atividades danosas, etc.” os quais atribuem “substância ao princípio da prevenção”.

Por outro lado, o princípio da prevenção não impõe certeza absoluta quanto à eliminação total dos riscos, em verdade, a aplicação deste princípio remete à ideia de que os prós e os contras foram sopesados, através dos estudos realizados, revelando que é mais vantajoso se implementar a atividade em questão¹⁵.

Assim, por meio de estudos científicos, sabendo-se dos danos que determinada atividade possa gerar e tendo-se o conhecimento de como sanar esses danos, o princípio da prevenção deve ser aplicado pelos Estados para antever a poluição e tomar medidas que impeçam ou diminuam a concretização da mesma, em prol do meio ambiente.

Ademais, embora seja o princípio da prevenção um dos basilares para o Direito Ambiental, antevendo os danos a serem concretizados através de estudos científicos comprovados, não é ele o único princípio que visa reduzir os riscos causados ao meio ambiente decorrentes do desenvolvimento econômico e científico. Tal proteção também depende a aplicação do princípio da precaução.

Com a verificação de danos ambientais, a humanidade passou a buscar meios para saná-los. Neste sentido, entende Sadeleer¹⁶ que três tentativas de solução se sucederam: 1) a ação de remediação (a qual não preenchia a ideia de proteção ambiental, pois a preocupação era posterior ao dano,

14 SADELEER, op. cit., p. 47.

15 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

16 SADELEER, op. cit.

sendo este, por vezes, não passível de recomposição); 2) a atuação preventiva (ideia de prevenção de danos refletindo na eliminação de problemas certos decorrentes da atividade danosa sobre o meio: princípio da prevenção) e 3) através da antecipação dos danos, ou o princípio da precaução (baseada em ameaças potenciais, exigindo-se melhor análise quanto à ocorrência, pois os danos são incertos ou hipotéticos).

O princípio da precaução foi criado pelo Direito alemão, na década de 70, em razão da preocupação com as consequências que as atividades poderiam gerar no meio ambiente, incorporando a ideia em lei de proteção sobre a qualidade do ar, aprovada em 1974, visando à diminuição das cargas ambientais, principalmente no que tange às substâncias perigosas¹⁷.

Para Wold¹⁸ o princípio da precaução possui o objetivo de atuar na falta de certeza nos estudos científicos realizados, prevenindo os danos ainda não constatados, mas que se apresentam como ameaças ao caso concreto, devendo ocorrer a reunião das ideias de incerteza científica e a ameaça de degradação do meio ambiente que se quer prevenir, concluindo: “[a]ssim, pode-se dizer que o princípio da precaução deve ser aplicado quando houver incerteza científica sobre a plausibilidade da ocorrência de danos ambientais graves”.

Segundo Derani¹⁹, o princípio da precaução é elemento fundamental do direito ambiental, buscando prevenir o dano ambiental através de uma atuação anterior a própria manifestação do perigo. Neste sentido, o princípio da precaução deve, não só contemplar o risco iminente da atividade, mas também: “[...] os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda a densidade”.

Desta forma, o princípio deve ser revelado quando ausente a certeza científica e impreciso os danos a serem causados no futuro imediato ou distante, impondo aos humanos e, principalmente, aos produtores de atividades danosas, o dever de agir com cautela nas atividades empregadas, para que não causem danos irreversíveis, para o presente e no futuro.

Tratando da precaução, o princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento dispõe que o mesmo

17 ANTUNES, op. cit.

18 WOLD, op. cit, p. 17.

19 DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, p. 152, 2008.

será observado pelos Estados em razão de suas capacidades: “[q]uando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”. Logo, a ausência de certeza científica não deve agir como permissão da atuação de atividade que cause riscos de danos ao ambiente.

No entendimento de Silva²⁰ o princípio da precaução não visa valorizar a incerteza ou a ignorância, ele busca, em verdade, “antecipar, conhecer e integrar esse conhecimento incerto em uma conduta atual”, dirigindo tal objetivo aos sujeitos que possuam essa capacidade de antever os riscos, como os atores políticos e sociais, os quais devem atuar em conformidade com este princípio.

Ademais, para a aplicação do princípio da precaução deve-se ter um dano ou impacto ambiental considerado significativo, gerando-se duas problemáticas: a) dano ou impacto ambiental considerado significativo é conceito vago, pela inexistência de especificações no âmbito internacional e b) a dialética dano grave x grau de incerteza científica também é situação vaga neste ramo do direito²¹.

Logo, Wold²² como forma de sanar as problemáticas por ele suscitadas, entende que: a) países passaram a adotar estudos de impactos ambientais (EIA) por suas legislações a fim de sanar tal problemática e b) dialética pode ser sanada através de “um relaxamento nas exigências de indicativos objetivos da plausibilidade de sua concretização”, assim como no caso inverso, necessita-se de aprofundamento de estudo científico ou uma maior certeza sobre os danos a serem causados pela atividade.

Outra situação relevante, entendida por Wolfrum²³ funda-se na ideia de que toda atividade humana pode, no futuro, vir a ser considerada significativa para causar impacto sobre o meio ambiente. Assim, sugere que a aplicação do princípio da precaução incidiria sobre as atividades que restasse provada de alguma forma a ameaça de dano ao meio ambiente e que este seja irreversível. Porém, a ideia permanente está centrada no

20 SILVA, op. cit., [S.d], p. 88.

21 WOLD, op. cit.

22 Ibid., p. 19

23 WOLFRUM, Rudiger. O princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (orgs.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, sem data, p. 24-39. Disponível em: <http://www.marcelodvarella.org/marcelodvarella.org/Meio_Ambiente.html>. Acesso em: 05 mar. 2014.

entendimento de que, cabe ao empreendedor da atividade provar o impacto desta, pois, é quem pratica a atividade danosa deve provar que a mesma não possui gravidade e possibilidade de causar dano ao meio ambiente, não cabendo esta medida ao agente que deseja a restrição ou proibição da atividade.

Cumpra esclarecer que esse princípio não deve paralisar as atividades econômicas, mas determina a adoção de medidas técnicas necessárias para mitigar riscos previamente identificados, tornando possível o avanço científico e o esclarecimento das dúvidas²⁴. Portanto, o princípio em tela só pode ser acionado quando houver fundamento para o mesmo.

Portanto, o princípio da precaução não pode ser baseado no risco zero, pois objetiva alcançar os riscos ou perigos menores ou mais aceitáveis. Assim, o princípio da precaução não deve ser utilizado da mesma forma em todos os casos (não constitui fórmula), ele depende da situação real para mensurar sua aplicabilidade, assim como são as decisões judiciais²⁵. Este princípio clama por situação hipotética mais verossímil de acordo com a natureza da atividade implementada e a possibilidade de concretização do dano.

Por fim, discute-se acerca das particularidades e semelhanças entre os princípios acima destacados. A diferença entre os princípios, segundo Sadeleer²⁶ está na percepção sobre o grau ou intensidade de risco de dano, sendo assim: a) o princípio da prevenção se encontraria no âmbito da certeza científica, visto que se baseia na experiência científica cumulada, com controle técnico e noção dos riscos, podendo-se diminuir a ocorrência dos danos ambientais, pois se sabe as consequências causadas por aquele risco de dano, sendo caracterizado como risco certo e b) o princípio da precaução, encontra-se no campo da probabilidade de risco, do qual não se tem certeza da possível ocorrência, logo, tem-se a incerteza do mesmo.

A distinção primordial entre os dois princípios, paira, justamente, neste grau de incerteza, posto que, enquanto o princípio da prevenção conta com o aparato científico para determinar que o dano é possível e que já fora anteriormente verificado, incluindo-se suas consequências, o princípio da precaução vem dispor dos danos ainda não constatados ou dos danos suspeitos, sendo aplicado quando não há provas irrefutáveis

²⁴ ANTUNES, op. cit.

²⁵ Ibid.

²⁶ SADELEER, op. cit.

de que o dano irá ocorrer, tendo-se apenas uma indicação relativa de que possa ocorrer.

Feita a análise dos princípios da prevenção e precaução no âmbito internacional, passa-se a analisar os mesmos, conforme o ordenamento jurídico brasileiro, levando-se em conta suas determinações constitucionais e infraconstitucionais, bem como posicionamentos doutrinários.

2 PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

Para iniciar este estudo, faz-se necessário saber que os princípios da prevenção e precaução se encontram no rol dos princípios estruturantes do Direito Ambiental pátrio, isto porque, segundo Leite²⁷ estes princípios possuem duas dimensões: a) dimensão constitutiva, pois caracterizam o entendimento total acerca da própria ordem constitucional e b) dimensão declarativa, exprimindo em seu texto outros subprincípios e adequando as normas do ordenamento jurídico nacional.

As finalidades desses princípios segundo o referido autor são: para a atuação preventiva, constituir um instrumento para gerir os riscos, aplicando-se na inibição dos riscos concretos e potenciais que sejam visíveis ou previsíveis, enquanto o princípio da precaução opera antes do primeiro, fazendo-se atuar de forma cautelar, na prevenção do risco ainda em abstrato, ou ainda, risco de dano; desta forma o primeiro princípio possui aplicação mais ampla e genérica, no que tange a todo o processo de implementação da atividade danosa e o segundo, aplica-se em momento específico, quando do exame inicial do risco de dano²⁸.

Com base na Constituição Federal Brasileira de 1988 (CF/1988), verifica-se a disposição desses princípios no art. 225, encontrado no Capítulo VI, Título VIII, da Ordem Social, tratando-se o direito ao meio ambiente como um direito fundamental do ser humano²⁹. Entretanto, a disposição deste artigo no texto constitucional traz expressamente apenas a ideia do princípio da prevenção³⁰.

27 LEITE, José Rubens de Morato. Sociedade de risco e estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens de Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 131-204, 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

28 Ibid.

29 SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

30 LEITE, op. cit.

Analisando o art. 225 da CF/1988 retira-se os seguintes entendimentos quanto aos princípios ora estudados: a) o dever de preservar o meio ambiente é do Poder Público e coletividade; b) os processos ecológicos essenciais devem ser conservados e recuperados, no que tange mar, florestas, rios, pântanos, etc.; c) deve-se preservar o patrimônio genético das espécies; d) o estudo de impacto ambiental (EIA) deve ser utilizado como instrumento de prevenção; e) deverá ocorrer o controle da produção, comercialização e emprego de técnicas, impedindo que os mesmos ocasionem risco à vida ou à qualidade do meio; f) promoção da educação visando à preservação do meio e g) proteção da fauna e da flora³¹.

O princípio da prevenção é expressamente utilizado pela CF/1988, visto que a mesma dispõe como dever do Poder Público e da coletividade preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como, institui como instrumento desta preservação o Estudo de Impacto Ambiental (EIA), a fim de verificar os impactos que determinada atividade possa gerar, utilizando-se, medidas de prevenção ao dano. O texto constitucional, no entanto, não faz uma distinção entre a expressão prevenção e precaução, utilizando-as quase como sinônimas.

Para Benjamin³², a elevação da proteção ambiental como um direito fundamental pela Constituição revela a preocupação com o meio ambiente em um ponto máximo, não alcançado por outros direitos. Essa constitucionalização visa adequar o direito de propriedade com a proteção ambiental, incidindo limitações implícitas e explícitas. É o caso do princípio da precaução, que se faz instrumento implícito para prevenir o dano ainda que não constatado cientificamente.

Logo, não é necessária a utilização explícita do princípio para que o mesmo esteja presente no ordenamento jurídico, como é o caso do princípio da precaução. O mesmo se encontra no referido texto, de forma implícita, pois busca concretizar o direito das presentes e futuras gerações em possuir o meio ambiente equilibrado, promovendo sua proteção, ao lado do princípio da prevenção.

A aplicação implícita do princípio da precaução é perceptível na leitura do art. 225, §1º, II, IV e V, da CF/1988, havendo, respectivamente, a incumbência aos Estados de fiscalizarem as entidades de pesquisa de

31 SILVA, op. cit. 2011.

32 BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens de Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 57-130, 2008.

material genético; a implementação de estudo prévio de impacto ambiental, devendo ser entendido o termo “potencialmente” como atividade que gere dano certo, incerto ou provável e a implementação de controle nas técnicas, métodos e substâncias na comercialização que ensejam risco de vida e à qualidade do meio ambiente³³.

Desta forma, ambos os princípios são utilizados pela CF/1988, sendo o princípio da prevenção disposto explicitamente e o princípio da precaução utilizado implicitamente, no que tange as medidas a serem cumpridas na prevenção, de modo geral, do dano ambiental.

Passa-se agora à análise acerca do entendimento dos doutrinadores brasileiros utilizando-se a doutrina acerca do assunto.

O entendimento semântico da palavra prevenção, segundo Milaré³⁴ vem do verbo “prevenir (do latim *prae* = antes e *venire* = vir, chegar), e significa ato ou efeito de antecipar-se, chegar antes”, caracterizando uma antecipação no tempo, mas com a ideia de conhecer o que está por vir, o qual busca antever o dano ambiental segundo instrumentos científicos que atestem o efetivo dano a ser causado perante a prática de determinada atividade, detendo-se aos perigos certos, quando há elementos seguros para esta afirmação.

Deste modo, o princípio da prevenção está presente quando já se conhecem os riscos da atividade econômica, por meio de estudos científicos comprovados, aplicando-se o princípio como medida de providenciar meios para sanar o futuro dano (antes/durante a atividade) e produzir estudos para fazer com que a atividade reduza e, se possível, retire todas as possibilidades cientificamente comprovadas de causar dano ao meio ambiente.

Além do caráter preventivo ser implementado antes da realização da atividade e da concretização do dano, a prevenção também se estabelece através do exercício do Estado na punição dos agentes poluidores, passando o princípio a produzir efeito negativo sobre as condutas que possam gerar dano ao meio ambiente, bem como, quando há incentivos fiscais

33 SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. WOLD, Chris. NARDY, Afrânio José Fonseca. *Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 37-116.

34 MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 766, 2007.

às atividades que visam a proteção ao meio ambiente, através do uso de tecnologias limpas³⁵.

Segundo Machado³⁶ o princípio da prevenção carece de constantes reavaliações e atualizações, posto que é contínuo, pois depende das inovações científicas, podendo gerar novas políticas ambientais, modificando as ações de empreendedores, Administração Pública, legislador e do próprio Poder Judiciário.

Desta forma, o princípio da prevenção opera como um propulsor na atualização constante das análises científicas, visto que, por meio destas últimas se faz a verificação dos danos que determinada atividade possa gerar no mundo real, necessitando de modernizações e análises mais eficazes acerca dos meios científicos utilizados.

No que tange a legislação infraconstitucional, tem-se que a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente no Brasil (Lei 6.938/1981) inseriu como objetivos da política pública a conjunção entre desenvolvimento econômico-social e a preservação do meio ambiente, avaliando-se os impactos ambientais (art. 9º, III), restando configurada no Direito Positivo o princípio da prevenção, tornando-se incontestável a obrigação de prevenir ou evitar o dano ambiental quando o mesmo puder ser detectado antecipadamente³⁷.

Desta forma, a prevenção busca, não só a idealização do conceito de prevenir quando verificado um dano certo ao meio ambiente, como também visa levar à criação de medidas eficazes e à prática de políticas públicas ambientais obrigatórias a todos. Logo, este princípio não busca apenas a atuação do Poder Público e sociedade quanto aos futuros danos que uma atividade possa implementar, mas também enseja sua atuação repressiva, instaurando-se mecanismos implementados pela política pública para sanar os danos imediatos que a atividade vem gerando com o passar do tempo.

No que tange ao princípio da precaução, segundo Machado³⁸ duas convenções internacionais ratificadas pelo Brasil o inseriram no contexto

35 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

36 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

37 MACHADO, Paulo Affonso Leme. Princípio da precaução no direito brasileiro e no direito internacional e comparado. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (orgs.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Belo Horizonte: Del Rey. p. 336-355. Disponível em: <http://www.marcelodvarella.org/marcelodvarella.org/Meio_Ambiente.html>. Acesso em: 05 mar. 2014.

38 Ibid.

nacional: a Convenção da Diversidade Biológica, a qual entende que basta a ameaça sensível de redução da diversidade biológica para se aplicar o princípio da precaução e a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima, que exige o risco de dano sério ou irreversível para aplicar o princípio, com medidas eficazes na proteção do clima em função dos custos, devendo-se aplicar ambas quando estiver presente a incerteza científica e a ameaça de redução ou de perda da diversidade biológica ou, ainda, a ameaça de danos causadores da mudança do clima.

O princípio da precaução possui o entendimento etimológico da palavra, segundo Milaré³⁹ como sendo “substantivo do verbo precaver (do latim *prae* = antes e *venire* = vir, chegar)”, tendo-se a ideia de implementação de cuidados perante o desconhecido, para que uma atitude não gere a criação de danos futuros.

Assim, o entendimento da precaução é sedimentado: mesmo que não sejam constatáveis, cientificamente, as atividades que geram a possibilidade de causar dano ao meio ambiente, as mesmas devem ser acauteladas por medidas que visem sanar o possível dano. Ou seja, segundo Leite e Ayala⁴⁰ quando for antevisto o perigo de dano grave ou irreversível “a ausência de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para se adiar a adoção de medidas eficazes, a fim de impedir a degradação ambiental”.

O princípio da precaução, neste sentido, deve ter as seguintes características: a) dúvida ou incerteza por parte da pesquisa científica (não ter comprovações de danos efetivos), bastando argumentos razoáveis de possibilidade de o dano ocorrer e b) risco ou ameaça, que serão graduados conforme o bem a ser atingido pela atividade (classificados em sérios e irreversíveis ou sensíveis); bem como, a incerteza sobre a efetivação dos danos ambientais não deve ser entendido como a inexistência desse dano, não podendo a possibilidade ser de pronto descartada; posto que, o fato de o incerto ser desconhecido ou de não ser entendido (ainda), gera a necessidade de ele ser avaliado ou pesquisado⁴¹.

Ademais, o princípio da precaução busca efetivar o próprio poder de polícia da Administração Pública, pois incumbe à mesma adotar medidas que reduzam, limitem ou suspendam as liberdades individuais, com fim de

39 MILARÉ, op. cit., p. 766

40 LEITE, José Rubens de Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 52.

41 MACHADO, op. cit., 2013

proteger o meio ambiente, ainda que não possua certeza como fundamento de sua decisão. O princípio da precaução também se apresenta da forma repressiva, posto que, o Estado, detentor do poder de polícia e visando resguardar os bens ambientais, deve efetivar medidas que impeçam a concretização do dano, reprimindo certas atividades⁴².

Feita a análise dos princípios separadamente, insta esclarecer a interdependência entre eles, posto que são aplicados de forma conjunta para melhor atender à proteção do meio ambiente em face dos danos ambientais, constatáveis ou não.

No que tange à análise acerca da origem dos princípios estudados há divergência doutrinária. Para alguns estudiosos, o princípio da precaução dá origem ao princípio da prevenção, já que é mais amplo e enseja o entendimento do incerto passando ao entendimento do constatável. Este entendimento é seguido por Leite e Ayala⁴³, os quais sustentam que o princípio da precaução visa prevenir a suspeita de perigo, não deixando que este seja manifestado, assim, devendo-se atuar antes da ação preventiva, considerando-se não só os riscos ambientais iminentes, mas aqueles futuros que derivam da atividade humana e que sejam dotados de potencialidade.

Machado⁴⁴ também possui esse entendimento, estabelecendo que a precaução não só deve: “estar presente para impedir o prejuízo ambiental, mesmo incerto, que possa resultar das ações ou omissões humanas, como deve atuar para a prevenção oportuna desse prejuízo”, o dano deve ser prevenido no tempo adequado.

Assim, retira-se das referidas obras, a ideia de que o princípio da precaução é anterior ao princípio da prevenção, posto que antes mesmo de constatar qualquer possível dano, por meio de análises científicas já elaboradas, o executor da atividade, bem como a sociedade e o Poder Público, devem se preocupar com qualquer possibilidade de transgressão ao bem ambiental.

Em contraposição há o entendimento que o princípio da prevenção é gerador do princípio da precaução, visto que esse está expresso na Carta

42 MACHADO, op. cit., [S.d].

43 LEITE; AYALA, op. cit., p. 53

44 MACHADO, op. cit., 2013. p. 111

Magna Brasileira, em seu art. 225, *caput*. Segundo Fiorillo⁴⁵, em razão da impossibilidade de se restabelecer inteiramente os danos causados, “adota-se o princípio da prevenção do dano ao meio ambiente como sustentáculo do direito ambiental, consubstanciando-se como seu *objetivo fundamental*” (grifo do autor), cabendo ao princípio da precaução, apenas a constatação do mandamento.

Assim conclui-se, segundo o entendimento doutrinário, que ambos são considerados princípios base para o Direito Ambiental, posto que é de caráter deste último a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem que deve ser protegido e mantido por todos (Estado e cidadãos) antes da ocorrência do dano ambiental.

Percebe-se, entretanto, que a existência expressa desses princípios nos textos de direito internacional ambiental e que influenciaram a doutrina majoritária nacional. No entanto, no plano doméstico houve um alargamento da aplicação desses princípios, que possuem tanto o caráter preventivo quando repressivo.

Passa-se a seguir a analisar como as decisões do Supremo Tribunal Federal internaliza a discussão doutrinária sobre a aplicação dos princípios.

3 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Para a elaboração da análise sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) realizou-se levantamento no dia 08/09/2015 no sítio eletrônico do respectivo tribunal. Digitou-se palavras-chave no campo de busca denominado “pesquisa livre” na aba “jurisprudência” do referido *site*, obtendo-se, a partir da leitura conjunta das ementas e das indexações, as decisões com aparente pertinência com o tema proposto.

A primeira pesquisa utilizou as palavras-chave: “princípio prevenção direito ambiental”, a qual resultou em 5 acórdãos, dos quais foram selecionados 3, através da leitura da indexação e ementa dos julgados e, após a leitura completa dos mesmos, foram selecionados 2 para a análise. Na segunda pesquisa, foram digitadas as palavras-chave: “princípio precaução direito ambiental”, a qual restou em 6 acórdãos, dos quais foram selecionados 4 através da leitura das ementas e das respectivas indexações, resultando apenas em 1 após a leitura completa do acórdão, compondo a seleção final. As exclusões mencionadas ocorreram pela falta de pertinência temática

45 FIORILLO, op. cit., p. 120

verificada depois da leitura das ementas e do inteiro teor dos acórdãos inicialmente identificados.

As decisões selecionadas foram sintetizadas, utilizando-se a metodologia de estudo de caso norte americano⁴⁶, e foram analisadas em conjunto, utilizando-se o critério cronológico, a partir da data de julgamento, apenas no que tange à aplicação dos princípios da prevenção e precaução.

O primeiro acórdão foi o Agravo Regimental na Medida Cautelar na Ação Civil Originária (ACO nº 8760/BA), julgado pelo Tribunal do Pleno, com relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. O acórdão tratava de vários agravos interpostos em face da decisão que indeferiu a cautelar requerida que visava suspender a licença prévia de transposição do Rio São Francisco. O Ministro Relator entendeu, por vários fatores, que a decisão de indeferimento de medida cautelar deveria ser mantida.

Em voto divergente, o Ministro Carlos Ayres Britto, utilizou-se do art. 225 da CF/1988 para dizer que a situação clamava pela aplicação dos princípios da prevenção e precaução, conceituando-os, respectivamente, como aquele que, com base nos métodos de prevenção, possa antever e prevenir os riscos de danos certos, enquanto a precaução é aquele utilizado quando houver riscos de danos incertos, ou seja, quando houver dúvida sobre os danos que possam ocorrer ao longo da implementação de uma atividade. Este voto foi seguido pelos Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, os quais argumentaram, em síntese, que é mais fácil rever os prejuízos sofridos pela Administração Pública decorrentes da suspensão momentânea da obra, do que buscar a recomposição do meio ambiente que sofreria prejuízos com a implementação da atividade.

O Ministro Gilmar Mendes, presidente da Suprema Corte, divergiu desse entendimento, ao entender que não se fazia necessária a aplicação do princípio da precaução, posto que o mesmo não pode ser utilizado sob qualquer alegação de risco de dano, já que enseja a paralisação do

46 O método consiste em quatro etapas de análise das decisões judiciais. Inicialmente, é feito um levantamento das decisões com base no conteúdo das ementas; em seguida, é feita a leitura do inteiro teor dos acórdãos, excluindo-se os julgados que não versem sobre o tema pesquisado, verificando-se ainda se não há precedentes citados nas decisões lidas que foram ocultadas pela escolha de palavras-chave quando da seleção das ementas. Em um terceiro momento é feita a síntese de cada uma das decisões, evidenciando-se os fatos relevantes, o problema a ser respondido pelos julgadores, os argumentos principais e secundários contidos nos votos e quais os que prosperaram para gerar a decisão final. Essas decisões já sintetizadas são organizadas cronologicamente e a feita uma leitura encadeada das sínteses para compreender a evolução dos posicionamentos sobre o tema de pesquisa ao longo do tempo na corte estudada.

desenvolvimento econômico e até mesmo do direito ‘a democracia. Isto porque, no presente caso, não havia evidências de que o rio não suportaria a transposição, visto que foram realizados estudos prévios para a verificação das possíveis problemáticas.

A Ministra Ellen Gracie, seguindo o voto do Ministro Relator, argumentou acerca da situação na qual foram indeferidos os agravos, visto que os mesmos discutiam a concessão de cautelar para suspensão de licença prévia, sendo que todas as medidas impostas ao Poder Público estavam sendo seguidas, razão pela qual foi deferida a licença de instalação. Logo, a situação não ensejava a aplicação de cautelar. Entretanto, caso a situação fosse modificada, a decisão poderia ser alterada, concedendo-se a medida.

Sendo assim, por maioria absoluta, o agravo foi improvido, não se concedendo a cautelar para suspensão da licença prévia de transposição do Rio São Francisco, sendo voto vencido aquele que revelou os princípios da prevenção e precaução.

O segundo acórdão analisado, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 3510/DF), julgada pelo Tribunal do Pleno, com relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, tratou-se de ação proposta pelo Procurador Geral da República em face do art. 5º da Lei Federal nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança). O autor da ação argumentou que os dispositivos impugnados contrariavam o direito à vida, pois o embrião humano constitui a vida humana, contrariando o Estado democrático de direito e dignidade da pessoa humana.

O ministro Relator votou pelo não provimento da ADI, em razão do art. 5º da lei de biossegurança não contrariar a dignidade da pessoa humana, ou a vida/ probabilidade de vida, pois a utilização de embriões *in vitro* para pesquisas de células tronco garante a existência digna de outros seres humanos, os quais serão beneficiados com os embriões que seriam descartados após o período propício para sua utilização em gestações seguras.

Em um dos votos divergentes, o Ministro Ricardo Lewandowski entendeu pela aplicação do princípio da precaução, o qual, embora não seja adotado expressamente pelo texto constitucional, deve ser implicitamente entendido nos artigos 196 e 225 da CF/1988. Este princípio traz consigo os seguintes entendimentos: a) a precaução diante de incertezas científicas; b) a exploração de alternativas a ações potencialmente prejudiciais, inclusive a da não-ação; c) a transferência do ônus da prova aos seus proponentes e não

às vítimas ou possíveis vítimas e d) o emprego de processos democráticos de decisão e acompanhamento dessas ações, com destaque para o direito subjetivo ao consentimento informado.

Logo, segundo o Ministro Ricardo Lewandowski, a aplicação desse princípio não implica a total abstenção de atividades que ensejam eventuais riscos, paralisando o desenvolvimento científico ou tecnológico, mas sim exigir esta paralisia quando existirem situações de riscos desconhecidos em potencial, buscando soluções para agir com segurança.

Embora revelado o princípio da precaução no voto do Ministro, por maioria absoluta de votos, a Suprema Corte decidiu por denegar a ADI para que fosse declarada a constitucionalidade do art. 5º da lei 11.105/2005, em face do caráter dúplice da ação. Aqui, novamente, apesar da decisão abordar a definição dos princípios, não restou configurada sua aplicação.

O último acórdão analisado foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 101/DF) julgada pelo Tribunal do Pleno sob relatoria da Ministra Carmen Lúcia. O caso, proposto pelo Presidente da República versou sobre a relevante controvérsia judicial existente em diferentes tribunais federais, os quais estavam deferindo a importação de pneus usados para o Brasil, sendo contrários ao disposto pelas portarias DECEX e SECEX; Convenção da Basiléia; o preceito fundamental representado pelo direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à Organização Mundial do Comércio, a qual determinou que o Brasil comprovasse a efetividade de suas normas, sob pena de ser obrigado a importar pneus usados de outros países do mundo, dentre outras.

A Ministra Relatora entendeu que a questão fere três preceitos constitucionais fundamentais, a saber, o direito à saúde, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da CF/1988), do qual decorre a busca pelo desenvolvimento econômico sustentável, posto que a vida útil de pneus usados é muito menor que a vida útil do pneu novo, além da sua produção e utilização, pelas empresas em todos os ramos, causar prejuízos à saúde e ao meio ambiente, bem como, o próprio Brasil possui um número considerável de pneus usados, não necessitando da importação apenas sobre o argumento de melhor custo financeiro ao particular. No que tange ao princípio da precaução, a Relatora dispôs que o mesmo é fundamento para o presente caso, visto que se faz necessário privilegiar atos de antecipação de riscos de danos, antes de atos de reparação, pois, em se tratando de meio ambiente, não é, por vezes, possível ou viável a reparação.

Deste modo, entendeu que o princípio da precaução torna efetiva a busca constante de proteção da existência humana, seja pela proteção do meio ambiente como pela garantia das condições de respeito à sua saúde e integridade física, considerando-se o indivíduo e a sociedade, bem como, não enseja a comprovação do risco atual, iminente e comprovado de danos que podem sobrevir pelo desempenho de uma atividade para que se imponha a adoção de medidas de precaução ambiental. Por fim, alegou que o princípio da precaução atua contra danos possíveis e contra riscos de danos que não se tem certeza sobre a ocorrência.

Logo, a Ministra Relatora assentou entendimento pelo princípio da precaução, que a legislação brasileira está sendo aplicada de forma correta e atende à ordem constitucional, devendo ser provida a ADFP para sanar a controvérsia judicial, vedando-se a importação de pneus usados de outros países não componentes do Mercosul.

O Ministro Carlos Ayres Brito seguiu o entendimento exposto pela Relatora, aduzindo que havendo dúvida o princípio da precaução se impõe, interrompe-se a atividade potencialmente lesiva, seja ela de caráter privado ou público.

Os votos que se seguiram, em maioria, acompanharam o voto da Ministra Relatora, razão pela qual foi julgada procedente a ADFP para sanar a controvérsia judicial e serem aplicadas as normas brasileiras que impeçam a importação de pneus usados, salvo aqueles importados dos países do Mercosul.

Portanto, considerando os três julgados encontrados, apesar dos princípios da prevenção e precaução terem sido utilizados argumentos no processo decisório, somente na última decisão obteve-se uma atividade de modo a preventivamente reverter ameaça ao meio ambiente. As duas primeiras decisões optaram por uma interpretação mais restritiva dos princípios ambientais em prol da proteção da ordem econômica. Já a última decisão favorável à proteção do meio ambiente tratou de matéria já regulada por norma internacional da qual o país é signatário, representando a aplicação dos princípios apenas ratificação de uma norma ambiental.

4 COMPARAÇÃO ENTRE O ENTENDIMENTO DO STF, DOCUMENTOS INTERNACIONAIS E A DOCTRINA AMBIENTAL NACIONAL

Seguindo-se o raciocínio exposto na seção anterior verificou-se que o entendimento do STF sobre os princípios da prevenção e precaução consideram que este deve ser aplicado quando houver risco claramente

caracterizado para a ocorrência de danos ao meio ambiente, não devendo ser aplicado sob a mera alegação de a atividade causar dano futuro repercutindo na cessação do desenvolvimento social (ADPF 101/DF e ACO nº 8760/BA).

Também se verificou a aplicação do caráter repressivo dos princípios no voto do Ministro Ricardo Lewandowski (ADI nº 3510/DF), o qual, analisando a disposição do art. 225 da CF/88, entendeu ser necessária a imposição de medidas e até a limitação à atividade que possa gerar riscos de danos ainda não constatados pelos estudos científicos. Contudo, essa tese foi vencida, não sendo possível afirmar que tal entendimento foi incorporado ao entendimento do STF.

Logo, é possível afirmar que as decisões judiciais analisadas empregam conceituação dos princípios da prevenção e precaução. No entanto, como nos votos não há uma análise pormenorizada sobre os princípios, não é possível afirmar que haja uma clara diferenciação entre prevenção ou precaução na jurisprudência.

Quanto ao alcance preventivo e repressivo dos princípios na jurisprudência do STF, a tese ainda é minoritária segundo os julgados analisados. Sobre esse ponto, somente a apreciação de um caso específico em que um dano da perpetrado em que os princípios da precaução e prevenção for suscitado permitirá uma apreciação objetiva sobre a recepção da construção doutrinária pátria sobre o tema.

5 CONCLUSÃO

No presente trabalho foi constatado que os princípios ora abordados guardam relação com os textos legais de direito internacional ambiental. Sua incorporação nas decisões do STF foi progressiva, havendo apenas uma decisão favorável à proteção do meio ambiente com fundamentação parcialmente embasada no princípio da precaução.

Verificou-se na análise dos julgados do STF que há convergência entre jurisprudência e doutrina pátria quanto à conceituação dos princípios da prevenção e precaução, mas por vezes os termos são utilizados como sinônimos, não acompanhando as decisões analisadas o debate quanto à diferença entre os princípios.

A avaliação sobre a recepção da tese doutrinária sobre a possibilidade de aplicação dos princípios na tutela repressiva apresentou-se apenas um voto minoritário, não sendo possível afirmar se tal entendimento

prosperou na Suprema Corte, uma vez que os casos analisados não trataram especificamente sobre o tema.

Logo, partindo-se da pergunta apresentada no início do presente artigo, é possível afirmar que os textos internacionais em matéria de meio ambiente e a doutrina nacional possuem entendimento alinhado acerca dos princípios da prevenção e precaução, percebendo-se a evolução da doutrina doméstica, a qual indica duas formas de aplicação dos princípios: preventiva e repressiva. Ademais, verificou-se que a Suprema Corte aplica os princípios da prevenção e precaução quando da análise de atividades que possam gerar danos ambientais, fundamentando-se as decisões apenas em disposições constitucionais e fontes doutrinárias domésticas, mas com alcance prático mais restritivo do que propõe a interpretação doutrinária quando da ponderação feita entre o dever de proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado e a promoção da ordem econômica, ambas resguardadas constitucionalmente.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BAPTISTA, Zulmira Maria de Castro. *Direito internacional público contemporâneo interesses difusos*. São Paulo: Pillares, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens de Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. 2. tiragem, São Paulo: Saraiva, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEITE, José Rubens de Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Sociedade de risco e estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens de Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. Princípio da precaução no direito brasileiro e no direito internacional e comparado. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (orgs.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, sem data. Belo Horizonte: Del Rey, p. 336-355. Disponível em: <http://www.marcelodvarella.org/marcelodvarella.org/Meio_Ambiente.html>. Acesso em: 05 mar.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RAMOS, Luciana de Oliveira; SCHORSCHER, Vivian Cristina. Método de caso. In: GHIRARDI, José Garcez (coord). *Método de ensino em direito: conceitos para um debate*. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIBEIRO, Alessandra Ferreira de Araújo. Direito Internacional Ambiental e Advocacia Pública. In: BENJAMIN, Antonio Herman; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (coord.). *Direito ambiental e as funções essenciais à justiça* o papel da advocacia de estado e da defensoria pública na proteção do meio ambiente. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

SADELEER, Nicolas de. Comentários sobre o status no direito internacional de três princípios ambientais. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (orgs.). *Proteção internacional do meio ambiente. Série Direito Ambiental*, v. 4, Brasília: Unitar, UniCEUB e UnB, p. 34-87, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. WOLD, Chris. NARDY, Afrânio José Fonseca. *Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 37-116, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *RT*, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVA, Solange Teles. Princípio da precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU,

Ana Flávia Barros (orgs.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, sem data, p. 85-100. Disponível em: <http://www.marcelodvarella.org/marcelodvarella.org/Meio_Ambiente.html>. Acesso em: 05 mar. 2014.

SCHMIDT, Cíntia. Princípios de direito ambiental. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 69, set./out. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=75411>>. Acesso em: 7 fev. 2017.

VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional econômico ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WOLD, Chris. Introdução ao estudo dos princípios de direito internacional do meio ambiente. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio José Fonseca. *Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 5-31, 2003.

WOLFRUM, Rudiger. O princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (orgs.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, sem data., p. 24-39. Disponível em: <http://www.marcelodvarella.org/marcelodvarella.org/Meio_Ambiente.html>. Acesso em: 05 mar. 2014.

RECEBIDO EM: 13/06/2016

APROVADO EM: 19/09/2016

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA FRANÇA: DA IMPOSSIBILIDADE AO ENTUSIASMO

*JUDICIAL REVIEW OF CONSTITUTIONALITY IN FRANCE: FROM
IMPOSSIBILITY TO ENTHUSIASM*

Eugênio Facchini Neto

*Doutor em Direito Comparado (Florença/Itália), Mestre em Direito Civil (USP).
Professor Titular dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da
PUC/RS. Professor e ex-diretor da Escola Superior da Magistratura/AJURIS.
Desembargador do TJ/RS.*

Leonardo Tricot Saldanha

*Doutorando da PUC/RS. Mestre em Direito Público pela UFRGS
Professor de Direito Constitucional do UniRitter, FEMARGS e ESMAFE*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Lei Como Expressão da Vontade Geral e o Controle de Constitucionalidade. 1.1 Algumas Ideias Herdadas da Revolução Francesa; 1.2 A Dificil Adequação do Controle de Constitucionalidade à Supremacia da Lei; 2 A Lenta Aceitação do Controle de Constitucionalidade na França; 2.1 O Conselho Constitucional Francês e a Questão Prioritária de Constitucionalidade; 2.2 A Renovação da Democracia Por Meio da “Legitimidade Reflexiva” – Um Entusiasmo Infantil?; 3 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente texto analisa os elementos que levaram ao culto à lei na realidade política francesa pós-revolucionária, bem como os motivos que fizeram com que o controle de constitucionalidade tardasse tanto a, lá, chegar, especialmente no modelo repressivo. Após, apresenta a instituição de tal controle, prévio em 1958, repressivo em 2008. Apresenta e discute posições doutrinárias favoráveis a tal controle para, por fim, concluir no sentido da menor função que o controle possui na França, se comparado a outros países, bem como vincula tal debate à discussão sobre as concepções contemporâneas de democracia.

PALAVRAS-CHAVE: França. Culto à Lei. Controle de Constitucionalidade. Questão Prioritária de Constitucionalidade.

ABSTRACT: The present text analyzes the elements that led to the cult of law in post-revolutionary French political reality, as well as the reasons why constitutional control took so long to be accepted, especially in the repressive model. Afterwards, it presents the institution of such control, previous in 1958, repressive in 2008. It presents and discusses doctrinal positions favorable to such control in order to conclude in the sense of the smaller function that constitutionality control has in France, when compared to other countries, as well as linking such debate to the discussion on contemporary conceptions of democracy.

KEYWORDS: France. Cult of the Law. Control of Constitutionality. Priority Question of Constitutionality.

INTRODUÇÃO

A relação dentre as fontes do direito e o estabelecimento de uma hierarquia entre elas marcam os diversos momentos na história da humanidade. Decidir qual é a fonte mais importante e estabelecer qual o órgão competente para dizer a última palavra a respeito, são questões fundamentais para saber que tipo de sociedade se quer construir.

A tradição francesa pós-revolucionária possui uma resposta muito clara para a questão. A fonte do direito que deve prevalecer é a lei, reflexo da vontade geral que o parlamento expressa. Só a lei pode manter a unidade nacional e a origem popular do poder ao mesmo tempo – o que não é engenharia fácil. Por muito tempo se acreditou que somente o parlamento tem a legitimidade oriunda do voto popular para, em nome deste, editar as normas que a sociedade deseja para si. O representante eleito do povo, imbuído de espírito cívico e de uma perfeita compreensão das necessidades da nação, editaria – assim dizia a ideologia então dominante, oriunda do iluminismo setecentista – as normas que a sociedade necessitaria a cada momento de sua história. Ao judiciário, nesta concepção, nada restaria senão assumir seu papel de simples ‘boca da lei’, sendo os juízes “seres inanimados, que não podem moderar nem a sua [da lei] força, nem o seu rigor” (na conhecida visão de Montesquieu, expressa no seu *De l’Esprit de lois*, de 1748). Como as normas editadas pelo legislador seriam supostamente completas (pois não haveria lacunas – tudo estaria previsto na lei), claras (os textos normativos não conteriam ambiguidades) e coerentes (pois não haveria antinomias), ao magistrado não caberia mais do que simplesmente aplicar a solução abstrata e previamente dada pelo legislador, para resolver o caso concreto. Seu raciocínio seria simples e mecânico, construído na forma de um silogismo formal, onde a premissa maior seria a lei, a premissa menor seria o fato a ser julgado, extraindo-se da subsunção do fato à norma a única conclusão possível.

Dentro dessa visão do universo normativo, entende-se não haver espaço para um controle de constitucionalidade, muito menos por um juiz, visto como mero funcionário público, sem legitimidade democrática para opor reparos à ou para neutralizar a obra do legislador.

Acrescente-se a isso o fato de que as constituições francesas da última década do século XVIII e ao longo do século XX praticamente se restringiram a disciplinar as relações entre os órgãos públicos, organizando o poder e estabelecendo as competências daqueles. Chegou-se a dizer que as constituições daquele período eram verdadeiros ‘códigos do direito público’,

cabendo ao código civil a função de ‘constituição do direito privado’, já que era neste que se encontravam positivados os valores jurídicos mais caros à sociedade burguesa de então: a propriedade privada e a liberdade contratual, bem como a regulação da família patriarcal.

Todo esse ‘mundo da segurança’ (Stefan Zweig) desaparece em razão dos trágicos eventos do século XX. Os horrores perpetrados pelos regimes nazista e fascista, bem como, em doses menores, pelos regimes totalitários da Espanha (franquismo), Portugal (salazarismo), Grécia (governo dos coronéis), ditaduras latino-americanas e outros, fez com que a sociedade perdesse a ingenuidade de acreditar que as leis sempre cumpririam seu papel de responderem às necessidades sociais e de protegerem os cidadãos. Boa parte das maiores atrocidades cometidas ao longo do ‘breve século XX’ (Eric Hobsbawn) foram feitas sob a égide da lei. Legisladores dóceis ou amedrontados, diante de um Executivo forte, não constituem anteparos suficientes para a proteção da sociedade e de seus cidadãos.

O novo constitucionalismo que surge das cinzas da segunda guerra mundial altera radicalmente esse quadro. Passou-se a entender que as Constituições devem ficar fora do alcance de maiorias parlamentares ocasionais. Devem elas entrincheirar os valores mais caros à sociedade, albergar os horizontes traçados de forma permanente para a nação, posicionar-se não só sobre a organização do Estado, mas também indicar os alicerces sobre os quais deve a sociedade e a vida privada se estabelecerem. As Constituições passam verdadeiramente a ‘constituir’ a sociedade.

Como essas Constituições são fruto de democracias plurais e tendencialmente tolerantes, os valores nelas consagrados igualmente refletem essa pluralidade de visões de mundo. Como as Constituições são feitas para durar, devem elas conter normas com flexibilidade e abertura suficientes para permitir os experimentos sociais que o futuro possa recomendar, bem como absorver as mudanças que o jogo eleitoral necessariamente impõem. Suas normas, portanto, são substancialmente principiológicas, abertas, flexíveis.

Esse pluralismo de valores, aliado à vagueza de suas normas, faz com que conflitos hermenêuticos surjam. Já não é mais tão simples saber se uma determinada norma ou política pública contraria ou não a Constituição.

No momento em que se passa a entender que as Constituições e suas normas principiológicas se impõem ao legislador, resulta claro que o controle da adequação do produto legislativo ao comando constitucional

não mais pode ficar sob a batuta do próprio legislador. Num sistema democrático de divisão de poderes, tal controle deve ser sonegado aos poderes políticos e entregue a um poder mais neutro, com legitimidade mais técnica do que política. Ou se confere tal controle ao próprio Poder Judiciário, difusamente ou através de seu órgão de cúpula, ou se criam cortes constitucionais autônomas, com a função de exercitar tal controle.

Afastando-se do modelo norte-americano e de sua tradição bicentenária, a opção europeia aperfeiçoou o modelo kelseniano, experimentado na Áustria já em 1920, criando cortes constitucionais autônomas, com a missão de controlar a constitucionalidade das normas. A competência, composição, formas de acesso, variam de país a país. Em comum, porém, há o fato de que essas cortes se mostraram à altura do desafio, transformando-se em verdadeiros baluartes dos direitos fundamentais dos cidadãos, protegendo as minorias, evitando radicalizações, influenciando o desenvolvimento inclusive do direito privado, através de uma interpretação das normas privadas em conformidade com a constituição.

A França, porém, herdeira de uma forte tradição ‘legictrista’, resistiu. Sua primeira constituição pós-segunda-guerra, a de 1946, instituiu um *Comité Constitutionnel*, que praticamente restou inoperante. A Constituição de 1958, ainda vigente, alterou o cenário com a criação do *Conseil Constitutionnel*, com a missão de efetuar um controle prévio de constitucionalidade – verdadeira ‘jaboticaba’ francesa.

Tecnicamente, o *Conseil Constitutionnel* não é um ‘tribunal’, mas sim um ‘Conselho’. Isto porque ele não foi originariamente concebido como um tribunal voltado ao controle de constitucionalidade e proteção dos direitos fundamentais. Tratava-se de um órgão concebido para dirimir conflitos sobre a competência normativa do Executivo e do Legislativo, evitando que um dos poderes editasse normas que invadissem a seara do outro (na verdade, a intenção de De Gaulle era evitar que o Legislativo viesse a aprovar leis em matérias que a Constituição deixava para a competência regulamentar do Executivo), bem como resolver litígios eleitorais. Sua atual função alterou-se significativamente, embora nem sua estrutura, nem a forma procedimental de agir, tenham se alterado para se parecer mais como uma Corte de justiça. Somente quando decide conflitos eleitorais é que sua atuação se parece mais como um tribunal, em termos procedimentais¹.

1 Nesses termos, BELL, John. *Judiciaries within Europe. A Comparative review*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 49.

Durante os cinquenta anos seguintes, somente no pequeno interregno entre a aprovação, pelo Parlamento, de um projeto de lei, e a sua sanção presidencial é que alguns legitimados poderiam suscitar, junto ao *Conseil*, a questão da constitucionalidade do referido projeto. Caso o *Conseil* rejeitasse a arguição, ou não fosse acionado, a lei, uma vez sancionada, não mais poderia ser questionada sob o argumento de sua inconstitucionalidade.

Todavia, na reforma constitucional de 2008, criou-se um instituto que, ideologicamente, contradiz os valores revolucionários. Trata-se da Questão Prioritária de Constitucionalidade, que possibilita a prevalência de vontade outra que não a do parlamento. Pela primeira vez, em solo francês, uma lei em vigor passa a poder ser questionada sob o ângulo de sua higidez constitucional.

O presente texto procura evidenciar, na primeira parte, os motivos pelos quais a França possui uma particular noção de lei, uma noção que é própria, deriva da história do país e que é de difícil exportação. Explica, ainda, por que o controle de constitucionalidade tardou tanto a, lá, surgir, sobretudo no seu modelo repressivo. Na segunda parte, o texto expõe o surgimento da função de controle prévio de constitucionalidade atribuída ao Conselho Constitucional pela Constituição da Vª República (1958), bem como o recente surgimento da função repressiva. Após, apresenta as notas elogiosas que a Questão Prioritária de Constitucionalidade tem recebido da doutrina francesa, discutindo-as.

1 A LEI COMO EXPRESSÃO DA VONTADE GERAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A lei, como passou a ser compreendida na França após a Revolução, é a rainha das fontes. Sobre sua primazia construíram-se a noção de Estado de Direito, de legalidade, de Direito Penal Liberal. O grande trunfo do parlamento como origem e motor principal do direito assenta-se em características reais, mas também simbólicas, que ele possui, especialmente diante da convicção da legitimidade democrática dos representantes do povo para expressar a *volonté generale* de que falava Rousseau.

Segundo essa tradição, a lei, como expressão direta da vontade geral, necessariamente devia ser respeitada pelos demais poderes. Em comprovação disso, lembre-se de um acórdão da Corte de Cassação, no início do século XIX, ao afirmar que “la loi du 8 octobre délibérée et votée dans les formes prescrites par la charte fait la règle des tribunaux et ne peut être attaquée devant eux” (em tradução livre : A lei de 8 de outubro,

deliberada e votada com observância das formas prescritas pela Carta (constitucional), impõe-se aos tribunais e não pode ser atacada perante eles).² Isto barrou, por quase dois séculos, a implementação do controle de constitucionalidade.

A concepção da primazia da lei, porém, embora se assentando sobre uma experiência política muito específica, acabou disseminando-se por suas inerentes qualidades racionais e por atender aos anseios da classe média que ao longo do século XIX passou aos poucos a chegar ao poder político nas várias nações ocidentais.

1.1 ALGUMAS IDEIAS HERDADAS DA REVOLUÇÃO FRANCESA

A França moderna é resultado de Revolução Francesa. O primeiro dado que deve ser ressaltado é o nível de ruptura que a revolução representou. A ascensão do liberalismo em todos os países ocidentais gerou uma importante mudança nos campos jurídico, econômico, político, estético. Mas só na França os valores do *ancien régime*, monarquista, absolutista e fundado em classes sociais estanques, foi atacado com tamanha força. Se a revolução inicia burguesa e nobiliária, ela adquire, com o passar do tempo, um aspecto popular e incontrolável³. Os mesmos nobres progressistas que apoiaram o início da revolução foram guilhotinados no segundo ano da mesma; bens rurais foram expropriados, direitos medievais extintos. O clero deixou de ser protegido pelo Estado. O sistema judiciário (*noblesse de robe*) existente foi extinto e recriado integralmente.

Um segundo dado relevante é a obsessão da Revolução com a questão da igualdade formal. Se a igualdade material foi sendo, aos poucos, relegada a um segundo plano (com a derrota e o assassinato de Jean-Paul Marat, por exemplo), a igualdade formal erigiu-se como ideia central da revolução. O antigo regime preservava, ainda que modificada, a ideia de pluralismo jurídico medieval. O pluralismo não podia ser, mais, territorial, já que a soberania absolutista o impedia. Mas se manifestava na diversidade de normas que vigoravam para as distintas classes sociais – o direito que se aplicava à nobreza não era o mesmo que se aplicava ao clero, e um terceiro se aplicava ao povo⁴. Havia, ainda, uma *Lex mercatoria* que os

2 Acórdão citado por FROMONT, Michel. "La Justice Constitutionnelle en France ou l'exception française". In: *Mélanges Conac*. Paris: Econômica, 1998. p. 179.

3 TULLARD, Jean. *História da Revolução Francesa: 1789 – 1799*. Tradução de Sieni Maria Campos. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989. p. 12.

4 DE LA BRETONNE, Restif. *As Noites Revolucionárias*. Tradução de Marina Appenzeller e Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Estação Liberdade, 1989.

comerciantes aplicavam em suas relações, em tribunais por eles mesmo criados (os tribunais consulares), um direito canônico que regia amplas áreas do direito de família, sem falar nos usos e costumes locais e regionais. A fragmentação jurídica, portanto, era intensa. A extinção de privilégios beneficia a ideia de unidade jurídica – só há uma lei aplicável a todos os franceses, numa única nação francesa.

Uma sociedade de iguais (formalmente) passou a ser a chave de compreensão da Revolução. Os próprios representantes do povo deveriam ser guindados a essa condição por aclamação, pois a simples ideia de eleição traria consigo um ‘quê’ de desigualdade. Toda a experiência de poder nos primeiros anos da República passava sempre pelo Parlamento, pois ministros não poderiam ter um poder próprio que não se assentasse, de alguma forma, no poder popular. Em 1794, por exemplo, uma lei extinguiu todos os ministérios, já que só comitês ligados diretamente à assembleia poderiam representar o povo⁵.

Analisando à distância, não é absurdo que o modelo de lei mais antigo – o unanimista – tenha prevalecido na Revolução. A unanimidade é um valor político tradicional. Se tomarmos o clássico acrônimo SPQR (Senatus Populusque Romanus), usado durante várias fases da Roma antiga, ele significa a unidade entre todo o povo e o Senado. Tanto que não há instituições voltadas à parcialidade – os rituais públicos eram de unanimidade. Entre os germânicos antigos, rei e povo se confundem, sendo a palavra *Kin* a que designava povo, e a que resultou em rei.

Com outra roupagem, muito mais racional e científica, a ideia de lei como unanimidade do povo ou da Nação sobrevive durante a Revolução (e, a rigor, sobrevive até os nossos dias). Jean Jacques Rousseau usa o termo “vontade geral” para diferenciar a vontade dos indivíduos, ou da soma dos indivíduos. Não se chega à vontade geral por meio da soma de interesses, mas ao procurarmos os interesses da Nação. Diz Rousseau:

“O povo, por si, quer sempre o bem, mas por si nem sempre o encontra. A vontade geral é sempre certa, mas o julgamento que a orienta nem sempre é esclarecido. É preciso fazê-la ver os objetos tais como são algumas vezes como eles devem parecer-lhe, mostrar-lhe o caminho certo

5 ROSANVALLON, Pierre. *Les métamorphoses de la légitimité* (la démocratie au XXIème siècle, III). Disponível em: <<http://www.college-de-france.fr/site/pierre-rosanvallon/course-2008-01-09-10h00.htm>>. Acesso em: 5 maio 2016.

que procura, defendê-la da sedução das vontades particulares... Eis donde nasce a necessidade de um legislador.”⁶

O legislador deve possuir uma “inteligência superior, que visse todas as paixões dos homens e não participasse de nenhuma delas”⁷. Difícil é a atividade de legislar, e forte o poder que forma a lei.

O modelo de lei que se percebe em Montesquieu é um pouco diversa, mais ligada à ideia de suprema razão. A lei não seria verdadeiramente um ato de vontade, mas seria neutra por ser necessária.⁸ Parece haver um jusracionalismo maior no pensamento de Montesquieu do que no de Rousseau, algo mais Leibniziano; mas ambos os autores posicionam a lei em lugar bem distante da vontade, da negociação de interesses, de acordo possível - ou seja, de tudo aquilo que representa a lei em uma democracia pluralista de nossos dias.

Também Sieyès afirma, em inúmeros discursos⁹ que a vontade da Nação é a vontade da unanimidade. Argumenta, porém, que a maioria pode ser equivalente à unanimidade, legitimamente, pois: 1) os membros da associação decidiram, unanimemente, aceitar que a maioria se equiparasse à unanimidade - há, assim, uma unanimidade mediata, renovada a cada decisão; 2) a unanimidade mediata não é menos valiosa do que a unanimidade real. Assim, Sieyès já prevê a possibilidade do dissenso. Mas vê o dissenso como um mal, a ser superado, nem que fosse por artifícios - nos debates parlamentares, os votos vencidos só começaram a ser anotados em atas em 1840¹⁰, e a dissidência seguiu, por muito tempo, sendo ameaça à lógica democrática da época.

Essa visão unanimista pode parecer-nos estranha e completamente afastada da visão pluralista que acreditamos marcar as democracias modernas. Vemos, hoje, os parlamentos como espaços de negociação e de debate, em que vários interesses colidem para se decidir qual, ou quais, devem prevalecer. O parlamento é visto, de forma mais relevante

6 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução não identificada. Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 108.

7 *Ibidem*, p. 109.

8 GAZZOLO, Tommaso. ¿Una “definición” de leyes? Montesquieu y las leyes-sin-ley. Tradução de Antonio Hermosa Andújar. In: *Araucaria*, v.18 (36), p.189-209. Sevilla: Unidade Editora da Universidade de Sevilla, 2016.

9 ROSANVALON, op. cit., podcast 3.

10 *Idem*, *ibidem*.

após a segunda guerra mundial, como o espaço da diversidade - isso por que o totalitarismo criticava, exatamente, a divisão do povo, exaltando a unanimidade.

Politicamente, mesmo em nossos dias, o conteúdo do discurso político é de exclusão do outro. Se a regra da maioria conseguiu prevalecer, isso ocorreu sem grandes entusiasmos, apenas pela importância prática que tem para a solução de problemas reais.

1.2 A DIFÍCIL ADEQUAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE À SUPREMACIA DA LEI

O controle de constitucionalidade parte do pressuposto que uma lei saía, ou que esteja prestes a sair, do parlamento pode ser inconstitucional, ou seja, que ela possa ser agressiva aos valores fundantes da sociedade. Além disso, aceitar o controle de constitucionalidade implica em atribuir a outro órgão, que não o parlamento, o poder de dar a última palavra sobre questões normativas.

Tais implicações são de difícil aceitação para o pensamento majoritário da Revolução Francesa. Não, porém, para Condorcet. O filósofo defendia que a soberania popular deveria se expressar por diversos meios. O povo é duplo, triplo, muitas vezes múltiplo. E, por isso, uma multiplicidade de órgãos deveria encarnar esse povo multifacetário. Seu herdeiro intelectual, Hérault de Séchelles, encaminha o projeto que resultou na Constituição de 1793, em que constavam dois artigos no título “Da Soberania do Povo”:

Art. 1. O povo exerce sua soberania nas Assembleias Primárias.

Art. 2. Ele nomeia imediatamente seus representantes e os membros do Júri Nacional.¹¹

Todo o cidadão poderia recorrer a esse júri que visa sancionar os atos do poder constituídos e a bloquear sua ação para proteger os cidadãos da opressão do corpo legislativo e do conselho executivo¹².

A proposta tinha por objetivo proteger o povo contra eventuais abusos dos poderes constituídos. Apesar de não ser um órgão judicial,

11 ROSANVALLON, Pierre. *La contre-democratie*. Paris: Seuil, 2014, p. 141. Traduções, sempre, dos autores deste texto.

12 *Ibidem*, p. 142.

há clara semelhança em termos de funções com o que, hoje, é realizado pelo Poder Judiciário. “Mas essa apreensão bicéfala da soberania do povo é vivamente rejeitada pela Convenção, seguidora de um culto jacobino da totalidade: a soberania só soube se definir, na França, como sob o Um”.¹³ Uma instância de controle sobre aquele que exerce a soberania era tido como uma limitação da própria soberania.

Segundo Robespierre, a verdadeira finalidade de um tal júri seria impedir que o povo se rebelasse contra situações tirânicas. Um povo acostumado a reclamar para um órgão estatal quando se sente injustiçado é um povo domesticado, incapaz de se revoltar. E esse era, verdadeiramente, o pensamento de Condorcet: institucionalizar a insurreição, evitando que danos laterais e nefastos prevalescessem. Já aí, e de forma muito clara, a ideia de um controle externo ao do parlamento foi rejeitada muito veementemente.

A ideia de reflexão é a que embasa um poder moderador sobre o parlamento. Referido poder teria uma ligação com a história, com a manutenção de certos valores que são permanentemente importantes a uma comunidade política. Ora, nada disso é simbolicamente compatível com o momento revolucionário, que é o momento da mudança. O pensamento reflexivo é um pensamento conservador. E os revolucionários franceses não entendiam ser o momento de conservar. Rousseau, a respeito, defendia a ideia de democracia imediata. Feita a proposição, um cidadão deveria olhar nos olhos do outro e perceber qual a melhor decisão a ser tomada, e deveria tomá-la imediatamente, sem reflexão, a partir de um tipo de eletricidade moral. Se deixarmos os padres e os ricos falarem, seremos convencidos. Então, ao presente, pois só o presente pode ser revolucionário. Daí emergem várias ilusões típicas daquele momento: a revolução contínua, a democracia pura, sem intermediários, a ética e a estética da barricada.¹⁴

Mas há outras razões que explicam essa aversão a um controle de constitucionalidade efetuada por um órgão de natureza jurisdicional. Uma das razões é histórica. Trata-se da recordação permanente das interferências abusivas na esfera dos outros poderes que os juízes do *ancien régime* frequentemente perpetravam. De fato, os *Parlements* (tribunais de apelação do *ancien régime*) dispunham de amplos poderes – e não só jurisdicionais. Tais tribunais, que graças ao princípio da hereditariedade e da venalidade

13 ROSANVALON, op. cit.

14 ROSANVALON, Pierre. *Les métamorphoses de la légitimité* (la démocratie au XXI^{ème} siècle, III) Podcast 9.

dos cargos tornaram-se bastante independentes, eram tidos como guardiões das ‘leis fundamentais do reino’ (*‘lois fondamentales du royaume’*) e, através do *droit d’enregistrement* (direito de registro), dispunham de um notável controle sobre os atos legislativos régios. Através do ‘registro’ dos atos normativos do soberano controlava-se se tais atos eram ou não compatíveis com as “leis fundamentais do reino”, tidas como tais de acordo com a mundivisão dos próprios magistrados. Caso entendessem pela incompatibilidade, o registro era negado e, com isso, os atos normativos não entravam em vigor¹⁵. Além disso, em casos de lacuna normativa, podiam pronunciar *arrêts de règlement*, de natureza substancialmente legislativa.¹⁶ Esta atividade envolvia uma verdadeira produção de normas gerais e abstratas, enunciadas em forma escrita e, portanto, dotadas de caráter ‘legislativo’, às quais as cortes se sujeitariam, futuramente, ao apreciar controvérsias concretas.¹⁷

Mas os *Parlements* franceses não se colocaram em rota de colisão somente com a realeza: o tom frequentemente reacionário das suas decisões e a obstinada defesa dos privilégios de sua classe (alguns dos quais tidos como absolutamente intoleráveis, como a venalidade dos cargos ou a remuneração dos juízes diretamente pelas partes em conflito), justificaram a profunda aversão dos liberais. Estima-se que cerca de 90% dos juízes do antigo regime pertenciam à nobreza, antes que se adotasse o regime da venalidade dos cargos da magistratura. Isto era um requisito ainda mais importante do que uma láurea em Direito. Assim, o termo “*aristocratie thémistique*” era realmente apropriado¹⁸. Essa aversão dos liberais a esta “aristocracia de toga” acarretou não só a supressão dos *Parlements* nas reformas revolucionárias de 1789/1790, mas também explicam a profunda desconfiança e antipatia nutrida pela classe política surgida posteriormente à revolução, em relação ao judiciário francês¹⁹.

Outra razão desta aversão, embora ligada à primeira, é de natureza ideológica. Pense-se em Montesquieu e a uma leitura redutiva da doutrina da

15 PIZZORUSSO, Alessandro. *L'organizzazione della giustizia in Italia - La magistratura nel sistema politico e istituzionale*. Torino: Einaudi, 3. ed. 1990. p. 31.

16 DE VITA, Anna. La responsabilità civile del giudice e dello Stato come problema nel diritto francese. In: *Il Foro Italiano*, v. CII, fasc. 9, n. 76, p. 30-31, 1979.

17 PIZZORUSSO, Alessandro. *Sistemi giuridici comparati*. Milano: Giuffrè, 1995. p. 209.

18 Nesses termos, CAENEGEN, Raoul C. Van. I signori del diritto (tradução italiana de Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History). Milano: Giuffrè, 1991. p. 162, n. 15. Sobre o caráter reacionário da magistratura francesa do antigo regime, v. CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 1979. p. 84.

19 PIZZORUSSO, op. cit., p. 32.

separação de poderes, da qual se deduzia a impossibilidade da interferência dos juízes na esfera do poder legislativo.²⁰

Todavia, o “envelhecimento” da Revolução faz com que argumentos a favor da reflexividade fossem ganhando espaço. Por um lado, há argumentos a partir da preservação dos princípios republicanos, presentes na constituição. Por outro, a unidade da vontade geral, ainda que expressos em momentos muito diversos da história. Era hora de implementar o controle de constitucionalidade na França: inicialmente, apenas na modalidade prévia. Desde 2008, na forma repressiva também. É a história que passamos a contar.

2 A LENTA ACEITAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA FRANÇA

É interessante notar que todas as vezes em que se tentou experimentar um controle de constitucionalidade das leis na França, esta função foi confiada a um órgão de natureza não judiciária. Assim ocorreu, por exemplo, com a Constituição do ano VIII (1799), que, nos seus artigos 21 e 28 confiava tal controle ao *Sénat Conservateur*, formado por sessenta, depois oitenta, senadores nomeados vitaliciamente com o objetivo de controlar a constitucionalidade. Apesar de suas boas intenções, tal órgão não teve nenhuma efetividade.

Posteriormente, na Constituição de 1852, sob o governo de Luis Napoleão, um tal controle foi atribuído ao *Sénat* (art. 25-28)²¹.

Um experimento um pouco mais ousado (segundo os parâmetros franceses) foi feito em 1946, com a Constituição da IV República. Desta vez confiou-se ao *Comité constitutionnel* um poder bastante limitado de controle preventivo (e esta é a ideia que depois passará à Constituição da V República) da constitucionalidade das leis. Se entendesse que a lei era inconstitucional, reenviava a lei para o Parlamento. Se o Parlamento aprovasse novamente a lei, essa só entraria em vigor após uma reforma da Constituição.

Todavia, apesar de dotado de certa autonomia, o *Comité Constitutionnel* era composto por personalidades políticas e não tinha autoridade legal para

20 CAPPELLETTI, Mauro. *Le pouvoir des juges*. Paris: Economica e Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1990. p. 81ss.

21 Sobre estes experimentos, consulte-se RIVERO, Jean “Les garanties constitutionnelles des droits de l’homme en droit français ». *Revue internationale de droit comparé*, v. 29, p. 10, 1977.

impor suas decisões aos poderes públicos. Sua insignificância institucional é evidenciada pelo fato de que em doze anos de existência, nenhuma lei foi reconhecida contrária à Constituição²².

Nos últimos cinquenta anos, porém, passou-se do ‘legicentrismo’ herdado da Revolução ao pleno reconhecimento do princípio da superioridade da Constituição. Esta passagem se deve fundamentalmente à obra do *Conseil Constitutionnel*²³, que aprofundou a contribuição anteriormente dada pelo *Conseil d’État* a esse respeito, e estendeu seus efeitos para além do direito administrativo²⁴.

Na arquitetura da constituição de 1958, a instituição do *Conseil Constitutionnel* respondia à necessidade de tutela da nova repartição dos poderes normativos entre o legislativo e o executivo, com vantagem para o segundo. Na realidade, sabe-se que os três grandes artífices da Constituição de 1958 (o General De Gaulle, Michel Debré e os Ministros de Estado) chegaram a um acordo relativamente à organização do poder somente quanto ao que não desejavam: a rejeição ao parlamentarismo de tradição francesa e ao presidencialismo no estilo norte-americano. Descartados estes modelos, quanto à nova estrutura de poder havia três diversas orientações: uma favorável à maximização dos poderes presidenciais (De Gaulle); outra favorável à ampliação dos poderes do Governo [Primeiro-Ministro] (Debré); enquanto a terceira se inclinava no sentido do parlamentarismo racionalizado (Ministros de Estado). Estas três orientações diversas de alguma forma foram sobrepostas, sem uma efetiva coordenação, já que “cada um escreveu a sua parte na trilogia sem prestar muita atenção na obra do vizinho”²⁵.

De fato, o Conselho Constitucional não foi imaginado para ser uma Corte Constitucional semelhante àquelas previstas nas Constituições alemã e italiana. Foi pensada para preencher outras funções: proteção

22 COSTA, Thales Morais da. Justiça Constitucional. In: COSTA, Thales Morais da (coord.). *Introdução ao Direito Francês*. v. 1. Curitiba, Juruá, 2009, p. 144. Segundo Marcou, o Comité reuniu-se uma única vez, por ocasião de um conflito menor. Foi dito deste órgão que ele era destinado a controlar mais a legalidade da constituição do que a constitucionalidade das leis – nestes termos, MARCOU, Jean. *Justice constitutionnelle et systèmes politiques*, Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, p. 112, 1997.

23 AMIRANTE, Domenico. *Giudice costituzionale e funzione legislativa - L'esperienza francese*. Padova: Cedam, p. 9ss, 1991.

24 BERMANN, George A.; PICARD, Etienne. *Introdução ao direito francês*. Rio de Janeiro: Forense, 0. 94, 2011.

25 Segundo DUHAMEL, O., citado por AMIRANTE, Domenico. *Giudice costituzionale e funzione legislativa - L'esperienza francese*. Padova: Cedam, p. 27-28, n. 9,1991.

do executivo contra usurpações normativas do Legislativo, controlar o processo eleitoral e examinar a constitucionalidade dos tratados e convenções internacionais²⁶.

O desejo maior era evitar o retorno a um regime de proeminência parlamentar. Tanto é verdade que o Conselho Constitucional substancialmente jamais interveio nas relações entre o Presidente da República e o Primeiro-Ministro²⁷. Na eventualidade de uma lei abordar matéria de competência regulamentar, o Conselho poderia ser acionado para o fim de “*délégation*” da lei. Deve ser realçado, porém, que sempre se reconheceu uma presunção (relativa) de constitucionalidade da lei, cabendo ao proponente a demonstração do desbordamento.

A evolução posterior, porém, mostrou um Conselho que se preocupa mais em limitar e controlar os poderes do governo do que aparecer como seu defensor perante o Parlamento. Além disso, este órgão, a partir dos anos setenta, demonstrou ser um verdadeiro protetor das liberdades individuais e dos direitos fundamentais. Em uma célebre decisão de 1971²⁸, o *Conseil Constitutionnel* afirmou que seu poder não estava limitado ao exame da compatibilidade da norma frente ao disposto nos artigos 34 e 37 da Constituição (que elencavam os poderes normativos do Parlamento e do Executivo, respectivamente), mas sim se estendia à verificação da compatibilidade da norma em relação à integridade da Constituição.

Esse movimento se deu através da ampliação do chamado *bloc de constitutionnalité*. Ou seja, as leis deviam respeitar não somente os diversos artigos da Constituição, mas também os princípios contidos no seu preâmbulo (bem como aquele da Constituição de 1946, ao qual faz referência o preâmbulo da Constituição de 1958), assim como os

26 BELL, John; BOYRON, Sophie; WHITTAKER, Simon. *Principles of French Law*. New York: Oxford University Press, 1998. p. 150.

27 FAVOREU; PHILIP, op cit., p. 3.

28 Sobre esta decisão e sua importância paradigmática, veja-se M. Cappelletti, “Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1978, p. 1391, e FAVOREU, Louis & PHILIP, Loïc, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*. 8. ed. Paris: Dalloz, 1995, p. 244s. Muitos se referem a esta fundamental decisão como o *Marbury v. Madison* francês - Domenico Amirante, *Giudice costituzionale e funzione legislativa*. L'esperienza francese. Padova, Cedam, 1991, p. 25, n. 2; D. Tallon, “The Constitution and the Courts in France”, 27 *American Journal of Comparative Law*. 1979, p. 567s; Frederick L. Morton, “Judicial Review in France: A Comparative Analysis”, 36 *American Journal of Comparative Law* 1988, p. 90. L. Hamon refere-se a esta decisão como “o segundo nascimento do Conselho Constitucional” - HAMON, Léo. *Les juges de la loi*. Paris : Fayard, 1987, p. 159 e seguintes; BELL, John. “Principles and Methods of Judicial Selection in France”, 61 *Southern California Law Review* 1988, p. 1786s.

princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República²⁹. Destes princípios poder-se-ia deduzir a natureza legislativa da norma, ainda que a matéria não estivesse incluída no elenco do art. 34 da Constituição. Posteriormente, com a decisão de 27 de dezembro de 1973³⁰, estendeu-se o *bloc de constitutionnalité* até mesmo aos princípios contidos na Declaração de Direitos do Homem, de 1789, à qual os preâmbulos das Constituições de 1946 e de 1958 também fazem referência.

Se hoje é reconhecida a ausência de uma estrita delimitação entre o domínio legislativo e o regulamentar, isto se deve fundamentalmente às intervenções do Conselho Constitucional. O legislador não observa mais os confins de sua competência e o governo a isso não se opõe. As fronteiras tornaram-se fluídas e flexíveis. A respeito disso, pode-se seguramente sustentar que, na história da V República, a tendência vai no sentido da extensão do domínio legislativo, em detrimento daquele regulamentar. Isso deriva principalmente do aumento das fontes legitimadores da legislação, como, por exemplo, a noção de principio geral de direito que, segundo a jurisprudência do Conselho, pode ser alterada somente por uma intervenção legislativa³¹.

A importância fundamental desta evolução jurisprudencial do Conselho Constitucional reside no fato de que ela conduziu a uma “gradual mas constante constitucionalização das liberdades e dos direitos fundamentais. Isto é particularmente significativo porque ocorre em um ordenamento jurídico-constitucional que, diversamente dos outros ordenamentos europeus contemporâneos, havia omitido a previsão de disposições constitucionais específicas para a proteção das liberdades dos cidadãos”³².

Aos poucos, assim, os argumentos a favor da reflexividade vão ganhando espaço. No momento da feitura da Constituição da Vª República, o controle de constitucionalidade já mostra sinais de vigor especialmente na Alemanha. Especificidades políticas francesas permitiram que o controle surgisse, mas apenas de forma prévia e realizado não propriamente por

29 Sobre o tema, entre outros, Mauro Cappelletti, “Un probleme majeur: contrôle juridictionnel des lois et principe de démocratie. Étude de droit comparé», in: *Le pouvoir des juges*. Paris: Economica e Presses Universitaires d’Aix-Marseille, p. 222, 1990.

30 L. Favoreu e L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 8. ed. Paris: Dalloz, p.277s, 1995.

31 Sobre esse ponto, v. L. Favoreu e L. Philip, *Le Conseil Constitutionnel*. 6. ed. Paris: P.U.F., 1995, p. 112s.

32 GAMBINO, Silvio, “La giustizia costituzionale in Francia. Il “Conseil Constitutionnel” da regolatore dell’attività dei pubblici poteri a garante delle libertà pubbliche”. In: *Politica del diritto*, anno XIX, dezembro de 1988, p. 584.

um órgão jurisdicional, mas sim por um Conselho Constitucional. Por elementos de sua dinâmica interna, referido Conselho ganhou espaço e poder, até o momento em que, por meio de uma mudança constitucional de 2008, foi-lhe reconhecido o poder de declarar a inconstitucionalidade de atos do parlamento já em vigor, por meio da Questão Prioritária de Constitucionalidade. Vejamos como se desenvolveu essa história.

2.1 O CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS E A QUESTÃO PRIORITÁRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Como foi visto, a Constituição francesa de 1958 criou um novo órgão, o *Conseil Constitutionnel*, para realizar o controle prévio de constitucionalidade originariamente apenas quando demandado a tanto pelo Presidente da República, pelo Primeiro Ministro, pelo Presidente da Assembleia Nacional ou pelo Presidente do Senado³³.

Os órgãos citados podiam (e ainda podem) requerer que o *Conseil* analisasse a constitucionalidade do projeto de lei que tivesse sido aprovado pelo Parlamento mas antes de ser sancionado pelo Presidente da República³⁴. Esse controle é, portanto, prévio, e surge de uma questão muito peculiar. A Constituição de 1958 encarna uma prevalência do Poder Executivo sobre os demais poderes. Ela é feita sob auspício direto do general Charles de Gaulle, herói de guerra que só aceitou governar com poderes alargados. A concepção institucional de De Gaulle passa pela clara primazia da Presidência da República sobre os demais poderes. Seus poderes e suas funções são delineados já no início da constituição de 1958, artigos 5 a 19. A Presidência é a tradução, em termos jurídicos, do papel que o general De Gaulle pensava dever desempenhar na França, e efetivamente o desempenhou, de dezembro de 1958 a abril de 1969. Esse papel pode ser sintetizado na tarefa de fazer valer, nas contingências políticas, os interesses permanentes da nação. Ele se via não como um líder político do cotidiano, intérprete de interesses imediatos, particulares, ocasionais, mas um chefe histórico, constantemente ligado ao passado da nação e voltado para o futuro, em uma unidade homogênea de visão e de desenvolvimento³⁵.

33 FRANÇA. *Constituição da 5ª República*. Atualizada, em português em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2016.

34 KAHN-FREUND, LÉVY, RUDDEN. *A Source-Book on French Law*. 3rd. ed. revised by Bernard Rudden. Oxford: Clarendon Press, 1991. p. 96.

35 Nesses termos, ORTINO, Sergio. *Diritto costituzionale comparato*. Bologna, Il Mulino, 1994. p. 313. Uma excelente síntese da evolução institucional francesa, desde a Revolução Francesa até tempos recentes é

Diante de tal contexto histórico, a Constituição deu ao executivo o poder de dispor sobre muitas matérias via regulamento - a rigor, de todas que não estivessem sob expressa reserva legal. O Conselho Constitucional foi criado com o claro objetivo de salvaguardar tais competências do Presidente, evitando que o Legislativo - tão preponderante na história francesa - viesse a exorbitar suas funções constitucionalmente estabelecidas³⁶. Assim, a história do surgimento do Conselho é ímpar na história dos Estados Liberais. Ele não surge para limitar o poder do Executivo, mas, ao contrário, para garantir que tal poder se mantivesse alargado, como desejado pela Constituição.

O Conselho Constitucional é órgão de formação mista, sendo nove membros indicados (três pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembleia Nacional, três pelo Presidente do Senado) para o mandato de nove anos, não renováveis. São ministros vitalícios todos os ex-Presidentes da República que, em geral, preferem não compor o Conselho - exceção que se faz a Valéry Giscard d'Estaing, Presidente de 1974- 1981. Ainda que críticas existam³⁷, a formação do Conselho e o fato da existência de um mandato têm auxiliado no exercício das funções a ele destinadas.

Os estudiosos do *Conseil* acentuam a independência financeira (já que recebem os mais elevados vencimentos dentre os funcionários públicos), política (diante do caráter não renovável dos seus mandatos), frente à opinião pública (já que não devem se manifestar sobre qualquer fato ou evento que possa vir a ser submetido à apreciação do *Conseil*, bem como são obrigados a manter sigilo sobre as deliberações e votos individuais no Conselho, mesmo após terem deixado o cargo³⁸, uma vez que os votos individuais dos conselheiros nunca são tornados públicos³⁹ e, seguindo o

dada por JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. *Comparative Constitutional Law*. 2. ed. New York: Foundation Press, p. 507/509, 2006.

36 Remeta-se a FACCHINI NETO, Eugênio; HENDGES, Carla E. J. E a França piscou - a questão prioritária de constitucionalidade e o fim do controle exclusivamente prévio de constitucionalidade. In: A&C. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 67, jan./mar. 2017.

37 ROUSSEAU, Dominique. op. cit, p. 192. O autor defende que o Conselho Constitucional deva ser refundado, devendo dar importância à competência jurídica e a validação parlamentar.

38 LUCIFREDI, Pier Giorgio. *Appunti di diritto costituzionale comparato*. v. 1, Il Sistema Francese. 7. ed. Milano: Giuffrè, 1994. p. 110.

39 TROPER, Michel. "Direito Constitucional". In: BERMANN, George A.; PICARD, Etienne (org). *Introdução ao Direito Francês*. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 48, e ROSENFELD, Michel. «Comparing Constitutional Review by the European court of Justice and the US Supreme Court». 4 I CON 618, 635 (2006), apud JACKSON, Vicki C.; GREENE, Jamal. "Constitutional interpretation in comparative perspective: comparing judges or courts?" In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Ed.). *Comparative Constitutional Law*. Cheltenham/UK: Edward Elgar, p. 612, 2011.

estilo francês, as decisões são emitidas em nome da Corte como um órgão compacto, sem votos divergentes ou concorrentes, por mais controvertido que seja o caso e por mais que tenha havido divisões internas), frente ao mundo dos negócios (já que não podem exercer qualquer cargo em qualquer empresa pública ou privada) e de uma forma mais geral pelo fato de que normalmente são escolhidos “sábios” na fase final de carreira⁴⁰.

Com o Conselho Constitucional francês ocorreu o que muitas vezes ocorre com as instituições que conseguem durar no tempo. Se ele foi criado como um guardião das atribuições do Presidente da República, foi conquistando um espaço mais alargado, sobretudo na proteção dos Direitos Fundamentais e das liberdades⁴¹, como foi visto.

Posteriormente, a Lei Constitucional 74-904, de 29 de outubro de 1974 alarga a legitimação para que o Conselho Constitucional seja acionado – sessenta deputados ou sessenta senadores podem fazê-lo. Com isso, o Conselho ganha o papel que lhe faltava para ser considerado uma Corte Constitucional, um papel de defensor das minorias. Os derrotados no processo legislativo podem, a partir daí, levar a discussão para novos patamares, com a invocação de argumentos jurídicos.

Mas é com a Lei Constitucional 2008-724 de 23 de julho de 2008 que o passo definitivo é dado, embora a reforma só tenha entrado em vigor em 1º de março de 2010, como previsto pela lei regulamentadora (Lei Orgânica n. 2009/1523, de 10.12.2009. Estabelece-se a Questão Prioritária de Constitucionalidade (QPC), que é o primeiro desembarque do controle repressivo em terras francesas. Se, no curso de um processo, a parte entender que a lei agride direitos fundamentais e liberdades suas (na concepção alargada que vigora em solo francês) pode submeter, por escrito, a QPC para o juiz da causa⁴². Presentes as condições exigidas em lei (que o dispositivo impugnado constitua o fundamento da pretensão ou da defesa de uma das partes, sendo efetivamente pertinente para o julgamento da demanda; que referido dispositivo não tenha sido já considerado constitucionalmente hígido pelo Conselho Constitucional; que a questão apresentada seja séria), o juiz deve transmitir o pedido para

40 Nesses termos, BRANLARD, Jean-Paul. *L'essentiel de l'Organisation judiciaire em France*. 3. éd. Paris: Gualino éditeur, p. 42, 2010.

41 V. a respeito, RIVERO, Jean. *Le Conseil Constitutionnel et les Libertés*. 2. ed. Aix-en-Provence: PUAM, 1987.

42 Procedimento disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite/decouvrir-la-qpc/guide-pratique-de-la-question-prioritaire-de-constitutionnalite-qpc.136976.html>> Acesso em: 29 nov. 2016.

a Corte de Cassação ou para o Conselho de Estado (órgãos de cúpula das Justiças Comum e Administrativa, respectivamente, na França), conforme se trate de um juiz comum ou um juiz administrativo. Essas cortes decidem, em um máximo de três meses, se a QPC deve ser enviada ao Conselho Constitucional, em decisão irrecurável.

Uma vez que o Conselho Constitucional receba a Questão Prioritária de Constitucionalidade, deverá julgá-la em, no máximo, três meses. Para isso, marca-se audiência pública para ouvir sustentações. A decisão, formalmente unânime (já que não são divulgadas eventuais divergências no seio do colegiado), é tomada dias depois. Caso a inconstitucionalidade seja reconhecida, a lei é ab-rogada retroativamente (*ex tunc*), com a possibilidade de modulação de efeitos. Os efeitos são vinculantes, segundo o art. 62 da Constituição da República Francesa.

A nova modalidade de controle aplica-se inclusive aos processos existentes e em curso. A QPC deve ser arguida em petição separada, devidamente fundamentada. Podem ser objeto do novo procedimento as “disposições legislativas aprovadas pelo Parlamento” (expressão que abrange as leis, leis orgânicas ou portarias ratificadas pelo Parlamento). Os demais atos administrativos são controlados pela justiça administrativa (inclusive quanto à sua validade frente à Constituição e ao bloco de constitucionalidade).

Esse controle repressivo tem uma experiência ainda bastante curta. Apesar disso, vem recebendo um olhar benevolente de teóricos, juristas ou não. É de se indagar, porém, se é justificado o entusiasmo que a doutrina francesa tem dedicado ao controle repressivo de constitucionalidade.

2.2 A RENOVAÇÃO DA DEMOCRACIA POR MEIO DA “LEGITIMIDADE REFLEXIVA” – UM ENTUSIASMO INFANTIL?

A adoção de um instrumento de controle repressivo de constitucionalidade no direito francês surpreende por ser o rompimento de um paradigma. Apesar do avanço, há que se reconhecer que a QPC não é tão ampla quanto o controle de constitucionalidade há muito praticado em outros países europeus. Nem é tão acessível quanto o controle concreto brasileiro, por exemplo.

De certo modo, pode-se dizer que a lenta evolução do controle de constitucionalidade francês foi algo inevitável. Seria impossível que a França passasse incólume pela avalanche ideológica e de mudanças institucionais

pós segunda guerra mundial, que fez pender para o judiciário a função de desenvolver o direito, sobretudo em casos difíceis. Ainda mais por ser um país europeu, cercado por países com ampla tradição de desenvolvimento do Direito Constitucional por decisões jurisdicionais, e participante de cortes comunitárias que, há muito, criam ou desenvolvem o direito. A lei continua sendo uma fonte importante – a principal – do Direito, mas deixou de ser considerada ‘todo’ o Direito. Ou seja, não há mais espaço para o legicentrismo. A Constituição hoje ocupa todo o centro do sistema normativo de todos os países europeus.

Sobre a repercussão da inovação, nota-se, na doutrina pesquisada, um grande entusiasmo com o instituto e com as novas funções que o poder judiciário pode vir a desempenhar. Analisaremos argumentos de dois importantes autores que tratam do assunto.

Em primeiro lugar, Pierre Rosanvallon. Em seu curso anual no *Collège de France*⁴³, o autor tratou das Metamorfoses da Legitimidade em 2008, ano de inserção da QPC na Constituição Francesa.

O autor identifica que as democracias estão em constante mutação, e que a legitimação representativa, apesar de ser a mais tradicional e importante, está em crise. A história das democracias conheceu, porém, outras espécies de legitimidade, tais como legitimidade por identificação com o interesse geral (exercida por uma administração pública capaz e protegida)⁴⁴, legitimidade por regulação (agências reguladoras)⁴⁵ e legitimidade por reflexividade⁴⁶.

A legitimação democrática por reflexividade parte da ideia da falta de unidade do povo, a ideia de Condorcet já apresentada anteriormente. O povo não é uno para que se possa dar a ele uma única voz. O povo pode ser encarado sob, ao menos, três vieses – o eleitoral, o social e o simbólico.

Segundo Rosanvallon, a memória é uma variável chave da democracia. Os problemas que o povo passou, como enfrentou as dificuldades, e o que resultou de suas escolhas, tudo isso é importante para o futuro. E o principal responsável por apreender o povo em sua dimensão múltipla, tradicional

43 O curso está disponível, completo, em: <<http://www.college-de-france.fr/site/pierre-rosanvallon/course-2008-01-09-10h00.htm>>. Acesso em: 5 maio 2016.

44 Idem, podcasts 4 a 6.

45 Idem, podcast 7 e 8.

46 Idem, podcasts 9 a 11.

e reflexiva é a Corte Constitucional⁴⁷. Ela ocupa o espaço previsto por Hérault de Séchelles no projeto de constituição de 1793, o de ser uma institucionalização do poder de resistência.

A maioria eleitoral pode tender ao imediatismo. Uma corte constitucional pode ser o contraponto desse imediatismo, decidindo com base em valores muito mais democráticos e estáveis do que a maioria eventual. A decisão da corte seria um momento de expressão da vontade geral, tão importante quanto a do parlamento. No parlamento, prevalece a maioria aritmética. Na corte, o raciocínio argumentativo.

Em segundo lugar, apresentamos os argumentos de Dominique Rousseau, em um de seus mais recentes livros⁴⁸, *Radicalizar a Democracia*. Da mesma forma que Rosanvallon, o autor faz uma análise pejorativa da democracia representativa, dizendo que a democracia não deve ficar, apenas, no campo institucional. Para isso, toda a sociedade deve ser democrática. Daí a importância dos direitos fundamentais, a falta de hierarquia entre geração de direitos, a presença de um estatuto garantindo o desenvolvimento do indivíduo em face do Estado. E tudo isso garantido pelo controle de constitucionalidade. “Se o Parlamento sempre foi a instituição da democracia representativa, a Justiça é o da democracia contínua”⁴⁹

Dominique Rousseau conhece as críticas feitas ao poder excessivo do juiz atual, potencializado na tríade mídia – juiz – opinião. Mas acredita que o juiz ainda é o poder mais capaz de resistir às pressões externas, de maneira muito mais eficiente do que o parlamentar. O aumento do poder do juiz é, no seu entendimento, um marco civilizatório. O juiz seria mais próximo das angústias e necessidades do povo, pois:

“os juízes são, por seu modo de acesso à carreira, próximos aos problemas encontrados pelas pessoas em suas vidas cotidianas: uma demissão, um aborto, uma expulsão, o acompanhamento do final de uma vida, etc.; e essa proximidade coloca os juízes em situação de ver a evolução da sociedade, dos costumes, das expectativas da sociedade e fazer evoluir, por conseguinte, a interpretação das regras.”⁵⁰

47 Idem, podcast 10.

48 ROUSSEAU, op. cit.

49 Idem, p. 157. Traduções, sempre, dos autores.

50 Idem, p. 169

O juiz constitucional é o guardião de um projeto inacabado e, por isso, não é conservador. “De uma certa maneira, o juiz constitucional institucionaliza a indeterminação do Direito⁵¹. Ele permite a evolução protegendo a presunção de inocência, a irretroatividade das leis penais, a liberdade de expressão...

Os dois autores compartilham uma visão muito positiva da jurisdição constitucional, idealizada, até. Será que os juízes serão bons guardiões das tradições republicanas, como deseja Rosanvallon? O juiz pode ser considerado “um do povo”, como pretende Dominique Rousseau? São respostas difíceis de dar, sobretudo tão afastados da realidade social francesa. Mas algumas intuições apresentaremos, a guisa de considerações finais.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O presente trabalho apresentou os motivos pelos quais a Revolução Francesa, bem como as instituições pós-revolucionárias, firmaram crença na manifestação unívoca e incontestável da vontade do povo, por meio do parlamento e, por consequência, por meio do seu produto, a lei. Como toda a crença, essa também é firmada em uma série de mitos – a unidade do povo, a naturalidade da regra da maioria, a permanência do momento eleitoral. Esses mitos são, como todos, universalizações de especificidades. Não são verdades absolutas, como se quis fazer crer.

O surgimento do controle de constitucionalidade, baseado no critério da argumentação jurídica, deve ser saudado como avanço em todos os lugares, inclusive na França. Ele combate a visão monolítica de decisão política e pode ser elemento de evolução social. Querer resolver os problemas da democracia a partir dele, porém, parece-nos excessivo.

Que uma decisão de uma corte constitucional possa refletir uma nova legitimidade, é aceitável. Mas não se pode colocar sobre ela todas as esperanças de salvar a democracia. Rosanvallon defende a importância de se resguardar os valores republicanos. Concordamos que esses valores devem estar albergados em uma Constituição estável. Também concordamos que papel maior do Judiciário é o de proteger a constituição e, conseqüentemente, garantir a validade e eficácia dos princípios albergados na Constituição, sempre que questionados em um caso submetido à sua apreciação.

51 ROUSSEAU, op. cit., p. 173

Todavia, não há que se olvidar que o Judiciário padece de algumas limitações, dentre elas a sua passividade, já que só age quando provocado e, quando o é, os rituais do devido processo legal fatalmente acabam retardando a sua resposta.

Por outro lado, é certo que os juízes, pelo seu maior número e pela sua difusão capilar no território da nação, potencialmente estão mais próximos da sociedade, nela diretamente convivendo. Todavia, não se pode olvidar que os juízes são, na sua maioria, concursados e vitalícios, constituindo um grupo muito específico, e privilegiado, dentre os agentes do Estado, o que pode gerar um nicho de corporativismo. Há, portanto, sempre o temor de um refluxo aristocrático em suas decisões.

Todos desejam um governo mais próximo da sociedade. Essa proximidade poderá ser suprida pelos juízes, segundo Dominique Rousseau, pelos motivos acima apresentados. Mas é de se perguntar se o juiz realmente se identificará com o mais fraco, com o demitido, com a mulher que abortou, com o expulso? Não duvidamos que a situação seja diversa em França, contrastada com o Brasil. Mas, mesmo lá, e em qualquer lugar, o judiciário é uma das camadas potencialmente mais conservadoras da sociedade, exatamente por que sua finalidade é a de conservar a ordem jurídica, sempre olhando para trás, resolvendo litígios que já ocorreram no passado. Podemos acreditar no que nos diz Dominique Rousseau, segundo o qual o juiz estará próximo do povo? Além disso, seria essa sua função natural – veículo dos desejos e anseios da sociedade?

Provavelmente tenham sido essas preocupações que fizeram com que praticamente todos os países que criaram um controle de constitucionalidade a partir do segundo pós-guerra não outorgassem tal controle aos seus tribunais ordinários, compostos por juízes de carreira. Preferiu-se a opção de se criar Cortes Constitucionais próprias, providas por elementos oriundos majoritariamente de outros segmentos que não o da magistratura ordinária, escolhidos quase sempre exclusivamente pelos órgãos políticos (Parlamento, Presidente, Primeiro-Ministro) e por critérios igualmente políticos, além da simples qualificação técnica. E isso foi feito exatamente por se entender que a interpretação constitucional exige uma verdadeira sensibilidade política e uma criatividade que normalmente não se encontram em juízes de carreira. Estes, especialmente na fase final de sua carreira, tendem a se tornar conservadores.

Na França, a Q.P.C. deve ser levada ao *Conseil Constitutionnel* a partir dos magistrados de carreira, através de seus órgãos de cúpula, Corte de

Cassação ou Conselho de Estado. Mas os nove componentes do *Conseil*, que julgarão a causa, são pessoas não ligadas ao mundo judiciário, escolhidos pelo Presidente da República, pela Assembleia Nacional e pelo Senado, na proporção de 1/3 para cada órgão. Tal mecanismo visa exatamente retirar do Judiciário ordinário o peso maior do controle de constitucionalidade.

Nenhuma dessas reflexões tem por objetivo diminuir a importância do controle de constitucionalidade, que se desenvolveu de maneira própria e criativa na França. Temos como certo que, usado na correta medida, ele contribuirá para a evolução da sociedade daquele país.

REFERÊNCIAS

AMIRANTE, Domenico. *Giudice costituzionale e funzione legislativa - L'esperienza francese*. Padova: Cedam, 1991.

BELL, John. Principles and Methods of Judicial Selection in France. In: *Southern California Law Review*, v. 61, 1988.

BELL, John; BOYRON, Sophie; WHITTAKER, Simon. *Principles of French Law*. New York: Oxford University Press, 1998.

BELL, John. *Judiciaries within Europe*. A Comparative review. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BERMANN, George A.; PICARD, Etienne. *Introdução ao direito francês*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BRANLARD, Jean-Paul. *L'essentiel de l'Organisation judiciaire em France*. 3. ed. Paris: Gualino éditeur, 2010.

CAENEGEN, Raoul C. Van. *I signori del diritto*. (tradução italiana de Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History). Milano: Giuffrè, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. "Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1978.

CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 1979.

CAPPELLETTI, Mauro. *Le pouvoir des juges*. Paris: Economica e Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1990.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. Site do Conselho Constitucional Francês. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

COSTA, Thales Morais da. Justiça Constitucional. In: COSTA, Thales Morais da (coord.). *Introdução ao Direito Francês*. v. 1, Curitiba, Juruá, 2009.

DE LA BRETONNE, Restif. *As Noites Revolucionárias*. Tradução de Marina Appenzeller e Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Estação Liberdade, 1989.

DE VITA, Anna. La responsabilità civile del giudice e dello Stato come problema nel diritto francese. In: *Il Foro Italiano*, v. CII, fasc. 9, p. 30/31, n. 76, 1979.

FACCHINI NETO, Eugênio ; HENDGES, Carla E. J. “E a França piscou - a questão prioritária de constitucionalidade e o fim do controle exclusivamente prévio de constitucionalidade”. A&C. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 67, jan./mar. 2017.

FAVOREU, Louis; PHILIP, Loïc. *Le Conseil Constitutionnel*. 6. ed. Paris: P.U.F, 1995.

FAVOREU, Louis & PHILIP, Loïc. *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*. 8. ed. Paris: Dalloz, 1995.

FRANÇA. *Constituição da 5ª República*. Atualizada, em português em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portu_gais/constitution_portugais.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2016.

_____. *Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974*.

_____. *Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008*

_____. *Loi organique du 10 décembre 2009*

FROMONT, Michel. La Justice Constitutionnelle en France ou l'exception française. In: *Mélanges Conac*. Paris: Econômica, 1998.

GAMBINO, Silvio. “La giustizia costituzionale in Francia. Il “Conseil Constitutionnel” da regolatore dell’attività dei pubblici poteri a garante delle libertà pubbliche”. In: *Politica del diritto*, ano XIX, dezembro de 1988.

GAZZOLO, Tommaso. ¿Una “definición” de leyes? Montesquieu y las leyes-sin-ley. Tradução de Antonio Hermosa Andújar. In: *Araucaria*, v.18 (36), p.189-209. Sevilha: Universidade de Sevilha, 2016.

HAMON, Léo. *Les juges de la loi*. Paris: Fayard, 1987.

JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. *Comparative Constitutional Law*. 2. ed. New York: Foundation Press, 2006.

JACKSON, Vicki C.; GREENE, Jamal. “Constitutional interpretation in comparative perspective: comparing judges or courts?” In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Ed.). *Comparative Constitutional Law*. Cheltenham/UK: Edward Elgar, 2011.

KAHN-FREUND; LÉVY; RUDDEN. *A Source-Book on French Law*. 3. ed. revised by Bernard Rudden. Oxford: Clarendon Press, 1991.

MARCOU, Jean. *Justice constitutionnelle et systèmes politiques*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 1997.

MORTON, Frederick L. “Judicial Review in France: A Comparative Analysis”, 36. *American Journal of Comparative Law*, v. 36, 1988.

ORTINO, Sergio. *Diritto costituzionale comparato*. Bologna, Il Mulino, 1994.

PIZZORUSSO, Alessandro. *L’organizzazione della giustizia in Italia - La magistratura nel sistema politico e istituzionale*. 3. ed. Torino: Einaudi, 1990.

PIZZORUSSO, Alessandro. *Sistemi giuridici comparati*. Milano: Giuffrè, 1995.

RIVERO, Jean “Les garanties constitutionnelles des droits de l’homme en droit français». *Revue internationale de droit comparé*, v. 29, 1977.

RIVERO, Jean. *Le Conseil Constitutionnel et les Libertés*. 2. ed. Aix-en-Provence: PUAM, 1987.

ROSANVALLON, Pierre. *La contre-démocratie*. Paris: Seuil, 2014.

_____. *Les métamorphoses de la légitimité* (la démocratie au XXIème siècle, III). Disponível em: <<http://www.college-de-france.fr/site/pierre-rosanvallon/course-2008-01-09-10h00.htm>>. Acesso em: 5 maio 2016.

ROSENFELD, Michel. Comparing Constitutional Review by the European court of Justice and the Us Supreme Court. 4 I CON 618, 635 (2006), apud JACKSON, Vicki C.; GREENE, Jamal. “Constitutional interpretation in comparative perspective: comparing judges or courts?” In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Ed.). *Comparative Constitutional Law*. Cheltenham/UK: Edward Elgar, 2011.

ROUSSEAU, Dominique. *Radicaliser la Demoratie*. Paris: Seuil, 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução não identificada. Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

ROUVILLOIS, Frédéric. *Droit Constitutionnel, fondements et pratiques*. 4. ed. Paris: Flammarion, 2015.

TALLON, Denis. The Constitution and the Courts in France. In: *American Journal of Comparative Law*, v. 27, 1979.

TROPER, Michel. Direito Constitucional. In: BERMANN, George A.; PICARD, Etienne (org.). *Introdução ao Direito Francês*. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TULLARD, Jean. *História da Revolução Francesa: 1789 – 1799*. Tradução de Sieni Maria Campos. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

WEST, Andrew; DESDEVISES, Yvon; FENET, Alain; GAURIER, Dominique; HEUSSAFF, Marie-Clet; LÉVY, Bruno. *The French Legal System*. 2. ed. London: Butterworths, 1998.

RECEBIDO EM: 13/06/2016

APROVADO EM: 19/09/2016

HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA E MEDIDA DE SEGURANÇA: A PERICULOSIDADE COMO SUBTERFÚGIO PARA O EXERCÍCIO DA VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL

**LACK OF TECHNICAL KNOWLEDGE AND SAFETY MEASURE:
DANGEROUSNESS AS A SUBTERFUGE FOR THE PRACTICE OF
INSTITUTIONAL VIOLENCE**

Fernanda Arruda Léda Leite Zenkner

*Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de
Justiça da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR/UFMA)*

Advogada pela OAB/MA

Artenira da Silva e Silva

*Pós-doutora em Psicologia e Educação pela Universidade do Porto. Doutora em
Saúde Coletiva pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Saúde e Ambiente
pela Universidade Federal do Maranhão, Docente e pesquisadora do Departamento
de Saúde Pública e do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da
Universidade Federal do Maranhão.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Aspectos Conceituais Sobre Medida de Segurança; 1.1 Medida de Segurança no Ordenamento Jurídico Brasileiro; 2 Criminologia Crítica e a Subjetividade do Perigo; 3 Periculosidade e Controle Social; 3.1 A Controversa Questão do Prazo Máximo Para Cumprimento de Medida de Segurança no Brasil e a Possibilidade de Punição Perpétua; 3.2 Periculosidade Como Subterfúgios Para Decisões Teratológicas e o Caso HC228462014 TJ/MA; 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O Sistema Penal Brasileiro, conquanto não declare, tem como função precípua a seleção e exclusão de determinados entes da sociedade, os quais caracterizariam risco abstrato à estrutura social defendida pelo Estado. Daí a necessidade dos julgadores possuírem conhecimentos transdisciplinares básicos relativos às especificidades de determinados grupos vulneráveis que costumeiramente constituem os sujeitos inseridos no Sistema Penal Brasileiro. A ilusão de segurança pública conferida pelo Estado à sociedade é utilizada como justificativa para segregar os indivíduos que este considera como perigosos. Nesse contexto, o presente artigo tem por desiderato, sob a ótica da criminologia crítica, analisar a hipossuficiência técnica através da qual o conceito de periculosidade é apreciado em medidas de segurança, através da revisão bibliográfica sobre o assunto e análise documental dos Habeas Corpus nº 228462014 e nº 0235672015, julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por serem representativos em demonstrar de que forma a medida de segurança pode coadunar com decisões tecnicamente hipossuficientes, logo, não promotoras de justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Medida de Segurança. Periculosidade. Controle Social.

ABSTRACT: The Brazilian penal system has an undeclared main function to select and to exclude certain groups of individuals from the society, specially the ones characterized, by the state, as representing abstract social risk. Therefore it is a must that judges possess basic transdisciplinary knowledge considering the minority vulnerable groups that are customarily the subjects inserted in the Brazilian penal system. The public illusion of safety afforded by the State to society is used as a justification for segregating individuals that are abstractly considered as dangerous. In this context, this article considers the perspective of critical criminology to analyze the lack of technical knowledge through

which the concept of dangerousness is appreciated in security measures. It is presented a literature review on the subject as well as the document analysis of the Habeas Corpus nº 228462014 and nº 0235672015 judged by the Court of the State of Maranhão. It is demonstrated how the security measure may be consistent with the lack of basic technical transdisciplinary knowledge, thus not promoting justice.

KEYWORDS: Safety Measure. Dangerousness. Social Control.

INTRODUÇÃO

A pessoa acometida por transtorno mental que atinge a esfera de proteção jurídica regida pelo Sistema Penal transmuta-se automaticamente em um sujeito nocivo e indesejado socialmente. A rotulação preconceituosa característica desse sistema é uma das mais brutais práticas punitivas, malferindo diretamente as normas fundamentais da dignidade humana, em total contradição ao declarado Estado Democrático de Direito e em plena sedimentação da prática de violência institucional.

Frise-se que o presente artigo não tem a pretensão de exaurir uma questão tão complexa, mas tem por escopo, sob a ótica da criminologia crítica, evidenciar a debilidade do emprego do instituto da medida de segurança no Brasil nestes casos, bem como o perigo de decisões teratológicas levando em conta a hipossuficiência técnica com a qual o conceito de periculosidade é manejado, constituindo fundamento de aplicação e duração da internação de pessoa com transtorno mental em conflito com a lei.

A celeuma que gira em torno do instituto da medida de segurança revela sua fragilidade perante o Estado Democrático de Direito, bem como a relevância de estudos sobre o tema, não apenas para o Direito, mas também para a sociologia, psicologia, filosofia, ciências humanas, da saúde e sociais em geral. Portanto, compreender a aplicação da medida de segurança imposta pelo Poder Judiciário é discutir e repensar a função do Direito Penal para pessoas com transtornos mentais. Promover o debate sobre tal questão constitui o primeiro passo para trazer à tona a condição do transtornado mental selecionado pelo Sistema Penal, o que por séculos vem sendo posposto pela sociedade em geral, pelo legislador e pelos aplicadores da Lei, a fim de que se possa, posteriormente, adequar a sua situação jurídica com o princípio da dignidade da pessoa humana e com a condição de homens e mulheres que demandam um cuidado específico.

O presente artigo se propõe a estudar essa temática com o método de abordagem qualitativo, através dos procedimentos metodológicos de revisão bibliográfica acerca do tema, bem como da análise documental dos acórdãos dos HC 0228562014 e HC 0235672015 TJ/MA, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão para exemplificar de que maneira o conceito de periculosidade pode ser manejado de modo tecnicamente hipossuficiente em decisões teratológicas, servindo como justificativa para permitir que a pessoa com transtorno mental fique ergastulada em presídio comum e com excesso de prazo, sofrendo evidente constrangimento ilegal, logo, sofrendo violência institucional.

Nesse sentido, os julgados foram selecionados por evidenciar claramente a questão estudada, porquanto nos referidos casos os pacientes passaram 5 (cinco) anos e 6 (seis) anos, respectivamente, aguardando resultado de exame de insanidade mental no presídio comum, sem o devido tratamento que suas condições requeriam, agravando-as.

1 ASPECTOS CONCEITUAIS SOBRE MEDIDA DE SEGURANÇA

A medida de segurança, fundada na periculosidade social, surge como forma específica de tutelar os transtornados mentais que adentram a esfera do Sistema Penal, sob os fundamentos de tratamento e recuperação do indivíduo, bem como da defesa social.

Nada obstante, ao analisar tal instituto, transparece evidente os mesmos fundamentos que justificam a aplicação de uma pena pelo Sistema Penal. A pena possui, basicamente, a função retributiva, fundada na ideia de justiça social, que visa aplicar ao condenado uma retribuição pelo injusto que cometeu. É o mal que o Estado opõe ao mal do delito, na medida da gravidade deste. Enquanto que a função preventiva teria finalidade de evitar a reincidência ou novos delitos, do próprio agente ou de outras pessoas. Nesse sentido, a medida de segurança, revestida do tratamento dito curativo, evidentemente também cumpre a função de retribuição, uma vez que priva o transtornado mental do convívio social, não raras vezes em presídios comuns, potencializando seu sofrimento, além de servir, para alguns, como meio de profilaxia criminal.

A sanção penal é gênero do qual derivam a pena e a medida de segurança, reservada ao inimputável ou semi-imputável em virtude de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Historicamente, quando um criminoso era diagnosticado com transtorno

mental, não poderia ser submetido à pena, pois essa pressupunha do autor capacidade cognitiva para entender seus atos. No entanto, na prática, esses sujeitos, deixados em liberdade, confrontavam a ideia de segurança social. A internação foi então a resposta encontrada para o tratamento da loucura, como verdadeiro “*dispositivo de controle-dominação da loucura*” (FOUCAULT, 1995). O caráter higienista dessa alternativa também era evidente, ao segregar tais sujeitos indesejados socialmente, havia melhoria na estética visual da sociedade (FOUCAULT, 1972).

Agregando-se a isso para estimular o surgimento desse instituto, ocorreu uma crise no sistema penal, demonstrando sua ineficácia contra criminalidade, notadamente pelas altas taxas de reincidência. A pena foi vista como insuficiente e a necessidade de imposição de medidas aptas a realizar a defesa social contra os transtornados mentais que cometeram algum delito, a fim de curá-los e assegurar os demais contra seu estado perigoso, foi cogente culminando com nascimento da medida de segurança.

Nesse contexto, a medida de segurança foi alvo de várias discussões e teorias visando definir sua natureza jurídica. A Escola Clássica, representada pelos positivistas, adota um conceito geral da pena para abranger a medida de segurança, representando assim, o unicismo desses dois institutos ao considerar que a pena é um tratamento imposto pelo Estado a fim de preservar a defesa social. Baseando-se então, no conceito de prevenção geral e eliminando o caráter retributivo da pena, compatibilizam-se as duas formas de sanção.

As ideias dos defensores da corrente unicista ou monista podem ser divididas em três linhas de raciocínio, veja-se: a) A medida de segurança está inserida na pena, sob a lógica de que, excluído o caráter retributivo ou o potencial ressocializador, a pena exerce também a função de prevenção especial; b) A pena está inserida na medida de segurança, porquanto esta melhor exerce a prevenção especial e; c) A ideia de um tipo único de sanção que engloba ambos os institutos, unindo as características de ambos.

Em contrapartida, os dogmáticos mantiveram o conceito clássico da pena, assim entendida como a reação ao delito, evidenciando o caráter retributivo e punitivo da pena. Esta corrente preconiza a incompatibilidade dos dois institutos.

Os pontos divergentes entre os dois institutos não são de maneira nenhuma evidentes para quem sofre quaisquer das duas sanções, nem tampouco para sociedade. Contudo, com o escopo de acentuar tais

diferenças, Stoos (1893-1894, p.150) elencou as principais distinções entre eles no Código Penal Suíço, onde a medida de segurança foi sistematizada pela primeira vez¹.

Calcado nessa linha de pensamento dualista, que prevalece até hoje, a medida de segurança apareceu de forma desprendida no precursor Código Penal italiano de 1930, conhecido como “Código Rocco”, difundindo-se posteriormente nos códigos penais da Alemanha e da Áustria, bem como no Código Penal brasileiro de 1940 (BRUNO, 1962, p. 272).

Surgiu, assim, fundado na clássica denominação da pena, o denominado sistema duplo binário, originário do italiano *doppiobinario*, ou seja, dupla via. Segundo ele, as sanções poderiam ser duplas, uma vez que pelo mesmo fato, impunha-se duas sanções independentes. Esse sistema, malfere o princípio do *ne bis in idem*, pois mesmo sob o argumento de que a pena funda-se na retribuição e a medida de segurança na prevenção especial, a linha de diferenciação entre ambas, quando na sua execução, é tênue, e o sujeito pode ser sancionando duplamente pelo mesmo fato, ainda que sob diferentes fundamentos, ocasionando ao infrator o prolongamento de sua reclusão social.

Sobretudo pelo caráter sancionador de ambos os institutos, interligam-se a finalidade de prevenção especial para a pena e prevenção geral para medida de segurança, porquanto essa última, enquanto forma de sanção, cumpre a função intimidatória característica da primeira. Destarte, pelas inúmeras críticas feitas ao duplo binário, em 1980, surge o sistema vicariante, o qual significa “substituição”, pois afasta a cumulação de pena e medida de segurança pelo mesmo fato, impondo alternância aos dois institutos.

1 As principais diferenças entre os institutos foram evidenciadas por Aníbal Bruno da seguinte maneira: “A pena se estabelece e se impõe ao culpado em consequência do seu delito. A medida de segurança funda-se no caráter nocivo ou perigoso do agente. 2º A privação penal de um bem é um meio para ocasionar ao culpado um sofrimento penal (meio penal), a medida de segurança é um meio de segurança que está ligado a uma privação de liberdade ou a uma intromissão nos direitos de uma pessoa. Não tem como fim impor ao culpado um sofrimento penal. 3º A lei fixa as penas segundo a importância do bem lesado, segundo a gravidade do ataque e segundo a culpa do autor. A lei determina a classe da medida de segurança atendendo ao seu fim de segurança e estabelece sua duração somente em termos gerais. 4º A pena é uma reação política contra a lesão ou contra o risco de um bem, protegido penalmente, causado pelo culpado. A medida de segurança deve proteger a sociedade antes do dano e do perigo que possam provir de uma pessoa que praticou um fato punível”. BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: pena e medida de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

Nesse ínterim, a questão da natureza jurídica da medida de segurança, também dividiu as opiniões dos estudiosos da época. Os defensores da corrente dualista, notadamente os juristas italianos, arraigados na derivação da função administrativa de polícia, eram enfáticos ao atribuir a tal instituto natureza administrativa. Defensores dessa premissa propuseram, inclusive, a elaboração de dois códigos distintos.

O caráter administrativo da medida de segurança, contudo, não prevaleceu. Isso porque, por sua evolução, forma de aplicação e pelas normas que o regem, caracterizou-se como um instituto jurídico penal. Nesse sentido, aduz Aníbal Bruno (1962, p.178):

Movendo-se no campo exclusivamente do direito penal, pela doutrina que lhes firma os princípios, pelas leis que as regem, pelas autoridades que as aplicam, pelo fenômeno que se propõem disciplinar e cujo domínio próprio é o desse ramo do direito, a ele é que evidentemente pertencem as medidas de segurança.

Transparece, pois evidente, que pelos próprios fundamentos e finalidades desse instituto sua natureza é eminentemente penal. Ora, dá-se pela ocorrência de um injusto penal, é aplicado por um juiz criminal, regido pelas normas desse ramo do direito. Tampouco poderia ser diferente, pois a natureza penal é exatamente uma garantia para o infrator, que passa a contar com a segurança e proteção de diversos princípios eminentemente penais, como contraditório e ampla defesa, dignidade da pessoa humana, *ne bis in idem*, dentre outros. Nesse sentido, Aníbal Bruno indaga: “Esta medida de segurança, que propriamente deriva do direito administrativo, não sofre uma fundamental modificação jurídica no momento em que transportada para o direito penal?” (BRUNO, 1962, p. 178).

1.1 MEDIDA DE SEGURANÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Nos moldes do ordenamento jurídico pátrio, há casos de pessoas, que movidas por sua condição patológica infringem a norma e necessitam passar por uma perícia psiquiátrica. Os infratores, através deste laudo, são diagnosticados e podem ser reconhecidos juridicamente como pessoas acometidas por transtorno mental. Essa constatação possibilita a exclusão de culpabilidade do agente, o qual não será submetido a uma pena, mas a uma medida de segurança – que tem como função declarada o tratamento supostamente curativo e a reinserção do transtornado mental na sociedade.

No Brasil, a medida de segurança consolidou-se com o Código Penal de 1940, caracterizando inimizabilidade penal como a incapacidade que tem o agente de responder por sua conduta criminosa, prevista no art. 26 do Código Penal Brasileiro². Se o resultado da análise do estado mental do indivíduo comprovar inimizabilidade, ele será submetido a medida de segurança. A pena é substituída por tal instituto quando o inimizável pratica fato típico, ilícito, porém, não culpável, a essa sentença é dado o nome de Sentença Absolutória Imprópria.

No que pertine às modalidades, o artigo 96 do Estatuto Repressor Pátrio define as espécies de medida de segurança: *internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado e sujeição a tratamento ambulatorial. O artigo 97, do mesmo diploma legal, por sua vez, dispõe que se o crime for punido com detenção, o juiz poderá submetê-lo a tratamento ambulatorial.*

Todavia, a jurisprudência entende que tudo irá depender da análise do caso concreto feita pelo juiz, que terá a faculdade de optar pelo tratamento mais eficaz ao transtornado mental, não importando se o crime é punido com detenção ou reclusão. Nesse sentido, o art. 4º da Lei nº 10.216/2001 dispõe que a internação dar-se-á apenas quando os recursos extra-hospitalares não puderem atingir o mesmo fim, uma vez que a internação pode figurar-se como desnecessária³.

Tem-se, nesse aspecto, o primeiro ponto em que a jurisprudência delinea os parâmetros de cumprimento desse instituto, porquanto, a respeito do local de cumprimento da internação, é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, na falta de vagas em hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, o transtornado mental submetido à medida de segurança de internação deve cumprir o regime de tratamento ambulatorial, até que surja vaga em estabelecimento adequado à sua condição⁴.

2 Art. 26. Do CP “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

3 Art. 4o do CP “A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes”.

4 Sobre o assunto: HC 211.750/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2011, DJe 26/10/2011, HC 190.705/SP, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 18/04/20, HC 207.019/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2011, DJe 31/08/2011.

De fato, tal entendimento coaduna-se com o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, porquanto a sentença de absolvição imprópria possui, em tese, exatamente o objetivo de que o transtornado mental não fique encarcerado nos moldes dos demais presos e passe por um tratamento curativo. Submetê-lo ao cumprimento da sentença nos presídios comuns, é contradizer abertamente o discurso declarado da medida de segurança. Na prática, contudo, esse entendimento serve para, em poucos casos, indenizar o tempo que ficou em lugar indevido e não para afastá-lo dessa situação.

Vale ressaltar, que se aplicam às medidas de segurança, todas as causas extintivas da punibilidade previstas na legislação. Para cálculo da prescrição é utilizada sempre a pena máxima cominada ao fato delitivo.

2 CRIMINOLOGIA CRÍTICA E O CONCEITO DE PERIGO

O início da criminologia ocorreu com o alicerce da antropologia criminal, configurando o paradigma etiológico, que utilizava o determinismo anatômico-biológico como diretriz para identificar o criminoso. Em uma perspectiva sincrônica, surgiu a criminologia social, a qual era fundamentada nos fatores sociais (geográficos, econômicos e culturais) determinantes para a construção da ideia do infrator. Ao invés de indagar, como a Criminologia tradicional, quem é criminoso? Por que é que o criminoso comete crime? O *labelling* passa a indagar quem é definido como desviante? Por que determinados indivíduos são definidos como tais? Em que condições um indivíduo pode se tornar objeto de uma definição? Que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?, Quem define quem? (BARATTA *apud* VERA ANDRADE, 2000, p. 5).

O adormecer pensante é o objetivo da criminologia positivista que iniciou um processo de construção de estereótipos, os quais eram convenientemente selecionados para favorecerem a despersonalização daqueles que poderiam ser enquadrados nos referidos estereótipos. Para tanto, era utilizado o impreciso conceito de periculosidade, que acaba por tem a função de um muro; de um lado, os cidadãos perigosos, do mal; do outro, os cidadãos não perigosos, de bem (ou seria *de bens?*).

Em sintonia com esse vazio de pensamento, vê-se a prática atual da subversão dos operadores do Direito frente às exposições midiáticas. Este processo é denominado por Zaffaroni como *autoritarismo publicitário cool*⁵.

5 “O autoritarismo publicitário cool é pobre, funciona porque é pouco inteligente, não pensa e promove uma greve do pensamento ou *um pensamento nulo*, (...) que não tolera sequer um discurso acadêmico rasteiro, pois se reduz a uma mera publicidade” ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA,

Em consequência disso, a sociedade anômica é levada a ver o infrator como uma pária, subtraindo-lhe qualquer humanidade ou dignidade, como se ele merecesse sofrer penas acessórias e a violência das prisões em função de suas diferenças ou desigualdades. Entretanto, “nunca um conflito foi solucionado definitivamente pela violência, salvo se a solução definitiva seja confundida com a final (genocídio)”. (ZAFFARONI, 2007, p. 17).

Fazendo uma análise histórica do desenvolvimento do sistema penal, constata-se que o grupo social dominante determina as condutas ilícitas e seleciona aqueles que serão etiquetados como desviantes, inimigos, não-cidadãos. A opção e seleção de certas condutas a serem criminalizadas, em detrimento de outras, demonstra a manifestação do Direito Penal do autor, estigmatizando os indivíduos por sua condição social e não pelo injusto que cometeram, punindo-se pelo que se é e não pelo que se faz⁶.

Além disso, os privilegiados exercem a função de formadores da opinião pública, fomentando a ideologia da figura do indigno, que se confunde com a figura dos economicamente desfavorecidos. Zaffaroni vai ao encontro dessa idéia ao afirmar que “a discriminação no exercício do poder punitivo é uma constante derivada de sua seletividade estrutural” (2007, p.81).

Faz-se pertinente, também, que se critique a visão que a sociedade tem das instituições carcerárias e “a pretensa necessidade de purgar a infâmia” que “é ainda um dos absurdos motivos do uso das torturas”

Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

6 “Com efeito, se a conduta criminal é majoritária e ubíqua, e a clientela do sistema penal é composta regularmente em todos os lugares do mundo por pessoas pertencentes aos baixos estratos sociais, isto indica que há um processo de seleção de pessoas às quais se qualifica como delinquentes e não, como se pretende, um mero processo de seleção de condutas qualificadas como tais. O sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas, mais que contra certas ações legalmente definidas como crime [...]. Desta forma, a ‘minoría criminal’ a que se refere a explicação etiológica (e a ideologia da defesa social a ela conecta) é o resultado de um processo de criminalização altamente seletivo e desigual de ‘pessoas’ dentro da população total, enquanto a conduta criminal não é, por si só, condição suficiente deste processo. Pois os grupos poderosos na sociedade possuem a capacidade de impor ao sistema uma quase que total impunidade das próprias condutas criminosas. Enquanto a intervenção do sistema geralmente subestima e imuniza as condutas às quais se relaciona a produção dos mais altos, embora mais difusos danos sociais (delitos econômicos, ecológicos, ações da criminalidade organizada, graves desviantes dos órgãos estatais) superestima infrações de relativamente menor danosidade social, embora de maior visibilidade, como delitos contra o patrimônio, especialmente os que têm como autor indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais débeis e marginalizados” ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo X cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

(BECCARIA, 2005, p. 41). Nesse raciocínio de Beccaria, segue ainda que “basta provar que a crueldade dos castigos é inútil para que se deva considerá-la como odiosa, revoltante, contrária a toda justiça e à própria natureza do contrato social” (BECCARIA, 2005, p. 21). Beccaria já notara uma habilidade meticulosa do Estado: o potencial de controle social. Ele apostara que, para desprender-se dessas presunções de juízos, que hoje estão fortemente disseminadas na sociedade, fazia-se necessário um esclarecimento social, de que a desumanidade com os infratores não traria nenhum benefício à sociedade, além da urgência em se investir na formação continuada dos operadores do Sistema de Justiça com a finalidade de se evitar distorções conceituais oriundas de hipossuficiência técnica que comumente permeiam o julgamento de determinados grupos sociais vulneráveis, como os portadores de transtornos mentais.

Considerando a seletividade do sistema penal, os transtornados mentais, dentro da sua condição especial, têm seu sofrimento potencializado. Sofrem pela ausência de instituições especializadas, motivo pelo qual são alocados, por vezes, em ato categoricamente iatrogênico, em celas com os presos comuns, ocasionando agressões físicas e psicológicas cometidas contra eles e ou por eles, devido a ocorrência de surtos, inclusive psicóticos, por falta de tratamento médico adequado (ALMEIDA, 2011, p. 92), em franca exibição de violência institucional. Em algumas unidades, como narrado por Dráuzio Varella, na obra *Carandiru*, é destinada ao transtornados mentais uma ala especial, que não cumpre o fim de reservar um espaço que proporcione um acompanhamento especializado, mas tão somente isola estes internos e os protege da violência dos demais apenados (VARELLA, 1999, p. 131).

O sucateamento do sistema carcerário também é refletido na escassez de profissionais qualificados para prestação de assistência médica e psicológica aos presos. Desta forma, a evolução de bom prognóstico do quadro clínico destes internos se torna praticamente impossível, uma vez que além de não receber medicação e cuidados profissionais especiais, ainda padecem sob as condições desumanas do cárcere no Brasil.

3 PERICULOSIDADE E CONTROLE SOCIAL

A periculosidade do agente é o pressuposto para aplicação da medida de segurança, juntamente com a prática do crime e a comprovação de imputabilidade ou semi-imputabilidade penal. Dessa forma, esse instituto é considerado como a probabilidade de o sujeito praticar crimes, sendo-lhe intrínseca a ideia de risco, “*representado por circunstâncias que prenunciam*

um mal para alguém, ou para alguma coisa, resultando ameaça, medo ou temor à sociedade” (FERRARI, 2001, p. 153). Nesse sentido, acerca da construção do referido conceito, Aníbal Bruno assevera:

A consequência jurídica-penal do estado perigoso é a medida de segurança. O conceito desse gênero de medidas anti-criminais, o seu fundamento, os largos objetivos com que hoje se apresentam na doutrina e nos códigos procedem desse movimento de profunda renovação, que vem impulsionando o direito penal, nas últimas décadas. E não só o direito penal. Todo o domínio das disciplinas jurídicas, teoria e prática, se vê atingido pelo mesmo afã de renovação.

Funda-se na lógica de que o transtorno mental que acomete o sujeito, o levará a praticar novos crimes, ensejando a medida de segurança como a forma apropriada para coibir essas práticas.

Cristina Rauter (1997, p. 71) afirma que “*a noção de periculosidade está indissociavelmente ligada a certo exercício de futurologia pseudocientífica*”, realizada através da manobra em cima do conceito de “risco”, abrangendo inúmeras situações imprecisas, arraigado em si a expectativa, o medo, a probabilidade e possibilidade da ocorrência do injusto penal, atribuindo sempre a autores definidos o estereótipo de perigoso, alicerçado no subterfúgio de defesa e controle social. A medida de segurança, portanto, vai à contramão das demais políticas penais, focando-se no autor e no juízo de valor que é feito sobre sua figura⁷.

A noção do medo e insegurança compartilhados pela sociedade influenciam diretamente a maneira de formulação e implementação dessa política pública pelo Estado. Ora, esse juízo de possibilidades realizado abstratamente sob o transtorno psíquico e sob o fato criminoso, transparece a noção de que se teme mais o transtornado mental do que o sujeito denominado “normal”, pelo simples fato de possuir essa condição, como se isso assegurasse, de alguma forma, a ocorrência de um injusto penal.

A Criminologia Positivista situou esse potencial de periculosidade social no coração do próprio Direito Penal, utilizando-se da “pena” como

7 “Algumas políticas penais enfatizam a repressão do ato em si, definido na letra da lei como crime ou contravenção penal, ao passo que outras priorizam o comportamento dos agentes, tentando intervir em seu suposto potencial criminógeno”. ADORNO, Sérgio. *Sistema penitenciário no Brasil: problemas e desafios*. 1991 pp. 65-78.

meio de defesa social, com fins socialmente úteis, quais sejam, recuperar ou neutralizar o considerado “anormal”.

A “psicopatolização” da decisão judicial é mais um aliado a fim de alicerçar o instituto da medida de segurança no ordenamento jurídico brasileiro. A delegação da motivação da decisão ao perito faz com que a punição saia da esfera do direito para adentrar a esfera médica. A exclusão social é atribuída secundariamente aos juízes, aos quais incumbe a definição do grau de periculosidade no caso concreto a fim de justificar o discurso da punição dita ressocializadora e curativa⁸.

Em tais casos, o tempo e a forma de reclusão do indivíduo são justificados em nome da possibilidade de cometimento de futuros delitos e não do crime efetivamente praticado. Nas relações entre crime-loucura, medicina-direito penal, a periculosidade surge como elo de ligação, definindo estrategicamente a maneira através da qual o indivíduo será tratado, possibilitando reclusões indeterminadas, com supedâneo no discurso de defesa social e de tratamento.

3.1 A CONTROVERSA QUESTÃO DO PRAZO MÁXIMO PARA CUMPRIMENTO DE MEDIDA DE SEGURANÇA NO BRASIL E A POSSIBILIDADE DE PUNIÇÃO PERPÉTUA

O aspecto mais debatido no Brasil no que concerne à medida de segurança diz respeito ao seu prazo de duração. Isso porque a legislação brasileira não prevê um prazo máximo, estabelece apenas, que findará quando restar comprovada a cessação de periculosidade do agente, nos termos do art. 97, §1º, do Código Penal Brasileiro⁹.

Contudo, não há na legislação um conceito de periculosidade, ficando dependente da valoração do juiz ao caso concreto, ou seja, trata-se de um tipo penal aberto, em que se verifica a descrição incompleta do modelo de conduta proibida, requerendo do Poder Judiciário uma maior atuação para fixar os parâmetros que a lei deveria ter disposto, mas se omitiu.

8 “A grande noção da criminologia e da penalidade em fins do século XIX foi a escandalosa noção, em termos de teoria penal, de periculosidade. A noção de periculosidade significa que o indivíduo deve ser considerado pela sociedade ao nível de suas virtualidades e não ao nível de seus atos; não ao nível das infrações efetivas a uma lei efetiva, mas das virtualidades de comportamento que elas representam”. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 4. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1975.

9 CP - Art. 97, § 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

Com tamanha responsabilidade nas mãos, para definir o futuro do transtornado mental em conflito com a lei e evitar que esses seres humanos sejam vítimas de violência institucional, é imperioso a qualificação transdisciplinar e técnica dos magistrados, notadamente sobre conceitos básicos de psiquiatria, psicologia e psicopatologia, uma vez que, nesses casos, o problema do transtorno mental rompe com as barreiras da Saúde Pública atingindo o âmago do Direito Penal. No Brasil, o Sistema Penal, dentre outras necessidades, carece de cursos de capacitação e reciclagem em caráter contínuo e permanente, como já ocorre em outros países, aos servidores e magistrados no que tange a tais questões.

Extraí-se, pois evidente, ao analisar a legislação pertinente ao assunto, que a duração da medida de segurança não está relacionada com a cura do mal psíquico que a ensejou, mas somente com a possibilidade de o indivíduo voltar a praticar fatos definidos como crime. Ora, o tratamento curativo, ainda que indeterminado, não garante que em algum momento cessará a periculosidade, razão pela qual a falta de um prazo máximo caracteriza, por vezes, uma medida perpétua, que contraditoriamente é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro¹⁰. Demais disso, a depender do contexto social em que estiver inserido, bem como de fatores estressores endógenos e exógenos aos quais estão submetidos, qualquer cidadão pode se revelar e se tornar perigoso para o convívio social. Assim, a inconstitucionalidade do prazo indeterminado é manifesta por ferir diversos direitos fundamentais como direito à liberdade, à igualdade e a dignidade da pessoa humana, bem assim os princípios da proporcionalidade da pena e da razoabilidade.

Ainda que a medida de segurança do tipo internação fosse cumprida em estabelecimento adequado e de acordo com ditames legais, haveria afronta a diversos princípios constitucionais quando de sua aplicação, exatamente pela possibilidade legalmente prevista de internação perpétua. Tal fato afronta o princípio da presunção de inocência, vedação de pena de caráter perpétuo, bem como o princípio da legalidade, bases do Estado Democrático de Direito. Ademais esta prática estaria em total descompasso com o tratamento adequado a diversas psicopatologias na seara da saúde mental, tanto em âmbito nacional quanto em âmbito internacional. Essa celeuma elevou a pressão sobre o Poder Judiciário para fixar bases constitucionalmente adequadas quanto ao prazo máximo de duração da medida de segurança:

10 CP - Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

CF/88 - Art. 5, XLVII - não haverá penas: b) de caráter perpétuo.

Não é constitucionalmente aceitável que, a título de tratamento, se estabeleça a possibilidade de uma privação de liberdade perpétua, como coerção penal. Se a lei não estabelece o limite máximo, é o intérprete quem tem a obrigação de fazê-lo. Pelo menos, é mister reconhecer-se para as medidas de segurança o limite máximo da pena correspondente ao crime cometido, ou a que foi substituída, em razão da culpabilidade diminuída. (ZAFFARONI, 2008, p.733)

A urgência da necessidade de suprir a lacuna legal fez com que o Supremo Tribunal Federal sedimentasse entendimento no sentido de que a duração da medida de segurança deve satisfazer ao prazo máximo de 30 (trinta) anos, interpretando analogamente o art. 75 do CP e obedecendo a vedação constitucional de penas de caráter perpétuo. Veja-se:

A interpretação sistemática e teleológica dos artigos 75, 97 e 183, os dois primeiros do Código Penal e o último da Lei de Execuções Penais, deve fazer-se considerada a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas. A medida de segurança fica jungida ao período máximo de trinta anos. (Habeas Corpus 84.219, relator ministro Marco Aurélio, julgamento em 16-8-2005, Primeira Turma, DJ de 23-9-2005)¹¹.

Ocorre que o referido entendimento ainda não foi suficiente para pacificar a questão doutrinariamente, posto que subsistia o problema da possibilidade de que um sujeito que praticou um crime com pena máxima abstrata menor que 30 anos, poder cumprir medida de segurança por até 30 anos, portanto, por prazo superior à pena do injúrio que cometeu.

O Superior Tribunal de Justiça, revendo posicionamentos anteriores, calcado nos princípios da proporcionalidade e isonomia, concluiu que não se pode conferir tratamento diferente ao inimputável e ao imputável, de forma que seja o primeiro tratado de maneira mais grave podendo ficar ergastulado por tempo superior, apenas por sua condição de pessoa com transtorno mental. Uma vez que o imputável cumpre, no máximo, a maior pena prevista para o delito, é necessária que o mesmo tratamento seja estendido ao que cumpre medida de segurança, o que culminou com edição, em 13 de maio de 2015, da Súmula 527 nos seguintes termos “*O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado*”.

11 No mesmo sentido: HC 98.360, Ricardo Lewandowski, julgamento em 4-8-2009, Primeira Turma, DJE de 23-10-2009 e HC97.621, Cezar Peluso, julgamento em 2-6-2009, Segunda Turma, DJE de 26-6-2009 e HC 107432, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 24/05/2014.

Ademais, novos questionamentos surgem a partir da tendência jurisprudencial supra delineada: Alcançado o prazo máximo fixado pelo STF e STJ, mas persistindo a periculosidade e o transtorno mental no agente, como fica a segurança da sociedade? Como proceder nos casos em que o laudo psiquiátrico atestar que o sujeito ainda é perigoso, porém o limite temporal da medida de segurança foi atingido?

Os acórdãos citados não enfrentam o problema. Contudo, entende-se que a solução legalmente prevista e adequada seria a internação psiquiátrica compulsória, conforme prevista no art. 1.767 c/c 1.769 do Código Civil e no art. 6º da Lei nº 10.216/2001¹².

Avalia-se que a fragilidade da medida de segurança permanece apesar dos esforços judiciais. Ainda que os Tribunais Superiores tenham fixado entendimento acerca de um prazo máximo, os transtornados mentais continuam vítimas de violência institucional, materializada em decisões inconstitucionais exaradas por órgãos judiciais inferiores hierarquicamente às cortes supremas. No caso sob análise, a intromissão judicial no âmbito da competência legislativa foi extremamente necessária, mas não suficiente. A sedimentação do posicionamento não vincula rigorosamente os demais juízes e pode ter como efeito a passividade do Legislativo por apreender que, em tese, a solução já foi dada. Contudo, entende-se que somente a alteração legislativa definitiva sanaria a celeuma em questão.

3.2 A HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA NO MANEJO DO CONCEITO DE PERICULOSIDADE E O CASO DE VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL NO HC 0228562014 TJ/MA E NO HC 0235672015 TJ/MA

O Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão julgou acórdão relativo à pessoa com transtorno mental em conflito com a lei, no qual as incoerências do instituto da medida de segurança restaram evidentes. No referido caso, o paciente ficou preso provisoriamente por 5 (cinco) anos no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, aguardando julgamento junto com outros presos sem comprometimento volitivo, representado risco a sua saúde e a dos demais com quem convivia. Além disso, sem o

¹² A respeito da internação psiquiátrica compulsória, ressalta-se o seguinte aresto do STJ: É admitida, com fundamento na Lei 10.216/01, em processo de interdição, da competência do Juízo Cível, a determinação judicial da internação psiquiátrica compulsória do enfermo mental perigoso à convivência social, assim reconhecido por laudo técnico pericial, que conclui pela necessidade da internação. Legalidade da internação psiquiátrica compulsória. Observância da Lei Federal n. 10.216/01 e do Decreto Estadual n. 53.427/0.8, relativo à aludida internação em Unidade Experimental de Saúde. (STJ, HC 125271/SP. Rel. Sidnei Beneti. 04/02/2014).

devido tratamento adequado, o transtorno do esmo pode ter se agravado, dificultando que algum dia se verifique a cessação de periculosidade apta a ensejar a liberdade do paciente¹³.

No Habeas Corpus impetrado, a defesa alegou que estava o paciente “ilegalmente custodiado, também, haja vista judicialmente reconhecida, já, sua inimputabilidade, porque portador de psicose esquizofrênica grave, a reclamar indispensável tratamento até aqui inviabilizado”.

Agrava a situação o fato de que referido prazo excessivo foi cumprido em estabelecimento inadequado, no presídio comum do Complexo Penitenciário de Pedrinhas. Isso porque, segundo informações contidas no acórdão, os Hospitais de Custódia do Estado se recusam a receber pessoas com transtorno mental em conflito com a lei, veja-se:

Inicialmente internado no Hospital Nina Rodrigues, foi solicitado pela Autoridade Policial a transferência do mesmo para a Clínica La Ravardiere. No entanto, esta última se negou a receber o paciente, por ausência de convenio com o Estado para receber presos de justiça. Nesse contexto, foi determinado pela Juíza Titular da 2ª Vara a internação do mesmo em enfermaria no Complexo Penitenciário de Pedrinhas. Posteriormente, foi determinada a remoção do paciente para o Hospital Psiquiátrico Nina Rodrigues ou estabelecimento equivalente. Contudo, a mencionada instituição informou a impossibilidade de manter o paciente internado, tendo em vista cuidar apenas de tratamento ambulatorial, indicando a Clínica La Ravardiere para internação. Nesse sentido, determinou-se a remoção do paciente para a instituição indicada. Contudo, a Clínica La Ravardiere também se negou a receber o paciente, o que o deixou internado na enfermaria do Complexo Penitenciário de Pedrinhas. Nesse contexto, o processo se arrastou até 16 de julho de 2012, quando foi proferida decisão declinatória de competência da 2ª Vara para esta 3ª Vara.

13 PENAL. PACIENTE JUDICIALMENTE AFIRMADO INIMPUTÁVEL. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA. HABEAS CORPUS.

1. Custodiado o paciente, inimputável, há quase cinco anos sem que até esta data sentenciado, evidenciado está o constrangimento ilegal aventado pela defesa, que ademais não deu causa ao indevido atraso.

2. Imprescindibilidade da aplicação, ao caso concreto, da medida de segurança, na forma do art. 96, I, da Lei Substantiva Penal.

3. HABEAS CORPUS conhecido; Ordem concedida.

(TJ-MA - HC: 0228562014 MA 0003998-35.2014.8.10.0000. Data de Julgamento: 21/07/2014, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 23/07/2014)

Essa questão evidencia alguns dos sérios problemas enfrentados por transtornados mentais no Sistema de Justiça maranhense, mais especificamente no Sistema Penitenciário desse estado, o qual passa por uma crise desde ano de 2013, provocada principalmente pela superlotação dos presídios e pela disputa entre facções criminosas.

Dentre diversos ataques a ônibus e rebeliões que culminaram na morte de aproximadamente 61 detentos¹⁴, os efeitos das falhas no Sistema Penitenciário ganharam revelo internacional, inclusive com denúncia realizada na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), que culminou com a decretação de medida cautelar determinando que o Brasil, além de outras medidas, reduza a superlotação carcerária. As consequências da crise, apesar de minimizadas, se estendem até o ano de 2017.

Uma inspeção do Conselho Nacional de Justiça revelou verdadeiras atrocidades, dentre as quais, a existência de transtornados mentais cumprindo medidas de segurança em celas de presídios, junto com os presos “comuns”. Segundo o CNJ¹⁵, o Poder Judiciário Estadual encaminha os transtornados mentais para os presídios ao invés de Hospitais de Custódia por não existirem vagas no sistema de saúde do Maranhão, conforme comprova o acórdão ora analisado.

Tal documento atesta grave violação de direitos humanos, principalmente no que tange à integridade física e mental dos presos. Durante a inspeção realizada, a visita a alguns pavilhões era precedida de negociação com os representantes das facções criminosas. Além das mortes, diversas atrocidades foram constatadas, como os casos das visitas íntimas que ocorriam em ambiente coletivo. No Centro de Detenção Provisória, por sua vez, as celas não possuíam grades, gerando forte

14 Para mais informações sobre o assunto: <<http://www.cartamaior.com.br/?%2FEditoria%2FPolitica%2FMaranhao-sistema-penitenciario-entrou-em-colapso-%2F4%2F29990>>
<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-contenidos-de-apoio/temas-de-atuacao/sistema-prisional/atuacao-de-outros-orgaos/relatorio_cnj_complexo_pedrinhas_dez2014>

15 Foi neste mesmo presídio que foram encontrados os doentes mentais em cumprimento de medidas de segurança e em situação de internação cautelar. A falta de vagas em unidades de saúde para as internações cautelares e para o cumprimento das medidas de segurança tem levado o Estado a encaminhar os doentes mentais para o sistema prisional. Este fato por si só já constitui grave violação de direitos humanos, mas poderá ter outras consequências, tais como eventual extermínio dos doentes mentais. Por fim, ressalta-se que somente no ano de 2013 já ocorreram 60 mortes nos presídios maranhenses, sendo que duas delas após as inspeções que resultaram neste relatório. (RELATÓRIO DE INSPEÇÃO NOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS DO MARANHÃO – OFÍCIO 363/GP/2013. P. 5).

insegurança aos presos cautelares, os quais sequer foram efetivamente condenados pelo Estado.

Nesse aspecto, a questão do preso transtornado mental é ainda mais complexa, uma vez que o contato forçado entre condenados “comuns” com os que possuem algum tipo de transtorno fomenta a violência contra esses, devido a possíveis surtos, a outros sintomas e ao “incômodo” causado por gritos e desrespeito às regras próprias dos internos.

No presente caso, o paciente foi preso cautelarmente em novembro de 2011 e assim permaneceu no Complexo Penitenciário de Pedrinhas até o julgamento do Habeas Corpus, em 2014. O potencial danoso da inércia do Poder Judiciário ficou evidenciado uma vez que, em que pese judicialmente reconhecido o transtorno mental e a inimputabilidade do paciente, este só foi formalmente acusado em 2014, passando aproximadamente 5 (cinco) anos cumprindo prisão preventiva em “instalações inadequadas que foram improvisadas para seu encarceramento no próprio estabelecimento penal”.

Ademais, o caso do HC 0235672015, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão em 10 de agosto de 2015, também evidencia de que forma a hipossuficiência técnica do Poder Judiciário pode culminar em violência institucional aos transtornados mentais, agravando seu sofrimento mental, quando é o Estado o principal responsável por salvaguardar os direitos fundamentais dessas pessoas. Veja-se o seguinte aresto:

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONCURSO FORMAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. RECONHECIMENTO. INIMPUTABILIDADE. PERICULOSIDADE DO PACIENTE. TRANSFERÊNCIA PARA HOSPITAL PSIQUIÁTRICO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Quanto à alegação de excesso de prazo, quando da análise do prolongamento ou não da conclusão da instrução criminal, devem ser consideradas as circunstâncias e peculiaridades de cada processo, considerando-se o princípio da razoabilidade. 2. Os autos dão conta de que o paciente foi preso em flagrante no dia 21/10/2008, em razão da suposta prática dos delitos tipificados no art. 121, § 2º, incisos II e IV c/c art. 70, ambos do Código Penal, contra as vítimas José Francisco Leandro Ferreira e Francisco Ferreira e no art. 121, § 2º, II e IV c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, acrescentando-se que até o presente momento a instrução criminal não fora concluída, havendo claro

excesso de prazo. 3. Não obstante o excesso de prazo, destaca-se que em 20/04/2012 foi homologado por aquele Juízo o laudo psiquiátrico, o qual atestava ser o paciente inimputável, oportunidade em que foi determinado o cumprimento de medida de segurança de internação em Hospital de Custódia pelo prazo de 03 (três) anos e que anualmente o paciente deveria submeter-se a novos exames a fim de se apurar a sua periculosidade. 4. Merece destaque ainda, o Parecer Psiquiátrico que me foi remetido pelo Grupo de Monitoramento Carcerário, o qual atesta que o paciente possui comportamento impulsivo com alto nível de periculosidade, motivo pelo qual a sua soltura não se mostra a melhor decisão. 5. Sendo insustentável a manutenção da prisão do paciente na Cadeia Pública de São Raimundo das Mangabeiras, o melhor caminho a ser seguido é determinar a sua imediata transferência para hospital psiquiátrico. 6. Ordem conhecida e concedida. Unanimidade.

(TJ-MA - HC: 0235672015 MA 0004095-98.2015.8.10.0000, Data de Julgamento: 10/08/2015, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 13/08/2015)

O paciente cometeu crime de homicídio no dia 20/10/2008 e ficou preso preventivamente na Cadeia Pública de São Raimundo das Mangabeiras, aguardando julgamento, por 6 (seis) anos, mesmo com diagnóstico de transtorno mental e decisão aplicadora de medida de segurança.

Em 28/01/2009, o paciente foi submetido a Exame de Sanidade Mental, o qual atestou ser o acusado portador de esquizofrenia, necessitando de internação em Hospital Psiquiátrico. O Laudo foi devidamente homologado pelo magistrado responsável pelo caso, o qual aplicou medida de segurança consistente em internação de custódia, por três anos, no Hospital Nina Rodrigues.

Ocorre que se passaram aproximadamente 2 (dois) anos e 6 (seis) meses em que o acusado continuou preso cautelarmente sem que a decisão fosse cumprida, porquanto o Hospital Nina Rodrigues não havia autorizado o encaminhamento do paciente pela ausência de vaga. Assim, em 25/09/2011 foi realizado outro Laudo Psiquiátrico, o qual atestou que “estado mental do paciente é preocupante, com delírios, motivo pelo qual continuava com alto nível de periculosidade, destacando que se não houvesse tratamento psicológico, não haveria melhora do quadro clínico”.

Somente em 20/04/2012, o referido Laudo foi homologado, reiterando a decisão aplicadora de medida de segurança determinando, ainda, que

fosse submetido anualmente a novos exames psiquiátricos para apuração de periculosidade. Durante o processo, o Hospital Nina Rodrigues informou por várias vezes que não possuía vaga e que somente atende casos de urgência e emergência psiquiátrica. A denúncia do crime ocorrido em 2008, só foi oferecida pelo Parquet em 11/04/2014.

Não obstante ao evidente excesso de prazo, constrangimento ilegal, violência institucional e homologação do Laudo Psiquiátrico comprovando esquizofrenia, o paciente continuou por 6 (seis) anos ergastulado na Cadeia Pública de São Raimundo das Mangabeiras, agravando por consequência lógica, seu sofrimento mental. Diante de tantas incongruências, somente em 2015, o desembargador relator do Habeas Corpus concedeu a ordem para determinar a transferência do transtornado para Hospital Psiquiátrico Nina Rodrigues, porém, na ausência de vaga, que o mesmo fosse submetido a tratamento ambulatorial, permanecendo na cadeia comum até que surja vaga em estabelecimento adequado.

Tais casos evidenciam o quanto a hipossuficiência técnica do Poder Judiciário e do Poder Executivo culminam, não raramente, em grave violência institucional aos transtornados mentais. Extrai-se, pois evidente, que a situação demanda uma atenção diferenciada. Em casos como esses, o crime é extraído do contexto social em que ocorreu e a doença de que o paciente é vítima se torna o principal alicerce para segregação e sofrimento demasiado.

Os direitos legalmente assegurados pelo ordenamento jurídico pátrio como assistência médica integral, internação em Hospital de Custódia, exame anual de verificação de periculosidade e os demais ditames da Lei de Execução Penal e da Lei da Reforma Antimanicomial (nº 10.216) foram desconsiderados em nome do controle social, culminando com as incongruentes situações ora analisada. Tais garantias, somadas com o direitos fundamentais previstos na Constituição Federal devem contundentemente ser observadas nos casos em que a pessoa já sofre as penúrias inerentes ao transtorno mental e ao cárcere.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A intervenção do Direito Penal atende, sobretudo, a interesses latentes, privilegiando as condutas a serem tipificadas e selecionando previamente indivíduos para serem segregados e sofrerem os efeitos da criminalização. Nesse cenário, a medida de segurança surge como um instituto aliado às funções iatrogênicas não declaradas desse sistema, sob

o argumento de tratamento e recuperação do indivíduo e como alicerce à defesa social.

Restou configurado que a medida de segurança na verdade constitui uma pena intensamente rigorosa, mascarada de tratamento curativo vistosiado pelo Estado. É apenas mais um meio de excluir, segregar e apartar do convívio social os indivíduos que são a clientela do Sistema Penal. É ainda mais violenta e iatrogênica do que a pena privativa de liberdade por se tratar de cidadãos que necessitam de atenção e cuidado profissional especiais.

A manipulação do conceito de periculosidade encaixa-se perfeitamente no discurso oficial Sistema Penal. Em verdade, cumpre seu papel e serve como alicerce para fundamentar e legitimar o controle social sobre indesejados socialmente, sobretudo os infratores acometidos por transtorno mental que têm diminuída a capacidade de compreensão do jogo político e conseqüentemente da especificidade da defesa necessária perante esse sistema opressor.

Tal fato não é apenas uma infração, a falta do cumprimento da lei, mas também um golpe contra os princípios fundamentais da Constituição Federal. A Dignidade Humana é mais do que um valor absorvido pelo Direito, mais do que apenas uma norma, é o princípio que, ao ser descumprido, malfe as necessidades mais básicas da sobrevivência humana, as quais devem ser garantidas a todos. E isso inclui aqueles que infringem a Lei.

Historicamente, a prisão já é, por excelência, uma entidade opressiva para todos que cumprem penas. Entretanto, a severidade no caso dos presos com transtornos mentais é alargada por suas condições psicológicas peculiares e que demandam acompanhamento profissional especializado. Assim, vê-se os princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana nitidamente desrespeitados.

É imprescindível que haja uma desconstrução da estigmatização do transtornado mental, que é um ser humano titular de direito, merecedor de respeito à sua integridade física, psicológica e moral e que devem ter seus marcos de proteção jurídica plenamente observados com o escopo de minimizar seu sofrimento durante o cumprimento das eventuais medidas de seguranças.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. *Sistema penitenciário no Brasil: problemas e desafios*. 1991

ALMEIDA, Odilza Lines de. *Sem lugar pra correr nem se esconder: um estudo de vitimização no sistema penal baiano*. Salvador: 2011.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. Rio de Janeiro: São Paulo, 2002.

BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: atualizada até a Emenda Constitucional nº 73. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.

_____. *Lei nº 3.071, 1º de janeiro de 1916*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 08 ago. 2016.

_____. *Código Penal Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 08 ago. 2016.

_____. *Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm>. Acesso em: 08 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC 207.019/SP*, Rel. Ministro GILSON DIPP, julgado em 18/08/2011, DJe 31/08/2011. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 09 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC 190.705/SP*, Rel. Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES, julgado em 17/03/2011, DJe 18/04/20. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 09 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC 211.750/SP*, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA, DJe 26/10/2011. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 09 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC 84219/SP*, rel. Min. Marco Aurélio, 9.11.2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 09 ago. 2016.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: pena e medida de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

FOCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 4. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1975.

FRANÇA, Genival Veloso. *Medicina Legal*. 7. ed. São Paulo: Guanabara Koogan, 2004.

GOFFMAN, Ervin. *Manicômios, Prisões e Conventos*. São Paulo: Perspectiva, 1974.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. v. 1, 12. ed. Rio de Janeiro: Imperauts, 2010.

KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica do costume*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2000.

LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Brasília: Senado Federal, 2006.

LOIC, Wacquant. *Punir os pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Renavan, 2003.

PELEGRINI, Carla Liliane Waldow. Considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista BoniJuris*, Curitiba, v. 16, n. 485, p. 5-16, abr. 2004.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAUTER, Cristina. *Manicômios, prisões, regormas e neoliberalismo: Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 3, p. 71-76, 1997.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes Rocha. *O Direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

SARLET, I.W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2. ed. revisada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001/2002.

SOUTO, Ronya Soares de Brito. *Medidas de Segurança: da criminalização da doença aos limites do poder de punir*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VARELLA, Drauzio Varella. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro;
SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

RECEBIDO EM: 13/06/2016

APROVADO EM: 19/09/2016

QUEM IMPÕE LIMITES ÀS REFORMAS PREVIDENCIÁRIAS? O STF COMO PROTETOR DO ORÇAMENTO PÚBLICO

*WHO IMPOSES LIMITATIONS ON SOCIAL SECURITY REFORMS?
THE STF AS A PROTECTOR OF THE PUBLIC BUDGET*

Flavia Danielle Santiago Lima

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco

Professora da Universidade Católica de Pernambuco

Advogada da União - AGU

Tassiana Moura de Oliveira

Doutoranda em Ciência Política (UFPE)

Mestre em Direito (UNICAP)

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Opção por Reformas: necessidade de reestruturação ou resposta imediata às crises?; 1.1 Crise da Década de 1990: a solução são os cortes de gastos?; 1.2 O Cenário Muda: segunda reforma da previdência e a tranquilidade na tomada de decisões; 2 A Judicialização das Políticas Públicas no Brasil e a Agenda do Executivo; 3 A Autocontenção do STF na Análise das Reformas da Previdência dos Servidores Públicos: dos aspectos processuais à prevalência do equilíbrio atuarial sobre “Direitos Adquiridos”; 4 Considerações Finais: um tribunal contido diante das reformas da previdência; Referências.

RESUMO: Qual o papel do STF na conformação da política pública previdenciária através das ações em controle abstrato de constitucionalidade? O trabalho aqui apresentado traz a discussão sobre o direito social à previdência social em seu *status* de direito fundamental na Constituição Federal de 1988 e o discurso sobre ele configurar uma prestação onerosa ao Estado. Os Poderes Legislativo e Executivo periodicamente modificam as regras de previdência com o objetivo de conter os gastos. Como instância contramajoritária, o Poder Judiciário tem o dever de proteger os direitos sociais, impedindo que as decisões tomadas pelos outros poderes retrocedam (ou extingam) direitos conquistados na Carta de 1988. O objetivo do trabalho é saber se o STF (como órgão de cúpula do Judiciário) cumpre esse papel no que se refere à Previdência Social. Para tanto, foi realizada uma análise sobre as Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas contra as Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003, a fim de compreender como o STF responde (se responde) à judicialização das reformas previdenciárias.

PALAVRAS-CHAVE: Seguridade Social. Controle Abstrato. Previdência Social.

ABSTRACT: What role does the STF play in the social security public policy deciding the ADIs inside Brazilian abstract constitutionality control? This paper discusses about the social right to social security as a fundamental matter and its costly provision to the State. The Legislative and Executive branches periodically change the pension rules in order to contain costs. As a contramajoritarian power, the Judiciary has a duty to protect the citizens' social rights by preventing that decisions taken by the other branches fall back (or terminate) rights prescribed in the 1988's constitution. The objective of this

study is to understand whether the Supreme Court fulfills that role in social security matter. Therefore, we carried out an analysis on the Unconstitutionality Direct Actions' decisions filed against the Constitutional Amendment numbers 20/1998 and 41/2003, aiming to comprehend how the STF responds (if it responds) to the judicialization of the social security reforms.

KEYWORDS: Social Security. Abstract Control. Social Security.

INTRODUÇÃO

A consolidação da judicialização das relações políticas e sociais no Brasil é objeto de um consenso entre juristas e cientistas políticos, verificável pelo fortalecimento e relevância das instituições judiciais e incorporação do discurso jurídico nas interações entre os diversos grupos políticos e sociais. Ao lado dos requisitos normativos, a expectativa quanto às decisões dos tribunais – sobretudo do Supremo Tribunal Federal (STF), no exercício da jurisdição constitucional – foi integrada à prática dos diversos setores, como grupos de interesse e partidos minoritários.

No Brasil, desde 1988, o STF tem sido provocado para analisar a constitucionalidade de normas e opinar sobre políticas públicas das mais diversas naturezas. Segundo Taylor¹, nos 15 anos entre 1988 e 2002, o Supremo – somente através do instrumento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI – concedeu decisões liminares ou de mérito invalidando parcialmente mais de 200 leis federais.

Neste contexto, as respostas do STF viraram tópico especial de discussão, usualmente identificadas como representação da sua tendência ao ativismo ou autocontenção, em suas repercussões para as dinâmicas entre os titulares de poder. A literatura jurídica debruça-se, especialmente, sobre as relações entre Judiciário e Legislativo – eixo que concentraria a discussão em torno do caráter contramajoritário da revisão judicial. Aponta-se, assim, para eventual superposição e até invasão das atribuições do Parlamento pelo Tribunal, em prejuízo do sistema democrático, creditado – entre outros fatores – à erosão de sua legitimidade representativa e suas omissões.

Já estudos empíricos apontam para uma relevante questão – a intensa judicialização das questões atinentes à Administração Pública – de particular

1 TAYLOR, Matthew M.. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 230, 2007.

relevância para os Executivos Federal e Estaduais. Diante desta prevalência dos temas de Direito Administrativo, o STF, no que diz respeito às ADIs, atua como um “conselho de Estado do tipo prevalecente em países de configuração unitária”, ao estabelecer “padrões de racionalização na administração pública”^{2,3}.

Neste quadro, um grupo de interesse específico se destaca na agenda do STF: os servidores públicos. A normatização de seu regime jurídico na CF-88 permite que estes agentes públicos questionem eventuais tentativas de alteração pela via das emendas constitucionais (EC’s) ou a limitação de direitos através da legislação ordinária. No primeiro caso, sob o argumento preferencial da proteção ao direito adquirido (art. 5º, inciso XXXVI), direito fundamental protegido como cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV) e oponível ao poder de reforma. Já no segundo caso, estes grupos amparam-se na supremacia constitucional.

A questão ganhou particular impacto na judicialização das reformas levadas a cabo pelo Poder Executivo no sistema de previdência dos servidores públicos, através das Emendas nºs 20 e 41. Na esteira da imensa polêmica e insatisfação que estas provocaram nestes setores, a disputa entre Administração Pública e servidores, pensionistas e aposentados encontrou no STF um terceiro turno (e uma nova arena) de embates.

Com efeito, as duas mencionadas reformas levaram ao STF, no total, trinta ações diretas de inconstitucionalidade, conforme dados coletados da base de dados da pesquisa de Costa e Benvindo⁴, produzida pela UNB. De

- 2 VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social (Revista de Sociologia da USP)*, v.19, n. 2, p. 39-85, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2015.
- 3 “A Adin também é recurso institucional estratégico de governo, instituindo, na prática, o Supremo Tribunal Federal como um conselho de Estado do tipo prevalecente em países de configuração unitária”. [...] “Embora essa intervenção judicial na legislação dos estados se revista, em geral, de um inequívoco caráter racionalizador – já presente no governo FHC e notavelmente ampliada no governo Lula –, nota-se, pela envergadura com que é praticada, que ela pode ser mais um sinal da emergência de uma tendência, que toma fôlego em várias dimensões da vida social recente, no sentido de “corrigir” as relações entre a federação e a União em favor desta última.” [...] “Na experiência institucional brasileira, o primado da União sobre a federação tem resultado de motivações modernizantes associadas a momentos de autoritarismo político, como nos anos de 1930 e, mais tarde, sob o regime militar no período 1964-1985”. VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social (Revista de Sociologia da USP)*, v.19, n. 2, p. 65, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2015.
- 4 COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. *A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais (Base de dados)*. Brasília: UNB/CNPQ, 2014. Disponível em: <http://public.tableausoftware.com/views/ControldeConstitucionalidadeviaADIDivulgao/4_1RequerentesporanodisginguindoFE?:embed=y&:display_count=no>. Acesso em: 20 jul. 2014.

acordo com o levantamento, destas ADI's apresentadas, treze tiveram seu mérito julgado; quatro foram julgadas improcedentes; uma não foi conhecida pelo relator; três não foram conhecidas pelo plenário; uma teve seu seguimento negado pelo relator; uma a questão foi considerada prejudicada pelo relator; e, por fim, três foram consideradas procedentes em parte pelo plenário.

Esse trabalho se propõe, portanto, a analisar as ADI's referentes às ECs 20 e 41. O objetivo é observar o posicionamento do STF em matéria previdenciária: estaria o Supremo exercendo sua função de protetor dos direitos fundamentais ou o tribunal tende a respeitar as decisões majoritárias, cooperando com as preferências do Poder Executivo? A reflexão sobre as ações não decididas também é importante, uma vez que mostra à pesquisa quais são os temas que o tribunal prefere não julgar.

Para tal fim, são analisadas as trinta ADI's, tomando-se como variáveis: os (a) autores das ações (legitimados); os (b) princípios defendidos pelas partes; e o (c) princípio vencedor na soma dos votos dos Ministros. O objetivo é analisar o papel do STF na conformação das reformas previdenciárias implementadas pelo Poder Executivo em 1998 e 2003.

Parte-se da hipótese de que, neste caso, o STF enquadra-se no argumento comum na literatura mundial sobre os tribunais: mais que oposição, sua atuação é marcada pela anuência às escolhas dos legisladores e administradores⁵. No caso brasileiro, pesquisas como a de Taylor⁶, mostram que o STF, em particular, tem agido de forma muito cautelosa e até conservadora para evitar alargar potenciais conflitos com o Executivo. Esse argumento é que eles não podem atuar sem correr o risco de perder seu poder para um Executivo cioso das próprias prerrogativas.

A análise destas decisões permite avaliar um dos pontos mais relevantes e controvertidos trazidos pelos estudos acumulados ao longo das últimas décadas: o privilégio das questões de direito administrativo, especialmente do tema servidor público, no controle concentrado de constitucionalidade. E, como consequência, a exploração deste viés específico das relações entre os poderes do Brasil.

5 FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, v. 84, n. 2, p. 261, dec. 2005.

6 TAYLOR, op. cit., p. 235.

1 A OPÇÃO POR REFORMAS: NECESSIDADE DE REESTRUTURAÇÃO OU RESPOSTA IMEDIATA ÀS CRISES?

1.1 CRISE DA DÉCADA DE 1990: A SOLUÇÃO SÃO OS CORTES DE GASTOS?

A EC nº 20/98 e a EC nº 41/2003, ao promoverem substanciais alterações no regime previdenciário dos servidores públicos, inserem-se no contexto das reformas estruturais iniciadas na década de 90, que implicaram em privatização, abertura comercial e desregulamentação, ao transferir a responsabilidade pelo investimento e pela produção em setores extremamente dependentes de contratação [...], torna-os mais dependentes do apoio do Poder Judiciário⁷. Resta saber, no caso específico das políticas públicas previdenciárias, qual o cenário político das reformas promovidas pelas mencionadas emendas, com o resgate de seu histórico, a fim de delimitar os interesses posteriormente levados ao STF em sede de controle de constitucionalidade.

A Constituição de 1988 inaugurou um novo cenário para a previdência brasileira, seja no regime geral ou nos regimes próprios. Até então, a aposentadoria era um direito garantido aos trabalhadores e servidores públicos por seus “bons serviços prestados”. Existia a noção de necessidade de comprovação de tempo de serviço; no entanto, a contribuição não era exigida. Por muito tempo na história da previdência dos funcionários públicos, a União concedeu aposentadoria sem fonte de custeio específica. Na verdade, os benefícios previdenciários dos servidores públicos eram tratados como uma compensação pela ausência de políticas remuneratórias e de carreira⁸.

A Carta de 1967 trouxe em seu art. 158, inciso XVI, a previsão da previdência social como um dos direitos dos trabalhadores “mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte” e, no inciso XX, a possibilidade de aposentadoria para mulher após trinta anos de contribuição. A expressão “previdência” é mencionada outras quatro vezes - na disposição

7 A extensa presença estatal na economia tornava os contratos menos importantes, pois permitia decidir conflitos e impor regras pela via administrativa, sem a necessidade de se recorrer à Justiça. (...) Nossa pesquisa mostrou que a maioria dos juízes tem consciência de que essas reformas tornaram o seu trabalho mais importante, do ponto de vista econômico, com quase a metade dos magistrados concordando inteiramente com essa tese e um terço tendendo a concordar com ela. (Tabela 7.1).” É importante ressaltar, nas observações de Pinheiro, que o objetivo do trabalho aqui citado é “ajudar a compor um diagnóstico sobre os problemas do Judiciário que mais afetam a economia e a avaliar as iniciativas que podem tornar o Judiciário uma instituição mais eficaz e eficiente do ponto de vista econômico.” PINHEIRO, Armando Castelar Pinheiro. *1a visão dos magistrados*. p. 20. Disponível em: <http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando_Castelar_Pinheiro2.pdf>. Acesso em: 20 maio 2005.

8 CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime próprio de previdência social dos servidores públicos*. 4. ed. Curitiba: Juruá, p. 78, 2012.

sobre competências legislativas, regras de custeio e nas especificidades dos ex-combatentes. Por sua vez, as regras para a aposentadoria dos funcionários públicos estavam descritas no art. 100 e seguintes.

A Constituição de 1998 manteve o termo “tempo de serviço” em seu texto original, mas aumentou consideravelmente o tratamento dado à Previdência Social. Na redação original, havia vinte e quatro citações da expressão “previdência”, e dois artigos inteiramente dedicados ao tema: o art. 40, que versa sobre a previdência dos servidores públicos efetivos e o art. 201, que traz as regras constitucionais sobre o regime geral de previdência social.

Mesmo assim, foi apenas em 1998, com a primeira grande reforma previdenciária, que a preocupação com o equilíbrio financeiro e atuarial de fato surgiu no texto constitucional. O art. 40, em seu *caput*, passou a trazer a expressão: “observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial” para os regimes de previdência próprios com caráter, agora, contributivo. A construção do problema de financiamento dos benefícios foi longa, mas diversas razões concorreram para que, em 1998, fosse concretizada a decisão de mudança no sistema previdenciário brasileiro.

A “bola de neve” já vinha crescendo desde muito tempo. A recessão da década de 1980 e a ampliação da cobertura previdenciária aumentaram o déficit da previdência social⁹. Contudo, os anos de 1997 a 1999 foram mais complexos. O cenário de crise atingia diversas economias emergentes, como a brasileira. Averbug e Giambiagi¹⁰ expõem os fatores desencadeadores da explosão da crise nestes países, inclusive no Brasil, tais como:

- a) um bom de investimento alimentado pelo endividamento crescente das famílias, das empresas e do país;
- b) elevada alavancagem dos bancos;
- c) ausência de uma supervisão bancária apropriada;
- d) taxas de câmbio fixas ou relativamente fixas, em um contexto de déficits crescentes da conta corrente.

9 ROCHA, Daniel Machado. *O Direito Fundamental à Previdência Social: na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 75.

10 AVERBUG, André; GIAMBIAGI, Fábio. *A Crise Brasileira de 1998/1999 – Origens e Consequências*. BNDES: Rio de Janeiro, 2000. p. 8. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/td/Td-77.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015.

Diversas medidas foram tomadas, com o objetivo de apaziguar os efeitos da crise e evitar efeitos mais profundos; a primeira destas, privatização das estatais, não se mostrou suficiente para a contenção do excesso de gastos públicos. Aliado à crise financeira internacional, à estagnação do crescimento da economia brasileira que acarretou em um processo de desemprego e informalidade no mercado de trabalho, além do envelhecimento da população, “o sistema previdenciário passou a apresentar déficits significativos¹¹”. Assim, a reforma da previdência sem contribuição, especialmente por parte dos servidores, já era vislumbrada há muito tempo.

A Emenda Constitucional nº 20/98 foi desenhada em um cenário desfavorável e teve um caráter eminentemente restritivo¹². O primeiro projeto foi enviado ao Congresso em 1995 e era muito mais abrangente. Almejava equilibrar os benefícios previdenciários dos setores público e privado, reduzir privilégios, acirrar critérios de elegibilidade e atacar outros focos que contribuíssem para agravar o déficit fiscal¹³. As principais mudanças trazidas pela emenda foram: (a) desconstitucionalização da regra de cálculo do valor dos benefícios; (b) fim das aposentadorias especiais para professores universitários, jornalistas, aeronautas; (c) restrição do salário-família e auxílio reclusão às famílias de comprovada baixa renda; (d) fixação de limite máximo aos benefícios do regime geral (teto da previdência); (e) tentativa de ampliação da previdência complementar; (f) previsão da possibilidade de estabelecimento de um teto, também, para os regimes próprios de previdência; (g) instituição de vedações para a acumulação de proventos de aposentadoria com remuneração; (h) extensão das regras aplicáveis aos servidores públicos para magistrados, promotores e membros do Tribunal de Contas.

Os pontos cruciais, no entanto, referem-se à exigência do tempo mínimo de contribuição (e não de serviço, apenas) e à idade mínima para aposentadoria voluntária¹⁴.

Os relatos destacam o interesse específico do governo na aplicação da exigência concomitante dos requisitos de tempo de contribuição e idade mínima para todos os regimes; contudo, este regime foi aprovado, apenas para os servidores públicos. Destarte, a partir de 1998, os servidores, para aposentarem-

11 ROCHA, op. cit., p. 75.

12 Ibidem, p. 76

13 NAKAHODO, Nakao; SAVOIA, José Roberto. A reforma da previdência no Brasil: estudo comparativo dos governos Fernando Henrique Cardoso e Lula. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, fev. p. 51, 2008. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=10706603>>. Acesso em: 13 maio 2015.

14 ROCHA, op. cit., p. 77.

se voluntariamente, deveriam comprovar o tempo de contribuição e a idade mínimos para homens e mulheres - 35 e 30 anos, 60 e 55 anos, respectivamente.

A alternativa, no Regime Geral de Previdência Social, foi a criação do fator previdenciário, através de alteração promovida em 1999 na Lei de Custeio da Previdência Social - Lei n. 8.212/1990. Entre outras novidades, estabelecido novo cálculo para os benefícios voluntários, consistente numa média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a 80% de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário. Segundo o Ministério da Previdência¹⁵, o cálculo do fator é baseado em quatro elementos: alíquota de contribuição, idade do trabalhador; tempo de contribuição à Previdência Social e expectativa de sobrevida do segurado (conforme tabela do IBGE).

1.2 O CENÁRIO MUDA: SEGUNDA REFORMA DA PREVIDÊNCIA E A TRANQUILIDADE NA TOMADA DE DECISÕES

A segunda reforma, realizada pelo Presidente Luís Inácio Lula da Silva, deu-se pela aprovação da EC 41 de dezembro de 2003, aprovada em menos de um ano após o início do seu mandato, numa marcada diferença com as dificuldades enfrentadas por Fernando Henrique Cardoso, que enfrentou três anos de oposição no Congresso Nacional e nos setores da sociedade civil organizada¹⁶.

Nesta segunda reforma, o Poder Judiciário constituiu-se num dos principais obstáculos à aprovação do texto proposto pelo Chefe do Executivo:

No início de seu governo, Lula confrontou o Judiciário numa série de questões, fazendo com que juízes e outros profissionais da Justiça se sentissem particularmente ameaçados com a possibilidade de mudanças em suas aposentadorias. Após assegurar que tais benefícios seriam mantidos, o ambiente acalmou-se e o presidente pôde incluir a taxaço dos inativos na proposta final, um dos pontos mais polêmicos de seu projeto original¹⁷.

15 BRASIL. *Fator Previdenciário: dúvidas*. Ministério da Previdência Social. Disponível em: <www.mps.gov.br/2014/08/fator-previdenciario-duvidas>. Acesso em: 11 out. 2015. 2014. s/p.

16 "Enquanto que Fernando Henrique teve que digladiar por mais de três anos no Congresso até que a reforma fosse promulgada em dezembro de 1998". NAKAHODO, Nakao; SAVOIA, José Roberto. A reforma da previdência no Brasil: estudo comparativo dos governos Fernando Henrique Cardoso e Lula. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, fev. 2008, p. 51. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=10706603>>. Acesso em: 13 maio 2015.

17 NAKAHODO, op. cit., p. 52.

Importa notar, ainda, que os juízes foram importantes atores no momento posterior à aprovação da PEC, com a judicialização das demandas derivadas do inconformismo de setores sociais com o novo sistema previdenciário.

De acordo com o trabalho de Nakahodo e Savoia¹⁸, “embora o debate em torno da reforma previdenciária tenha sido conduzido primordialmente no Congresso, muitos outros atores institucionais estiveram envolvidos na reforma”. O Executivo Federal incluiu as alterações constitucionais dentre as prioridades de sua agenda, como se pode perceber no pronto encaminhamento da questão ao Legislativo – pouco tempo após o início do mandato.

Os Executivos Estaduais e Municipais também mostravam seu apoio, em virtude das diretrizes da Lei de Responsabilidade Fiscal, promulgada em 2001, que estabelecia “limites legais para os gastos públicos, levando prefeitos e, especialmente, governadores a defender a reforma previdenciária”, com mais empenho do que ocorreu com a reforma anterior, quando o tema era incipiente¹⁹.

As mudanças trazidas pela nova reforma atingiram principalmente os servidores estáveis e os recém-ingressos na Administração Públicas. Algumas regras de transição foram alteradas, e consolidada maior aproximação entre as regras dos regimes próprios com o regime geral. Em resumo feito por Nakahodo e Savoia, as alterações foram:

Para os servidores públicos na ativa, a idade mínima de aposentadoria foi mantida (53 anos para homens e 48 para mulheres), mas com uma redução de 5% por ano, aplicada àqueles que decidissem se aposentar antes da idade de referência (60 e 55, para homens e mulheres, respectivamente), para aqueles que haviam ingressado no serviço público antes de 16 de dezembro de 1998. O benefício seria calculado com uma média das contribuições, tal qual no Regime Geral. Como incentivo para aqueles que decidissem adiar sua aposentadoria, um adicional de 11% foi incluído. Para os novos servidores, as regras serão semelhantes àquelas adotadas no Regime Geral, em que os benefícios seriam calculados com base no conjunto das contribuições anteriores, até o limite de R\$ 2.400,00, complementados por esquemas voluntários de contribuição. No caso dos aposentados do setor público, a principal mudança foi a taxação em 11% para aqueles cujos benefícios fossem superiores a R\$ 1.440,00, no serviço público federal, ou R\$ 1.200,00, para as demais esferas. A exceção ficou por conta daqueles portadores de direitos adquiridos, que permaneceriam livres do imposto. Para os trabalhadores

18 NAKAHODO, op. cit., p. 48.

19 Ibidem, p. 49.

do setor privado na ativa, os benefícios seriam elevados a R\$ 2.400,00, em comparação ao limite anterior de R\$ 1.869,00. A emenda também possibilitou a provisão da aposentadoria de um salário mínimo para trabalhadores de baixa renda. Para os futuros trabalhadores, o benefício de R\$ 2.400 foi mantido, com uma redução de 30% aplicada sobre o montante excedendo esse limite²⁰

Para completar o ciclo de alterações do sistema previdenciário brasileiro, em 2005 foi aprovada a Emenda Constitucional 47, conhecida como PEC Paralela, que trouxe alterações sobre a remuneração dos servidores públicos, mas também trouxe ajustes relativos à previdência. Seu principal propósito foi de conformar algumas alterações previstas pela EC 41/2003 que trouxeram perdas para os servidores que ingressaram em cargos públicos entre as Emendas 20/98 e 41/2003. Ela traçou novas regras de transição nestes casos e garantiu a paridade para eles; também ajustou regras sobre os fundos de pensão, em virtude do receio de que estes fossem utilizados para fins de corrupção (MELLO, 2005).

2 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL E A AGENDA DO EXECUTIVO

No jogo da separação de poderes, reconhece-se que todas as instituições têm preferências, mas também levam em conta, ao agir, as preferências dos outros ramos. Tem-se, assim, uma reação antecipada²¹. Há uma antecipação das instituições sobre qual poderia ser a resposta às suas ações por parte de outros poderes. Assim, é possível que a ação seja mais contida do que seria, para que não haja um impacto negativo nos demais poderes.

O Poder Judiciário não está imune às possíveis reações dos demais poderes decorrentes de suas decisões. É sabido que existe uma “relação assimétrica entre o Parlamento e a corte”²², que pode com uma decisão revogar uma lei, mas para que o parlamento derrube sua decisão, tem que passar pelos procedimentos de emenda constitucional ou de alteração legal. Contudo, a vantagem do judiciário não o impede de se preocupar com constrangimentos aos quais ele pode passar, interna ou externamente. “Juizes podem ser impedidos, jurisdições podem ser retiradas, cortes podem ser ‘embaladas’, e o orçamento do judiciário pode ser cortado”²³.

20 NAKAHODO, op. cit., p. 52 e 53.

21 FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. *Texas Law Review*, v. 84, n. 2, p. 257-337, dec., 2005. p. 311.

22 CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues. *Revisão abstrata da legislação e judicialização da política no Brasil*. São Paulo: USP/Departamento de Ciência Política, Tese de Doutorado. 2005. p. 318.

23 FRIEDMAN, op. cit., p. 314.

Uma resposta menos gravosa, pode ser também a criação de uma norma que vá de encontro àquela decisão criadora de políticas públicas, por exemplo. Por não existir norma que prevesse a possibilidade ou impossibilidade de determinado direito, o judiciário a cria e, em resposta, o legislativo, posteriormente, a proíbe. É uma clara reação negativa à decisão do poder judiciário.

Mais do que se preservar dos ataques, as cortes precisam se assegurar que suas decisões serão cumpridas²⁴; esse jogo é mais comum quanto ao direito constitucional do que em relação à legislação ordinária. Neste sentido, a corte dispõe de mais informações sobre o que pode ocorrer, especialmente pela antecipação do Poder Executivo. A decisão da corte pode (e geralmente o faz) demandar imediata atitude dos governos com consequências, não apenas políticas, como também financeiras. Caso não haja possibilidade financeira de cumprimento ou não houver vontade política, a decisão pode vir a ser ignorada.

Na prática do controle de constitucionalidade brasileiro, temas de interesse do Poder Executivo são recorrentes nas mesas dos Ministros do STF – em sede de controle concentrado e também em difuso. Como é consenso na literatura sobre a judicialização da política no Brasil, diante especialmente de trato econômico e de administração, são muito frequentes, estando a frente até de tópicos relativos a direitos fundamentais.

No controle concreto, recente pesquisa de Louise Dantas de Andrade²⁵ concluiu que, comparando a quantidade de processos que interferem no orçamento público com a amostra geral de recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida (47,59% do total de processos), o STF não apenas deixa de incluir em sua agenda de julgamento os casos que discutem a aplicação e a efetivação de direitos fundamentais, como funciona praticamente como um órgão regulador da inclusão de despesas nas contas governamentais, sejam federais, estaduais ou municipais”.

No caso dos recursos extraordinários, a preocupação com as preferências do Executivo pode ser notada desde a quantidade de processos que têm sua repercussão geral reconhecida. Boa parte deles são recursos interpostos pela Fazenda Pública. Consequentemente, a quantidade de recursos com mérito julgado também é maior quando o autor é o Poder Executivo.

24 FRIEDMAN, op. cit., p. 315.

25 ANDRADE, L. D. de. *Agenda-Setting: Análise do comportamento do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade concreto*. Recife: UNICAP/Programa de Pós-Graduação em Direito. Dissertação de mestrado, 2015. p. 91.

Enquanto apenas 85 (oitenta e cinco) recursos interpostos por entes privados foram julgados desde a criação do instituto da repercussão geral, 140 (cento e quarenta) dos recursos interpostos pela fazenda pública foram julgados, ficando claro que a prioridade para o tribunal é solucionar as lides que representam algum tipo de interesse do governo instituído em detrimento dos interesses da sociedade civil como um todo²⁶.

A importância do Poder Judiciário no ambiente político já não é tão contestada. Taylor²⁷ afirmou que, no Brasil, o Judiciário tem moldado iniciativas políticas que regulam tudo, desde a representação política do partido à privatização²⁸. Ministros do STF já afirmaram, em entrevistas ou eventos, que o judiciário tem esse papel de, através da jurisdição, resolver problemas da sociedade²⁹.

Não por acaso, Matthew Taylor e Luciano Da Ros³⁰, assentados na observação de ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) ajuizadas, identificam, ao lado das ações propostas por partidos políticos opositores – independentemente de sua posição no espectro ideológico, as situações em que a judicialização se presta a “arbitragem de interesses em conflito”. A segunda hipótese corresponderia ao “caso da contestação judicial de regras que redistribuam poderes e atribuições entre diferentes entidades e instituições, como partidos políticos, entes federativos e diferentes instâncias do Poder Judiciário”.

[...] Nesse caso, não se trata tanto de fazer uso dos tribunais como instrumentos de oposição ao governo, mas sim de propor ações nos casos em que determinados estatutos legais modifiquem procedimentos e atinjam diretamente interesses de grupos e setores específicos, prejudicando alguns e beneficiando outros. Busca-se o STF como propósito, ainda que não necessariamente declarado e imediato, de definir ou aperfeiçoar determinadas “regras do jogo”. A judicialização, nesse caso, não pretende desmerecer

26 ANDRADE, op. cit., p. 85.

27 TAYLOR, Matthew M. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in democratic Brazil*. Stanford University Press: Stanford, California, 2008. p. 01.

28 Tradução livre. Original: “In Brazil, the judiciary has molded policy initiatives governing everything from political party representation to privatization”.

29 “O Judiciário tem a obrigação constitucional de prestar a jurisdição e resolver os problemas que afligem a sociedade”, afirmou o Ministro Lewandowski, ao comentar as críticas de gestores da saúde ao crescente volume de decisões judiciais com ordens para o fornecimento de medicamentos, consultas, leitos e outros serviços em evento realizado pelo CNJ na sede do Tribunal de Justiça de São Paulo em 18.05.2015.

30 TAYLOR, op. cit., p. 841.

a política pública adotada, mas sim alcançar regras procedimentais que beneficiem um determinado ator ou um conjunto deles³¹.

Contudo, a forma de participação é que tem sido, segundo pesquisas quantitativas, apontada como protetora de interesses da administração pública e econômicos, em grande parte, em detrimento de interesses sociais. Aponta-se, por exemplo, o trabalho de Vianna et al (2007, p.44) quando diz que “as decisões do STF operam no sentido de garantir a homogeneidade na produção normativa estadual, garantindo-se a prevalência dos princípios e das regras contidos na ampla recepção do direito administrativo operada pela nossa Constituição”.

Ricardo Ribeiro³² se preocupou em testar o papel de um conjunto de variáveis de ordem econômica, jurídica e política no processo decisório do órgão de cúpula judicial brasileiro³³. Seu trabalho também procurou demonstrar que o STF, ao declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas, é movido por essas múltiplas variáveis de forma relativamente racionalizada. Na discussão dos resultados do seu estudo, o autor chegou a notar, através de regressão logística, que a única área que significativamente possuiu uma judicialização maior que as outras foi a pertinente ao controle de constitucionalidade das normas sobre o regime jurídico e a disciplina remuneratória dos servidores.

As conclusões do autor são no sentido de que o Tribunal, a partir de “cânones jurídicos” – especialmente a “jurisprudência pacificada” – atua como um “*policy maker*”, tomando decisões como órgão de governo e não como instituição jurídica neutra ao ambiente econômico e político”. Por isso, sua atividade se aproxima ao Chefe do Executivo, uma vez que “declara a inconstitucionalidade de normas que causam impacto orçamentário negativo nas contas estatais, mas evita declarar a inconstitucionalidade de normas que estejam na agenda do Presidente da República”^{34 35}.

31 TAYLOR, op. cit., p. 842.

32 RIBEIRO, Ricardo Silveira. Política e Economia na Jurisdição Constitucional Abstrata. *Revista Direito GI*, v. 8, São Paulo, p. 88, jan./jun. 2012.

33 O trabalho citado analisa as repercussões das “variáveis econômicas” na atuação do STF, em Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Ação no período de 1999 a 2004 e julgadas até 31 de dezembro de 2006, quando “o ato normativo atacado aumenta os custos orçamentários para o Estado, isto é, provoca um impacto econômico”, agrupadas sob a categoria “questões de Estado”.

34 RIBEIRO, op. cit., p. 97-100.

35 O autor agrupou temas como: regime jurídico tributário, das finanças públicas, sistema bancário, planos de estabilização monetária e moeda; benefícios previdenciários do regime geral de previdência social; organização e gerência das administrações direta e indireta; carreira, direitos, deveres e disciplina remuneratória dos servidores públicos e agentes políticos; benefícios previdenciários dos servidores estatutários; disciplina jurídica das privatizações.

Quanto aos demandantes, a relevância dos partidos políticos, sindicatos e entidades de classe (e estes representam grupos de interesse razoavelmente homogêneos, com predominância dos interesses de carreiras públicas e do setor terciário da economia), é clara, pois correspondem respectivamente, a 71% e 80% das ações de controle concentrado nos casos do Executivo e Legislativo³⁶

No controle concentrado, de fato, o STF não tem um poder de decidir o que irá receber ou não como tema para judicializar. Depende da atuação dos legitimados constitucionais, consoante previsão do art. 102 da Carta, e também da caracterização da pertinência temática – exigida para alguns destes.

A pesquisa de Costa e Benvindo³⁷ trouxe dados mais recentes sobre o controle concentrado. Segundo o mencionado trabalho, o Presidente da República, como litigante, não tem atuação significativa no STF. O Chefe do Executivo Federal, as Mesas da Câmara e do Senado e as Assembleias Legislativas dos Estados, juntos, respondem por menos de 2% das ADIs ajuizadas no universo total dos processos.

Dentre os demais legitimados, grandes litigantes são o Ministério Público, os partidos políticos e entidades de classe. Muitas das normas impugnadas tiveram como argumento para procedência a competência e respeito ao desenho institucional.

Eles concluíram, analisando as ADIs apresentadas ao STF entre 1988 e 2012, que “quando as decisões ligadas especificamente à garantia dos direitos individuais, coletivos e difusos são isoladas, o resultado é que fica evidente o caráter praticamente residual desses provimentos, tendo em vista que, para a maioria dos Ministros, esses julgamentos representam menos de 5% das decisões relatadas de procedência”.

A conclusão da pesquisa é no sentido de que “o sistema de controle concentrado de constitucionalidade vigente no Brasil possui uma predominância jurisprudencial de argumentos formais ou de organização do Estado, cumulada com uma atuação ligada a direitos fundamentais cuja maior parte é ligada à garantia de interesses corporativos³⁸”.

36 SUNDFELD, Carlos Ari et al. Controle de constitucionalidade e judicialização: o STF frente à sociedade e aos Poderes. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Projeto Observatório da Justiça Brasileira. Ministério da Justiça, 2010. Disponível em: <http://democraciajustica.org/cienciapolitica/sites/default/files/controle_de_constitucionalidade_e_judicializacao.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2011, p. 28.

37 COSTA, op. cit., p. 77.

38 Ibidem, p. 78.

Quanto ao interesse do Poder Executivo, o controle de constitucionalidade pode ser utilizado como protetor dos planos do Governo ou como *veto player*. De acordo com Taylor³⁹, *veto players* são atores políticos (individual ou coletivo) cuja concordância é requerida para promover mudanças políticas⁴⁰. Assim, o STF tem agido tanto como protetor da política pública, quando, por exemplo, ele se diz incompetente para adentrar na discussão política (como veremos mais à frente na análise das decisões) ou como *veto player* quando ele se posiciona, seja positiva ou negativamente.

3 A AUTOCONTENÇÃO DO STF NA ANÁLISE DAS REFORMAS DA PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS: DOS ASPECTOS PROCESSUAIS À PREVALÊNCIA DO EQUILÍBRIO ATUARIAL SOBRE “DIREITOS ADQUIRIDOS”

O papel exercido pelas Cortes, de maneira geral, dentro da divisão de poderes na política e na sociedade é determinado pelo desenho institucional e pelos casos que são autorizadas a julgar⁴¹. Por ser o responsável a responder sobre direitos e garantias fundamentais protegidos pela constituição, o STF tem que enfrentar o conflito gerado pelas mudanças no sistema previdenciário: de um lado, tem-se o Poder Executivo protegendo o orçamento futuro da previdência e, do outro, os segurados dos diversos regimes de previdência social que vêm direitos sociais serem encolhidos (ou dificultados).

O respeito ao equilíbrio financeiro e atuarial é considerado um princípio da previdência social e foi introduzido no texto do artigo 201 da Constituição a partir da EC 20/98. Antes, a Lei 9.717/98, que fixava regras gerais para a organização e funcionamento dos RPPS, trouxe algumas limitações preocupada com o equilíbrio dos sistemas de regime próprio, como por exemplo, a proibição de concessão de benefícios distintos dos oferecidos pelo regime geral. Desde então, o equilíbrio financeiro e atuarial “tem sido invocado para o não atendimento de demandas pertencentes à previdência social, tanto para servidores públicos quanto do regime geral⁴²”.

A defesa da União (e do INSS em casos concretos) tem por base, conseqüentemente, a preocupação com a fonte de custeio e o equilíbrio financeiro e atuarial. Para melhor compreensão, o equilíbrio financeiro

39 TAYLOR, op. cit., p. 75.

40 Tradução livre do original: “Veto Players are political actors – an individual or collective – whose agreement is required to enact policy change”.

41 KAPISZEWSKI, Diana. Arbitro de conflictos, creador de políticas públicas, o protector de derechos? El Supremo Tribunal Federal de Brasil en transición. In: HELMKE, G.; RÍOS FIGUEROA, J. *Tribunales constitucionales em America Latina*. Mexico, D.F.: Suprema Corte de Justicia de La Nación, p. 261-316, 2010, p. 263.

42 ROCHA, op. cit., p. 81.

está relacionado com o quanto se arrecada e quanto se paga em um ano financeiro. Para que as contas estejam equilibradas, o pagamento não pode ultrapassar a arrecadação. Enquanto que o equilíbrio atuarial se preocupa com as contribuições de um indivíduo ao longo da vida para que, ao se aposentar, ele consiga pagar seu próprio benefício⁴³.

Por outro lado, os atores legitimados, ao ingressar com uma ADI neste tema, buscam defender a proteção contra os riscos sociais e o regime jurídico anterior à mudança de uma maneira geral. Cada legitimado defenderá, provavelmente, aquilo que é mais caro para sua classe ou seus interesses. Caberá ao STF definir o que irá prevalecer: a preocupação com o planejamento financeiro e atuarial da previdência ou os direitos sociais anteriormente previstos na constituição antes das alterações. Qual a função do STF nesta disputa?

Para compreender melhor o papel do Tribunal brasileiro, é preciso estudar seu comportamento a partir dos padrões das decisões judiciais; o que, segundo Taylor⁴⁴ é fundamental para conhecer o efeito das cortes nas políticas públicas. Nesta pesquisa, as decisões do STF são analisadas a partir das seguintes variáveis: (a) autores das ações (legitimados); (b) princípios defendidos pelas partes; (c) princípio vencedor na soma dos votos dos Ministros.

O questionamento das Emendas 20/98 e 41/2003 levaram ao STF, no total, 30 ações diretas de inconstitucionalidade, de acordo com dados coletados da base de dados da pesquisa de Costa e Benvindo⁴⁵, produzida pela UNB. Dois terços delas foram propostos por entidades corporativas, quais sejam, aquelas previstas no art. 103, IX, como possíveis requerente de ações diretas de inconstitucionalidade. As demais foram propostas por partidos políticos (oito), uma por governador de estado e outra por uma Assembleia Legislativa.

Destas ADI's, apenas 13 (treze) tiveram seu mérito julgado; das quais 4 foram julgadas improcedentes; 1 não foi conhecida pelo relator; 3 não foram conhecidas pelo plenário; 1 teve seu seguimento negado pelo relator; em mais uma, a questão foi considerada prejudicada pelo relator; e, por fim, 3 foram consideradas procedentes em parte pelo plenário.

43 ROCHA, op. cit., p. 81.

44 TAYLOR, op. cit., p. 07.

45 COSTA, op. cit.

Tabela 01 – ADI's com julgamento do mérito

| ADI Nº | EC | Requerente | Decisão |
|--------|----|------------------------|---|
| 1946 | 20 | Partido Político | Procedente em Parte (Plenário) |
| 2024 | 20 | Governador de Estado | Improcedente (Plenário) |
| 2242 | 20 | Assembleia Legislativa | Não Conhecida (Plenário) |
| 2760 | 20 | Partido Político | Não Conhecida (Plenário) |
| 2883 | 20 | Partido Político | Não Conhecida (Plenário) |
| 3099 | 41 | Partido Político | Prejudicada (Decisão Monocrática) |
| 3105 | 41 | Entidade Corporativa | Procedente em Parte (Plenário) |
| 3128 | 41 | Entidade Corporativa | Procedente em Parte (Plenário) |
| 3104 | 41 | Entidade Corporativa | Improcedente (Plenário) |
| 3291 | 41 | Entidade Corporativa | Improcedente (Plenário) |
| 3172 | 41 | Entidade Corporativa | Negado Seguimento (Decisão Monocrática) |
| 3138 | 41 | Entidade Corporativa | Improcedente (Plenário) |
| 3867 | 41 | Partido Político | Não Conhecida (Decisão Monocrática) |

As treze ADI's que tiveram seu mérito julgado (acima listadas) foram objeto de análise para este trabalho, considerando-se seus acórdãos ou o motivo pelo qual elas não chegaram a plenário. O objetivo foi analisar o papel do STF na conformação das reformas previdenciárias implementadas pelo Poder Executivo em 1998 e 2003.

Quanto às demais 17 (dezessete) ações, a maioria ainda aguarda julgamento da liminar. Apenas uma delas teve sua liminar deferida. São ações que foram distribuídas entre o ano de 1999 e 2012 e não tiveram seu mérito julgado até o ano de 2016.

Tabela 02 – ADI's sem julgamento do mérito

| ADI Nº | EC | Requerente | Situação |
|--------|---------|----------------------|----------------------------------|
| 2096 | 20 | Entidade Corporativa | Aguardando Julgamento de liminar |
| 3363 | 41 | Entidade Corporativa | Aguardando Julgamento de liminar |
| 3308 | 20 e 41 | Entidade Corporativa | Aguardando Julgamento de liminar |
| 3297 | 41 | Entidade Corporativa | Aguardando Julgamento de liminar |
| 3184 | 41 | Entidade Corporativa | Aguardando Julgamento de liminar |
| 3133 | 41 | Partido Político | Aguardando Julgamento de liminar |
| 3143 | 41 | Entidade Corporativa | Aguardando Julgamento de liminar |
| 3855 | 41 | Entidade Corporativa | Aguardando Julgamento de liminar |
| 3872 | 41 | Partido Político | Aguardando Julgamento de liminar |
| 3998 | 20 e 41 | Entidade Corporativa | Aguardando Julgamento de liminar |
| 3854 | 41 | Entidade Corporativa | Liminar deferida |
| 4014 | 41 | Entidade Corporativa | Aguardando Julgamento de liminar |
| 4802 | 20 e 41 | Entidade Corporativa | Aguardando Julgamento de liminar |
| 4803 | 20 e 41 | Entidade Corporativa | Aguardando Julgamento de liminar |
| 4887 | 41 | Entidade Corporativa | Aguardando Julgamento de liminar |
| 4888 | 41 | Entidade Corporativa | Aguardando Julgamento de liminar |
| 4889 | 41 | Partido Político | Sem Liminar |

As ações mais recentes datam do ano de 2012, quando as notícias sobre o que ficou conhecido na mídia como “mensalão” começaram a surgir a partir dos fatos revelados com a Ação Penal nº 470 que tramitou no STF. De acordo com as investigações, descobriu-se que houve “compra” de apoio político durante a votação de temas importantes no Congresso Nacional, inclusive a votação da PEC 40/2003 a qual resultou na EC 41/2003. Destarte, o PSOL, partido político com representatividade no Congresso Nacional, judicializou o pedido de declaração de inconstitucionalidade do conteúdo integral da emenda e este encontra-se concluso para o relator desde 2013 (ADI 4889).

Dois terços do total de ações levantadas foram ajuizadas contra as mudanças trazidas pela EC 41/03. Apesar da norma ter percorrido um caminho relativamente tranquilo no Congresso, a judicialização em seu desfavor foi muito forte. Várias das ações ainda estão aguardando julgamento.

Confirma-se, assim, alguns dos principais aspectos abordados nas pesquisas empíricas acerca da atuação do STF.

No que concerne à atuação dos legitimados previstos no art. 103, da CF-88, vê-se que as “confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional”, entidades da sociedade civil que, submetidas ao requisito jurisprudencial da pertinência temática, restringem sua atuação às pautas corporativas. Ademais, a proximidade destes grupos com partidos políticos mobiliza estas entidades em torno da defesa destes interesses.

Referida questão já havia sido analisada no trabalho de Matthew Taylor e Luciano Da Ros que, assentados na observação de ações diretas de inconstitucionalidade (ADINs) ajuizadas, identificam, ao lado das ações propostas por partidos políticos opositores – independentemente de sua posição no espectro ideológico, as situações em que a judicialização se presta a “arbitragem de interesses em conflito”. A segunda hipótese corresponderia ao “caso da contestação judicial de regras que redistribuam poderes e atribuições entre diferentes entidades e instituições, como partidos políticos, entes federativos e diferentes instâncias do Poder Judiciário”.

[...] Nesse caso, não se trata tanto de fazer uso dos tribunais como instrumentos de oposição ao governo, mas sim de propor ações nos casos em que determinados estatutos legais modifiquem procedimentos e atinjam diretamente interesses de grupos e setores específicos, prejudicando alguns e beneficiando outros.

No caso dos atores institucionais, os autores cogitam, a partir de Keith Whittington, a judicialização como instrumento de governo, nos casos “em que se busca a “mão amiga” da instituição máxima do Poder Judiciário para que esta implemente ou se pronuncie de forma favorável a políticas públicas de interesse do próprio governo”⁴⁶.

No que concerne ao expressivo contingente de ações não conhecidas ou que aguardam julgamento, tem-se mais uma manifestação da tendência observada pelos pesquisadores da atuação do STF pós-1988. Com efeito, a sobreposição de aspectos processuais sobre critérios materiais no processo decisório do tribunal já era esperada pelos estudos que analisam a múltipla atividade do STF, e pode ser creditada – dentre outros fatores – ao excesso de atribuições e demandas recebidas pelo Tribunal.

O “Relatório Supremo em números - o múltiplo Supremo”, já apontava para o fato de que a “mera e complexa escolha da porta de entrada já aponta a ênfase no direito processual no processo aumentando a carga de trabalho

46 TAYLOR, op. cit., p. 840-842.

do próprio Supremo, provavelmente desviando-o para questões processuais em detrimento da decisão judicial substantiva demandada⁴⁷. A demora na prolação das decisões, com expressivo contingente de ações que aguardam julgamento, em virtude do longo período que decorre entre seu ajuizamento e a efetiva apreciação do seu mérito^{48 49 50 51} também é ponto de convergência entre os pesquisadores. Tem-se, assim, o reconhecimento acadêmico de que a variável “tempo” é um relevante fator para a compreensão da interação do Tribunal com o sistema político⁵².

Pode-se cogitar, neste sentido, o exercício de uma opção pela autocontenção, sob a fórmula preferencial do não julgamento de ações, como já alertado em outros trabalhos⁵³.

No que concerne às ações efetivamente julgadas, o exercício de autocontenção é mais evidente, com a manutenção das decisões legislativas no exercício do poder reformador e dos argumentos trazidos pelo Executivo. Isto porque, de maneira geral, as ações foram julgadas improcedentes em seus pedidos, no entanto, o STF buscou atenuar algumas desigualdades trazidas pelas reformas, pontualmente. Por exemplo, a ADI 1946 cuja decisão foi de proteger as mulheres para que os salários maternidade não fossem atingidos pelo teto previdenciário. As ADI's 3105 e 3128 também consideraram inconstitucionais as alterações previstas pela reforma que tratavam de maneira diferente os servidores da União e dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Em resumo, o resultado foi o seguinte:

47 FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *Relatório Supremo em números - o múltiplo Supremo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011, p. 20.

48 VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 115-117.

49 CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues. *Revisão abstrata da legislação e judicialização da política no Brasil*. São Paulo: USP/Departamento de Ciência Política, Tese de doutoramento, 2005. p. 140-141.

50 PROGREBINSKY, Thamy. *Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 21.

51 SUNDFELD, Carlos Ari et al. *Controle de constitucionalidade e judicialização: o STF frente à sociedade e aos Poderes*. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Projeto Observatório da Justiça Brasileira. Ministério da Justiça, 2010. Disponível em: <http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/control_e_constitucionalidade_e_judicializacao.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2011. p. 28.

52 FALCÃO, op. cit., p. 81.

53 LIMA, Flávia Santiago. *Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 194.

Tabela 2 – Princípios “vencedores”

| ADI N° | EC | Requerente | Decisão | Princípio “vencedor” |
|--------|----|------------------------|---|---|
| 1946 | 20 | Partido Político | Procedente em Parte (Plenário) | Proteção contra os riscos sociais. |
| 2024 | 20 | Governador de Estado | Improcedente (Plenário) | Limites constitucionais ao poder reformador |
| 2242 | 20 | Assembleia Legislativa | Não Conhecida (Plenário) | Falta de pertinência temática |
| 2760 | 20 | Partido Político | Não Conhecida (Plenário) | Norma constitucional originária |
| 2883 | 20 | Partido Político | Não Conhecida (Plenário) | Norma constitucional originária |
| 3099 | 41 | Partido Político | Prejudicada (Decisão Monocrática) | Equilíbrio financeiro e atuarial |
| 3105 | 41 | Entidade Corporativa | Procedente em Parte (Plenário) | Equilíbrio financeiro e atuarial |
| 3128 | 41 | Entidade Corporativa | Procedente em Parte (Plenário) | Equilíbrio financeiro e atuarial |
| 3104 | 41 | Entidade Corporativa | Improcedente (Plenário) | Equilíbrio financeiro e atuarial |
| 3291 | 41 | Entidade Corporativa | Improcedente (Plenário) | Equilíbrio financeiro e atuarial |
| 3172 | 41 | Entidade Corporativa | Negado Seguimento (Decisão Monocrática) | Falta de pertinência temática |
| 3138 | 41 | Entidade Corporativa | Improcedente (Plenário) | Princípios solidariedade e contributividade |
| 3867 | 41 | Partido Político | Não Conhecida (Decisão Monocrática) | Impossibilidade de Análise em ADI |

Cinco das treze ações foram julgadas tendo o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial como fundamento dentre outros princípios. Apenas uma ação foi julgada para proteger a população dos riscos sociais envolvidos na mudança. No caso, a ADI 1946 evitou um retrocesso nos direitos trabalhistas femininos ao entender que o teto da previdência não recairia sobre a licença maternidade.

As demais ações foram consideradas improcedentes ou não foram conhecidas ou, ainda, tiveram seu seguimento negado pelos mais diversos motivos: a norma a ser considerada inconstitucional pertencia ao texto originário da constituição⁵⁴; ou não foi comprovada pertinência temática entre o pedido e a atividade do legitimado; ou, por fim, o caso não cabia em controle abstrato. Há ainda a defesa do princípio da solidariedade e da contributividade que dizem, respectivamente, que, no sistema previdenciário, quem contribui hoje sustenta os benefícios das gerações passadas e que a previdência não é gratuita.

54 Segundo o STF, não é possível declarar a inconstitucionalidade de norma constitucional originária (ADI 815/DF 28/03/1996).

Registra-se, ademais, que, não obstante haver três procedências parciais, apenas uma delas realmente garantiu direitos sociais. Duas referentes à contribuição dos inativos apenas excluíram o tratamento diferenciado entre os diversos regimes, extraindo do texto as porcentagens diferenciadas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS: UM TRIBUNAL CONTIDO DIANTE DAS REFORMAS DA PREVIDÊNCIA

Levar o debate político à arena judicial é um recurso incorporado ao Estado Democrático de Direito, cada vez mais utilizado pelos atores políticos e sociais. Quando não há como se evitar a aprovação de uma norma no Legislativo, ainda é possível lutar pela declaração de inconstitucionalidade da mesma no STF. As reformas da previdência foram realizadas em momentos diferentes, em cenários distintos. A primeira enfrentou mais dificuldades para sua aprovação, mas ambas foram judicializadas posteriormente.

Na análise das ADI's com mérito julgado, percebe-se a preocupação do STF em atuar como legislador negativo, preservando, neste caso, a reserva de governo. O grande obstáculo jurídico às reformas no Poder Legislativo foram a garantia do direito adquirido - e sua construção na jurisprudência do próprio STF - e o princípio da segurança jurídica. No entanto, em matéria previdenciária, o STF firmou entendimento de que não há direito adquirido a regime de previdência, sendo este uma escolha política, e as mudanças são necessárias para a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial.

Estes fatores, juntamente com outros aspectos, foram enfrentados nas decisões. Foi possível, através da análise legal, notar a incorporação de argumentos de governo nas decisões, consubstanciado na adesão ao princípio constitucional do pacto federativo e à regra do equilíbrio financeiro e atuarial. Interessante perceber que, na contramão dos dados coletados, a conhecida sensibilidade do STF aos argumentos expostos pelos agentes do direito (magistratura e MP, sobretudo), aqui as questões de classe não foram suficientes para reverter o aparente compromisso do tribunal com as preferências do Poder Executivo.

Quanto às ações que ainda aguardam julgamento, pode-se inferir que as demandas resultaram da desaprovação de parcela da sociedade contra mais uma alteração nas regras da previdência social. A EC 41/2003 é a emenda que tem o maior número de ações pendentes (dezesseis). Os funcionários públicos foram os principais afetados e, por isso, reagiram judicializando ADIs através de suas associações. Novamente, mesmo tendo as associações de magistrados como requerentes, as demandas não foram avaliadas pelos ministros do STF.

As ADIs que poderiam modificar significativamente a política pública previdenciária brasileira a depender das decisões do STF em sua maioria não foram decididas (dezesete) ou foram decididas de acordo com o que INSS defendeu, respeitando as escolhas do Executivo.

Portanto, tem-se quanto ao tema em análise, ao invés do propalado ativismo do STF, o exercício de autocontenção judicial em suas duas vertentes clássicas: a não apreciação das demandas – aspectos processuais – ou deferência às escolhas dos titulares dos poderes majoritários.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Louise Dantas de. *Agenda-Setting: Análise do comportamento do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade concreto*. Recife: UNICAP/Programa de Pós-graduação em direito. Dissertação de mestrado, 2015.

AVERBUG, André; GIAMBIAGI, Fábio. *A Crise Brasileira de 1998/1999 – Origens e Consequências*. BNDES: Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/td/Td-77.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. *Fator Previdenciário: dúvidas*. Ministério da Previdência Social, 2014. Disponível em: <<http://blog.previdencia.gov.br/?tag=fator-previdenciario>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime próprio de previdência social dos servidores públicos*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues. *Revisão abstrata da legislação e judicialização da política no Brasil*. São Paulo: USP/Departamento de Ciência Política, Tese de doutoramento, 2005.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. *A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais (Relatório da pesquisa)*. Brasília: UNB/CNPQ, 2014. Disponível em: <http://www.fd.unb.br/images/stories/FD/Eventos_e_Noticias/Relatorio_Divulgacao_-_Pesquisa_CNPq.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2014.

_____. *A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais (Base de dados)*. Brasília: UNB/CNPQ, 2014. Disponível em: <<http://public.tableausoftware.com/views/ControledeConstitucionalidadeviaADIDivulga>>.

o/4_1RequerentesporanodisginguindoFE?:embed=y&:display_count=no>.
Acesso em: 20 jul. 2014.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *Relatório Supremo em números - o múltiplo Supremo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A., CHAVES, Vitor P. *Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2014.

FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. *Texas Law Review*, v. 84, n. 2, p. 257-337, dec, 2005.

KAPISZEWSKI, Diana. Arbitro de conflictos, creador de políticas públicas, o protector de derechos? El Supremo Tribunal Federal de Brasil em transición. In: HELMKE, G.; RÍOS FIGUEROA, J. *Tribunales constitucionales em America Latina*. Mexico, D.F.: Suprema Corte de Justicia de La Nación, 2010.

LIMA, Flávia Santiago, *Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF*. Curitiba: Juruá, 2014.

MELLO, Magno Antonio Correia. *Análise da Emenda Constitucional nº 47 de 2005*. Câmara dos Deputados, 2005. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema1/2005_9810.pdf>. Acesso em: 19 maio 2015.

NAKAHODO, Nakao; SAVOIA, José Roberto. A reforma da previdência no Brasil: estudo comparativo dos governos Fernando Henrique Cardoso e Lula. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, fev, 2008. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=10706603>>. Acesso em: 13 maio 2015.

PINHEIRO, Armando Castellar Pinheiro. *Judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados*, 2005. Disponível em: <http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando_Castellar_Pinheiro2.pdf>, p. 20. Acesso em: 20 maio 2015.

PROGREBINSKY, Thamy. *Judicialização ou representação?* Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RIBEIRO, Ricardo Silveira. Política e Economia na Jurisdição Constitucional Abstrata. *Revista Direito GV*, v. 8. São Paulo, jan./jun. 2012.

ROCHA, Daniel Machado. *O Direito Fundamental à Previdência Social: na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari *et al.* *Controle de constitucionalidade e judicialização: o STF frente à sociedade e aos Poderes*. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Projeto Observatório da Justiça Brasileira. Ministério da Justiça, 2010. Disponível em: <http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/control_de_constitucionalidade_e_judicializacao.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2011.

TAYLOR, Matthew M.. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229 a 257, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v50n2/a01v50n2.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2015.

_____. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in democratic Brazil*. Stanford University Press: Stanford, California, 2008.

TAYLOR, Matthew. M.; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 825-864, p. 840-842, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social (Revista de Sociologia da USP)*, v.19, n. 2, p. 39-85, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

RECEBIDO EM: 13/06/2016

APROVADO EM: 19/09/2016

**A TUTELA DA 'LIBERDADE RELIGIOSA'
POR MEIO DO PROCESSO COLETIVO:
REFLEXÕES À LUZ DO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

***THE PROTECTION OF 'RELIGIOUS LIBERTY' VIA CLASS ACTION: A
STUDY ACCORDING TO BRAZILIAN LAW***

Guilherme Rosa Pinho

*Doutorando e Mestre em Direito (UFMG), Especialista em Direito Público
(UCAM) e em Direito Tributário (UGF)
Analista Judiciário (TRT-MG)*

Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau

*Doutora e Mestre em Direito pela UFMG
Professora Associada de Direito e Processo Civil e Coletivo na FDUFG
Membro do IDPro (Instituto de Direito Processual-MG)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breve Histórico da Relação das Entidades Religiosas e a Tutela das Coletividades: estudo se casos; 1.1 Na *Actio Pro Populo Romana*; 1.2 Na Idade Média; 1.3 No Âmbito da Class Action Norte-Americana; 2 A Liberdade de Religião Como Direito Coletivo; 2.1 Liberdade de Crença x 'Liberdade Religiosa'; 2.2 Direito de Exercer a Religião; 2.3 Pressuposto Necessário da 'Liberdade Religiosa': o direito de existência da religião; 2.4 Liberdade de Viver Conforme sua Religião; 2.4.1 Direito Coletivo *Lato Sensu*; 3 A Tutela da 'Liberdade Religiosa' pelo Processo Coletivo; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88) confere à 'liberdade religiosa' o *status* de direito fundamental em seu art. 5º. Apesar de o *caput* do art. 5º da CR/88 referir-se a direitos individuais e coletivos, os juristas pátrios frequentemente interpretam a 'liberdade religiosa' como direito individual. A religião - e consequentemente a 'liberdade religiosa' - possui uma dimensão coletiva muito relevante, já que os ritos, os cultos, os lugares sagrados, as crenças e tantos outros elementos a ela relacionados são compartilhados por grupos de pessoas, coletividades. Este ensaio visa demonstrar como a 'liberdade religiosa' caracteriza-se como direito coletivo, inclusive a partir de normas do ordenamento jurídico brasileiro, e analisa a possibilidade de sua tutela por meio do processo coletivo.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade Religiosa. Direitos Coletivos. Processo Coletivo. Direito Brasileiro. Sistema Integrado.

ABSTRACT: The Constitution of Federative Republic of Brazil (1988) confers to 'religious liberty' the *status* of fundamental right. In spite of Constitution rule concerning fundamental rights refer to 'individual and collective rights', 'religious liberty' is often recognized as an individual right by Brazilian jurists. The religion - and consequently the 'religious liberty' - has a very relevant class aspect, because rites, cults, sacred places, beliefs, and so many elements related to it are shared by groups, colectivities. 'Religious liberty', according to Brazilian law, is not just a individual right, but also a 'group right', and its protection can be demanded via brazilian class action.

KEYWORDS: Religious Liberty. Group Rights. Class Action. Brazilian Law. Protection System.

INTRODUÇÃO

O fenômeno religioso adentrou a ordem jurídica vigente por meio da expressão ‘liberdade religiosa’. Contudo, sob a fórmula da ‘liberdade religiosa’ esconde-se um direito mais amplo que aparenta.

O termo ‘liberdade’ dá a impressão de que se trata de um direito individual, liberdades individuais, direitos de primeira geração¹, conquista das revoluções burguesas dos séculos XVIII-XIX.

Ao longo da história os direitos denominados individuais sofreram transformações. Na concepção histórica original, os direitos individuais estavam voltados exclusivamente à defesa do indivíduo em face do Estado. No contexto da Constituição da República de 1988 (CR/88), na qual se estabelece um Estado Democrático de Direito, essa restrição não acontece.² A ‘liberdade religiosa’, elevada à categoria de direito fundamental, é bem mais que o simples direito de cada indivíduo escolher entre crer ou não crer, e em quê crer caso opte por crer, impedindo que o Estado imponha-lhe qualquer religião oficial. Esta formulação da liberdade religiosa, aliás, perde importância na realidade do Estado laico³, já que este, não efetuando para si a escolha, não tem como impôr a alguém a escolha que ele próprio não fez.

Quando se busca o lugar da ‘liberdade religiosa’ na classificação dos direitos fundamentais⁴, não se pode localizá-la apenas nos limites dos

-
- 1 Bernardo Gonçalves Fernandes (2012, p. 312) lembra que foi Paulo Bonavides um dos juristas que tornou célebre a leitura dos direitos fundamentais agrupados em gerações. Os direitos de primeira geração “seriam chamados também de *direitos de liberdade*: direitos civis e políticos, que inaugurariam o constitucionalismo do Ocidente, no final do século XVIII e início do século XIX. Seu titular é, então, o indivíduo, ao passo que encontra no Estado o dever de abstenção.” (FERNANDES, 2012., p. 312, grifos no original).
 - 2 Conforme entendimento de José Afonso da Silva, ao analisar o artigo 5º da CR/88, “[...] os deveres que decorrem dos incisos do art. 5º, têm como destinatários mais o Poder Público e seus agentes em qualquer nível do que os indivíduos em particular. A inviolabilidade dos direitos assegurados impõe deveres a todos, mas especialmente às autoridades e detentores de poder.” (SILVA, 2005, p. 196).
 - 3 Para um conceito de Estado laico, ver PINHO, Guilherme Rosa. Entre laicidades: hermenêutica do art. 19, inciso “I” da Constituição Federal. E-Civitas - Revista Científica do Instituto de Ciências Humanas do UNI-BH, Belo Horizonte, v. 8, n. 2, s.p., jun. 2015.
 - 4 “De acordo com critério do conteúdo teremos: (a) direitos fundamentais do *homem-indivíduo*, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado; por isso são reconhecidos como *direitos individuais*, como é de tradição do Direito Constitucional brasileiro (art. 5º), e ainda por *liberdades civis e liberdades-autonomia* (liberdade, igualdade, segurança, propriedade); (b) direitos fundamentais do

direitos individuais. É também direito fundamental do homem enquanto membro de uma coletividade.

Por esta razão, ‘liberdade religiosa’ implica todo um complexo de direitos mais amplo do que pode falsamente indicar a leitura literal da expressão. Ela decorre de um emaranhado de normas espalhadas pela CR/88, as quais estão regulamentadas por legislação infraconstitucional.

No Brasil, as entidades religiosas, especialmente a Igreja Católica, vêm de um processo histórico em que não precisavam valer-se da tutela estatal para o exercício de suas atividades. Naturalmente conseguiam, seja por meio do prestígio que tinham junto a população, seja pela influência de organizações a elas vinculadas, desempenhar sua missão religiosa sem óbices.

Por outro lado, na medida em que o Brasil se tornou um país mais plural – inclusive em termos religiosos – e as instituições religiosas são obrigadas a conviver com numerosos outros organismos, públicos e privados, também formadores de opinião (tv’s, rádios, jornais, revistas, ong’s, associações, universidades, partidos políticos, sindicatos, etc), a ‘liberdade religiosa’, ao longo do processo social, pode sofrer ameaças e, por isto, o manejo de ações judiciais para a sua defesa tornar-se uma necessidade.

Já que a ‘liberdade religiosa’ é considerada por parte da doutrina constitucionalista⁵ um direito individual, impõe demonstrar que, para além de um direito individual, é também um direito coletivo e que, portanto, pode ser defendido via processo coletivo⁶.

homem-nacional, que são os que têm por conteúdo e objeto a definição da nacionalidade e suas faculdades; (c) direitos fundamentais do *homem-cidadão*, que são os direitos políticos (art. 14, direito de eleger e ser eleito), chamados também *direitos democráticos* ou *direitos de participação política* e, ainda, inadequadamente, liberdades políticas (ou *liberdades-participação*), pois estas constituem apenas aspectos dos direitos políticos; (d) direitos fundamentais do *homem-social*, que constituem os direitos assegurados ao homem em suas relações sociais e culturais (art. 6º: saúde, educação, seguridade social etc.); (e) direitos fundamentais do *homem-membro* de uma coletividade, que a Constituição adotou como *direitos-coletivos* (art. 5º); (f) uma nova classe que se forma é a dos direitos fundamentais ditos de terceira geração, direitos fundamentais do homem-solidário, ou direitos fundamentais do gênero humano (direito à paz, ao desenvolvimento, comunicação, meio ambiente, patrimônio comum da humanidade).” (SILVA, 2005, p. 183-184).

5 Por conta desta visão, surgem indagações, como esta feita por José Afonso da Silva: “A rubrica do Capítulo I do Título II anuncia uma especial categoria dos direitos fundamentais: os coletivos, mas nada diz a seu respeito. Onde estão, nos incisos do art. 5º, esses direitos coletivos?” (SILVA, 2005, p. 195).

6 Segundo já tradicional doutrina, para a efetividade do processo e conseqüente efetividade do ‘acesso à justiça’, é necessário “eliminar o óbice jurídico representado pelo impedimento de litigar para a defesa de interesses supra-individuais (difusos e coletivos); a regra individualista segundo a qual cada qual só pode litigar para a defesa de seus próprios direitos (CPC, art. 6º) está sendo abalada pela *Lei da Ação Civil Pública* (lei n. 7.347, de 24.7.1985), que permite ao Ministério Público e às associações pleitear judicialmente em prol

O processo coletivo é uma conquista da sociedade por inteiro. Pode ser instrumento para a defesa da ‘liberdade religiosa’ quando ameaçada, visto que trata-se ela de espécie de direito constitucional voltado ao bem-estar social. Todo e qualquer cidadão pode ser beneficiário da tutela coletiva de direitos, dentre os quais, os atinentes à ‘liberdade religiosa’.

A seguir, serão apresentados casos do passado para que o jurista brasileiro não estranhe o ordenamento jurídico nacional em vigor admitir a defesa da ‘liberdade religiosa’ pela via coletiva. Após, serão analisados os contornos da ‘liberdade religiosa’ com o fito de caracterizá-la como direito coletivo. Por fim, serão expostos alguns aspectos da tutela coletiva da ‘liberdade religiosa’ no Direito pátrio vigente.

1 BREVE HISTÓRICO DA RELAÇÃO DAS ENTIDADES RELIGIOSAS E A TUTELA DAS COLETIVIDADES: ESTUDO DE CASOS

Neste tópico se demonstrará que direitos com viés religioso não são matéria estranha ao âmbito da tutela coletiva. Há exemplos na história que ilustram esta via de mão dupla: seja o exercício da religião tutelado por ações coletivas, seja a atuação das organizações religiosas como entes congregadores de indivíduos que buscavam a defesa de seus direitos e interesses.

1.1 NA ACTIO PRO POPULO ROMANA

O exemplo mais antigo conhecido de ação coletiva são as ações populares do Direito Romano. O *digesto* (IUSTINIANUS, 533) apresenta uma seção “*De popularibus actionibus*” (Sobre as ações populares).

O conceito de ação popular decorria da cláusula “*Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur*” (Dizemos popular esta ação, que protege o direito do povo como seu). Quando muitos indivíduos demandavam pela via popular, cabia ao pretor escolher uma delas para prosseguir, a mais idônea (*Si plures simul agant populari actione, praetor eligat idoneiorem.*)

Quanto à legitimidade ativa, a ação podia ser movida por qualquer pessoa íntegra. *Popularis actio integrae personae permittitur, hoc est cui per edictum postulare licet* (A ação popular é permitida à pessoa íntegra, isto é,

de interesses coletivos ou difusos, assim como, v.g., pela garantia constitucional do *mandado de segurança coletivo*, que autoriza partidos políticos e entidades associativas a defender os direitos homogêneos de toda uma categoria, mediante uma só iniciativa em juízo (art. 5º, inc. LXX; v. também inc. XXI – v. infra, n. 158) (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2011, p. 40-41, grifos no original).

a quem é lícito postular por edito). Mas *mulieri et pupillo populares actiones non dantur, nisi cum ad eos res pertineat*, isto é, à mulher e ao pupilo não são dadas ações populares, senão quando o assunto pertença a eles. Nesta última regra já se identifica o que no direito moderno veio a se denominar ‘pertinência temática’.

A possibilidade de se demandar em nome próprio interesse alheio, em regra vedada conforme o *alterius nomine agere non posse* (não poder agir em nome de outro) das *Institutas* (IUSTINIANUS, 533a), admitia exceção quanto às ações populares *nisi pro populo* (senão em prol do povo).

Segundo Gregório Assagra de Almeida, sobre o objeto das ações populares romanas:

É certo que a maioria das ações populares romanas tinha natureza penal; todavia, podem ser apontadas, dentre outras, como espécies de *actiones popularis* romanas de natureza não-penal: a) a ação do *albo corrupto*, cuja finalidade era punir civilmente quem alterasse o escrito do pretor; b) a ação de *sepulchro violato*, que se destinava à proteção do direito comum de não ter violada a sepultura; c) a ação de *termino moto*, que poderia ser utilizada para conseguir a reparação de dano causado por quem alterasse, com má-fé, limites entre propriedades (ALMEIDA, 2003, p. 381, grifos no original).

A ação popular de *sepulchro violato* possui forte sentido religioso. Podia ser movida por qualquer cidadão (*Haec actio popularis est*) na defesa de interesse claramente religioso.

1.2 NA IDADE MÉDIA

A Idade Média parece ter sido um período fértil para ‘o processo coletivo’, ainda que esta denominação não fosse institucionalizada à época. A estrutura hierárquica⁷ da sociedade medieval foi pródiga em

7 Sobre a diversidade de classes na Idade Média, e sua relação com a hierarquia, Régine Pernout assevera: “Julgou-se durante muito tempo que bastava, para explicar a sociedade medieval, recorrer à clássica divisão em três ordens: clero, nobreza e terceiro estado. É a noção que dão ainda os manuais de história: três categorias de indivíduos, bem definidas, tendo cada uma as suas atribuições próprias e nitidamente separadas umas das outras. Nada está mais afastado da realidade histórica. A divisão em três classes pode aplicar-se ao Antigo Regime, aos séculos xvii e xviii, onde, efectivamente, as diferentes camadas da sociedade formaram ordens distintas, cujas prerrogativas e relações dão conta do mecanismo da vida. No que concerne à Idade Média, semelhante divisão é superficial: explica o agrupamento, a repartição e distribuição das forças, mas nada revela sobre a sua origem, sobre a sua jurisdição, sobre a estrutura profunda da sociedade. Tal como aparece nos textos jurídicos, literários e outros, esta é bem uma

“produzir” coletividades. Naturalmente, o interesse de membros de tais coletividades conflitavam com o de outros indivíduos, membros ou não de outra classe.

Edward Peters, em uma revisão crítica do livro *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action* (op. cit. nota 02), de Stephen Yeazell, cita o que pode ter sido o primeiro caso de ação coletiva de que se tem notícia: em 1179, os aldeões da vila de Rosny-sous-Bois reivindicaram aos seus senhores, o abade e os clérigos de Santa Genoveva em Paris, o fim da condição de servos. Este interessante processo, que envolveu três reis e cinco papas e que consumiu todos os recursos dos aldeões para pagar o procurador, despertou a atenção do autor pela tenacidade do grupo e sua capacidade de organização. Em 1224-1225, vários aldeões desistiram do processo, em virtude das pressões dos clérigos e, finalmente, em 1246, os camponeses acabaram por *comprar* sua liberdade, sob a condição de não formarem uma “comuna”.

Stephen Yeazell, na obra referida, sobre a genealogia e o desenvolvimento histórico dos processos coletivos, localiza as primeiras ações do gênero na Inglaterra medieval (século XII). Tratava-se de conflitos envolvendo uma comunidade (aldeões) de um vilarejo contra os senhores (*Lords*) por problemas relativos à administração e utilização das terras nos feudos; fiéis (*parishers*) disputando o pagamento de dízimos com os párocos; corporações (*guilds*) questionando o pagamento de tributos ou arrendamentos impostos pela autoridade local ou pelo senhor (*Lord*). (LEAL, 1998, p. 21-22).

Nos exemplos acima trazidos por Márcio Flávio Mafra Leal, dois destacam-se por pertencerem ao campo desta análise histórica. O primeiro deles coloca de um lado a classe dos aldeões de uma vila, e de outro, os frades do mosteiro de Santa Genoveva. Estas duas coletividades litigaram não apenas acerca do vínculo de vassalagem, mas de questão religiosa: de fato, as abadias funcionavam como feudos, sendo o abade como que um

hierarquia, comportando uma ordem determinada, mas esta ordem é outra que não a que se julgou, e à partida muito mais diversa. Nos actos notariais, vê-se correntemente o senhor de um condado, o cura de uma paróquia aparecerem como testemunhas em transacções entre vilão, e corte de um barão — quer dizer, o seu meio, os seus familiares - comporta tantos servos e frades como altas personagens. As atribuições destas classes estão também estreitamente misturadas: a maior parte dos bispos são igualmente senhores; ora muitos deles saem do povo miúdo; um burguês que compra uma terra nobre torna-se, em certas regiões, ele próprio nobre. Logo que abandonamos os manuais para mergulhar nos textos, esta noção das ‘três classes da sociedade’ aparece-nos como fictícia e sumária.” (PERNOUD, 1997, p. 13).

senhor feudal; porém, a constituição de uma comuna no interior da abadia poderia gerar um problema grave de jurisdição eclesiástica.

Contudo, o outro exemplo, dos paroquianos disputando os dízimos com seus párocos, é imbativelmente o mais característico de processo coletivo em matéria religiosa.

1.3 NO ÂMBITO DA CLASS ACTION NORTE-AMERICANA

Para concluir esta breve e não exaustiva exposição histórica, destaca-se o caso *Beatty versus Kurtz* de 1829, no qual a Suprema Corte americana

permitiu um grupo de paroquianos luteranos coletivamente processar um herdeiro que ameaçava despejá-los de sua igreja; os luteranos puderam unir-se porque eles tinham voluntariamente se associado e escolhido seus representantes na lide, e todos sustentavam o mesmo interesse⁸ (DODSON, 2016, p. 7, tradução nossa).

Neste exemplo de demanda coletiva, o que está em jogo não é um simples direito de propriedade, mas um desdobramento importante da ‘liberdade religiosa’ relacionado à proteção do lugar de culto. O despejo da coletividade religiosa de seu templo é matéria diretamente relacionada à ‘liberdade religiosa’.

2 A LIBERDADE DE RELIGIÃO COMO DIREITO COLETIVO

Os direitos coletivos *lato sensu* estão classificados e definidos no Código de Defesa do Consumidor em fórmula bastante abrangente⁹, pois, além dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito inclui os direitos individuais que forem processados coletivamente.

8 No original: “[...] allowed a group of Lutheran parishioners collectively to sue an heir who threatened to evict them from their church; the Lutherans could be joined because they had voluntarily associated and chosen their litigation representatives, and all held the same interest.” (DODSON, 2016, p. 7)

9 Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

- I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
- II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
- III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

O estudo aprofundado de cada uma das espécies de direitos coletivos não é objeto deste ensaio, por isto se fará aqui apenas uma breve abordagem. Didier e Zanetti, remontando à ideia pioneira de José Carlos Barbosa Moreira assim os descrevem:

Denominam-se *direitos coletivos lato sensu* os direitos coletivos entendidos como gênero, dos quais são espécies: os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos. Em conhecida sistematização doutrinária, haveria os direitos/interesses *essencialmente* coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) e os direitos *acidentalmente* coletivos (individuais homogêneos). (DIDIER JR.; ZANETTI JR., 2012, p. 75)

Marcelo Abelha Rodrigues esclarece que:

Também cumpre destacar que o uso da expressão direitos coletivos *lato sensu*, gênero do qual os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos são espécies, pode ser bem facilmente extraído não só pela redação do *caput* do parágrafo único do art. 81, mas, antes disso do próprio texto constitucional, que ao cuidar dos direitos fundamentais os rotulou de *garantias individuais e coletivas*, sem se preocupar em dizer quais os “tipos” de direitos coletivos que estariam sendo tratados no Capítulo I, Título II da CF/88. Bem pelo contrário, deixou esta tarefa para o legislador infra-constitucional, exatamente o que fizeram os responsáveis pela lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (RODRIGUES, 2008, p. 348).

Uma primeira divisão advém da própria dicção do texto legal. Este situa de um lado os direitos transindividuais e de outro os individuais homogêneos. A doutrina majoritária considera estar dentro do gênero direitos coletivos *lato sensu* os individuais homogêneos. Entretanto, tal consideração não subtrai destes últimos o seu caráter individual. Tanto é assim que para a tutela destes, o indivíduo, titular do direito afetado, permanece com o seu direito subjetivo de postular singularmente, ainda que haja ação coletiva proposta sob o mesmo objeto que é divisível. Por isto, é de se entender a distinção que faz Teori Zavascki:

“Direito coletivo” é designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo *stricto sensu*. É denominação que se atribui a uma especial categoria de direito material, nascida da superação, hoje indiscutível, da tradicional dicotomia entre interesse público e interesse privado.

[...]

Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não altera nem pode desvirtuar essa sua natureza. (ZAVASCKI, 2008, p. 39).

De todo modo, esta diferenciação não deve gerar nenhuma consequência quando se fala da viabilidade da tutela mediante o processo coletivo, pois “não é a natureza essencialmente coletiva do direito que faz com que determinada demanda possa ser considerada como coletiva” (ALMEIDA, 2003, p. 481), e sim o procedimento que se utiliza para a tutela de tais direitos.

Do artigo 81, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor, portanto, extrai-se que coletivos *lato sensu* são os interesses ou direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos. Os difusos e os coletivos estritos, por serem transindividuais (ultrapassam a ideia de indivíduo) são indivisíveis, distinguindo-se pela titularidade e natureza. Os primeiros não possuem titulares identificáveis e surgem de circunstância de fato, enquanto os segundos pertencem a grupo ou classe que se vincula por relação jurídica base. Os individuais homogêneos são divisíveis e seus titulares determinados, como é da natureza dos direitos individuais. O que faz deles tuteláveis enquanto coletivos é a origem comum que fundamenta a homogeneidade existente entre todos os indivíduos que tiveram direitos subjetivos afetados por fato ou circunstância, repita-se, comum. Não se pode, entretanto, deixar que a expressão ‘homogêneos’ induza a compreensão errônea, visto que não se trata de direitos iguais, o que definitivamente eles não precisam ser. Não se trata de idêntica afetação ao objeto jurídico tutelado em ação coletiva. Homogêneo traduz apenas a mesma origem, gênese comum, direitos homogenéticos ou de homo-gênese.

A ‘liberdade religiosa’, afirma-se, está dirigida a todas e quaisquer pessoas que compõem a sociedade: assim, é direito de grupo, ou seja, coletivo.

2.1 LIBERDADE DE CRENÇA X ‘LIBERDADE RELIGIOSA’

O conteúdo do direito de ‘liberdade religiosa’ deve ser buscado em todo o texto constitucional, a começar pelo art. 5º da CR/88 que prevê no inciso ‘VI’ ser “inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

A liberdade de crença não é apenas um direito de crer ou não crer. Se fosse apenas um direito íntimo, que operasse no interior da mente, nem haveria utilidade em ser reconhecido constitucionalmente, pois, por mais que quisesse, o Estado não poderia, pelo menos ainda, regular o que se passa na cabeça dos cidadãos.

Na liberdade de crença entra a *liberdade de escolha* da religião, a *liberdade de aderir* a qualquer seita religiosa, a *liberdade* (ou o *direito*) de *mudar de religião*, mas também compreende a *liberdade de não aderir a religião alguma*, assim como a *liberdade de descrença*, a *liberdade de ser ateu* e de exprimir o agnosticismo. Mas não compreende a liberdade de embarçar o livre exercício de qualquer religião, de qualquer crença, pois aqui também a liberdade de alguém vai até onde não prejudique a liberdade dos outros. (SILVA, 2005, p. 249)

Todos estes direitos/liberdades para fazerem sentido pressupõem a existência da religião. Direito de crença é uma definição genérica que, para a doutrina¹⁰, abrange também o de não crença. Crença, aliás, é algo menor que religião, porque seu campo de manifestação é interno ao indivíduo. E este poderá expressá-la ou não; canalizá-la ou não; buscar se agregar a grupos de igual pensamento ou apenas guardar tais crenças para si, sem se expor quanto ao que acredita ou deixa de acreditar.

Sem a pretensão de conceituar teologicamente o que seja religião, não se pode deixar aqui de fazer a oposição entre o que pode ser considerado uma simples crença e o que seria um complexo de crenças sistematizadas, a religião.

10 Assim pensam Pontes de Miranda (Apud SILVA, 2005, p. 249) e Bernardo Gonçalves Fernandes (2012, p. 380), este último demonstrando preferência pela expressão 'liberdade de crença', verbis: "O termo "liberdade de crença" nos parece mais acertado do que a expressão "liberdade religiosa" uma vez que o ateísmo representa uma opção a ser respeitada e protegida pelo Estado (art. 5, VI, da CR/88)". Toda a problemática em torno da expressão 'liberdade de crença' decorre de uma incompreensão moderna da função dos genitivos adnominais. Segundo Ernesto Faria (1958, p. 344), "quando um substantivo que exprime uma ação (e geralmente da mesma raiz de um verbo transitivo) vem acompanhado de um genitivo adnominal, êste pode representar ou o sujeito ou o objeto da ação que seria indicada pelo verbo". Neste caso, 'liberdade de crença' não é sinônimo de 'liberdade de crer', mas significa que 'a crença é livre', um claro exemplo de genitivo subjetivo. Desta forma, a liberdade de ser ateu seria mais adequada à 'liberdade de consciência', a menos que se considere o ateísmo (normalmente qualificado como uma não-crença) uma crença, isto é, a crença na não existência de Deus. Não sendo a existência de Deus algo que se possa provar pelos procedimentos das ciências naturais, tanto a negação quanto a afirmação d'Ele seriam crenças. Somente nesta concepção o ateísmo estaria abrangido pela 'liberdade de crença'.

O conceito de religião, ademais, liga-se à pré-compreensão que o termo propicia, a referi-lo a um sistema de crenças em um ser divino, em que se professa uma vida além da morte, que possui um texto sagrado, que envolve uma organização e que apresenta rituais de oração e de adoração. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 361).

Nesta toada, impossível não resgatar a etimologia da palavra religião, isto é *re + ligare*, ou, religar-se ao início, ao ser divino que nos teria criado. *Religio* é a procura de reestabelecer (*re*) o vínculo, a ligação, o ligamen (*ligio*) - que foi perdido - com a divindade. Embora a Constituição da República use a expressão ‘liberdade de crença’, em verdade, implica em proteger a ‘liberdade religiosa’, porque esta é de grau mais elevado que aquela. A ‘liberdade de crença’ é o básico para que se tenha a ‘liberdade religiosa’. Além disto, como se disse, a ‘liberdade religiosa’ não decorre de uma regra jurídica isolada, mas de uma plêiade de dispositivos constitucionais. E a CR/88 em vários momentos vale-se do adjetivo religioso(a)¹¹.

2.2 DIREITO DE EXERCER A RELIGIÃO

Não basta ter religião, é preciso praticá-la. Por isto a Constituição da República (CR/88) assegura o livre exercício dos cultos religiosos, a proteção dos lugares de culto e suas liturgias. José Afonso da Silva (2005, p. 249), citando Pontes de Miranda, afirma que na liberdade de culto estão incluídos a prática dos atos próprios da religião, em casa e *publicamente*. Completando tal ideia, entende-se que:

Ao proteger os lugares de culto e suas liturgias, a República reconhece a importância que estas atividades possuem para o povo brasileiro. Por consequência admite que se ergam edifícios para fins religiosos e reconhece a dimensão coletiva que a religião possui, já que a liturgia (do grego λαός, povo, e εργον, trabalho) é o trabalho feito para o povo, é um serviço público. Religião, embora seja atividade privada (no sentido de não ser estatal), *só encontra sua razão de ser na seara coletiva*. As cerimônias religiosas, as procissões, etc, são realizações de uma coletividade. *Religião é atividade privada que se exerce coletivamente*. (PINHO, 2015, grifou-se)

11 Os direitos fundamentais, aí incluída a ‘liberdade religiosa’, segundo inclusive já decidiu o STF, não estão restritos ao Título II da CR/88. Há doutrinadores que, percebendo a existência de direitos fundamentais em outras partes da Constituição, falam em ‘sistema de direitos fundamentais’: “Nesses termos, a classificação [topográfica] ‘não leva a sério’ o sistema de direitos fundamentais previsto na Constituição, que vai muito além do Título II explicitado no diploma Constitucional.” (FERNANDES, 2012, p. 311).

Assim, se pode afirmar em concordância com o que foi dito, que a religião é atividade privada, nasce no interior do indivíduo que a cultiva. Porém, pode se manifestar abertamente como prática exercida por grupos ou coletividades agrupadas em torno da mesma “crença”.

Por isto, a proteção aos locais de culto abrange também aqueles que, embora não sejam lugares de culto propriamente dito, são igualmente considerados importantes, porque neles aconteceu algum fato marcante para determinada religião. Por exemplo, o ponto do rio Paraíba do Sul onde foi encontrada a imagem de Nossa Senhora Aparecida, ou a casa onde viveu o jesuíta Padre Anchieta, entre outros. Estes locais, não necessariamente pontos turísticos ou históricos, e ainda que não sejam destino de peregrinações, não podem ficar alijados da proteção jurídica, já que se caracterizam como bens juridicamente tuteláveis. O mesmo se diga dos logradouros públicos ou cômodos alugados que podem ser temporária ou momentaneamente convertidos em lugares de culto. “Os logradouros públicos não são, por natureza, locais de culto, mas a manifestação religiosa pode ocorrer ali, protegida pelo direito de reunião, com as limitações respectivas.” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 361). Não é incomum outros direitos constitucionais fundamentarem os direitos de liberdade religiosa, como o direito de reunião e o de associação¹², por exemplo. Inclusive no plano processual.¹³

2.3 PRESSUPOSTO NECESSÁRIO DA ‘LIBERDADE RELIGIOSA’: O DIREITO DE EXISTÊNCIA DA RELIGIÃO

Todos os direitos até aqui mencionados só fazem sentido se a religião existir. Para que as liberdades religiosas tenham razão de ser, o requisito basilar é a existência da religião, que é algo precedente à ‘liberdade religiosa’. Não fosse assim, não haveria porque proteger a liberdade de algo que não existe ou corresse o risco de não mais existir. Portanto, há aqui um direito que pressupõe o da ‘liberdade religiosa’: o direito à existência da religião.

Por esta razão, a doutrina (SILVA, 2005, p. 250 e MENDES; BRANCO, 2012, p. 361) fala em um direito à organização religiosa, que seria o direito de criar as organizações religiosas. Acrescente-se neste

12 O direito de reunião previsto no art. 5º, XVI e o de associação no art. 5º, XVII, ambos da CR/88 são exemplos.

13 A Concordata Brasil-Santa Sé, no art. 7º, caput, estabelece que “A República Federativa do Brasil assegura, nos termos do seu ordenamento jurídico, as medidas necessárias para garantir a proteção dos lugares de culto da Igreja Católica e de suas liturgias, símbolos, imagens e objetos culturais, contra toda forma de violação, desrespeito e uso ilegítimo.” *No conceito de medidas necessárias, inclui-se, naturalmente, a ação judicial.*

entendimento o direito de conservá-las em funcionamento. Quanto ao direito de criação, o Código Civil Brasileiro de 2002, no art. 44, estabelece:

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

[...]

IV - as organizações religiosas;

[...]

§ 1º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento.

E na Concordata Brasil-Santa Sé¹⁴ (Decreto 7107 de 11/02/2010), no seu art. 3º, encontram-se as seguintes regras:

Art. 3º. [...]

§ 1º. A Igreja Católica pode livremente criar, modificar ou extinguir todas as Instituições Eclesiásticas mencionadas no caput deste artigo.

§ 2º. A personalidade jurídica das Instituições Eclesiásticas será reconhecida pela República Federativa do Brasil mediante a inscrição no respectivo registro do ato de criação, nos termos da legislação brasileira, vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro do ato de criação, devendo também ser averbadas todas as alterações por que passar o ato.

O direito de organização religiosa abarca também o direito de conservação. Por esta razão, o art. 19, I, CR/88 veda ao Poder Público embaraçar o funcionamento de organizações religiosas, inclusive pela via tributária, pois organizações de pequeno porte teriam sua atividade impossibilitada pela elevada carga fiscal do Brasil (imunidade tributária aos templos de qualquer culto, conforme art. 150, VI, b, CR/88), e pela via judiciária, pois não é dado ao Judiciário conhecer de questões *interna*

14 Em virtude do princípio da laicidade estatal, defende-se que o estatuto jurídico previsto nesta Concordata estende-se, *mutatis mutandis*, a todas denominações religiosas estabelecidas em solo nacional. Está em trâmite no Congresso Nacional projeto de lei (PLC 160/2009) chamado de lei geral das religiões que confirma este entendimento.

corporis das entidades religiosas, como os requisitos para o exercício do sacerdócio, questões disciplinares e de hierarquia relativas a seus membros, a exemplo das sanções¹⁵ próprias (suspensões, excomunhões, interdições) etc.

E é neste ponto específico que a liberdade religiosa ganha um âmbito transcendental. A proteção contra embaraços (art. 19, I, CR/88¹⁶) não é exclusiva para as hipóteses em que diretamente busca-se prejudicar o funcionamento da organização religiosa, mas também quando o Poder Público, através de certas políticas públicas, ou propagandas institucionais, incita o povo à perda da fé, incute na população o desprezo à doutrina, aos símbolos ou imagens, ou aos líderes religiosos. Não importando se o faz em relação a uma religião específica ou a todas elas. Esta conduta estatal também consistiria em embaraço ao funcionamento das entidades religiosas e, por isto, é conduta proibida, vedada legalmente.

No mesmo sentido, cabe ao Estado agir para que a religião não sofra desrespeito por parte de membros da sociedade, pessoas físicas ou jurídicas que ponham em marcha uma propaganda anti-religiosa, ou pratiquem atos promotores do ódio contra alguma ou todas as religiões.

Não se está dizendo que seja incabível a crítica ou o debate sobre valores religiosos, doutrinas, práticas etc, principalmente as discussões de âmbito acadêmico. Se fosse assim, não haveria nem mesmo ciência teológica ou da religião, cujas questões principais nascem necessariamente de teses e seus refutamentos. Estes são permitidos, desde que feitos de modo respeitoso, até porque assegurados por outros direitos fundamentais.

O que o sistema constitucional rejeita é a sátira, o escárnio, o abuso, a profanação, o ultraje, o desrespeito, condutas provocativas, o desprezo, que ferem mais que o elemento objeto da profanação em si, mas todo um sentimento que a nação, quiçá a humanidade, parece possuir. “O reconhecimento da liberdade religiosa pela Constituição denota haver o sistema jurídico tomado

15 Não é apenas sob o manto da ‘liberdade religiosa’ que as decisões dos Tribunais Eclesiásticos são protegidas. As decisões de nulidade matrimonial confirmadas pelo Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica (A competência para a Assinatura Apostólica expedir decreto confirmando decisão do Tribunal de Apelação Eclesiástico, dando-lhe status de ‘sentença estrangeira’ está prevista no art. 119, §1 da *Lex Propria* do Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica), dicastério da Cúria Romana situado no Vaticano, são, quando requerido, homologadas pelo STJ, nos termos do art. 105, I, ‘i’, da CR/88, e produzem efeitos em solo nacional, podendo ser levadas a registro nos Cartórios de Registro Civil.

16 Art. 19, I, CR/88, *litteris*: “Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; [...]”

a religiosidade como um bem em si mesmo, como um valor a ser preservado e fomentado” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 363).

Como forma de proteger a religiosidade dos brasileiros, o art. 210, §1º da CR/88 estabelece que “O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.” Isto porque na vida moderna as famílias têm cada vez menos tempo para conversar, os pais e as mães passam o dia no trabalho e as crianças na escola, os veículos de comunicação de massa optam por preencher os horários de grande audiência de sua grade com programas, via de regra, desprovidos de valores, e a busca incansável pelo dinheiro e pelo conforto impede que o indivíduo consiga ir, ou mesmo tenha despertado o seu interesse em frequentar, um templo...

Então onde as crianças e os adolescentes aprenderão sobre religião? Como se impedirá que a religiosidade se perca no mundo moderno? Oferecendo aulas de religião nos currículos escolares. E com razão Paulo Gustavo Gonet Branco quando afirma que não se trata de ensinar Sociologia das Religiões, mas uma religião específica, senão perderia sentido a facultatividade de matrícula (MENDES; BRANCO, 2012, p. 362, nota de rodapé 191)¹⁷.

De mesma feição a regra do art. 5º, VII, CR/88: “é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”, não consiste apenas em possibilitar o amparo religioso em momentos difíceis da vida.

Fato é que a liberdade religiosa não se compatibiliza com qualquer maquinação tendente a excluir a religião (uma específica ou toda e qualquer religião) dos espaços sociais, seja perpetrada pelo próprio Poder Público, seja por particulares.

Por esta razão, a Concordata Brasil-Santa Sé estabelece no art. 14 que “A República Federativa do Brasil declara o seu empenho na destinação de espaços a fins religiosos, que deverão ser previstos nos instrumentos de planejamento urbano a serem estabelecidos no respectivo Plano Diretor.”

17 Em sentido contrário, Márcio Eduardo Pedrosa Moraes afirma que “A liberdade religiosa, no que se refere ao ensino religioso, autoriza sua oferta somente em escolas particulares (a título facultativo), ou em escolas confessionais.” (MORAIS, 2015, p. 288). Discorda-se deste posicionamento, especialmente porque, além de tudo o que já se disse neste trabalho, é tese consolidada a de que não existe hierarquia (ou inconstitucionalidade) entre normas originais da Constituição da República de 1988, tendo esta previsto em sua redação original o ensino religioso de matrícula facultativa em escolas públicas no art. 210, §1º. “Certo é que o Brasil não adota a teoria que admite a existência de normas constitucionais originárias inconstitucionais”. (FERNANDES, 2012, p. 1144).

Apesar de a Concordata não esclarecer, crê-se não se tratar de uma destinação gratuita ou privilegiada. Mas a necessária comunicação às entidades religiosas como um todo (pode ser por publicação na imprensa, por exemplo) para que possam adquirir, caso queiram, imóveis, em igualdade de condições com outros compradores, nos espaços recém loteados. Com isto evitam-se empecilhos ao exercício da atividade religiosa oriundos do distanciamento dos fiéis dos templos e previnem-se prejuízos à religiosidade decorrentes da recusa da venda de imóveis a entidades religiosas, com a finalidade de excluir a religião de determinados espaços geográficos¹⁸.

2.4 LIBERDADE DE VIVER CONFORME SUA RELIGIÃO

Outro direito decorrente da liberdade religiosa é o de viver conforme a sua religião. É o que se extrai do art. 5º, VIII, CR/88¹⁹ “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.” E complementado pelas disposições da lei 7716 de 05/01/1989²⁰ e do art. 226, §2º, CR/88: “O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.”, dentre outros.

O conteúdo deste direito parece sutil, e muitas vezes passa despercebido. De nada adianta o indivíduo frequentar por uma ou duas horas o templo de sua religião em um dos dias da semana, se, no exato momento em que puser o pé do lado de fora daquele templo, não puder por em prática aquilo que lá ouviu, viu, ou se comprometeu a fazer. Em outras palavras, de que adianta aprender na religião valores, se no cotidiano não puder agir conforme estes?

Neste desdobramento da ‘liberdade religiosa’, não ser privado de direitos por motivo de religião significa que o indivíduo poderá levar sua vida em observância aos ditames de sua fé, sem sofrer qualquer prejuízo em sua esfera jurídica, tendo a lei inclusive criminalizado condutas de preconceito religioso.

18 Esta é apenas uma interpretação da norma, que possui alcance mais amplo. Pense-se em situações de desastre nas quais o exercício da ‘liberdade religiosa’ dependa da disponibilização temporária de espaços para a realização de cultos, ou ainda na necessária destinação de lugares para a prestação de assistência religiosa nas entidades de internação coletiva, etc.

19 Norma complementada pelo art. 143. § 1º, CR/88: “Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.”

20 No art. 1º desta lei está previsto que serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito, dentre outras causas, de religião.

Aos Poderes Públicos cabe, no exercício de suas funções institucionais e por meio dos mecanismos de controle social, criar um modelo ou projeto de vida para seu povo. Este projeto é resultado não apenas da edição de leis, mas também da atuação dos agentes econômicos, mídia, etc. A população não pode ser forçada a adotar um estilo vida que contrarie seus valores religiosos. A recusa em adotar este padrão comportamental não pode gerar marginalização social ou exclusão.

O Estado deve levar em conta este aspecto da ‘liberdade religiosa’ ao decidir o futuro do país. Precisa buscar alternativas para que o indivíduo possa estar inserido na sociedade e ter acesso a uma vida digna e cidadã sem precisar trair suas crenças, compatibilizando a vida social com a religiosa.

A liberdade religiosa possui tantos e outros desdobramentos (direito de expressão religiosa, de usar símbolos, roupas, objetos religiosos, de consagrar, construir e preservar lugares para o culto religioso, feriados religiosos, etc) que não serão abordados neste ensaio por conta dos estreitos limites deste trabalho. Estes direitos decorrem da legislação infraconstitucional, especialmente da Concordata Brasil-Santa Sé (Decreto 7.107, de 11/02/2010), do Decreto 119-A de 07/01/1890, do Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé sobre Assistência Religiosa às Forças Armadas, de 23 de outubro de 1989, da lei 6.923, de 29/6/1981, alterada pela lei 7.672, de 23/9/1988, e outros tantos diplomas legais, todos desdobramentos da disciplina constitucional sobre ‘liberdade religiosa’.

2.4.1 DIREITO COLETIVO LATO SENSU

Quanto a este tema muito rico e infelizmente pouco abordado, o da ‘liberdade religiosa’, acredita-se que muitas outras reflexões são cabíveis: outros tantos desdobramentos e exemplos decorrentes da lei brasileira carecem ser explorados. Por esta razão, não se pretende exaurir a questão neste tópico, mas apenas iniciar uma discussão que, apesar de produzir conclusões provisórias, já permite explicar a viabilidade da tutela coletiva da ‘liberdade religiosa’.

Seria a ‘liberdade religiosa’ um direito coletivo? De tudo o que até agora se disse, não restam dúvidas. A ‘liberdade religiosa’ é um direito coletivo *lato sensu*, ou seja, enquadra-se na regra do art. 81, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor, para fins de se admitir sua tutela coletiva. Parece claro que tal liberdade relaciona-se a coletividades, desenvolve-se em grupo.

E esta dimensão grupal de certas liberdades já haviam sido percebidas por Norberto Bobbio quando afirmou que:

Como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os *grupos particulares*, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não-impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e freqüente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores –, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado.” BOBBIO (1992, p. 32-33, grifou-se)

A questão tormentosa é saber em qual espécie de direito coletivo a ‘liberdade religiosa’ poderia enquadrar-se, direito difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo.

O sentimento religioso, expressão esta tirada do Código Penal Brasileiro²¹, está sendo compreendida neste trabalho como sinônimo de religiosidade. Sem desejar adentrar as minúcias do Direito Penal, é preciso apenas deixar claro que a ordem jurídica brasileira consagrou o ‘sentimento religioso’ como bem jurídico tutelado. Cezar Roberto Bitencourt, sobre o bem jurídico tutelado pelos crimes contra o sentimento religioso, afirma que

O bem jurídico protegido é o *sentimento religioso*, como interesse ético-social, independentemente da religião professada; secundariamente, protege-se a *liberdade de culto e de crença*, a exemplo do que fazia o primeiro Código Penal republicano de 1890. Essa liberdade constitui atualmente uma das *garantias individuais/coletivas* asseguradas pela atual Constituição Federal (1988, art. 5º, VI). O Estado tem interesse em proteger as religiões, como instituições ético-sociais que lhe são úteis e, ao mesmo tempo, necessárias. (BITENCOURT, 2013, p. 452, grifos no original).

O sentimento religioso é um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal e cuja existência depende da ‘liberdade religiosa’. Define-se exatamente como se enuncia: um sentimento, e como é próprio dos sentimentos, não possui explicação racional, podendo dele decorrer outros sentimentos, tais

21 Refere-se ao Capítulo I do Título V da Parte Especial do Código intitulado ‘Dos Crimes contra o Sentimento Religioso’.

como alegria, satisfação, segurança nos momentos de aflição, esperança, consolo, plenitude, etc. Não é passível de explicação pela ciência, porém, sua existência é inegável, já que os efeitos psicológicos, antropológicos e culturais da religiosidade são reais e perceptíveis no meio social. Materializa-se na construção de templos, na prática de ritos, na adoção de padrões comportamentais, na elaboração de símbolos, etc.

O alcance da proteção dada pela Constituição da República de 1988 à religiosidade é maior que a fornecida pelo Direito Penal. Não existe apenas um 'interesse ético-social' da parte do Estado, na medida em que a religiosidade leve os indivíduos a cultivar bons sentimentos, serem honestos e caridosos. A proteção constitucional não é utilitarista. A 'liberdade religiosa' é protegida como um fim em si mesmo, porque a prática da religião relaciona-se diretamente ao bem-estar dos cidadãos.

Neste sentido, a religiosidade aspira a uma posição semelhante à da moralidade, da probidade, etc. A manutenção da religiosidade na sociedade é matéria do interesse público, como sentimento irradiador de boas condutas, como resposta a uma necessidade relativa ao bem-estar do indivíduo, mas também como forma de viabilizar a liberdade das gerações futuras.

A religião inspira valores²² que podem contrariar os interesses políticos do Estado, os interesses do mercado e os da grande mídia, por exemplo. Como formadora de opinião, a religião pode ser importante mecanismo democrático de controle popular. Contudo, não é sobre este aspecto que se reflete aqui, mas sim como a existência da religiosidade é importante até mesmo para os ateus, para que possam exercer o seu direito de optar por não crer. Caso não houvesse o contraponto religioso, o ateísmo seria uma imposição, não uma escolha. E nada impede os ateus de mudarem de opinião, passarem a crer, etc. O sentimento religioso - ou religiosidade - deve, portanto, ser protegido e preservado contra qualquer movimento que tente extingui-lo.

Apesar de ser uma afirmação que pode gerar polêmicas, não se pode omiti-la. Precisa ser dita pelo menos como forma de incentivar o

22 "Se dermos um passo adiante, chegaremos a outro aspecto da religião; é o campo das virtudes morais, que tem origem em diferentes níveis, tais como ritos e rituais, formas e formulários, mortificações e penitências, humanitarismos e caridades, encantamento para abrandar e reconciliar as potências irreconciliáveis que existem e invocações de poderes benévolos pedindo ajuda e socorro nas horas de necessidade." (KIRPAL, 1996, p. 13-14). Este campo de virtudes coloca o ser humano em contradição com o mundo e o faz crítico de propostas que visam a exploração do homem. "A experiência interior pode descortinar uma dimensão libertadora para a pessoa humana, mesmo que as coisas da fé ultrapassem os limites do visível na cotidianidade". (MEGALE, 2016, p. 12).

debate: a ‘liberdade religiosa’ nesta acepção de religiosidade poderia ser caracterizada como direito difuso.

Não o sendo, é inegável que a ‘liberdade religiosa’ possa ser identificado como direito coletivo *stricto sensu*. Basta que a violação à liberdade religiosa atinja direito ou interesse de um grupo, classe ou categoria de pessoas determinadas, *in casu*, os adeptos de determinada religião, por exemplo.

Mesmo que, na pior das hipóteses, forem caracterizados como direitos individuais, se a violação à ‘liberdade religiosa’ atingir várias e determinadas pessoas – o que não é difícil de acontecer quando se fala de religião –, terão origem comum, e, portanto, serão direitos individuais homogêneos, admitindo, da mesma forma, a tutela coletiva.

Tais ponderações nos permitem afirmar que, ao examinar-se o direito violado neste campo, não se deve preocupar de início em identificar a qual das três espécies de direitos coletivos a violação afeta. Em verdade, tal resposta somente será encontrada por meio da análise do objeto do pedido veiculado na própria ação coletiva que vier buscar a proteção desse bem jurídico, a ‘liberdade religiosa’.

3 A TUTELA DA ‘LIBERDADE RELIGIOSA’ PELO PROCESSO COLETIVO

Adota-se, para fins das considerações que se fará, a distinção que Gregório Assagra de Almeida concebeu para o direito processual coletivo brasileiro, em direito processual coletivo comum e direito processual coletivo especial²³. Inicia-se pelo processo coletivo comum.

As normas aplicáveis ao processo coletivo que tutela a ‘liberdade religiosa’ são as mesmas que se aplicam aos processos coletivos em geral. O microsistema ou sistema integrado de tutela dos direitos coletivos em sentido lato, que tem por núcleo a Constituição da República de 1988, as Leis da Ação Popular (lei 4717/65), da Ação Civil Pública (lei 7347/85 e o

23 Mas é precisamente no campo do objeto que o *direito processual* coletivo divide-se em *direito processual coletivo especial* e *direito processual coletivo comum*.

Quanto ao objeto formal, observa-se que existe um conjunto de instrumentos, princípios e regras processuais próprios para o *direito processual coletivo especial*, que se diferencia peculiarmente por se destinar à tutela jurisdicional exclusivamente do *direito objetivo*. Esse conjunto seria formado, v.g., pela ação direta de inconstitucionalidade, pela ação direta declaratória de constitucionalidade e outros instrumentos processuais inseridos no controle concentrado de constitucionalidade.

Da mesma forma, existe um conjunto de instrumentos, princípios e regras processuais próprios para o *direito processual* coletivo comum, que se destina à tutela jurisdicional do direito subjetivo em sentido amplo. (ALMEIDA, 2003, p. 139-140, grifos no original)

Código de Defesa do Consumidor (lei 8078/90), e por integrantes outros diplomas que gravitam em redor destes, aplica-se em sua inteireza nas ações coletivas para tutela da ‘liberdade religiosa’.

Destes diplomas, destacam-se as disposições da lei 7347/85 (Lei da Ação Civil Pública) que, por situar-se no núcleo do microsistema, subsidia as ações coletivas como um todo:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

[...]

VII – à *honra e à dignidade de grupos* raciais, étnicos ou *religiosos*. [...]
(grifou-se)

Art. 4º Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar dano ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à *honra e à dignidade de grupos* raciais, étnicos ou *religiosos*, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (grifou-se)

Pelas regras supra, ficou registrado no núcleo do sistema integrado de tutela dos direitos coletivos em sentido lato a tutela da ‘liberdade religiosa’ sob o aspecto da ‘honra e dignidade de grupos religiosos’. Inclusive, a lei da ação pública destacou o caráter coletivo da ‘liberdade religiosa’ quando se referiu a *grupos* religiosos.

Com relação à legitimidade para propor a ação civil pública, e por consequência qualquer ação coletiva, o art. 5º da lei 7347/85 assim dispôs:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

[...]

V - a associação que, concomitantemente:

- a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
- b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica,

à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Cabe saber quem são estas associações legitimadas para defesa de direitos de grupos religiosos. O Código Civil Brasileiro de 2002 não previa em sua redação original as organizações religiosas. O inciso IV foi inserido no art. 44 do CC em vigor pela lei 10.825/2003, o que obrigava-as a se constituírem sob a forma de sociedades, associações ou fundações. Aliás, durante a vigência do já revogado Código Civil Brasileiro de 1916, estas pessoas jurídicas eram chamadas de sociedades religiosas em seu art. 16.

A referência a associações está na redação originária da Lei da Ação Civil Pública, de 1985. A inclusão de associações com finalidade de proteção de direitos de grupos religiosos no rol de legitimados, entretanto, deu-se pela lei 12.966/2014, portanto, já após a alteração promovida no Código Civil de 2002 pela lei 10.825/2003.

Indica-se, assim, a atecnia da lei 12.966/2014 que apenas adaptou as expressões existentes para abarcar a realidade das organizações religiosas, sem atentar-se para o fato de que, desde 2003, o ordenamento jurídico brasileiro contempla a figura das organizações religiosas. Não faria o menor sentido as organizações religiosas, que já representam em termos religiosos os seus fiéis e já fazem constar de seus estatutos a proteção deles, serem forçadas a constituir associações para a defesa do mesmo grupo religioso.

No tocante ao processo coletivo especial, está em discussão no Congresso Nacional o Projeto de Emenda à Constituição 99/2011 que prevê a inclusão de 'associações religiosas de âmbito nacional', como é o caso das Conferências Episcopais, no rol do art. 103 da CR/88 que prevê os legitimados a propor ações objetivas.

De certo modo, nem seria necessária a emenda constitucional, pois tais entidades já estariam abarcadas pelo inciso IX do art. 103, CR/88 que confere legitimidade a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. É inegável que a CNBB, por exemplo, seja entidade de classe de âmbito nacional, pois congrega organizações religiosas, verdadeiras associações em grau inferior, como o são as Mítras (Arqui)Diocesanas às quais se vinculam os clérigos católicos do Brasil.

O fato de a profissão de clérigo não ser regulamentada não pode ser empecilho para o reconhecimento das associações religiosas de âmbito nacional como entidades de classe de âmbito nacional, pois a

inexistência de regulamentação é decorrência da laicidade estatal, o que confere a esta categoria profissional um perfil diferenciado. A disposição expressa trazida pela Emenda Constitucional teria apenas o condão de prevenir contestações.

Quanto à aplicação dos critérios da pertinência temática a tais associações religiosas de âmbito nacional, a jurisprudência do STF deverá oportunamente enfrentar a questão. Em todo caso, havendo ou não a aplicação do critério, é indiscutível que tais associações possam impugnar leis que violem os direitos inerentes à ‘liberdade religiosa’.

4 CONCLUSÃO

A Constituição da República de 1988, em dispositivos esparsos, reconheceu a ‘liberdade religiosa’ como direito fundamental. Nela se pode apontar vários desdobramentos deste direito, tais como o direito de liberdade de culto, direito de existência da religião, o direito de viver conforme a religião, entre outros.

Percebeu-se que os desdobramentos da ‘liberdade religiosa’ são direitos relacionados a um Estado de bem-estar social. Historicamente, inclusive, verificou-se que o ‘processo coletivo’ foi utilizado em variadas oportunidades para a defesa de interesses religiosos de coletividades.

No direito brasileiro da atualidade, os direitos de ‘liberdade religiosa’ são perfeitamente caracterizáveis como direitos coletivos. Isto decorre do fato de a religião ser exercida coletivamente, ainda que se admita poder ser individualmente praticada.

Esta realidade foi percebida pelo legislador, que permitiu que associações, cuja função institucional inclua a defesa dos interesses de grupos religiosos, manejem a ação civil pública na defesa da honra e dignidade de grupos religiosos (arts. 1º, *caput* e inc. VII, 4º e 5º da lei 7347/85).

Como a referida lei 7347/85 situa-se no núcleo do sistema integrado de proteção aos direitos coletivos, é inegável que os direitos relacionados à ‘liberdade religiosa’ possam ser tutelados pela via do processo coletivo.

O grande desafio para o jurista é fazer o correto enquadramento deles nas categorias de direitos tuteláveis pelo processo coletivo: direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* ou direitos individuais homogêneos, o que depende do caso concreto denunciado ao Poder Judiciário.

Uma vez compreendida a dimensão coletiva da 'liberdade religiosa', acompanha-se com bons olhos a evolução legislativa que busca ampliar a defesa daquela, tanto por meio do processo coletivo comum, quanto do processo coletivo especial.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial - Dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos*. 9. ed. revisada, ampliada e atualizada. v. 3. Saraiva: São Paulo, 2013.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil – processo coletivo*. 7. ed. v. 4, Salvador: Juspodivm, 2012.

DODSON, Scott. An Opt-In Option for Class Actions, 115 *Mich. L. Rev.* 171 (2016). Available at: <<http://repository.law.umich.edu/mlr/vol115/iss2/1>>. Acesso em: 21 maio 2017.

FARIA, Ernesto. *Gramática Superior da Língua Latina*. Col. Biblioteca Brasileira de Filologia n. 14, Rio de Janeiro: Livraria Acadêmica, 1958.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. revisada, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2012.

IUSTINIANUS. Caesar Flavius. *Digesta seu Pandectae. Liber septimus-quadragesimus*. Constantinopla: s.n., 533. Disponível em: <<http://www.thelatinlibrary.com/justinian.html>>. Acesso em: 21 maio 2017.

_____. *Institutas*. Constantinopla: s.n., 533a. Disponível em: <<http://www.thelatinlibrary.com/justinian.html>>. Acesso em: 21 maio 2017.

KIRPAL, Ruhani Sawan. *O mistério da morte*. Belo Horizonte: Lê S/A, 1996.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *O horizonte hermenêutico da fé*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. *Liberdade religiosa – o ensino religioso na assembleia nacional constituinte de 1987-1988*. Curitiba: Juruá, 2015.

PERNOUD, Régine. *Luz sobre a idade média*. Tradução de António Manuel de Almeida Gonçalves. Sintra: Europa-América, 1997.

PINHO, Guilherme Rosa. Entre laicidades: hermenêutica do art. 19, inciso “I” da Constituição Federal. *E-Civitas - Revista Científica do Instituto de Ciências Humanas do UNI-BH*, Belo Horizonte, v. 8, n. 2, s.p., jun. 2015.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública. In: DIDIER JR., Fredie. *Ações constitucionais*. 3. ed. revisada, ampliada e atualizada, Salvador: Juspodivm, 2008.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005.

ZAVASCKI, Teori Alblno. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3. ed. revisada, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RECEBIDO EM: 13/06/2016

APROVADO EM: 19/09/2016

EFEITOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL SOBRE A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

EFFECTS OF THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE ON JUDICIAL RECOVERY

Lara Caxico Martins Miranda

Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-Graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Instituição Damásio de Jesus. Pós-Graduanda em Direito Constitucional pela Instituição LFG.

Tarcísio Teixeira

Doutor e Mestre em Direito Empresarial (Comercial) pela Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco. Pós-graduado/Especialista em Direito Empresarial pela Escola Paulista da Magistratura - EPM. Professor da Universidade Estadual de Londrina em nível de Graduação, Especialização e Mestrado.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Crise e o Auxílio do Estado; 2 Aplicação do Novo Código de Processo Civil à Lei n. 11.101 de 09 de Fevereiro de 2005; 3 Procedimento de Recuperação Judicial de Acordo com o Novo Código de Processo Civil; 3.1 Fase Postulatória; 3.2 Fase Deliberativa; 3.3. Fase de Execução; 4 Última Controvérsia Acerca da Aplicação do Novo Código de Processo Civil: a contagem dos prazos em dias úteis; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O estudo pretende discutir as mudanças processuais que se impuseram sobre o procedimento de recuperação judicial em virtude da publicação da Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, bem como trazer à luz as possíveis consequências das grandes mudanças processuais. É sabido que há procedimento específico para atender à necessidade particular do processo de recuperação judicial, mas por se tratar de procedimento cível, a própria lei estabeleceu na norma do artigo 189 a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Se apropriando do método dedutivo, a pesquisa bibliográfica analisou a legislação infraconstitucional pertinente, artigos científicos e o ainda escasso posicionamento doutrinário.

PALAVRAS-CHAVE: Novo Código de Processo Civil. Processo de Recuperação Judicial. Aplicação Subsidiária.

ABSTRACT: The study intends to discuss the procedural changes generated in the judicial recovery procedure derived from the publication of Law 13,105 of March 16, 2015 and to bring to light the possible consequences of major procedural changes. Although there is a specific procedure to meet the particular need of the judicial recovery process, because it is a civil procedure, the law itself established in article 189 the subsidiary application of the civil procedure code. By appropriating the deductive method, the bibliographic research analyzed the relevant norms and the still scarce doctrinal position.

KEYWORDS: New Code of Civil Procedure. Judicial Recovery Process. Subsidiary Application.

INTRODUÇÃO

A Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005, constituída como lei ordinária, foi criada para disciplinar os processos de recuperação judicial e falências. Seus critérios e princípios próprios garantiram, durante os seus onze anos de vigência, alta produtividade e grandes resultados no que se refere à recuperação de empresas. Por essas razões, e em virtude do princípio da especialidade, o Código de Processo Civil sempre teve aplicação ao sistema de recuperações e falências apenas no caso de lacuna legislativa e expressa compatibilidade.

Não é possível negar que, mesmo sendo um procedimento autônomo, sempre haverá diálogo entre a lei falimentar e a processualista, visto que ambas disciplinam um processo de natureza estritamente cível. Apesar disso, os impactos do Código de Processo Civil não podem, de modo algum, subjugar a sistemática das recuperações e falências, especialmente no que se refere aos seus princípios particulares.

Nesse viés permeia o estudo. Passado o período de *vacatio legis* da Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, que estabeleceu o novo Código de Processo Civil, diversas dúvidas surgiram no ambiente do Direito Empresarial acerca da aplicação ou não deste ao processo de recuperação judicial e falências. O estudo em destaque pretende analisar o procedimento de recuperação judicial e os dispositivos do novo Código que possivelmente serão aplicados em virtude da ausência de norma específica.

Pretende-se verificar as possibilidades de incidência ou não de determinados dispositivos da Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015 ao processo de recuperação judicial, bem como apontar as prováveis consequências da alteração da sistemática do procedimento. A partir do método dedutivo, utilizou-se uma pesquisa bibliográfica doutrinária, normativa e jurisprudencial.

1 CRISE E O AUXÍLIO DO ESTADO

O instituto da recuperação de empresas foi criado pelo legislador para corrigir disfunções no sistema econômico, jamais para substituir a iniciativa privada. Quando a sobrevivência de uma organização empresarial não mais desperta o interesse de empreendedores ou investidores, cabe ao Estado juiz atuar para garantir o regular funcionamento das estruturas livres de mercado. Isso não significa que este dará a solução da crise ou a aprovará, mas sim que afastará os obstáculos presentes para o melhor funcionamento do mercado.

Para tanto, é essencial que o diagnóstico da crise empresarial seja bem delineado. Nenhuma recuperação judicial terá sucesso se este for errado, logo é preciso analisar se as razões da dificuldade se referem à má administração, atraso tecnológico ou mesmo à conjuntura econômica. Para cada situação uma nova solução deve ser proposta, o que se faz concluir que nenhuma recuperação judicial é igual à outra.

Explica Coelho¹ que na França, desde 1980, procura-se criar mecanismos de evitar a crise no âmbito da empresa. A legislação estabelece procedimentos de alerta para que determinadas pessoas inseridas na empresa adotem medidas tendentes a evitar a ocorrência ou agravamento da crise. Nesses casos, é possível abrir um procedimento de recuperação em que a empresa tem observado e levantado o seu balanço econômico e social. A partir dessa análise, elabora-se um plano de reorganização.

Na Itália, por sua vez, o instituto semelhante à recuperação judicial brasileira é chamado de administração extraordinária. Um comissário nomeado pelo juiz realiza a gestão e reorganização da atividade econômica, de modo análogo à atuação do administrador judicial. Na Alemanha, de forma diversa, a lei admite que além do administrador judicial o próprio insolvente apresente plano para a solução das obrigações².

A partir da análise do direito comparado, percebe-se que nenhum Estado possui a resposta perfeita à crise empresarial. Em verdade, sabe-se apenas o quão difícil é encontrar a superação e recuperação de um agente econômico que não mais se encontra plenamente apto a atuar no mercado. No Brasil, o legislador criou a recuperação judicial como um mecanismo para “saneamento da crise econômico-financeira e patrimonial, preservação da atividade econômica e dos seus postos de trabalho, bem como atendimento aos interesses dos credores”³. Sua necessidade relaciona-se intimamente ao cumprimento da função social da empresa.

1 COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de falências e de recuperação de empresas*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 163, 2016.

2 *Ibidem*, p. 163.

3 *Ibidem*, p. 168.

2 APLICAÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL À LEI N. 11.101 DE 09 DE FEVEREIRO DE 2005

A Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005 estabelece na norma do artigo 189 a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao procedimento de falências e recuperações. Fernandes⁴, Juiz da Vara especializada em falências e recuperações do Estado de São Paulo, explica que tal incidência do código de processo civil significa que “os preceitos do CPC devem ser aplicados somente quando houver lacunas na Lei”.

No mesmo sentido, Bezerra Filho⁵ explica que:

O artigo estabelece que, se não houver normas de direito processual na Lei, ocorre a aplicação, em caráter subsidiário, do Código de Processo Civil. Portanto, a solução processual, em primeiro lugar, deve ser procurada nesta Lei, apenas dirigindo-se ao CPC se aqui não for encontrada a disposição pertinente.

Vale mencionar que o comentário do primeiro autor foi feito no ano de publicação do novo Código de Processo Civil e o comentário do segundo autor em 2007, anos antes da vigência da Lei. Apesar disso, pela análise do novo instituto legal, entende-se que nenhuma alteração ocorreu. O novo Código de Processo Civil, assim como o anterior, aplica-se subsidiariamente à Lei de recuperações e falências. Por se tratar de lei específica, suas normas e princípios devem sempre ser buscados em primeiro lugar. Havendo omissão legislativa, passasse para as disposições constantes no Código de Processo Civil.

Coelho⁶, ao comentar o artigo 189 da Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005 em seu livro publicado após a vigência do novo Código de Processo Civil, mantém o posicionamento dos doutrinadores acima referidos. Para ele, aplicam-se à Lei de Falências, em caso de lacunas, disposições comuns de direito civil, processual ou penal de acordo com o caso concreto. Brillantemente explica que:

4 FERNANDES, Ana Paula Adala. Processamento do pedido de recuperação judicial: Fases, petição inicial, documentação adequada, despacho de processamento e desistência. In: COSTA, Daniel Carnio (Coord.). *Comentários Completos à lei de recuperação de empresas e falências. Recuperação Judicial e Extrajudicial*. Curitiba: Juruá, 2015. v. II. p. 127-162, p. 132.

5 BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 416.

6 COELHO, op. cit., p. 547.

A legislação adjetiva geral é supletiva do direito falimentar em caso de omissão deste. Um exemplo: a legislação falimentar é silente quanto ao cabimento de honorários de sucumbência na denegação do pedido de falência. Apesar das vacilações jurisprudenciais de algum tempo atrás, predomina o entendimento de que é devida essa verba, na condenação do requerente, por aplicação subsidiária do artigo 85 do CPC⁷.

Com este entendimento firmou o legislador a norma constante no artigo 1045, § 2º da Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015 ao dispor que “permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código”⁸. Pelo exposto, entende-se que o novo Código de Processo Civil, assim como o de 1973, aplica-se subsidiariamente ao processo de recuperação judicial no caso de ausência de norma específica que o regulamente.

3 PROCEDIMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE ACORDO COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O processo de recuperação judicial é didaticamente dividido em três fases. A primeira delas inicia-se com o requerimento do beneficiário através da petição inicial e se encerra com o despacho do juiz mandando processar o pedido, conforme artigo 52 da Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005. Essa fase é chamada de postulatória. A segunda fase é chamada de deliberativa. Esta se inicia com o despacho que manda processar a recuperação judicial. Ocorre a verificação dos créditos, aprovação do plano de reorganização e se finda com a decisão concessiva do benefício. Por fim, tem-se a fase de execução, onde o plano aprovado é fiscalizado. Inicia-se com a decisão concessiva da recuperação e termina com o encerramento do processo⁹.

Os próximos tópicos analisarão a aplicação do novo Código de Processo Civil frente a cada uma das fases do processo de recuperação judicial.

3.1 FASE POSTULATÓRIA

O processo de recuperação judicial se inicial com o interesse do devedor de alcançar auxílio do Estado para deixar a crise econômica. O benefício da recuperação judicial, além dos demais requisitos previstos no

7 COELHO, op. cit., p. 547.

8 BRASIL. *Lei n. 11.101 de 16 de março de 2015*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 12 abr. 2017.

9 COELHO, op. cit., p. 210.

artigo 48 da Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005, só pode ser deferido para aqueles que correm o risco de ter a falência decretada. Assim, há a necessidade de que a chance de quebra seja real.

O processo judicial é iniciado pela quebra da inércia do Estado após a provocação do devedor. Este o faz através da petição inicial, que deve estar instruída com os documentos constantes no artigo 51 da Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005 e de acordo com as disposições do artigo 319, Código de Processo Civil.

O pedido de recuperação judicial quando não é acompanhado de alguns dos documentos exigidos pelo artigo 51 da Lei, não gera a extinção imediata do processo. A princípio deve o juiz permitir a emenda à inicial. Quando nenhum dos documentos é apresentado, entretanto, deve o juiz, segundo Coelho¹⁰, extinguir o feito sem resolução de mérito.

Fernandes¹¹ entende de modo diverso. Para o autor, há a necessidade de cumprimento de todos os requisitos para que a petição seja recebida pelo juiz e o procedimento de falência seja processado “o não preenchimento de todos os requisitos previstos neste artigo implica o indeferimento de plano, não se abrindo sequer a possibilidade de seu processamento”.

O entendimento da possibilidade de emenda à inicial no pedido de recuperação diante do novo Código de Processo Civil deve ser analisado em comparação às Leis. Inicialmente destaca-se que o artigo 106 da Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005 prevê a possibilidade de emenda à inicial no caso de não instrução correta do pedido de falência. Em virtude da omissão legislativa com relação à emenda na recuperação judicial, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo publicou a Súmula 56 prevendo que “na recuperação judicial, ao determinar a complementação da inicial, o juiz deve individualizar os elementos faltantes”¹².

Mamede¹³ explica que a possibilidade de emenda à inicial com indicação por parte do juiz dos documentos faltantes, deriva do princípio da instrumentalidade das formas. O procedimento normalmente é emergencial,

10 COELHO, op. cit., p. 216.

11 FERNANDES, op. cit., p. 131.

12 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Súmula 56*. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/Sumulas.pdf>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

13 MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

o que faz com que o devedor não tenha todos os documentos legalmente exigidos no momento que precisa se socorrer do pedido de recuperação judicial. Isso não seria razão suficiente para puni-lo com a extinção do processo, inclusive porque isso afetaria os credores e seria contrário à própria Lei, que se propõe a auxiliar a empresa merecedora desse favor legal.

Com este posicionamento advindo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que possui Varas especializadas em falências e recuperações, entende-se que a possibilidade de emenda à inicial no caso de incompletude do pedido de recuperação judicial já era aceita no âmbito judicial mesmo antes da publicação do novo Código de Processo Civil.

O Código de Processo Civil de 1973 já previa a possibilidade de emenda à inicial na norma do artigo 284. Com o advento da Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, essa possibilidade, além de ratificada, foi ampliada, vez que o legislador entendeu que o prazo de emenda deve ser de 15 dias, conforme disposição do artigo 321.

Dessa forma, entende-se que mesmo nos casos de recuperação judicial é plenamente possível a determinação de emenda caso o pedido não esteja acompanhado de todos os documentos necessários para o seu processamento. Permanece ainda a determinação processual constante no artigo 321, parágrafo único de que “se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial”¹⁴. Observa-se assim que após a apresentação do pedido de recuperação judicial pode o juiz recebê-la ou indeferi-la e conceder prazo para emenda.

Apresentada a petição inicial devidamente instruída após o prazo de 15 dias disponibilizado para a emenda, cabe ao juiz verificar novamente o cumprimento dos requisitos legais. Estando corretamente realizado o pedido de recuperação, o juiz despacha o processamento da recuperação judicial. O início e término da fase postulatória é brevemente resumido por Coelho¹⁵ quando menciona que “se a pessoa legitimada para requerer a recuperação judicial instruir adequadamente o pedido, a fase postulatória se encerra com dois atos judiciais: a petição inicial e o despacho que manda processar a recuperação”.

Vale mencionar que o despacho que manda processar a recuperação ainda não é a concessão da recuperação. Aquele é o marco inicial da

¹⁴ BRASIL, op. cit.

¹⁵ COELHO, op. cit., p. 219.

fase instrutória, também chamada de deliberativa. Não se trata assim da definição se o devedor tem ou não direito ao benefício, porque no deferimento do processamento apenas se analisa a legitimidade ativa da parte requerente e a instrução dos termos da lei. A viabilidade da recuperação também não deve ser observada, pois essa será decidida pelos credores na assembleia de credores e não pelo juiz¹⁶.

Segundo Fazzio Júnior¹⁷ “em outras palavras, o despacho de processamento inaugura o procedimento verificatório da viabilidade da proposta para que se conclua sobre sua aprovação, como foi formulada ou modificada, ou sua rejeição e consequente falência do devedor”. A fase postulatória com certeza é a mais breve do processo de recuperação judicial. Isso porque apenas dois atos a compõem: petição inicial e despacho de processamento da recuperação. Após esta se inicia a fase deliberativa.

3.2 FASE DELIBERATIVA

O deferimento do processo de recuperação judicial traz todas as consequências do artigo 52 da Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005. Dentre elas cita-se a nomeação do administrador judicial, dispensa de apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, determina a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto durar a recuperação, ordena a intimação do Ministério Público e a expedição de edital com resumo do pedido do devedor, relação nominal de credores e advertência acerca dos prazos para habilitação de crédito¹⁸.

Destaque se dá para a suspensão da prescrição das obrigações do devedor bem como todas as ações ou execuções em tramite contra o requerente, afastadas as hipóteses de exceção legal, conforme artigo 6º e 52, III da Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005. Elas voltam a fluir em duas circunstâncias: diante da aprovação do plano de recuperação ou decorrido o prazo de 180 dias, conforme artigo 6º, § 4º do instituto legal mencionado.

Segundo Coelho¹⁹:

16 FERNANDES, op. cit., p. 151.

17 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 165.

18 BRASIL, 2005.

19 COELHO, op. cit., p. 81.

Suspendem-se as execuções individuais contra o empresário individual ou sociedade empresária que requereu a recuperação judicial para que eles tenham fôlego necessário para atingir o objetivo pretendido da reorganização da empresa. A recuperação judicial não é execução concursal e, por isso, não se sobrepõe às execuções individuais em curso. [...] Se as execuções continuassem, o devedor poderia ver frustrados os objetivos da recuperação judicial, em prejuízo, em última análise, da comunhão de credores.

Entende Mamede²⁰ que a decisão de suspensão das ações não se trata de uma faculdade do juiz, mas sim de um dever de ofício. Mesmo que não conste este pedido na exordial, caso o juiz não se manifeste, seria cabível embargos de declaração para sanar a omissão.

Posteriormente ao despacho que concede o processamento da recuperação judicial inicia-se a fase deliberativa. Segundo Coelho²¹, “o principal objetivo dessa fase é a votação do plano de recuperação da empresa do devedor”. Para que isso seja possível, entretanto, faz-se necessária a verificação de créditos.

Segundo o artigo 7º, § 1º, Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005, após a publicação do edital mencionado, os credores terão quinze dias para apresentar para o administrador judicial suas habilitações ou suas divergências quanto aos créditos mencionados. Isso significa que os credores devem conferi-la. Os credores que não estiverem habilitados, e entendam devido, devem apresentar habilitação dos seus créditos perante o administrador judicial. Os que discordam do valor do seu crédito ou da ordem de qualificação devem suscitar divergência junto ao administrador judicial²².

Após o término deste prazo, cabe ao administrador judicial publicar edital contendo a relação de credores no prazo de quarenta e cinco dias. Segundo Bezerra Filho²³, esta é a segunda lista. Se os valores apresentados na petição inicial pelo devedor e publicados no edital após o despacho de processamento não forem impugnados serão necessariamente incluídos no quadro-geral de credores.

20 MAMEDE, op. cit., p. 148.

21 COELHO, op. cit., p. 224.

22 Ibidem.

23 BEZERRA FILHO, op. cit., p. 79.

De acordo com a norma do artigo 8º da Lei de falências e recuperações, apresentado o edital, pelo administrador judicial, com a relação de credores, o Comitê, qualquer credor individual, o devedor, sócios ou o Ministério Público possuem o prazo de dez dias para apresentar perante o juiz impugnação contra a relação de credores. A legitimidade do Ministério Público e do Comitê se justifica pela busca da prevalência das regras do direito falimentar que visam à tutela dos interesses transindividuais²⁴.

Observe que “somente neste momento é que há acionamento da jurisdição, pois até então, os atos são todos praticados ante o administrador judicial”²⁵. Esclarece Bezerra Filho²⁶ que se o credor não apresentou habilitação ou divergência no prazo de 15 dias previsto no artigo 7º, § 1º não poderá apresentar simples impugnação, sem prejuízos, neste momento. Isso porque a impugnação prevista no artigo 8º não pode ser utilizada como meio de habilitação de credor retardatário. Explica-se:

Os credores que não habilitarem seus créditos no prazo do artigo 7º, § 1º, podem fazê-lo posteriormente. Serão processados os respectivos créditos como habilitação retardatária. Se apresentada antes da homologação do quadro geral, seu procedimento é idêntico ao das impugnações; se após, depende de ação judicial própria, pelo procedimento ordinário do Código de Processo Civil. Em qualquer caso, as consequências da intempestividade da apresentação são quatro: a) os rateios realizados não serão revistos para atender ao retardatário; b) ele perde o direito aos consectários (correção monetária por exemplo) incidentes entre o término do prazo de apresentação e sua efetivação; c) são devidas custas judiciais; d) o retardatário não tem direito de voto na assembleia de credores na hipótese de recuperação judicial e, em caso de falência, não tem esse direito enquanto seu crédito não for incluído no quadro geral homologado, a menos que seja titular de crédito trabalhista²⁷.

Bezerra Filho²⁸ afirma que as sanções impostas decorrem do interesse da Lei de que o processo seja célere, logo há privilégios para aqueles que cumprem os prazos. É possível a habilitação retardatária, mas haverá limitações a estes credores para que eles passem a observar rigorosamente os prazos.

24 COELHO, op. cit., p. 89.

25 BEZERRA FILHO, op. cit., p. 79.

26 Ibidem, p. 80.

27 COELHO, op. cit., p. 92.

28 BEZERRA FILHO, op. cit., p. 82.

Havendo impugnação, conforme artigo 11 da Lei de falências e recuperações, os credores que tiveram seus créditos impugnados serão intimados para apresentar contestação. Destaca-se aqui a não aplicação do Código de Processo Civil. Conforme estipulado no artigo 335 deste instituto legal, o réu possui o prazo de 15 dias para apresentar contestação. Em razão de a Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005 se tratar de Lei específica com estipulação própria, o prazo para contestação por parte dos credores que tiveram seus créditos impugnados permanece de 5 dias, ainda que o novo Código de Processo Civil estabeleça prazo diverso.

Após o prazo de resposta, o administrador judicial será intimado para se manifestar no prazo de 5 dias, conforme artigo 12 da Lei mencionada. Retornando os autos com as impugnações, contestação e parecer do administrador judicial, cabe ao juiz desde logo decidir a lide, caso não haja necessidade de dilação probatória. Havendo necessidade, deve realizá-la e após esta, julgar a impugnação acolhendo-a ou rejeitando-a²⁹.

A Lei não estipula prazo para que o juiz profira a decisão. Havendo omissão legislativa, como já tratado anteriormente, aplica-se o novo Código de Processo Civil. Em razão do incidente, tem-se que a decisão a ser proferida se refere a uma decisão interlocutória, logo cabível a aplicação do artigo 226, inciso II, do novo Código de Processo Civil, que preceitua que as decisões interlocutórias deverão ser proferidas no prazo de 10 dias.

Segundo artigo 17 da Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005, “da decisão judicial sobre a impugnação caberá agravo”³⁰. A natureza interlocutória da decisão é confirmada por Mamede³¹ “ao final da instrução, julgará a habilitação de crédito, decisão essa que, como visto, tem absurda natureza jurídica de decisão interlocutória, sendo recorrível por agravo de instrumento”. Sobre a interposição do Agravo de Instrumento, Coelho³² afirma que “contra sentença proferida na impugnação de crédito cabe agravo. Não há nada, na Lei de Falências, de específico na disciplina desse recurso”.

Pela menção do autor percebe-se que o processamento do recurso deve ocorrer nos moldes da legislação processualista, como já ocorria antes da vigência da Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. O fato de que o

29 COELHO, op. cit., p. 96.

30 BRASIL, 2005.

31 MAMEDE, op. cit., p. 111.

32 COELHO, op. cit., p. 98.

Agravo de Instrumento previsto na Lei de falências era regido pelo Código Civil de 1973 é confirmado por Bezerra Filho³³ quando este menciona que “o artigo 17, de forma objetiva, estabelece o cabimento do agravo, sendo que o prazo será contado da firma normal estabelecida no artigo 522 do CPC (CPC/73)”.

Assim, não havendo previsão na Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005 sobre o regramento do agravo de instrumento e sendo este, anteriormente, regido pelo antigo código de processo civil, pela norma do artigo 198 da Lei mencionada tem-se que atualmente este recurso é regido pelo novo Código de Processo Civil.

A primeira alteração no que diz respeito ao recurso em debate é o seu prazo de interposição. Segundo o artigo 1003, § 5º, Código de Processo Civil, “excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 dias”³⁴.

O cabimento do agravo de instrumento também sofreu drásticas alterações pela nova lei processualista. Destaca-se o rol taxativo de hipóteses de cabimento do recurso. As decisões interlocutórias não enumeradas no rol do artigo 1.015 não são recorríveis por agravo, mas sim como preliminar de apelação ou nas contrarrazões. Segundo Medina³⁵:

No sistema do CPC/2015, o agravo de instrumento é admissível somente em casos previstos em lei (taxatividade do cabimento do agravo de instrumento), e não mais prevê a hipótese do agravo retido (a possibilidade de se impugnar decisões preferidas na fase de conhecimento nas razões ou contrarrazões de apelação, prevista nos §§ 1º e 2º do art. 1009 do CPC/2015, foi concebida para substituir, ao menos funcionalmente, a figura do agravo retido).

Sobre o tema trata Marinoni³⁶:

[...] ao limitar a recorribilidade das decisões interlocutórias em separado a hipóteses taxativas (art. 1.015, CPC), o novo processo civil brasileiro

33 BEZERRA FILHO, op. cit., p. 89.

34 BRASIL, 2015.

35 MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/73*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1501.

36 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 939-940.

procura acentuar a oralidade do procedimento comum, aproximando-se da regra da ‘final decision’ do direito estadunidense (pela qual apenas a sentença final é apelável, nada obstante as várias exceções existentes), cuja proximidade com o processo civil romano clássico é notória.

A aplicação deste dispositivo nas hipóteses previstas na Lei de falências e recuperações pode causar um negativo impacto processual. Inicialmente cumpre lembrar que o Código de Processo Civil apenas se aplica ao procedimento de recuperação judicial em caráter subsidiário, conforme estabelece o artigo 189 da Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005. Assim, entende-se que sempre que a Lei prever a recorribilidade de uma decisão por agravo de instrumento ela será cabível, mesmo que não esteja prevista nos incisos do artigo 1005 do Código de Processo Civil.

A questão, entretanto, não se soluciona apenas com essa constatação. Explica-se. A sentença final no processo de recuperação judicial somente é proferida após o cumprimento de todas as obrigações previstas no plano de recuperação judicial aprovado, bem como as que se vencerem em até dois anos depois da concessão da recuperação, conforme art. 63, Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005. Nesse momento, todas as discussões acerca do deferimento e processamento da recuperação, critérios para a deliberação em assembleia de credores, credores habilitados para votar e homologação do plano já ficaram para trás.

É certo que a Lei de falências e recuperações prevê hipóteses específicas de cabimento de agravo de instrumento, como no caso da decisão proferida acerca das verificações e impugnações. Essas possibilidades são plenamente cabíveis de acordo com o novo Código de Processo Civil, conforme inciso XIII, do art. 1.015. Medina³⁷ claramente expõe acerca da admissibilidade do agravo de instrumento previsto em Leis especiais:

[...] pode haver situações não mencionadas no rol previsto no art. 1.015 do CPC/2015, seja em leis especiais seja no próprio Código de Processo Civil, que caberá o agravo de instrumento. [...] A essas outras hipóteses, previstas no próprio código de Processo Civil ou em Leis especiais, se refere o art. 1.015, XIII do CPC/2015. Vê-se que, embora taxativo, o rol de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento é bastante amplo.

37 MEDINA, op. cit., p. 1502-1503.

Apesar disso, há outras decisões que a Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005 não prevê de forma expressa o cabimento de agravo de instrumento e que, em virtude da relevância, são impugnadas no dia a dia forense por agravo de instrumento. Cita-se a decisão do juiz que determina que os planos de recuperação devam ou não ser unificados no caso de pedido de recuperação apresentado por mais de uma empresa ou a que defere o processamento da recuperação judicial. Nesses casos, não há perspectiva de interposição de apelação para que a matéria seja submetida à apreciação do tribunal e conseqüentemente solucionada. Observe que se esses conflitos não forem decididos no momento em que são proferidas as decisões, suas resoluções posteriores não terão mais razão.

Wambier³⁸ afirma o grave entrave processual que pode ser gerado pela opção do legislador:

Esta opção do legislador de 2015 vai, certamente, abrir novamente espaço para o uso do mandado de segurança contra atos do juiz. A utilização desta ação para impugnar atos do juiz, no ordenamento jurídico ainda em vigor, tornou-se muito rara. Mas, à luz do novo sistema recursal, haverá hipóteses não sujeitas a agravo de instrumento, que não podem aguardar até a solução da apelação. Um bom exemplo é o da decisão que suspende o andamento do feito em 1º grau por prejudicialidade externa. Evidentemente, a parte prejudicada não poderia esperar.

Medina³⁹ também aponta o possível uso do mandado de segurança pelos advogados “a riqueza das situações que podem surgir no dia a dia do foro, porém, escapam da inventividade do legislador. Nesses casos, à falta de recurso que possa ser usado imediatamente contra a decisão, poderá ser o caso de se fazer o uso do mandado de segurança”. Nesse sentido, vale mencionar o entendimento de Marinoni⁴⁰, sobre a necessidade de se interpretar a intenção legislativa e o texto legal:

O fato de o legislador construir um rol taxativo não elimina a necessidade de interpretação para sua compreensão: em outras

38 WAMBIER, Teresa; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins e; MELLO, Rogerio Licastro Torres de; *Primeiros comentários ao Novo CPC*: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1453.

39 MEDINA, op. cit., p. 1503.

40 MARINONI, op. cit., p. 946.

palavras, a taxatividade não elimina a equivocidade dos dispositivos e a necessidade de se adscrever sentido aos textos mediante interpretação.

Entende-se assim que a aplicação dos dispositivos do Novo Código de Processo Civil, referentes ao agravo de instrumento, à Lei de falência, deve ser interpretada de forma funcional. Havendo disposição expressa na Lei mencionada, esta prevalece sobre o rol *numerus clausus* do artigo 1015 do Código de Processo Civil. Nos casos em que não há disposição expressa, a recorribilidade imediata deve observar a relevância da matéria para o processo e a impossibilidade de postergar a decisão, sob pena de ensejar situações de irrecorribilidade prática.

Após a análise acerca do recurso cabível da decisão que decide as impugnações ao edital publicado pelo administrador judicial, cumpre mencionar que é possível que não haja nenhuma impugnação a este documento. Isso significa, segundo Coelho⁴¹:

Se decorrido o prazo para as impugnações, nenhuma for apresentada, o juiz deve homologar a relação de credores apresentada pelo devedor como quadro geral de credores. Neste caso, dispensa-se a publicação. Como todos já tiveram conhecimento da relação publicada e republicada, e nada há a acrescentar, alterar ou extrair dela, a nova publicação teria apenas o sem tido de acrescentar despesas ao processo.

Após o trânsito em julgado das decisões proferidas acerca das impugnações, ou não as havendo, o administrador judicial consolida o quadro geral de credores. Este deve ser publicado em 5 dias do trânsito em julgado da sentença proferida em impugnação de crédito ou homologado após decorrido o prazo de impugnação sem manifestações⁴².

Ao mesmo tempo em que os credores discutem as habilitações e divergências do crédito, cabe ao devedor apresentar, em 60 dias do despacho que manda processar a recuperação, o plano de recuperação judicial, conforme preceitua a norma do artigo 53 da Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005⁴³.

41 COELHO, op. cit., p. 95.

42 Ibidem, p. 99.

43 BRASIL, 2005.

Vale destacar que o instituto legal mencionado estabelece ser este um prazo legal improrrogável. Bezerra Filho⁴⁴ explica que “a Lei estabelece que esse prazo é improrrogável, peremptório, portanto, e não dilatatório”. Mamede⁴⁵ concorda com essa afirmação, bem como Campi⁴⁶.

Cabe aqui uma consideração acerca do novo Código de Processo Civil. Segundo o artigo 181 do Código de Processo Civil de 1973, poderiam as partes, de comum acordo, reduzir ou prorrogar o prazo dilatatório. Não seria possível, entretanto, mesmo que de comum acordo, reduzir ou prorrogar os prazos peremptórios.

O novo Código de Processo Civil, entretanto, traz novas disposições acerca da prorrogação dos prazos. Segundo seu artigo 139, inciso VI, cabe ao juiz “dilatatar os prazos processuais [...] adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”⁴⁷. Não há, a princípio, distinção acerca da natureza do prazo.

Especificamente sobre os prazos peremptórios, o novo Código faz menção no artigo 222, § 1º, para estabelecer que “ao juiz é vedado reduzir prazos peremptórios sem anuência das partes”⁴⁸. Observa-se assim que, pelas disposições do novo Código, é possível a prorrogação de prazos peremptórios pela anuência das partes. Sobre a dilação dos prazos cabe mencionar os comentários de Carvalho⁴⁹:

De acordo com as especificidades da causa e para conferir maior efetividade à tutela de direito, o juiz, independentemente da vontade das partes, poderá aumentar – e nunca diminuir! – o prazo fixado em lei. A lei não faz distinção sobre a natureza do prazo. Assim, peremptório (art. 222, § 1º, do CPC) ou dilatatório (próprio ou impróprio), aplica-se o disposto no art. 139, inciso VI, do CPC. A lei fala em “dilatatar” e não “renovar” o prazo. Isso é confirmado pelo parágrafo único do art.

44 BEZERRA FILHO, op. cit., p. 171.

45 MAMEDE, op. cit., p. 152.

46 CAMPPI, Ana Cristina Baptista. *Convolação da Recuperação Judicial em Falência*. In: COSTA, Daniel Carnio (Coord.). *Comentários Completos à lei de recuperação de empresas e falências. Recuperação Judicial e Extrajudicial*. Curitiba: Juruá, 2015. vol. II. p. 265-280, p. 268.

47 BRASIL, 2015.

48 Ibidem.

49 CARVALHO, Fabiano. Dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz: arts. 139 a 143. In: TUCCI, José Rogério Cruz; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (Coords.). *Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2015. p. 243-249, p. 245.

139, segundo o qual a dilação do prazo somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular.

Sobre a possibilidade de dilação do prazo de apresentação do plano de recuperação, em virtude da aplicação das disposições do novo Código de Processo Civil ao processo de recuperação, entende-se não ser cabível. Inicialmente porque, como já amplamente tratado, há disposição expressa na Lei de falências sobre a impossibilidade de prorrogação do prazo de apresentação do plano por parte do devedor. Nesse caso, não há lacuna na Lei para aplicação do código de processo civil, como permite o artigo 189 da Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005.

Em segundo lugar cumpre relembrar que o objetivo da Lei é que a concessão da recuperação se dê no prazo de 180 dias, previsto no artigo 6º, § 4º. Rememora-se a disposição do artigo:

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário. § 4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial⁵⁰.

Assim, permitir a prorrogação do prazo feriria o objetivo de celeridade do processo e principalmente que o prazo de 180 dias que prevê a suspensão das execuções para que “o devedor tenha o fôlego necessário para atingir o objetivo pretendido da reorganização da empresa”⁵¹, seja prejudicado. Havendo a prorrogação do prazo de apresentação do plano, muito provavelmente as execuções voltarão a correr sem que tenha sido concedida a concessão da recuperação judicial.

Campi⁵² trata sobre a rigidez do prazo afirmando que “o legislador optou pela rigidez do prazo, para coibir abusos ou onerar em demasia os

50 BRASIL, 2005.

51 COELHO, op. cit., p. 81.

52 CAMPI, op. cit., p. 270.

credores, que clamam por uma solução justa, equilibrada e breve para inadimplência verificada”. Bezerra Filho⁵³ também critica a rigidez legislativa:

Sem embargo do princípio da celeridade buscado pela Lei, quem atua no dia a dia das falências sabe que este prazo é extremamente exíguo, tendo em vista que o plano a ser apresentado configurará praticamente uma reestruturação da vida econômico-financeira da empresa.

O prazo foi previsto pelo legislador porque este considerou que 60 dias era razoável para apresentação do plano, sem causar prejuízo para o devedor e credores. Conclui-se assim que, mesmo após a publicação do novo Código, permanece improrrogável o prazo de 60 dias para a apresentação do plano de recuperação judicial.

Cumpra desde já tratar da disposição do artigo 73, II, Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005 que diz que “o juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial: II – pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação no prazo do art. 53 desta Lei”⁵⁴. Assim, caso o devedor não apresente o plano de recuperação no prazo improrrogável de 60 dias, o juiz decretará a falência. A necessidade de pequena flexibilidade da norma, analisando o caso concreto, entretanto, é tratada por Campi⁵⁵:

Há que se analisar caso a casa e, em tese, considerar em situações excepcionabilíssimas a possibilidade de eventual e moderada prorrogação, evidenciada pela conveniência e possibilidade da recuperação da empresa devedora e pela demonstração inequívoca da Recuperanda não ter concorrido ao atraso.

Apesar das considerações, Bezerra Filho⁵⁶ conclui que “de qualquer forma, neste caso a Lei é expressa no sentido de ser decretada a falência”. Havendo a regular apresentação do plano de recuperação e, conseqüentemente, não tendo sido decretada a falência da empresa, segue-se o processo de recuperação judicial. Sobre o plano de recuperação trata Coelho⁵⁷:

A consistência do plano de recuperação judicial é essencial para o sucesso da reorganização da empresa em crise. Só se justifica o sacrifício

53 BEZERRA FILHO, op. cit., p. 172.

54 BRASIL, 2005.

55 CAMPI, op. cit., p. 270.

56 BEZERRA FILHO, op. cit., p. 172.

57 COELHO, op. cit., p. 235-236.

imediate de interesses dos credores e, em larga medida, da sociedade brasileira como um todo, derivado da recuperação judicial, se o Plano aprovado pela Assembleia dos Credores for consistente. Se ele vai funcionar ou não, é outro problema. Depende de uma série de outros fatores não inteiramente controláveis pelo devedor e seus credores. Um plano consistente pode não dar certo, essa não é a questão. O fato é que um plano inconsistente certamente não dará certo.

A partir da apresentação do plano de recuperação e do edital informando os credores da sua apresentação, estes possuem o prazo de 30 dias para apresentar objeções, conforme art. 55 da Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005. Havendo objeção, o juiz convocará a assembleia de credores, pois não cabe a este, mas sim a esta, apreciar o conteúdo da objeção e decidi-la. Bezerra Filho⁵⁸, acerca das objeções apresentadas, entende de outra forma. Para o autor, “cabe ao juiz analisar inicialmente essas objeções, quanto aos pressupostos e condições, podendo indeferir liminarmente aquelas que se apresentarem sem condições de regular processamento”.

De qualquer forma, conforme artigo 56 da Lei, a assembleia será convocada em até 150 dias do processamento da recuperação judicial⁵⁹. Na realidade, em virtude do prazo concedido de 60 dias para apresentação do plano e 30 dias para as objeções, o juiz terá apenas 60 dias para convocar a assembleia geral de credores. Com relação aos apertados prazos, Bezerra Filho⁶⁰ critica a opção do legislador, que imaginou um sistema absolutamente ideal e sem qualquer imprevisto, sistema inexistente no sistema forense.

Cabe a assembleia aprovar, alterar ou rejeitar o plano de recuperações. Apesar de o juiz não estar vinculado às decisões deste órgão, deve, de modo geral, acatá-las. Caso opte por seguir outro caminho, deverá fundamentar suficientemente sua decisão⁶¹.

Mamede⁶² explica que o objetivo da convocação da assembleia geral de credores neste momento é essencialmente “para deliberação sobre o plano de recuperação judicial da empresa [...], um espaço de negociação entre o devedor e os credores”. No caso de rejeição do plano, o juiz, em regra, decretará a falência da empresa. Caso seja admitido, o devedor apresentará

58 BEZERRA FILHO, op. cit., p. 172.

59 COELHO, op. cit., p. 235-236.

60 BEZERRA FILHO, op. cit., p. 179.

61 Ibidem.

62 MAMEDE, op. cit., p. 174.

certidões negativas de débitos tributários, conforme artigo 57 da Lei e após terá concedida a recuperação judicial, nos termos do artigo 58. Caso não apresentadas as certidões tributárias negativas, segundo Coelho⁶³, “o pedido de recuperação deve ser simplesmente indeferido, retornando ao seu curso normal os pedidos de falência, ações e execuções que se encontravam suspensas”, tendo em vista que não há previsão legislativa, nesta hipótese, de decretação de falência.

Três podem ser os resultados da Assembleia:

a) Aprovação do plano de recuperação, por deliberação que atendeu ao quórum qualificado da lei; b) apoio ao plano de recuperação, por deliberação que quase atendeu a esse quorum qualificado; c) rejeição de todos os planos discutidos. Em qualquer caso, o resultado será submetido ao juiz, mas variam as decisões judiciais possíveis em cada um deles. No primeiro, o juiz limita-se a homologar a aprovação do plano pelos credores, no segundo, ele terá a discricionariedade para aprovar ou não o plano que quase alcançou o quorum qualificado; no terceiro, deve decretar a falência do requerente da recuperação judicial⁶⁴.

Havendo a concessão da recuperação judicial, encerra-se a fase deliberativa e inicia-se a fase de execução. Contra essa decisão cabe agravo de instrumento, sem efeito suspensivo. O objeto do recurso se limitará ao desatendimento das normas legais sobre a convocação e instalação da assembleia ou quórum de deliberação. O mérito do plano de recuperação não é matéria deste recurso judicial⁶⁵. Aplica-se ao agravo de instrumento mencionado todas as considerações anteriores feitas acerca dessa peça.

3.3 FASE DE EXECUÇÃO

Após a sentença de recuperação judicial, inicia-se a fase de execução. Nesta o devedor permanecerá até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano de recuperação que se vencerem até dois anos depois da concessão da recuperação, conforme artigo 61 da Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005. Durante esse período, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarreta a convalidação da recuperação em falência, consoante § 1º do artigo 61 do mesmo instituto legal.

63 COELHO, op. cit., p. 275.

64 COELHO, op. cit.

65 COELHO, op. cit., p. 247.

Segundo Coelho⁶⁶ o processo de recuperação judicial tem seu objetivo alcançado com a homologação do plano de recuperação proposto pelo devedor e aprovado pela assembleia de credores. Se este possibilitará a superação da crise do devedor, é uma questão econômica, que foge ao objetivo do processo de recuperação judicial. Assim, pode-se dizer ideologicamente que o término deste ocorre com a sentença da concessão da recuperação.

Na verdade, depois de transcorridos dois anos da concessão da recuperação judicial, a regra é a de que o processo deve ser encerrado e arquivado. Uma vez homologado o plano de recuperação judicial, o objetivo principal do processo é alcançado. O seu encerramento, contudo, fica a aguardar o transcurso do primeiro biênio de cumprimento do plano⁶⁷.

Passados dois anos da concessão da recuperação judicial o processo vai concluso para o juiz. Nesta oportunidade ele deverá observar se é caso de convalidação do processo em falência. Caso seja, deve proferir a sentença de encerramento do processo de recuperação e iniciar o processo de execução concursal do patrimônio do devedor. Não havendo razões para decretar a falência do devedor, deve proferir a sentença de encerramento da mesma forma, pois todos os objetivos da recuperação judicial já se encerraram⁶⁸. Em ambas as situações dessa decisão cabe recurso de apelação.

Mamede⁶⁹ esclarece que não há um limite específico de tempo para que se encerrem as obrigações previstas no plano de recuperação. “O plano pode prever atos que se realizem após dois anos, realizando-se após a sentença de encerramento da recuperação judicial. Pode-se prever, por exemplo, que os créditos serão pagos em parcelas anuais durante 20 anos ou mais”⁷⁰.

Cumpra observar que a real recuperação da empresa não é o objetivo do Estado no processo de recuperação. É possível que a alavancada do agente econômico demore muito mais do que dois anos, ultrapassando a fase de execução e se prolongando para além da sentença de encerramento do processo de recuperação judicial. Assim, pode-se dizer que os objetivos gerais deste procedimento são: homologação do plano de recuperação

66 COELHO, op. cit., p. 251.

67 Ibidem, p. 253.

68 Ibidem.

69 MAMEDE, op. cit., p. 180.

70 Ibidem.

e decretação da falência em caso de não cumprimento das obrigações estabelecidas nos dois anos que se seguem à decisão judicial.

4 ÚLTIMA CONTROVÉRSIA ACERCA DA APLICAÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A CONTAGEM DOS PRAZOS EM DIAS ÚTEIS

Como visto no tópico anterior, o procedimento da recuperação judicial é regulado pela Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005, mas possui aplicação subsidiária do código de processo civil, conforme artigo 189 da lei mencionada. Apesar disso, não é possível esquecer que a lei é específica e regulamenta um procedimento próprio, cabendo a aplicação dos artigos apenas no caso de omissão legislativa.

Nesse aspecto cabe analisar a aplicação da contagem dos prazos previstos na Lei de falências, em dias úteis, conforme disposição do novo Código de Processo Civil ou manter a regra antiga de contagem em dias corridos. Para conclusão acerca da dúvida mencionada é preciso distinguir os prazos materiais dos processuais.

A Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005 aborda um processo que ocorre no plano do direito material econômico e do direito processual. Inicialmente vê-se a intenção do legislador de regular um acordo entre o devedor e seus credores, estipulando prazos para que ambos apresentem documentos, divergências e encontrem um mecanismo que viabilize a recuperação da crise da empresa.

Ao mesmo tempo, o legislador decidiu regulamentar um procedimento para viabilizar essas relações. Criou então uma relação de Direito Público na qual a jurisdição é prestada. A consequência dessa ideia é a existência de uma duplicidade normativa: normas de direito material e normas processuais. Bezerra Filho⁷¹ explica a natureza na Lei de Falências e Recuperações: “esta Lei, da mesma forma que a Lei anterior, tem natureza mista, trazendo tanto normas de direito material quanto normas de direito processual”.

O novo Código civil trouxe no artigo 219 novo regramento para a contagem dos prazos ao dispor que “a contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis. [...] O disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais”⁷².

71 BEZERRA FILHO, op. cit., p. 416.

72 BRASIL, 2015.

Nogueira⁷³ explica a nova regra do artigo 219 e a sua aplicação diante da natureza jurídica dos prazos:

A regra de contagem dos prazos em dias úteis somente alcança os prazos processuais, assim entendidos aqueles surgidos na pendência da relação jurídica processual. Os prazos de direito material (prazos prescricionais e decadenciais) continuam disciplinados de acordo com os respectivos regimes jurídicos, sem alteração. O prazo decadencial para impetrar mandado de segurança, por exemplo, que, a rigor, é “pré-processual”, não se sujeita a essa nova forma de contagem em dias úteis.

Cabe ainda afirmar que o novo Código é aplicável supletivamente aos regramentos especiais nos termos do artigo 1.046, parágrafo 2º, o qual dispõe que “permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este código”⁷⁴.

A partir da nova disposição legal e pela análise subsidiária do novo Código de Processo Civil à Lei de falências, pelo artigo 189, tem-se que, a princípio, os prazos processuais devem se alargar, mas essa medida não se aplica aos prazos materiais. Neste cabe destacar o prazo para aprovação do plano de recuperação pela assembleia de credores e também o prazo de 180 de suspensão das obrigações do devedor e das ações e execuções contra ele. Os dispositivos que tratam de tais atos não regulamentam prazos para prática de ato processual, logo são considerados prazos materiais. Especificamente sobre o prazo prescricional de 180 dias, vale mencionar a seguinte decisão judicial:

Em relação ao cômputo da prorrogação de prazo parcialmente deferida às fls. 1275/1277, saliento que deverá ocorrer ininterruptamente, ou seja, iniciando-se no dia imediatamente posterior ao término do prazo de suspensão originário e sem distinção entre dias úteis e não-úteis. Isso porque, na Lei n. 11.101/2005, “[...] o intuito do legislador ao estabelecer os prazos na nova lei foi justamente dar celeridade ao procedimento de recuperação judicial, visando acabar com aquilo que era fato recorrente na legislação passada, que depois

73 NOGUEIRA, Pedro Henrique. Disposições Gerais: arts. 218 a 232. In: TUCCI, José Rogério Cruz; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (Coords.). *Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, p. 382-395, p.388, 2015.

74 BRASIL, 2015.

de deferida a concordata, o concordatário conseguia a dilação dos prazos, inviabilizando o cumprimento dos prazos do organograma”⁷⁵.

É certo que, conforme tratado no tópico anterior, o legislador regulamentou o procedimento de falência prevendo a concomitância dos dois prazos. Isso porque, o prazo material e o processual correndo juntos trazem maior estabilidade ao processo de recuperação. Cumpre também destacar que o legislador, ao estabelecer os prazos na Lei de falências, procurou, propositalmente, fazer com que os prazos materiais e processuais se coincidissem, para que ambos culminassem, ao mesmo tempo, na sentença de concessão da recuperação judicial.

Nesse sentido, observe-se que prazo de 180 dias foi estabelecido pelo legislador, levando em consideração que o plano de recuperação judicial deve ser entregue pelo devedor em 60 dias contados do despacho que manda processar a recuperação, que os interessados têm o prazo de 30 dias para a apresentação de objeções ao documento e que a assembleia geral de credores deve ocorrer no máximo em 150 dias do mesmo despacho.

Percebe-se assim que a intenção foi possibilitar a concessão da recuperação e o início da reorganização da empresa antes que as ações voltassem a correr. A suspensão das obrigações e execuções contra o devedor é viabilizar que a negociação aconteça de forma equilibrada durante o processo de recuperação judicial, sem a pressão de credores individuais contra os ativos da devedora. Estes devem ser resguardados até o oferecimento de plano de recuperação judicial, como forma de proteger o resultado final do procedimento. Há a necessidade de preservação da empresa e dos benefícios econômicos e sociais decorrentes da sua manutenção.

Assim, é possível concluir que a contagem dos prazos materiais em dias corridos e a contagem dos processuais em dias úteis gera a inviabilidade de realização da assembleia geral de credores e a análise do plano de recuperação dentro do prazo de 180 dias. Agir de forma diversa pode gerar a necessidade de prorrogação do prazo de 180 dias, que a lei diz que é improrrogável, ou a autorização do curso das ações e execuções individuais contra a devedora, em prejuízo dos resultados úteis do processo de recuperação judicial.

75 TJMT, AI 13190/2014, DES. CARLOS ALBERTO ALVES DA ROCHA, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Julgado em 17/09/2014, Publicado no DJE 22/09/2014.

Dessa forma, que para a preservação da unidade lógica da recuperação judicial, não se deve aplicar a disposição do artigo 219 à Lei de falências e recuperações. Todos os prazos previstos nesta devem ser contados em dias corridos, preservando a unidade dos prazos e o resultado útil da recuperação.

5 CONCLUSÃO

A análise do processo de recuperação judicial permite concluir que seu objetivo é intermediar um acordo entre credores e a empresa recuperanda. Este acordo talvez possibilitará, através de procedimento judicial, o saneamento da crise econômico financeira e a efetiva recuperação da empresa. Uma empresa sadia, que preserve sua atividade econômica, mantenha ativos seus postos de trabalho e atenda o interesse dos credores, certamente se direciona para o cumprimento de sua função social.

A partir do estudo verificou-se que os efeitos negativos da crise empresarial atingem o Estado e por essa razão este é chamado a auxiliar na sua solução. Não se trata de substituição da vontade privada, mas sim da atuação a fim de conduzir e intermediar o processo de recuperação. Por se tratar de interferência pública, este procedimento é regulamentado pela legislação, especificamente pela Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005 com aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

Com a reestruturação do Código de Processo Civil, diversas dúvidas surgiram aos comercialistas acerca da sua aplicação aos processos de recuperação judicial. Apesar de pouco explorado pela doutrina e jurisprudência, percebeu-se com o estudo que a essência da regra de aplicação não foi alterada.

As disposições do novo Código de Processo Civil devem ser aplicadas ao processo regulamentado pela Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005 nas ocasiões de lacuna deste instrumento normativo. Ou seja, a solução processual sempre deve ser procurada inicialmente na Lei específica. Apenas no caso de ausência de disposição pertinente aplica-se o Código de Processo Civil. Essa conclusão é possível a partir da análise do artigo 189 da Lei de Falências e Recuperações cumulado com o artigo 1.045, § 2º do Código de Processo Civil de 2015.

Tais menções, apesar de claras, não solucionam, entretanto, todos os impasses processuais. Como tratado anteriormente, ainda não é pacífico na doutrina e jurisprudência a aplicação da contagem dos prazos processuais em dias úteis, conforme nova disposição civilista, ou corridos, como

regramento anterior. Discussões também são permeadas em torno da impossibilidade de interposição de Agravo de Instrumento em face de decisões interlocutórias.

Certamente pode-se concluir que as mudanças trazidas pelo novo Código de Processo Civil trazem grandes efeitos no sistema brasileiro de recuperação de empresas. Apesar de ser lei geral, a aplicação subsidiária é prevista expressamente pela Lei específica e não pode ser desconsiderada. Por essa razão vê-se a necessidade de que as discussões no âmbito doutrinário caminhem estreitamente com aquelas travadas no cotidiano forense para que sejam fixados parâmetros que atendam a realidade do processo de recuperação judicial brasileiro.

REFERÊNCIAS

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. *Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 12 abr. 2017.

_____. *Lei n. 11.101 de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 12 abr. 2017.

CAMPI, Ana Cristina Baptista. Convolução da Recuperação Judicial em Falência. In: COSTA, Daniel Carnio (Coord.). *Comentários Completos à lei de recuperação de empresas e falências. Recuperação Judicial e Extrajudicial*. Curitiba: Juruá, v. II. p. 265-280, 2015.

CARVALHO, Fabiano. Dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz: arts. 139 a 143. In: TUCCI, José Rogério Cruz; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (Coords.). *Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, p. 243-249, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de falências e de recuperação de empresas*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERNANDES, Ana Paula Adala. Processamento do pedido de recuperação judicial: Fases, petição inicial, documentação adequada, despacho de processamento e desistência. In: COSTA, Daniel Carnio (Coord.). *Comentários Completos à lei de recuperação de empresas e falências. Recuperação Judicial e Extrajudicial*. Curitiba: Juruá, v. II. p. 127-162, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/73*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Disposições Gerais: arts. 218 a 232. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (Coords.). *Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, p. 382-395, 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Súmula 56*. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/Sumulas.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2017.

WAMBIER, Teresa; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo CPC: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RECEBIDO EM: 13/04/2017

APROVADO EM: 04/05/2017

**UMA VISÃO CRÍTICA DA POSIÇÃO
DO STJ SOBRE O PERICULUM IN
MORA PRESUMIDO NAS AÇÕES
DE IMPROBIDADE PARA FINS DA
DECRETAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE
DE BENS**

***A CRITICAL VIEW OF THE STJ'S POSITION ON PRESUMED
PERICULUM IN MORA ON IMPROBITY JUDICIAL ACTIONS FOR
THE PURPOSE OF DECREASING THE CAPITAL IMPLICATIONS***

Luis Renato Vedovato

Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP.

Professor Doutor da UNICAMP.

Professor do Programa de Mestrado da UNIMEP.

Thiago Henrique Teles Lopes

Mestrando em Direito pela UNIMEP.

Pós-graduado em Direito Processual Civil pela UNISUL.

Juiz de Direito/SP.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breves considerações sobre a tutela provisória no Novo Código de Processo Civil; 2 Das Tutelas Cautelares Expressamente Previstas na Lei de Improbidade Administrativa; 3 Da Posição do Superior Tribunal de Justiça para a Concessão da Indisponibilidade de Bens na Ação de Improbidade Administrativa; 4 Da Visão Crítica em Relação a Posição do Superior Tribunal de Justiça Quanto a Presunção do Periculum in Mora na Indisponibilidade de Bens; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo estabelece uma visão crítica acerca da posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito dos requisitos necessários para a decretação da indisponibilidade de bens do(a)s demandado(a)s nas ações de improbidade administrativa prevista na Constituição Federal de 1988 e na Lei de Improbidade Administrativa, apontando que se trata de uma pretensão nitidamente cautelar e, portanto, não se esgotaria apenas na presença do *fumus boni iuris* para a sua imposição, até porque se trata de medida suficiente enérgica que exige cautela e prudência, sob pena de total afronta a diversos princípios constitucionais, advertindo que não houve qualquer alteração nessa conclusão com o advento do Novo Código de Processo Civil. Logo, a indisponibilidade de bens prevista na Lei de Improbidade Administrativa não seria uma tutela de evidência, ao contrário do entendimento apontado pelo Superior Tribunal de Justiça, exigindo-se, pois, o preenchimento do *periculum in mora* para o seu deferimento. No trabalho, é utilizado o método de levantamento jurisprudencial comparativo.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade Administrativa. Indisponibilidade de Bens. STJ. Cautelar. Requisitos. *Fumus Boni Iuris*. *Periculum In Mora*.

ABSTRACT: The present article establishes a critical view on the position adopted by the Superior Court of Justice regarding the necessary requirements for the decree of the unavailability of defendant assets in the actions of administrative improbity foreseen in the Federal Constitution of 1988 and in the Law of Administrative Improbity, pointing out that it is a clearly precautionary claim and, therefore, would not be exhausted only in the presence of the *fumus boni iuris* for its imposition, even though it is a sufficient energetic measure requiring caution and prudence, under penalty of complete affront to various constitutional principles, Warning that there was no change in this conclusion with the advent of the New Code of Civil Procedure. Therefore, the unavailability of assets provided for in the Law of Administrative Improbity would not

be a safeguard of evidence, contrary to the understanding pointed out by the Superior Tribunal de Justiça, thus requiring the completion of the *periculum in mora* for its approval. In the work, the comparative case law method is used.

KEYWORDS: Administrative Improbability. Unavailability of Goods. STJ. Precautionary. Requirements. *Fumus Boni Iuris*. *Periculum In Mora*.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 alçou a probidade administrativa a uma categoria de dever ínsito a toda administração pública e, como corolário dessa importante percepção derivada do constituinte originário, previu em seu artigo 37, § 4º, a indisponibilidade de bens como uma medida possível de combate à prática de atos ímprobos pelos agentes públicos, notadamente para fins de ressarcimento do erário.

Entrementes, a Lei de Improbidade Administrativa regulamentou a matéria e, dentre outras medidas tipicamente cautelares constantes em seu bojo (afastamento cautelar do agente público e o sequestro de bens), delineou o contexto normativo para fins da decretação da indisponibilidade de bens em desfavor daquele que for sujeito a ação civil pública de responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

A partir de então, a doutrina e a jurisprudência divergem em relação aos requisitos para que seja concedida a indisponibilidade de bens no âmbito da ação de improbidade administrativa. Nesse dilema, o Superior Tribunal de Justiça, após diversas decisões não uniformes, adotou o posicionamento encampado majoritariamente pela doutrina de que seria necessário apenas a presença do *fumus boni iuris*.

No entanto, tal entendimento, muito embora pretenda, em seu âmago, aprofundar o combate a improbidade administrativa, não encontra-se ancorado na melhor hermenêutica, notadamente porque, não obstante a existência de diversas razões para tanto, em se tratando de instituto nitidamente cautelar, não se permite o afastamento episódico de seus requisitos, dado, aliás, o alto grau de “agressão” que sua decretação causa ao cidadão ainda sem responsabilização definitiva.

Mesmo com o advento do Novo Código de Processo Civil (NCPC) que, por seu turno, alterou profundamente as tutelas provisórias, não houve modificação nos requisitos atinentes à tutela cautelar e a previsão em

separado da denominada tutela de evidência não se aplica a indisponibilidade de bens.

Este trabalho, portanto, cuja finalidade precípua inclina-se a proceder uma análise crítica do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, destina-se a definir que a melhor hermenêutica para a questão encontra-se calcada na necessidade de que estejam presentes todos os requisitos da tutela cautelar para que haja a decretação da indisponibilidade de bens no âmbito da ação de improbidade administrativa, pois assim estar-se-ia preservando a higidez e legitimidade do Estado Democrático de Direito, como aquele que combate seus maus agentes, mas respeita o ordenamento jurídico e princípios jurídicos vigentes.

Inicia-se pela disposição do Novo Código de Processo Civil (NCPC) sobre o tema, com posterior enfoque na tutela cautelar especificamente quanto a ação de improbidade administrativa, passando para a delineação da posição do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em relação aos requisitos necessários para a decretação da indisponibilidade de bens do sujeito passivo, notadamente quanto a presunção da presença do *periculum in mora*, findando-se com a visão crítica acerca desse posicionamento.

Para a finalidade almejada no trabalho em epígrafe, é utilizado o método de levantamento jurisprudencial comparativo, mormente em virtude do paralelo estreito dos posicionamentos existentes a respeito do instituto da indisponibilidade de bens e seus requisitos preconizados na ótica jurisprudencial para a sua concessão.

Assim, pontua-se comparativamente, dentro do mesmo ordenamento jurídico, visões antagônicas na ótica jurisprudencial e, inclusive doutrinária, em relação aos requisitos que devem ser preenchidos para a decretação da indisponibilidade de bens na ação de improbidade administrativa, exatamente para que se possa concluir pelo equívoco da posição majoritariamente assumida pelo Superior Tribunal de Justiça.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No que toca ao conteúdo, a Probidade Administrativa é entendida como parte fundamental do princípio da moralidade da administração pública¹.

1 cf. NOGUEIRA, Victor Ximenes. Princípio da Moralidade e Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos. *REVISTA DA AGU*, [S.l.], mar. 2009. ISSN 2525-328X. Disponível em: <<http://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/306/204>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

Todavia, relevante é a análise do processo. Assim, conforme ensinam Daniel Mitidiero, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart² a prática demonstrou que em decorrência do ônus temporal para a solução do processo tornou necessário a criação de uma técnica processual, na perspectiva dos direitos, para que a finalidade da administração da justiça civil fosse obtida de forma idônea, acarretando, pois, no surgimento da técnica antecipatória como forma de suplantar a morosidade que hoje se denominam tutelas provisórias, até mesmo como derivativo do acesso a ordem jurídica justa preconizada no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Acrescentam, ainda, que:³

A técnica processual pode levar à tutela específica e à tutela pelo equivalente - ou pode simplesmente acautelar a fim de que essas tutelas um dia possam ocorrer. Todas essas tutelas podem ser alcançadas pelo procedimento comum e pelo emprego da técnica processual (arts. 294, 300 e 311).

Para efeito do presente trabalho, destarte, mostra-se prudente e necessário tecer alguns comentários sobre o instituto da tutela provisória delineada na acepção do Novo Código de Processo Civil (NCPC), notadamente em relação à sistemática e novidades para fins de ulterior aferição da questão processual prática inerente à indisponibilidade de bens na esfera da improbidade administrativa, porém sem a pretensão de aprofundamento e esgotamento da matéria por não ser o foco principal do tema. O “combate judicial à corrupção, à improbidade e à prática de atos administrativos ilegais, imorais ou lesivos”⁴ deve ser encarado como tão importante quanto qualquer outra atuação do agente público.

A novel legislação entrou em vigência no mês de março de 2016 e, dentre diversas outras importantes alterações, disciplinou em seus artigos 294 a 311 as denominadas tutelas provisórias que, por seu turno, substituíram o antigo processo cautelar autônomo disciplinado no Livro III da legislação anterior (CPC/1973) e a tutela antecipada prevista no antigo artigo 273, cuja pretensão, em resumo, visa solucionar as modalidades de

2 MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz Arenhart. *Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum*. v. 2, revista dos Tribunais, 2015. p. 196.

3 MITIDIERO; MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 197.

4 cf. FARIA, Fernando Luiz Albuquerque. Institucional - A Procuradoria-Geral da União, Os Interesses Primários e Secundários do Estado e a Atuação Proativa em Defesa do Estado Democrático de Direito e da Probidade Administrativa. *REVISTA DA AGU*, [S.l.], dec. 2008. ISSN 2525-328X. Disponível em: <<http://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/309/200>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

tutela jurisdicional sem conteúdo de solução definitiva do direito material, se subdividindo em tutela provisória de urgência e de evidência (não urgente).

A tutela provisória de urgência poderá ser cautelar (técnica destinada à conservação do resultado útil do processo) ou antecipada (satisfação imediata do bem da vida perseguido), além da permissão de ser requerida de forma antecedente ou incidental a ação (artigo 294, parágrafo único, do NCPC), cujo escopo leva em consideração o momento de formulação do referido pleito (antes ou depois do início do processo). Sua concessão, em qualquer caso (artigo 300, caput), pressupõe (a) a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e (b) o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), asseverando-se que o legislador optou pela atipicidade da tutela cautelar (artigo 301), mas sempre com vistas, repita-se, à conservação do direito vindicado.

Como consectário da alteração legislativa, houve distinção quanto ao procedimento a ser adotado a depender do momento em que requerida à tutela provisória de urgência (antecedente ou incidente) e a natureza do provimento vindicado (antecipada ou cautelar). No caso da tutela provisória concedida incidentalmente ao processo, inexistente alteração procedimental, pois o feito tramitará em consonância com o procedimento comum desde o início, ressaltando-se, apenas, a desnecessidade do pagamento de custas (artigo 295). O contrário, todavia, não acontece.

Na hipótese de tutela antecipada postulada em caráter antecedente, o artigo 303, caput, permite que o requerimento se limite ao pleito antecipatório almejado com sucinta exposição da lide, do direito buscado e do dano ou risco ao resultado do processo, inclusive com a possibilidade da estabilidade do decisor, tal como dispõe o artigo 304 do mesmo código. Na hipótese de haver o deferimento *in initio litis* do pretendido a título de urgência, deverá haver o aditamento da petição inicial (artigo 303, §§ 1º e 3º). Caso contrário, será necessário, desde logo, a emenda da petição inicial (artigo 303, § 6º).

Já a tutela cautelar em caráter antecedente deve ser almejada em petição inicial com indicação de seu fundamento, exposição sumária do direito e a indicação do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (artigo 305), sendo possível, no caso de erro quanto ao procedimento adotado, à conversão em outro (artigo 303). Em seguida, o réu deverá ser citado para apresentação da citação em 05 dias (artigo 306) que, uma vez apresentada, importará na conversão para o procedimento comum (artigo 307, parágrafo único) ou haverá, desde logo, a decisão se houver revelia (artigo 307, caput). Com a efetivação da tutela cautelar, a parte autora terá trinta dias para formular, nos mesmos autos, o

pedido principal mediante simples aditamento (artigo 308), sob pena de cessação da eficácia da tutela provisória cautelar (artigo 309), assim como nas hipóteses de ulterior improcedência ou extinção do processo sem resolução de mérito.

A tutela de evidência que segundo Luiz Fux⁵ teria sua derivação normativa oriunda do devido processo legal com disseminação para a legislação infraconstitucional, mesmo antes da vigência do NCPC, tais como no artigo 273, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973, a liminar possessória (artigo 928 do CPC anterior) e a lei do mandado de segurança, passou a ser regulada na novel legislação processual, não obstante sua presença em outras disposições normativas esparsas, no artigo atual 311 do NCPC.

Sua principal característica e distinção em relação à tutela provisória de urgência (cautelar ou antecipada) é a ausência da exigência de comprovação do perigo de dano grave ou de difícil reparação (*periculum in mora*) para a sua concessão, bastando, pois, a presença do *fumus boni iuris*. Aqui, privilegia-se, segundo o critério adotado pelo legislador, a proteção do suposto direito narrado na peça preambular. É possível o seu deferimento liminarmente (artigo 311, parágrafo único).

3 DAS TUTELAS CAUTELARES EXPRESSAMENTE PREVISTAS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

As alterações promovidas com a vigência do NCPC, no que interessa ao tema aqui estudado, modificaram somente o âmbito procedimental das medidas cautelares, principalmente, extirpando sua existência como processo autônomo. No entanto, seu escopo, qual seja, o de assegurar o resultado útil ulterior do direito material perseguido no processo, encontra-se fielmente mantido, além do que os requisitos para a sua concessão continuam intactos.

Nesse prisma, não obstante a possibilidade do requerimento de outras pretensões cautelares atípicas no âmbito da ação de improbidade administrativa⁶, inclusive para fins probatórios, tais como a busca e apreensão e a quebra de sigilo bancário, por exemplo, a LIA (Lei de Improbidade Administrativa) prevê expressamente a existência de três tutelas medidas cautelares típicas, quais sejam: a indisponibilidade de bens (artigo 7, parágrafo único), o sequestro de bens (artigo 16, §§ 1º e 2º) e

5 FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 332-333.

6 JÚNIOR, Waldo Fazzio. *Improbidade Administrativa. Doutrina, Legislação e Jurisprudência*. 4. ed. 2016, Atlas, p. 364.

o afastamento provisório do agente público (artigo 20, parágrafo único), cujos conteúdos normativos abaixo transcrevo⁷, in litteris:

Art. 7º. Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

As medidas cautelares no âmbito da tutela processual relativa à improbidade administrativa são de grande relevância para a efetividade do combate a essa maléfica prática no âmago da administração pública, notadamente em relação ao ressarcimento do dano causado ao patrimônio público, pois de nada adiantaria um sentença sem a garantia de sua utilidade

7 BRASIL. *Lei nº 8.429/1992, de 2 de junho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 08 abr. 2017.

finalística que, no caso, sem qualquer dúvida, é a de reaver o dano causado ao erário⁸.

Especificamente quanto à indisponibilidade de bens, a própria Constituição Federal de 1988 (CF/88) possui previsão expressa a seu respeito no artigo 37, § 4º, em relação aos atos de improbidade administrativa, o que evidencia a importância do ato como consectário do ressarcimento inerente aos prejuízos sofridos pelo erário público em decorrência da prática de atos ímprobos de seus agentes ou terceiros que com eles se arregimentam, até porque conforme aludido pelo então Ministro do STF Ayres Britto⁹ “[...] a probidade administrativa é o mais importante conteúdo do princípio da moralidade pública. Donde o modo particularmente severo como a Constituição reage à violação dela, probidade administrativa [...]”

Inegavelmente, pelo que se vê, tais pretensões são de caráter, repita-se, eminentemente cautelar, pois visam, em último caso, garantir o resultado útil do processo, impondo-se sua reestruturação de acordo com a legislação processual vigente¹⁰, de modo que podem ser postuladas em caráter antecedente ou incidental (NCPC, artigo 294, parágrafo único) sem a necessidade, pois, de uma ação cautelar autônoma ou de maneira incidental à ação de improbidade administrativa, seja quando do seu ajuizamento (concomitantemente) ou em momento posterior, sem prejuízo, é claro, de atenção ao disposto no artigo 308 do NCPC na hipótese de requerida tutela cautelar antecedente, ou seja, ajuizamento do pedido principal em 30 dias.

4 DA POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA A CONCESSÃO DA INDISPONIBILIDADE DE BENS NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Diante de diversas controvérsias a respeito dos requisitos para fins da decretação da indisponibilidade de bens de réus em ações de improbidade administrativa, inclusive no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça, a referida Corte, em Recurso Especial afetado ao rito dos recursos repetitivos previsto no artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973 (atual 1.036 do NCPC), consolidou o entendimento de que seria desnecessária a demonstração

8 QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Livro da Justiça Federal de Pernambuco*. As Medidas Cautelares Previstas na Lei de Improbidade Administrativa: Natureza Jurídica e sua Repercussão no Princípio do contraditório. <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/viewFile/79/80>>, p. 299. Acesso em: 08 abr. 2017.

9 STF, AP 409, voto do rel. min. Ayres Britto, j. 13-5-2010, DJE de 1º-7-2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%20504>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

10 ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses Difusos e Coletivos*. 7. ed. Editora Método, 2016. p. 814.

do periculum in mora para sua concessão. Transcrevo, abaixo, parte da ementa do julgado mencionado¹¹, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS DO PROMOVIDO. DECRETAÇÃO. REQUISITOS. EXEGESE DO ART. 7º DA LEI N. 8.429/1992, QUANTO AO PERICULUM IN MORA PRESUMIDO. MATÉRIA PACIFICADA PELA COLENDIA PRIMEIRA SEÇÃO. [...] Assim, a Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes tráfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do periculum in mora (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido”. 4. [...]. 5. Portanto, a medida cautelar em exame, própria das ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o periculum in mora encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside a referida ação, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa. 6. Recursos especiais providos, a que restabeleceu a decisão de primeiro grau, que determinou a indisponibilidade dos bens dos promovidos. 7. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução n. 8/2008/STJ.

11 STJ, 1ª Seção, REsp nº 1366721 / BA, Rel. p/ acórdão Ministro O G Fernandes, publicado em 19/09/2014. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=INDISPONIBILIDADE+BENS+IMPROBIDADE+REQUISITOS+543&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

Nesse prisma, segundo entendimento consolidado pela Corte Superior (STJ), inclusive em observância à doutrina majoritária¹², embora a indisponibilidade de bens no âmbito da ação de improbidade administrativa possua natureza tipicamente cautelar, sua concessão não pressupõe a comprovação do *periculum in mora*, pois este seria implícito ou presumido pela própria lei, bastando, pois, a existência de fortes indícios da prática de ato de improbidade administrativa (*fumus boni iuris*), ocasionando, na verdade, uma tutela de evidência.

As premissas utilizadas no voto vencedor capitaneado pelo Ministro O. G. Fernandes¹³ foram as seguintes:

- a) A LIA estabeleceu um regime cautelar próprio para assegurar o ressarcimento do erário público;
- b) O *periculum in mora* implícito é derivativo do artigo 7º da legislação atinente à improbidade administrativa e do comando constitucional que versa sobre ela (artigo 37, § 4º);
- c) O artigo 7º da LIA se trataria de uma tutela de evidência, portanto reclamaria apenas a demonstração provisória do *fumus boni iuris*, sem a necessidade de comprovação do *periculum in mora*, qual seja, de que o réu esteja dilapidando o patrimônio ou na iminência de fazê-lo;
- d) A medida cautelar disciplinada na Lei de Improbidade Administrativa é especial frente à compreensão geral das cautelares para o fim de realçar a necessidade de segurança jurídica;

12 NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade administrativa: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento cautelar*. Niterói: Impetus, 2005, p. 133.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade administrativa. In: Bueno, Cassio Scarpinella; Porto Filho, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 303, 305-307.

GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 8. ed. 2ª tiragem, 2015. Saraiva, p. 1.061.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 51.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 240-241.

13 STJ, 1ª Seção, REsp nº 1366721 / BA. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34251765&num_registro=201300295483&data=20140919&tipo=64&formato=PDF>, p. 2-3-14. Acesso em: 08 abr. 2017.

- e) O propósito da tutela a ser alcançada pela ação de improbidade administrativa é suficiente para a presunção do perigo da demora.

Conforme se vê, segundo o Superior Tribunal de Justiça a proteção jurídica diferenciada relativa a indisponibilidade de bens do acusado na ação de improbidade administrativa se baseia fundamentalmente na importância da tutela voltada a proteção da probidade administrativa com enfoque na técnica processual relacionada à tutela de evidência.

5 DA VISÃO CRÍTICA EM RELAÇÃO A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUANTO A PRESUNÇÃO DO PERICULUM IN MORA NA INDISPONIBILIDADE DE BENS

A dogmática jurídica, por vezes, coloca os operadores do direito em posição de mera aceitação implícita de teses majoritárias já consolidadas no âmbito dos Tribunais Superiores ou pela doutrina. Todavia, nem sempre tais teses são, necessariamente, as mais consentâneas com a melhor hermenêutica, principalmente quando se referem à constrição de outros direitos de igual relevância.

Aprofundando o estudo em epígrafe, é de salutar importância, aferir as premissas levadas a efeito nos votos vencidos no julgamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema aqui analisado, os quais se inferem mais adequados a sistemática processual inerente a matéria. O Ministro Napoleão Nunes Maia Filho¹⁴ firmou as seguintes premissas:

- a) A indisponibilidade de bens é uma medida assecuratória no âmbito da ação de improbidade, possuindo, não destonado, pois, para a sua decretação dos requisitos cautelares;
- b) Não é uma tutela de evidência, tornado exigível a comprovação do periculum in mora, até porque não ostenta caráter de definitividade;
- c) A presunção do periculum in mora exigira prova negativa do acusado de que não irá dilapidar, alienar ou onerar seu patrimônio de forma a reduzir-se à insolvência;

14 STJ, 1ª Seção, REsp nº 1366721/BA. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32546332&num_registro=201300295483&data=20140919&tipo=51&formato=PDF>, p. 17-23. Acesso em: 08 abr. 2017.

- d) O perigo da demora não pode ter como fundamento a gravidade do fato alegado na peça preambular, pois resultaria numa distorção do instituto;
- e) É necessária a comprovação de evidências veementes de que o acusado está tentando dilapidar seu patrimônio com o intuito de ulterior descumprimento do ressarcimento ao erário.
- f) Observância aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, devido processo legal e presunção de inocência;
- g) O Direito Sancionador não pode descambar para a inobservância das garantias processuais das pessoas processadas.

No mesmo julgamento, extrai-se do fundamento aduzido no voto vencido subscrito pelo Ministro Arnaldo Esteves Lima¹⁵ que o artigo 7º da LIA não foge à regra da fundamentação preconizada pelo artigo 93, IX, da CF/88 prevista para todas as decisões, o que evidencia, com maior enforque, a necessidade de que uma decisão liminar restritiva da disponibilidade patrimonial detenha enorme carga em relação aos bens de qualquer acusado, especialmente porque estar-se-ia afetando o direito fundamental ao devido processo legal previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Carta Magna, o que impediria a adoção de um procedimento repetitivo nos moldes delineados no voto vencedor.

Ao contrário do asseverado pela tese vencedora no âmbito do STJ, não se está falando em tutela de evidência, diante do caráter nitidamente assecuratório da indisponibilidade de bens na esfera da improbidade administrativa (cautelar) e, portanto, sequer seria possível afiançar a possibilidade de se analisar a questão sob o prisma do atual artigo 311 do NCPD. Nesse desiderato, ponderou Benedito Cerezzo Pereira Filho¹⁶

[...] Sendo a tutela da evidência uma técnica antecipatória para satisfazer direito, não pode ser transvestida de cautelar e, muito menos, sem que se obedeça os requisitos da cautelaridade.

15 STJ, 1ª Seção, REsp nº 1366721/BA. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34615642&num_registro=201300295483&data=20140919&tipo=52&formato=PDF>. Acesso em: 08 abr. 2017.

16 FILHO, Benedito Cerezzo Pereira. As Impropriedades da Lei de Improbidade. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, v. 241. Ano 28. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj- revista-electronica-2016_241_capDoutrina.pdf>, p. 448-449. Acesso em: 08 abr. 2017.

O novo Código de Processo Civil, em vigor desde o dia 18 de março de 2016, no seu artigo 311, elenca os casos permissivos da tutela da evidência. Além de deixar claro tratar-se de uma medida satisfativa, toda sua técnica é desenvolvida a partir da defesa apresentada pelo réu.

Não se concebe, pois, como prevalecer a interpretação realizada pelo Superior Tribunal de Justiça. Primeiro porque confunde técnica antecipatória com cautelar; segundo, porque seu deferimento, em regra, ocorre sem a oitiva da parte contrária. O julgador, no caso, contenta-se apenas com a evidência do direito do autor, não se preocupando com a defesa do réu. [...].

Em continuidade, estando a indisponibilidade de bens inserida no contexto das tutelas cautelares, até porque não se caracteriza como expropriatória, não há proporcionalidade na extirpação do requisito atinente ao periculum in mora, sob o fundamento do combate ao mal relacionado à improbidade administrativa, isso sem qualquer atenção as regras processuais previstas no ordenamento jurídico pátrio.

Ademais, estando à indisponibilidade de bens inserida no contexto das tutelas cautelares, até porque não se caracteriza como expropriatória, não há proporcionalidade na extirpação do requisito atinente ao periculum in mora, somente porque estar-se-ia aprofundando o combate ao mal relacionado à improbidade administrativa.

Não se afastam direitos e garantias constitucionais, como a presunção de inocência (CF/88, artigo 5º, LVII), o devido processo legal (CF/88, artigo 5º, inciso LIV), o da propriedade (CF/88, artigo 5º, inciso XXII) de o do contraditório e ampla defesa (CF/88, artigo 5º, LV), não importando a justificativa apresentada, mesmo que aparentemente se trate de medida que atenda o interesse público, pois este, na verdade, é verificado quando deixado de lado o casuísmo.

Nesse desiderato, Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Daniel Amorim Assumpção Neves aludiram¹⁷

[...] Não consigo, do ponto de vista processual, aceitar a tese consagrada no Superior Tribunal de Justiça de periculum in mora presumido. Se o arresto cautelar depende da prova desse requisito, como pode uma

17 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. 2. ed. Editora Método, 2014. p. 102.

medida ainda mais severa prescindir de tal prova? O argumento de que a defesa do Erário justificaria tal presunção pode parecer simpática à população já esgotada diante de tanto mau trato da coisa pública, mas não se sustenta juridicamente. Se assim fosse, não só a medida cautelar de indisponibilidade de bens ora analisada se beneficiaria da presunção, mas todas as medidas cautelares que pudessem de alguma forma garantir uma efetiva reparação ao erário. Não se tem notícia de outras cautelares nesses termos gozando de tal prerrogativa.

Por outro lado, o argumento de que a comprovação do *periculum in mora* se mostraria extremamente difícil no caso concreto e poderia inviabilizar a medida cautelar desconsidera por completo a excepcionalidade dessa medida. Deve se lembrar que a cognição realizada pelo juiz para a concessão da medida cautelar é sumária, fundada num juízo de probabilidade, de forma que meros indícios de que há um perigo de ineficácia do resultado final já são suficientes para a concessão da medida. Pode-se até imaginar que em decorrência das dificuldades de tal prova o juiz amenize o preenchimento desse requisito, se satisfazendo com uma mera possibilidade de dilapidação do patrimônio. Presumir tal perigo, entretanto, não parece razoável. [...].

A não observância do *periculum in mora* também não pode emergir pela mera redação preconizada no § 4º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 ao mencionar que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”¹⁸ e pelo disposto no artigo 7º da LIA. Nesse sentido argumenta Waldo Fazzio Junior¹⁹

O problema parece estar situado na concepção que se adota sobre a medida cautelar. Pensamos que se trata de um instrumento a serviço de outro instrumento que é o processo principal. Serve para garantir que não se torne inócuo.

[...]

Depois, o próprio artigo 7º não comporta aquele entendimento. Simplesmente impõe à autoridade administrativa que rege o procedimento

18 BRASIL, *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 abr. 2017.

19 JÚNIOR, op. cit., p. 373.

investigativo represente ao Ministério Público, para que o Parquet postule cautelarmente a indisponibilidade de bens do indiciado. É norma dirigida à autoridade administrativa, no sentido de que cumpra seu dever de ofício, no caso, o dever de representação. O art. 7º em epígrafe não tem por destinatário o órgão judiciário, como se a indisponibilidade fosse consequência automática da gravidade do ato de improbidade. Se confirmadas a materialidade e a autoria do ato de improbidade, o que só se saberá após o devido processo legal, não haverá indisponibilidade, mas perdimento de bens ou dos valores necessários para implementar o ressarcimento do dano produzido ao erário.

Enrique Ricardo Lewandowski²⁰, atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, quando ainda era Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo componente da 9ª Câmara de Direito Público, externou que a indisponibilidade de bens não pode ser vista como um simples fator facilitador de ulterior execução do julgado, sob pena de afronta aos princípios fundamentais preconizados no texto constitucional, conforme transcrições parciais do julgado abaixo descritas

[...] Convém, notar, ademais, que a indisponibilidade de bens, inaudita altera pars, constitui medida de excepcional gravidade, que causa pesados ônus morais e sociais aos atingidos, sem falar nos prejuízos de natureza econômica.

Destarte, faz-se indispensável que a decretação liminar da indisponibilidade de bens seja precedida de criteriosa avaliação da presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o que, na hipótese em apreço, se ocorreu, não encontrou adequada expressão nos autos.

[...]

Convém notar que a Lei nº 8.429/92 não autoriza a decretação da indisponibilidade dos bens diante da simples participação do agente público ou de terceiro no ato impugnado, sujeitando a medida ao prudente arbítrio do magistrado, dentro do poder geral de cautela de que dispõe, sempre, porém, após avaliação objetiva da conduta concreta dos réus.

20 TJSP, 9ª Câmara de Direito Público, *Agravo de Instrumento nº 0034204-81.1997.8.26.0000*, Rel. Des. Enrique Ricardo Lewandowski, julgado em 01.07.1998. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=1327756&cdForo=0>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

Observa-se, por fim, que não se pode admitir que a decretação de indisponibilidade de bens, no plano fático, acabe por constituir mera facilitação, sob o ponto de vista prático, da execução, pois tal se mostra absolutamente incompatível com os direitos fundamentais do cidadão, protegidos pela Carta Magna, dentre os quais se encontra, com destaque, o de propriedade, enquanto base do sistema econômico por ela adotado [...].

Numa vertente mais dogmática, a posição adotada pelo STJ, na verdade, baseia-se numa presunção de má-fé do(a)s cidadã(o)s ré(u)s em ações de improbidade, pois o perigo de dano seria ínsito a fumaça inerente a prática do ato ímprobo. Entretanto, o Direito não admite essa hermenêutica, pois o próprio Superior Tribunal de Justiça em voto lapidar do Ministro João Otávio de Noronha²¹ já consignou em sua jurisprudência que “A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova.”, importando-se, destarte, na impossibilidade da decretação da indisponibilidade dos bens sem que haja prova do *periculum in mora* próprio da tutela cautelar.

5 CONCLUSÃO

Naturalmente, a Lei de Improbidade Administrativa é um dos principais mecanismos de proteção do patrimônio público. E como consectário desse papel, encontram-se as medidas cautelares típicas previstas em seu bojo, notadamente a indisponibilidade de bens, cujo escopo, por certo, é assegurar o ulterior ressarcimento ao erário público na hipótese de acolhimento da pretensão versada na ação de improbidade.

Essa efetividade, no entanto, não pode ser o argumento para que a decretação da medida cautelar de indisponibilidade de bens seja acolhida sem que preenchidos todos os requisitos da tutela cautelar, até porque se trata de medida que atinge com demasiada profundidade o âmago privado do cidadão, principalmente em sua esfera negocial, antes de qualquer condenação definitiva.

Dessa maneira, na medida em que se busca resguardar o patrimônio público daqueles maus agentes estatais que tergiversaram suas funções em benefício próprio ou alheio dissociado do interesse público, não é

21 STJ, Corte Especial, *REsp nº 956943/PR*, Rel. p/ o acórdão Min. João Otávio Noronha, publicado em 01/12/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=BOA+F%C9+PRESUME+M%C1+F%C9&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=tr ue>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

admissível, do mesmo modo, extirpar direitos previstos constitucionalmente em prol dos administrados sem que sejam observadas todas as exigências preconizadas pela lei processual para tanto, sob pena de ultrapassarmos a própria linha da ética e moral protegidas pela probidade administrativa e da razoabilidade.

Se de um lado, há o interesse público primário atendido pelo combate a improbidade administrativa, sem sombra de dúvidas, no outro vértice, encontra-se idêntico norte constitucional para fins da decretação de medidas drásticas em desfavor de cidadãos ainda em fase embrionária de responsabilidade patrimonial.

A indisponibilidade de bens, não obstante sua relevância, deve ser norteadada, para sua decretação, pela indisponível observância de todos os requisitos previstos na tutela cautelar, não sendo crível sua admissão apenas pela existência do *fumus boni iuris*, até porque estar-se-ia presumindo a má-fé (dilapidação patrimonial) com base na simples existência de indícios da prática de um ato ímprobo.

Assim, apesar do Superior Tribunal de Justiça ter adotado, majoritariamente, posição no sentido da presunção do *periculum in mora* para fins de que haja a decretação da indisponibilidade de bens, essa concepção não encontra respaldo numa hermenêutica constitucional e processual, merecendo, pois, melhor reflexão e ulterior modificação do entendimento.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses Difusos e Coletivos*. 7. ed. Método, 2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade administrativa. In: Bueno, Cassio Scarpinella; Porto Filho, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL, *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 abr. 2017.

BRASIL. *Lei nº 8.429/1992, de 2 de junho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm> Acesso em: 08 abr. 2017.

FARIA, Fernando Luiz Albuquerque. Institucional - A Procuradoria -Geral da União, os Interesses Primários e Secundários do Estado e a atuação

proativa em defesa do Estado Democrático de Direito e da Probidade Administrativa. *REVISTA DA AGU*, [S.l.], dec. 2008. ISSN 2525-328X. Disponível em: <<http://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/309/200>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FILHO, Benedito Cerezzo Pereira. As Impropropriedades da Lei de Improbidade. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, v. 241, ano 28. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2016_241_capDoutrina.pdf>, p. 448-449. Acesso em: 08 abr. 2017.

GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 8. ed. 2ª tiragem, 2015, Saraiva.

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz Arenhart. *Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum*. v. 2, Revista dos Tribunais, 2015.

NEIVA, José Antonio Lisbôa. *Improbidade administrativa: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento cautelar*. Niterói: Impetus, 2005.

NEVES. Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA. Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. 2. ed. Método, 2014.

NOGUEIRA, Victor Ximenes. Princípio da Moralidade e Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos. *REVISTA DA AGU*, [S.l.], mar. 2009. ISSN 2525-328X. Disponível em: <<http://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/306/204>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Livro da Justiça Federal de Pernambuco. As Medidas Cautelares Previstas na Lei de Improbidade Administrativa: Natureza Jurídica e sua Repercussão no Princípio do contraditório*. <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/viewFile/79/80>>.

STJ, 1ª Seção, *REsp nº 1366721/BA*, Rel. p/ acórdão Ministro O G Fernandes, publicado em 19/09/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=INDISPONIBILIDADE+BENS+IMPROBIDA>

DE+REQUISITOS+543&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 08 abr. 2017.

STJ, 1ª Seção, *REsp nº 1366721/BA*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32546332&num_registro=201300295483&data=20140919&tipo=51&formato=PDF>, p. 17-23. Acesso em: 08 abr. 2017.

STJ, 1ª Seção, *REsp nº 1366721/BA*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34251765&num_registro=201300295483&data=20140919&tipo=64&formato=PDF>, páginas 2-3-14. Acesso em: 08 abr. 2017.

STJ, Corte Especial, *REsp nº 956943/PR*, Rel. p/ o acórdão Min. João Otávio Noronha, publicado em 01/12/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.BOA+F%C9+PRESUME+M%C1+F%C9&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

STF, *AP 409*, voto do rel. min. Ayres Britto, j. 13-5-2010, DJE de 1º-7-2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%20504>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

TJSP, 9ª Câmara de Direito Público, *Agravo de Instrumento nº 0034204-81.1997.8.26.0000*, Rel. Des. Enrique Ricardo Lewandowski, julgado em 01.07.2998. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsjg/getArquivo.do?cdAcordao=1327756&cdForo=0>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

RECEBIDO EM: 20/05/2016

APROVADO EM: 13/02/2017

GAS AND ELECTRICITY MARKETS IN THE EUROPEAN UNION: ASSESSMENT OF THE INDEPENDENT TRANSMISSION OPERATOR MODEL

***MERCADOS DE GÁS E ELETRICIDADE NA UNIÃO EUROPEIA:
ANÁLISE DO MODELO DO OPERADOR INDEPENDENTE DE
SISTEMAS DE TRANSMISSÃO***

Luiz Eduardo Diniz Araújo

*Mestrado profissional em andamento em MASTER IN ENERGY LAW.
Technische Universität Berlin, TUBerlin, Alemanha. Procurador Federal*

TABLE OF CONTENTS: Introduction; 1
Unbundling; 2 Independent transmission operator
model; 3 Advantages and disadvantages; 4 Conclusion;
Bibliography.

ABSTRACT: This paper assesses the independent transmission operator model as designed in the Directives 2009/72/EC and 2009/73/EC, respectively Electricity and Gas Directives. The focus of the paper is to identify its main advantages and disadvantages from a regulatory perspective and also for a transmission system operator applying the model.

KEYWORDS: European Union. Network Industries. Gas and Electricity Markets. Liberalization Policies. Unbundling. Transmission System Operator.

RESUMO: O presente artigo analisa o modelo do operador independente de sistemas de transmissão de gás e eletricidade, previstos nas Diretivas 2009/72/EC e 2009/73/EC. O objetivo da análise é identificar as principais vantagens e desvantagens da adoção do modelo a partir da perspectiva de uma autoridade regulatória e também de um operador de sistema de transmissão aplicando o modelo.

PALAVRAS-CHAVE: União Europeia. Indústrias em Rede. Mercados de Gás e Eletricidade. Liberalização. Desverticalização. Operador de Sistemas de Transmissão.

INTRODUCTION

This paper sets out to examine the independent transmission operator model as designed in the Directives 2009/72/EC and 2009/73/EC, respectively Electricity and Gas Directives. Firstly, unbundling is assessed in the light of the original proposal made by the European Commission (ownership unbundling and independent system operator), as well as regarding the alternative proposal made by Germany and France (independent transmission operator or legal unbundling). Secondly, the independent transmission operator model is described. Thirdly, its main advantages and disadvantages are assessed from a regulatory perspective and also for a transmission system operator applying the model, i.e., a transmission system operator being part of a vertically integrated undertaking. Finally, the conclusion of the paper is drawn.

1 UNBUNDLING

Until the late 1970's the network-bound industries in Europe have been explored entirely by one entity, normally the State or state owned companies¹². The privatization of these companies is normally accompanied by three measures: a) the separation of potentially competitive and noncompetitive activities – also called unbundling, b) the liberalization of the potentially competitive activities, and c) the operation of the network by an undertaking working under strong regulatory measures³. In the Electricity and Gas sectors, the upstream and downstream markets – production and supply – are potentially competitive, and the midstream markets – transmission and distribution – are natural monopolies.

Two different legal regimes can be clearly identified⁴. On one side, the legal regime of the potentially competitive activities is really close to free enterprise, and consists of four main rights: a) to enter the market, b) to have access to the network, c) to set prices freely and d) to decide about

1 MAJONE, Giandomenico. From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance. *Journal of Public Policy*, Cambridge, v. 17, n. 2 (May/Aug, 1997), p. 139-167.

2 BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation: theory, strategy, and practice*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 466.

3 ROTHWELL, Geoffrey S.; GÓMEZ, Tomás. *Electricity economics: regulation and deregulation*. Cambridge: MIT Press, 2003. p. 2.

4 GARCÍA-MORATO, L. L. C.; ORTIZ, Gaspar Ariño. *La competencia en sectores regulados: regulación empresarial y mercado de empresas*. Granada: Comares, 2003. p. 15.

investments⁵. The enforcement of these four rights should conduct the market to effective competition and eventually to allocative efficiency⁶.

On the other side, due to its natural monopoly characteristics, the grid operation normally retains the predicate of public service, public utility, or service of public interest. In this case the principles of free enterprise are severely mitigated and the regulation shall establish all the conditions under which the grid must be operated, especially quality standards and prices (normally tariffs)⁷.

Unbundling is a common tool for opening up network-bound industries for competition. Its main goal is to guarantee a neutral operation of the network, and effective competition in the upstream and downstream markets by avoiding inherent conflicts of interest^{8,9,10} between the monopolistic activities and the competitive ones.

It aims at insulating the interests of the network operators from any other interest, in a way that the only incentive it has is to well manage the grid and to profit only from it, “maximizing transport revenues”¹¹ and “ensuring transparency and nondiscrimination towards all network users”¹².

Conflicts of interest arise naturally where the operator of the network has an economic interest in discriminating against competitors in the upstream or downstream markets.

If the operation of the grid is contaminated by interests of other activities, the grid operator has a natural incentive to discriminate against competitors in the upstream or downstream markets in order to maximize profits of the vertically integrated undertaking – VIU.

5 ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Publico Económico: modelo de Estado, gestión pública, regulacion económica*. Granada: Comares, 2004, p. 598.

6 *Ibid*, p. 599.

7 *Ibid*, p. 603.

8 BERNAERTS, Inge. The third internal market package and its implications for electricity and gas infrastructure in the EU and beyond. In: VINOIS, Jean-Arnold. *EU Energy Law*. v. VIII, Deventer: Claeys & Casteels, 2014. p. 8.

9 TALUS, Kim. *EU Energy Law and Policy: a critical account*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 77.

10 Electricity Directive, recital 9.

11 TALUS, *op. cit.*, p. 78.

12 BERNAERTS, *op. cit.*, p. 8.

According to Talus¹³, “a company will strive to maximize group revenue (the management also has this obligation to shareholders)”. Because investments in the grid capacity “affect positively the level of competition in both the wholesale and the retail markets”¹⁴, lack of investment in grid capacity is the most important discriminatory measure. But the profit maximization of the VIU could take place also through delays in connecting competitors to the grid, cross-subsidies from the network operation to the competitive activity, margin squeeze, capacity hoarding against competitors of a parent company, and also information flows from the network operator to the parent company operating in a competitive market¹⁵.

When designing the Third Energy Package in order to complete the internal energy market¹⁶, the European Commission considers the ownership unbundling “the most effective tool by which to promote investments in infrastructure in a non-discriminatory way, fair access to the network for new entrants and transparency in the market”¹⁷. It also proposes a second-best alternative model, the independent system operator. But the original proposal faces strong opposition, particularly from Germany and France¹⁸, and the independent transmission operator model “is put forward by the European Council”¹⁹ and eventually incorporated in the Directives.

Therefore, the Member States may decide to implement one or more of these models: full ownership unbundling (OU), the independent system operator model (ISO) or the independent transmission operator model (ITO).

2 INDEPENDENT TRANSMISSION OPERATOR MODEL

The ITO model allows the vertically integrated undertaking to keep the ownership of the network and, at the same time, to be active in the upstream and/or the downstream market. To avoid conflicts of interest,

13 TALUS, op. cit., p. 78.

14 NARDI, Paolo. *Transmission network unbundling and grid investments: evidence from the UCTE countries*. Utilities Policy 23, London, 2012, pp. 50-58.

15 JOHNSTON, Angus; BLOCK, Guy. *EU Energy Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 21.

16 SCHUBERT, Samuel R.; POLLAKM Johannes; KREUTLER, Maren. *Energy policy of the European Union*. London: Palgrave, 2016, p. 20.

17 BERNAERTS, op. cit., p. 10.

18 TALUS, op. cit., p. 82.

19 Ibid, p. 82.

the Electricity and Gas Directives set up measures to guarantee the operation of the grid is not contaminated by other interests. This model requires detailed regulation and extensive regulatory control mechanisms are put in place. These mechanisms are aimed at ensuring the granting of technical, physical and economic independence to the grid operator. The main elements of the model are organisational measures and measures regarding the governance of the network operator, investments, connections to the grid and integration through regional cooperation.

According to the European Commission²⁰, effective unbundling and independence of the TSO regarding the operation of the grid is based on a) “a pillar of organizational measures and measures relating to the governance of transmission system operators”; b) “a pillar of measures relating to investment, connecting new production capacities to the network and market integration through regional cooperation”; and c) “cooling-off” periods during which no management or other relevant activity giving access to the same information as could have been obtained in a managerial position is exercised in the vertically integrated undertaking”.

These rules aim to provide a framework “to guarantee fair competition, sufficient investment, access for new market entrants and the integration of electricity markets”²¹.

Firstly, the transmission system operator – TSO has to be organised as a legal entity equipped with all human, technical, physical and financial resources deemed necessary for carrying out the electricity transmission activity. There is a prohibition of using the VIU’s internal services and the TSO also must have an independent corporate identity from the VIU. Contractual relations with VIU shall comply with market conditions and have to be approved by the regulatory authority. There are also measures related to the independence of the staff and the management of the TSO.

Secondly, the TSO must have both the decision-making procedure and the power to raise money on the capital market independent from the VIU. Investments have to be made following the ten-year network development plan, which is elaborated by the TSO after consulting all actual or potential system users and is examined by the regulatory authority, who

20 European Commission, Commission Decision of 12.4.2013 pursuant to Article 3(1) of Regulation (EC) No 714/2009 and Article 10(6) of Directive 2009/72/EC – United Kingdom (Northern Ireland) – SONI / NIE. <https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2010_01_21_the_unbundling_regime.pdf>. Access on the: 27th January 2017.

21 Ibid.

has the power to require amendments. These measures aim at ensuring independent investment decisions by the TSO.

Thirdly, the TSO must establish and publish transparent and efficient procedures for non-discriminatory connection of new power plants, which shall be approved by the regulatory authority and is aimed at guaranteeing its operational independence.

Fourthly, there is supervision in three stages. The first stage is a compliance programme – established by the TSO and approved by the regulatory authority – in order to prevent discriminatory conduct, which shall be monitored by a compliance officer, appointed by the Supervisory Board and approved by the regulatory authority. The second stage is the Supervisory Board, who is a neutral body and shall be mainly composed of members representing the VIU and members representing third party shareholders. Among other competences, the Supervisory Board shall be responsible for taking decisions which may have a significant impact on the value of the assets of the shareholders within the transmission system operator and also about the amount of dividends distributed to shareholders. The third stage is the control by the regulatory authority.

The normal tasks of the regulatory authority are reinforced in order to keep the TSO under especial and close oversight. In addition to its ordinary duties and powers, the regulatory authority has to approve all commercial and financial agreements between the VIU and the TSO on the condition that they comply with market conditions, as already mentioned. It is even allowed to monitor communications between the transmission system operator and the vertically integrated undertaking so as to ensure compliance of the transmission system operator with its obligations.

3 ADVANTAGES AND DISADVANTAGES

From a regulatory perspective, it is indisputable that the simplest and most effective model to ensure the neutral operation of the grid is the OU model²²²³, which represents a structural solution. Albeit having shortcomings

22 European Commission, Communication from the Commission to the European Council and the European Parliament — An energy policy for Europe SEC(2007) 12. <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52007DC0001>>. Access on: 27th January 2017.

23 BALDWIN, op. cit., p. 467.

(“additional intransparencies and inefficient pricing”²⁴), it is considered optimal²⁵ because it eliminates any incentive for discriminating against competitors²⁶. As the undertaking can only profit from the grid, under the OU model its natural interest is to manage the grid at most efficiency, with benefits for all the users. Because of the simplicity of its structure reformulation, it requires only light oversight by the regulatory authority²⁷.

The OU model is usually contested by the private sector because of supposedly being too much intrusive and “has costs as well as benefits”²⁸. In the light of these facts, the ITO model, although considered a sub-optimal model²⁹, appears as an option, even as a “‘golden mean’ between ownership separation and vertical integration”³⁰.

The ITO model is an artificial way of ensuring the neutrality of the grid in a situation of inherent conflict of interest. This requires complex regulatory measures and constant oversight by the regulator.

The main advantage of the ITO model, regarding the regulatory authority’s point of view, is that it takes a close look at almost every step taken by the ITO – what does not usually happen under the OU model –, reduces the information’s asymmetries and guarantees the TSO is kept under strict control. It also pacifies discussions regarding ‘expropriation’ of assets, which is common under the OU model³¹.

It must also be mentioned that, according to Höffler and Kranz³², the ITO model can provide “better incentives for investments into the

24 BREMBERGER, Christoph; BREMBERGER, Francisca; RAMMERSTORFER, Margarethe. The Impact of Different Unbundling Scenarios on Wholesale Prices in Energy Markets. *Energy Journal*. Cleveland, v. 33, n. 3, p. 183-214, July 2012.

25 LOWE, Philip; PUCINSKAITE, Ingrida; WEBESTER, William; LINDBERG, Paul. *Effective unbundling of energy transmission networks: lessons from the Energy Sector Inquiry*. Competition Policy Newsletter, Number 1, Brussels, Spring, 2007.

26 TALUS, op. cit., p. 80.

27 BERNAERTS, op. cit., p. 10.

28 BALDWUIN, op. cit., p. 467.

29 LOWE, op. cit.

30 HÖFFLER, Felix; KRANZ, Sebastian. Legal unbundling can be a golden mean between vertical integration and ownership separation. *International Journal of Industrial Organization*, Cologne, Volume 29, Issue 5, p. 576-588, september 2011.

31 JANKAUSKAS, Vidmantas. *Implementation of different unbundling options in electricity and gas sectors of the CEE EU member states*. Energetika, Vilnius, n. 1, 2014, p. 44-53.

32 HÖFFLER, op. cit.

reduction of marginal costs and for the allocation of a given budget for capacity investments”.

For a TSO applying the ITO model, the greatest advantages are being part of a VIU active in the upstream and/or downstream market, what allows it to benefit from the synergy between the undertakings, and also avoiding the high restructuring costs related to divestiture of assets³³.

Albeit the restrictions regarding the relation with the VIU, the TSO can also take advantage by outsourcing non-finalistic activities and benefit from economies of scale³⁴, with no interference in the operation of the grid.

The great disadvantage of the ITO model is that, because of the detailed regulation and the complexity of regulatory measures, it requires a “Hercules” regulator, strong³⁵ in structure and dynamic in day-to-day relations with the undertakings³⁶.

When assessing the ITO model in practice, the European Commission³⁷ concluded that

[...] in general the autonomy requirements for ITOs under the Third Energy Package are applied and work in practice to ensure the autonomy of the ITO vis-à-vis its parent undertaking and other parts of the VIU. This is also supported by the NRAs and ITOs themselves in their written submissions to the inquiry, in which they confirm that they consider the ITO to be sufficiently independent from the VIU.

As excessive oversight is needed in order to ensure the neutrality of the grid, a fragile regulatory authority is not able to carry out the oversight activities described in the Directives and would be prone to have only a formal approach towards unbundling, which would empty

33 HÖFFLER, op. cit.

34 Ibid.

35 Ibid.

36 European Commission, Commission Staff Working Document, Report on the ITO Model, 13 October 2014, SWD(2014) 312 final, p. 4. <https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2014_iem_communication_annex3.pdf>. Access on the: 27th january 2017.

37 Ibid., p. 3.

its real meaning. According to Pollitt³⁸, in the ITO model “the residual problem of vertical integration remains, which may be difficult to police in less-developed EU countries”.

The burden put on the regulatory authority is worsened by the tendency of the TSO to try to benefit the most from the synergy of the VIU, pushing it towards the limits, which sometimes are not that clear and have to be developed subsequently in the case law, requiring “a lot of fine-tuning”³⁹. Therefore, under the ITO model, there is a permanent tension between TSO and regulatory authority.

The ITO model is burdensome also for the TSO, who has to do a lot of paperwork and wait for the regulatory authority’s approval before making certain types of agreements, what can delay its businesses.

According to Bernaerts⁴⁰, “rules on how networks are to be operated are increasingly set at EU level, through network codes governing capacity allocation and capacity management, balancing, grid connection, system operation, etc.” These rules ensure the transparency in the operation of the grid and turn more difficult discrimination against competitors of the VIU.

Although “providing different degrees of structural separation from production and supply activities”, it seems that the European Commission and some commentators see the three models (OU, ISO and ITO) as “being effective in removing any conflict of interests between producers, suppliers and transmission system operators”⁴¹.

They may be correct, but there is no doubt that the ITO model is the most burdensome one⁴².

38 POLLITT, Michael. The arguments for and against ownership unbundling of energy transmission networks. *Energy Policy*, n. 36, Cambridge, 2008, p. 704-713.

39 JANKAUSKAS, op. cit.

40 BERNAERTS, op. cit., p. 36.

41 European Commission, Commission Staff Working Paper, Interpretative Note on Directive 2009/72/EC Concerning Common Rules for the Internal Market in Electricity and Directive 2009/73/EC Concerning Common Rules for the Internal Market in Natural Gas, 22 January 2010, p. 4. <https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/swd_2013_0177_en.pdf>. Access on the: 27th january 2017.

42 JONES, Christopher. *EU Energy Law: the Internal Energy Market*. v. I, Deventer: Claeys & Casteels, 2016. p. 106.

4 CONCLUSION

Jones⁴³ sees the ITO model as a test, “a last chance for industry to prove that the network can be effectively operated independently whilst remaining under the ownership of a supply company”. If the ITO model fails, ‘the Commission is under an obligation to put forward a reform of the rules adopted under the Third Energy Package’.

The European Commission had the opportunity to assess the ITO model in practice after its implementation and concluded that it “has improved the effective separation of transmission and generation/supply activities”⁴⁴.

Surely this conclusion can be attributed to the set of rules governing the management of the transmission networks in Europe. According to Bernaerts, the Third Energy Package creates

[...] a system of independently managed transmission networks, operated on the basis of a transparent, consistent and effective regulatory framework across the EU, under the supervision of the NRAs acting closely together. Thus the transmission grids can fully play their role as backbone of the EU internal energy market, allowing gas and electricity to flow without impediments across borders, in the most cost efficient way, to the benefit of producers, suppliers, traders and — last but not least — consumers⁴⁵.

Regarding the neutral management of the network, especial attention must be given to the ten-year network development plan. The European Commission⁴⁶ points out that the majority of network users has “been consulted on TYNDP by the NRA or the TSO itself, which illustrates that the respective provisions in the Directive regarding consultation on the TYNDP usually work in practice”. And it concludes that “there appears to be no difference between the levels of investment made by TSOs under the ITO or the OU model in countries where both models exist”. Furthermore, the European Commission concluded that

43 JONES, *op. cit.*, p. 108.

44 European Commission, Commission Staff Working Document, Report on the ITO Model, 13 October 2014, SWD(2014) 312 final, p. 6. <https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2014_iem_communication_annex3.pdf>. Access on the: 27th January 2017.

45 BERNAERTS, *op. cit.*, p. 36.

46 European Commission, Commission Staff Working Document, Report on the ITO Model, *op. cit.*, p. 6.

[...] an investment climate now exists that makes sure those lines are being built that are needed most. The Third package has reduced both the incentive and the ability for operators to revert to discriminatory behaviour or withhold the construction of important infrastructure⁴⁷.

One question left is the risk of information leakage among the parent companies, a danger that remains even under strong control. But it seems that eventual leakages would not undermine the ITO model's effectiveness. Indeed, the risks of discriminatory behavior under the ITO model are efficiently counterbalanced by measures requiring the transparent management and operation of the network.

Finally, it must be remembered that occasional misbehaviors under the ITO model can be corrected through the enforcement of the competition law. Talus points out that the European Commission used this strategy "to force private companies to sell their network assets and achieve ownership unbundling"⁴⁸.

BIBLIOGRAPHY

BOOKS AND ARTICLES:

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation: theory, strategy, and practice*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BERNAERTS, Inge. The third internal market package and its implications for electricity and gas infrastructure in the EU and beyond. In: VINOIS, Jean-Arnold. *EU Energy Law*. v. VIII, Deventer: Claeys & Casteels, 2014.

BREMBERGER, Christoph; BREMBERGER, Francisca; RAMMERSTORFER, Margarethe. The Impact of Different Unbundling Scenarios on Wholesale Prices in Energy Markets. *Energy Journal*, Cleveland, v. 33, n. 3, p. 183-214, July 2012.

GARCÍA-MORATO, L. L. C.; ORTIZ, Gaspar Ariño. *La competencia en sectores regulados: regulación empresarial y mercado de empresas*. Granada: Comares, 2003.

47 European Commission, Communication, Progress towards completing the Internal Energy Market, 13 October 2014, SWD(2014) 310 final, SWD(2014) 311 final, SWD(2014) 312 final, SWD(2014) 313 final, SWD(2014) 314 final, SWD(2014) 315 final. <https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2014_iem_communication_annex6.pdf>. Access on the: 27th January 2017.

48 TALUS, op. cit., p. 87.

HÖFFLER, Felix; KRANZ, Sebastian. Legal unbundling can be a golden mean between vertical integration and ownership separation. *International Journal of Industrial Organization*, Cologne, v. 29, Issue 5, p. 576-588, September 2011.

JANKAUSKAS, Vidmantas. *Implementation of different unbundling options in electricity and gas sectors of the CEE EU member states*. Energetika, Vilnius, n. 1, 2014, p. 44-53.

JOHNSTON, Angus; BLOCK, Guy. *EU Energy Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

JONES, Christopher. *EU Energy Law: the Internal Energy Market*. v. I, Deventer: Claeys & Casteels, 2016.

LOWE, Philip; PUCINSKAITE, Ingrida; WEBESTER, William; LINDBERG, Paul. *Effective unbundling of energy transmission networks: lessons from the Energy Sector Inquiry*. Competition Policy Newsletter, Number 1, Brussels, Spring, 2007.

MAJONE, Giandomenico. From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance. *Journal of Public Policy*, Cambridge, v. 17, n. 2, p. 139-167, mai./aug. 1997.

NARDI, Paolo. Transmission network unbundling and grid investments: evidence from the UCTE countries. *Utilities Policy* 23, London, 2012. p. 50-58.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Publico Económico: modelo de Estado, gestión pública, regulacion económica*. Granada: Comares, 2004.

POLLITT, Michael. The arguments for and against ownership unbundling of energy transmission networks. *Energy Policy*, n. 36, Cambridge, 2008. p. 704-713.

ROTHWELL, Geoffrey S.; GÓMEZ, Tomás. *Electricity economics: regulation and deregulation*. Cambridge: MIT Press, 2003.

SCHUBERT, Samuel R.; POLLAKM Johannes; KREUTLER, Maren. *Energy policy of the European Union*. London: Palgrave, 2016.

TALUS, Kim. *EU Energy Law and Policy: a critical account*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

European Commission documents: European Commission, Communication from the Commission to the European Council and the European Parliament — An energy policy for Europe SEC(2007) 12, Brussels. <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52007DC0001>>. Access on: 27th January 2017.

European Commission, Commission Staff Working Paper, Interpretative Note on Directive 2009/72/EC Concerning Common Rules for the Internal Market in Electricity and Directive 2009/73/EC Concerning Common Rules for the Internal Market in Natural Gas, 22 January 2010, Brussels. <https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/swd_2013_0177_en.pdf>. Access on the: 27th January 2017.

European Commission, Commission Decision of 12.4.2013 pursuant to Article 3(1) of Regulation (EC) No 714/2009 and Article 10(6) of Directive 2009/72/EC – United Kingdom (Northern Ireland) – SONI / NIE, Brussels. <https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2010_01_21_the_unbundling_regime.pdf>. Access on the: 27th January 2017.

European Commission, Commission Staff Working Document, Report on the ITO Model, 13 October 2014, SWD(2014) 312 final, Brussels. <https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2014_iem_communication_annex3.pdf>. Access on the: 27th January 2017.

European Commission, Communication, Progress towards completing the Internal Energy Market, 13 October 2014, SWD(2014) 310 final, SWD(2014) 311 final, SWD(2014) 312 final, SWD(2014) 313 final, SWD(2014) 314 final, SWD(2014) 315 final, Brussels. <https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2014_iem_communication_annex6.pdf>. Access on the: 27th January 2017.

RECEBIDO EM: 06/06/2016

APROVADO EM: 15/09/2016

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR INEFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE: UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DA FAUTE DU SERVICE

***CIVIL LIABILITY OF THE STATE BY THE INEFFICIENCY ON THE
PROVISION OF THE PUBLIC HEALTH SERVICE: AN ANALYSIS IN
LIGHT OF FAUTE DU SERVICE THEORY***

Rennan Gustavo Ziemer da Costa

*Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Especialista
em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.
Pesquisador do NINC- UFPR.*

Bárbara Marianna de Mendonça Araújo Bertotti

*Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento na Pontifícia Universidade
Católica do Paraná. Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura
Federal do Paraná e em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu
Felipe Bacellar. Pesquisadora do NINC-UFPR e do NUPED- PUCPR.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A reserva do (financiamento) possível como restrição à eficácia do direito fundamental à saúde; 2 O Sistema Único de Saúde (SUS) e a diretriz de atendimento integral; 3 Responsabilidade objetiva do Estado e a teoria da *faute du service*; 4 Responsabilidade civil (ou patrimonial) do Estado por ineficiência na prestação do serviço público de saúde; 5 Conclusões; Referências.

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 ao reconhecer expressamente o direito à saúde como direito fundamental da pessoa humana atribuiu à Administração Pública o dever de concretizá-lo por meio do respectivo serviço público, diretamente ou através de terceiros, sem excluir a iniciativa privada desta atividade. Todos os entes da federação têm o dever de prestar o serviço público de saúde. Sabe-se também, que a saúde básica deve ser disponibilizada à toda população (universalização do acesso ao bem jurídico). Diante disso, o presente trabalho propõe analisar, à luz da teoria da *faute du service*, as hipóteses de responsabilização civil do Estado decorrentes de condutas imputadas ao Estado nos casos de ineficiência do serviço público de saúde, por mau funcionamento, não funcionamento ou funcionamento tardio. Para tanto, devem ser atendidos os seguintes pressupostos: (i) descumprimento de um dever jurídico concreto de agir (omissão) ou cumprimento precário (ação) por parte do Estado ou de quem lhe faça as vezes; (ii) ocorrência de dano a um cidadão; e (iii) nexo de causalidade entre o comportamento estatal e o prejuízo sofrido. Além disso, a responsabilização patrimonial do Estado por omissão na área da saúde depende de um dever específico de agir que apenas pode ser constatado na análise do caso concreto e deve ter por pressuposto a legislação específica e demais atos normativos. Por fim, cabe ressaltar que apenas é responsável pela reparação do dano o ente estatal que o causou.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Fundamental à Saúde. Serviço Público de Saúde. Responsabilidade Civil do Estado. Teoria da *Faute Du Service*.

ABSTRACT: The Federal Constitution of 1988 in recognizing expressly the right to health as fundamental right of human dignity assigned to the Public Administration a duty to concretize it by means of the respective public service, directly or through third parties, without excluding the private enterprise from this activity. All the entities of the federation have a duty to provide the public health service. It is also known that basic health services must be available to all the population (universalization of access to legal interest). Thus, the present paper proposes to analyze, in light of

faute du service theory, the hypotheses of civil liability of the State resulting from conducts imputed to the State in the cases of inefficiency of the public health service, due to malfunctioning, non-functioning or late functioning. Therefore, the following assumptions must be followed: (i) noncompliance of a concrete legal duty to act (omission) or precarious observance (action) by the State or who represents it; (ii) occurrence of damage to a citizen; and (iii) causal link between the state behavior and the harm suffered. Furthermore, the State patrimonial responsibility for omission in health area depends on a specific duty of acting, that may only be found in the analysis of the concrete case and must have as a presupposition the specific legislation and other normative acts. At last, it is worth pointing out that the only responsible for undoing the damage is the state entity that has caused it.

KEYWORDS: Fundamental Right to Health. Public Health Service. Civil Liability of the State. Faute Du Service Theory.

INTRODUÇÃO

No Brasil, o direito à saúde foi incluído expressamente no rol dos direitos fundamentais pela primeira vez na Constituição Federal de 1988. Sendo assim, comunga da dupla fundamentalidade- formal e material- da qual são revestidos os direitos e garantias fundamentais da nossa ordem jurídico-constitucional¹. No entanto, para além de sua condição de direito fundamental, a saúde é também dever. Tal afirmação decorre do próprio texto constitucional, que em seu art. 196 assegura que “a saúde é direito de todos e dever do Estado...”.

O direito à saúde impõe ao Estado tanto obrigações positivas (deveres de proteção e promoção) quanto negativas (dever de respeito). Trata-se da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais. Já a perspectiva jurídico-subjetiva garante direito subjetivo aos titulares, autorizando-os a reclamarem em juízo determinada ação ou omissão². Com relação

1 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.74.

2 CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 100. Daniel Wunder Hachem afirma que a fusão entre as dimensões objetiva e subjetiva das normas garantidoras de direitos fundamentais permite perceber sua multifuncionalidade. Para o autor, “quando observado o direito fundamental em sentido amplo, ele se desdobra em várias funções: (i) de defesa contra investidas do Estado; (ii) de prestações materiais,

à titularidade do direito fundamental à saúde, o art. 5º, caput, da Carta Maior dispõe que os direitos e garantias fundamentais nela consagrados são assegurados aos brasileiros e estrangeiros residentes no país³. Ingo Sarlet, contudo, assevera que a norma do já citado art. 196³⁴ excepciona a regra geral estabelecida no caput do art. 5º, cristalizando assim o princípio da universalidade.

Desse modo, como direito fundamental da pessoa humana⁵, o direito à saúde integra o rol dos direitos sociais e compõe a segunda dimensão (ou geração) dos direitos fundamentais, marcando a mudança do Estado de Direito de inspiração liberal-burguesa para o Estado Social de Direito⁶. Vale ressaltar que a instrumentalização dos direitos sociais se dá por meio do serviço público⁷.

fornecidas no mundo dos fatos; (iii) de prestações normativas, ligadas à proteção do direito fundamental contra ações de outros particulares e à criação de órgãos, instituições e procedimentos que viabilizem de forma universalizada o desempenho das demais funções". HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez. 2013, p. 627-628. Clèmerson Clève acrescenta ainda a função da não discriminação, onde o Estado deve colocar os bens e serviços à disposição do cidadão de maneira igualitária e não discriminatória (exceto aquelas necessárias para cumprir o princípio da igualdade).

3. Caso este dispositivo seja interpretado literalmente, excluiria os estrangeiros não residentes no Brasil do âmbito de proteção do direito à saúde. Ingo Sarlet, contudo, ressalta que a interpretação desse dispositivo não deve ser restritiva. SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Interesse Público – IP*, Sapucaia do Sul, ano 3, n. 12, p. 91-107, out./dez. 2001. p.96.
4. Art. 196 da CF: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.
5. Os direitos fundamentais se sujeitam a um regime específico de princípios e regras. Na Constituição brasileira, os dois elementos de maior destaque que integram esse regime especial são a aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º) e a proteção contra reformas constitucionais abolitivas (art. 60, §4º, IV). SARLET, op. cit., 2011. p. 66-67.
6. SARLET, op. cit., 2001. p. 97.
7. Daniel Wunder Hachem leciona que os quatro motivos da fundamentalidade material do direito fundamental ao serviço público são: (i) não há como se garantir o acesso a todos os titulares dos direitos sociais sem que o Estado preste serviços públicos; (ii) sem a prestação do serviço público adequado, o conteúdo dos direitos sociais do art. 6º se esvaziaria; (iii) está previsto expressamente em documentos internacionais, como na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, entre outros; (iv) decorre diretamente dos princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania (art. 1º, II e III, CF), pois os serviços públicos são indispensáveis para proporcionar aos cidadãos condições de existência digna e possibilitar sua participação ativa na comunidade política e social, além de serem imprescindíveis para atingir os objetivos fundamentais da República de erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais, garantir o desenvolvimento e construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I a III, CF). HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014. p.132-133.

A Constituição Federal atribuiu ao Poder Público o dever de concretizar o direito à saúde, diretamente ou através de terceiros, inclusive pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. É o que prevê art. 197⁸. Ademais, todos os entes da federação têm o dever de prestar o serviço público de saúde. O Dec. 7.508/2011, que regulamenta a Lei 8.080/1990 (conhecida por Lei Orgânica da Saúde), em seu art. 33 estabelece que o acordo de colaboração entre os entes federativos para a organização da rede interfederativa de atenção à saúde será firmado por meio de Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde. Este “contrato organizativo” define as responsabilidades de cada ente federativo, os critérios de avaliação de desempenho e os recursos financeiros a serem demandados. A partir deste instrumento, é possível, nos casos de omissão administrativa, verificar se a conduta é ilegal e qual ente seria responsável por ela⁹.

Diante disso, propõe o presente trabalho analisar, à luz da teoria da *faute du service*, a possibilidade de responsabilização do Estado, na esfera cível, nos casos de ineficiência no serviço público de saúde, seja por ação (mau funcionamento) ou omissão (não funcionamento ou funcionamento tardio), desde que atendidos os pressupostos que serão expostos. Desde já, impende destacar que em ambos os casos a responsabilidade do Estado é objetiva. Antes, porém, serão tratados aspectos relativos à fundamentalidade do direito à saúde, a saber: a possível restrição de sua eficácia por meio da cláusula da “reserva do possível” e sua efetivação por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), notadamente no que tange à diretriz de atendimento integral.

1 A RESERVA DO (FINANCEIRAMENTE) POSSÍVEL COMO RESTRIÇÃO À EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Antes de se analisar o art. 5º, §1º¹⁰, da Constituição de 1988, convém fazer uma distinção entre os conceitos de eficácia jurídica e eficácia social. A primeira está vinculada à possibilidade de a norma produzir efeitos

Para aprofundamento no tema ver: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social*. Curitiba, 2009. 224 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2009. Adriana Schier defende que a prestação do serviço público como instrumento de concretização dos direitos sociais só será possível se tal atividade for prestada de forma universal, contínua e com tarifa módica, consagrando-se, assim, o núcleo essencial do regime jurídico previsto no art. 6º, §1º, da Lei nº 8.987, de 1995. f. 151.

8 Art. 197 da CF: “São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

9 PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 136.

10 Art. 5º, §1º da CF: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

jurídicos. Assim, a eficácia jurídica se relaciona com a aplicabilidade e com a potencial exigibilidade da norma. Já a eficácia social corresponde à noção de efetividade, baseada na concreta observância da norma no plano fático.

Partindo da classificação de José Afonso da Silva em: (i) normas de eficácia plena – aquelas que desde a sua entrada em vigor produzem todos os efeitos essenciais, não dependendo de regulamentação, (ii) normas de eficácia contida – que tem eficácia plena mas podem ser objeto de restrição pelo legislador infraconstitucional, e (iii) normas de eficácia limitada – a produção plena de efeitos depende de ação do legislador ou de outros órgãos estatais, poderia se cogitar que todas as normas de direitos fundamentais são de eficácia plena, e portanto, não restringíveis. No entanto, embora todos os direitos fundamentais sejam dotados de algum nível de eficácia e aplicabilidade, este não será o mesmo para todos os direitos, em todas as funções que possa exercer¹¹. Com isso, percebe-se que os direitos fundamentais muitas vezes reclamam a intervenção concretizadora do Estado, em especial do legislador. Para Virgílio Afonso da Silva, “não existe norma constitucional que não dependa de algum tipo de regulamentação e que não seja suscetível de algum tipo de restrição”¹².

A partir disso, percebe-se que a aplicação das normas de direitos fundamentais não deve ser feita sob a lógica do tudo ou nada (típico das normas-regra), proposta por Robert Alexy¹³. Há dois grupos de normas definidoras de direitos fundamentais: (i) aquelas que, possuindo nível suficiente de normatividade, se mostram aptas a produzirem seus efeitos de forma plena; e (ii) aquelas que dependem de uma intervenção regulamentadora para produzirem plenamente seus efeitos¹⁴. Sendo assim, e partindo do pressuposto da natureza principiológica do art. 5º, §1º da CF/1988, é necessário a análise do caso concreto para saber se a norma está apta (ou não) a produzir efeitos¹⁵.

Em suma, pode-se afirmar que a necessidade de regulamentação infraconstitucional dos comandos normativos pelos poderes Legislativo e Executivo salienta a ideia de que podem ser impostas restrições, reservas

11 PIVETTA, op. cit., p.50.

12 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 230.

13 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007. p. 82-86.

14 SARLET, 2011, p. 270.

15 *Ibidem*, p. 271.

à sua aplicabilidade¹⁶. Nessa esteira, Jorge Reis Novais indica que as reservas que incidem em geral são as seguintes: reserva imanente de ponderação, reserva do politicamente adequado ou oportuno e reserva do financeiramente possível. A indicação de cada uma dependerá de qual dever estatal está em causa (dever de respeito, dever de proteção, dever de promoção)¹⁷. No presente estudo, analisaremos detidamente a reserva do financeiramente possível (ou mais comumente utilizada no Brasil, “reserva do possível”), ligada aos deveres de promoção e proteção do direito.

Quando se trata de uma dimensão positiva, há a necessidade de alocação direta de recursos pelo Estado¹⁸. Saulo Pivetta assevera que “a necessidade de recursos financeiros não fulmina a jusfundamentalidade do direito à saúde”¹⁹. Afirma ainda, o autor, que “essa reserva deve ser compreendida não como um obstáculo intransponível para a realização de prestações fáticas, mas sim como um fator que direciona para a forma como os recursos são alocados para o cumprimento das finalidades do Estado”²⁰.

A expressão “reserva do possível” originou-se de uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão, que versava sobre o acesso de um estudante ao ensino superior (caso *numerus clausus Entscheidung*) e foi utilizada com a finalidade de se afirmar que o conteúdo dos direitos sociais estava limitado “àquilo que o indivíduo podia razoavelmente exigir da sociedade”²¹. Nesse caso, o Tribunal Alemão entendeu existirem limitações fáticas para o atendimento de todas as demandas de acesso a um direito²².

Com entendimento distinto, foi recepcionado no Brasil pela doutrina e jurisprudência como três formas de limitação: fática, jurídica e de

16 PIVETTA, op. cit., p. 68.

17 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 221-227.

18 Ingo Sarlet, contudo, afirma que todos os direitos fundamentais podem implicar “um custo”, e não apenas os direitos sociais de cunho prestacional. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 28.

19 PIVETTA, op. cit., p. 74.

20 *Ibidem*, p. 74. Paulo Caliendo afirma haver uma reserva do possível geral no Brasil chamada dívida pública, que impede os gastos sociais. CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 182.

21 NOVAIS, op. cit., p. 278.

22 CALIENDO, op. cit., p. 180.

razoabilidade²³. A limitação fática consiste na possibilidade financeira do Estado (falta de recursos); a jurídica consiste na capacidade do

Estado de dispor dos recursos existentes (orçamentária)²⁴; e a razoabilidade está ligada ao fato de se é (ou não) razoável que o cidadão exija do Estado a prestação do direito²⁵. Relevante citar que a insuficiência de recursos, quando alegada, deve ser provada, sob pena de responsabilização do administrador²⁶.

Desde o caso “Terrier”, em 1903, o Conselho de Estado Francês decidiu que o Estado não poderia se eximir de seus deveres alegando falta de disponibilidade de caixa. Romeu Felipe Bacellar Filho, analisando a problemática da responsabilidade extracontratual do Estado, afirmou que não se pode invocar a teoria da reserva do possível para excluir ou atenuar a responsabilidade estatal.²⁷ Com isso, vê-se que apesar da relevância do aspecto financeiro, nem sempre a reserva do possível pode ser ativada²⁸.

Neste ponto, impende citar a expressiva decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento a Preceito Fundamental nº 45, com relatoria de Celso de Mello, pela qual, por um lado, a reserva do possível é admitida como cláusula impeditiva da exigibilidade judicial do conteúdo integral dos direitos sociais, visto a limitação material do Estado, ligada

23 GLOECKNER, Joseane Ledebum. A reserva do possível como limite à efetividade do direito fundamental à saúde. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 233-250, jan./mar. 2013. p. 237.

24 O gasto com o direito prestacional deverá estar previsto no orçamento público anual.

25 Ingo Sarlet sustenta que a reserva do possível possui dimensão tríplice: (i) a da efetiva disponibilidade fática dos recursos; (ii) a da disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos (distribuição de receitas e competências orçamentárias, tributárias, legislativas, administrativas, entre outros); e (iii) a da perspectiva do particular que demanda a prestação material, de maneira que se verifique a proporcionalidade e a razoabilidade da conduta pleiteada. FIGUEIREDO; SARLET, op. cit., p. 30.

26 O art. 373, II do Novo Código de Processo Civil dispõe que incumbe ao réu o ônus da prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

27 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 243. Saulo Pivetta justifica o fato de não poder ser invocada a reserva do possível para afastar ou restringir a jusfundamentalidade do direito a saúde ou de qualquer direito social, tendo em vista que os direitos de liberdade (nas hipóteses de proteção e promoção) também podem reclamar o dispêndio de recursos financeiros do Estado. PIVETTA, op. cit., p. 77.

28 José Reinaldo de Lima Lopes sustenta que a alegação da reserva do possível é legítima nos casos de litígios de direito público, especialmente quando o pedido e a decisão tenham o intuito de beneficiar alguém em particular e de forma imediata e isolada. LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 172-173.

a sua possibilidade orçamentária; e por outro lado, o Estado não pode invocá-la para eximir-se do cumprimento de seus deveres constitucionais, principalmente quando da omissão “puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”.²⁹

Saulo Pivetta, ao tratar da reserva do possível como possível restrição à aplicabilidade do direito fundamental à saúde, afirma que a escassez de recursos deve ser vista de maneira moderada (jamais absoluta), visto a significativa arrecadação tributária do Brasil. Paulo Caliendo leciona que a tributação tanto pode funcionar como um fator de alargamento da reserva do possível – na medida em que são criados tributos como modelo de financiamento de direitos fundamentais sociais – quanto um fator de diminuição da mesma – quando parte da arrecadação é desviada para financiar outros elementos diversos dos direitos fundamentais ou se perde no custeio de uma máquina pública³⁰. Assim, resta se verificar a adequada alocação de recursos para as finalidades constitucionais e infraconstitucionais³¹.

É obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível. A partir disso, depreende-se que a reserva do possível deve ser encarada com cautela e que as limitações vinculadas a ela não são necessariamente falaciosas. O que o é, contudo, é a maneira como ela tem sido invocada para impedir intervenção judicial e servir de desculpa genérica para a omissão estatal na seara da efetividade dos direitos fundamentais.³²

Neste contexto, é relevante tratar do conceito de “mínimo existencial”, de inspiração doutrinária e jurisprudencial alemã, que “pretende atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público, que seria obrigado a garantir uma existência mínima digna a todos os cidadãos”³³.

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45*. Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 29.04.2004. DJ, publicado em 04.05.2004.

30 CALIENDO, op. cit., p. 184-185.

31 PIVETTA, op. cit., p. 78.

32 FIGUEIREDO; SARLET, op. cit., p.32.

33 BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. *Revista Quaestio Iuris*, [S.l.], v. 04, nº 01, 2011. p. 488-512. A jurisprudência reconheceu critérios normativos para definir se a prestação requerida consubstancia ou não direito subjetivo do reclamante. São eles: (i) reconhecimento da comunidade científica quanto à eficácia do remédio/tratamento pleiteado (ou a comprovação de que o medicamento se encontra devidamente registrado na Anvisa, o que faz pressupor a sua eficácia; (ii) adequação do remédio/tratamento para a pessoa do requerente; (iii) inexistência de outro medicamento/tratamento igualmente eficaz,

Esse conceito apresenta problemática acerca da indeterminabilidade do quantum a ser por ele assegurado. Daniel Wunder Hachem afirma existirem duas correntes doutrinárias distintas quanto à fixação deste conteúdo: (i) a que defende haver um “conteúdo determinável no caso concreto”, para a qual os limites do mínimo existencial só poderão ser delimitados analisando-se as circunstâncias fáticas do caso concreto; e (ii) a que sustenta haver um “rol constitucional preferencial”, onde o conteúdo do mínimo existencial pode ser definido a partir de um elenco preferencial oferecido pela Constituição, considerando as peculiaridades do momento histórico considerado. Divergindo da maioria da doutrina, Hachem se alinha à segunda corrente, argumentando que ao se aceitar um conceito completamente aberto de mínimo existencial, o intérprete pode variá-lo indiscriminadamente, conforme o caso concreto, prejudicando assim a funcionalidade operacional do instituto.³⁴

Ana Paula de Barcellos assevera que “as prestações que fazem parte do mínimo existencial - sem o qual restará violado o núcleo da dignidade da pessoa humana, compromisso fundamental do Estado brasileiro- são oponíveis e exigíveis dos poderes públicos constituídos”. Para a autora, o mínimo existencial é composto de quatro elementos: a educação básica, a saúde básica, a assistência aos desamparados (de caráter instrumental) e o acesso à justiça. As prestações da “saúde básica” são diferenciadas das demais a partir de dois parâmetros: a relação entre o custo da prestação de saúde e o benefício que ela poderá proporcionar para o maior número de pessoas, ou seja, tem preferência a prestação de saúde capaz de, pelo menor custo, atender de maneira eficaz o maior número de pessoas; e a inclusão prioritária ao mínimo existencial das necessidades passadas, presentes e futuras de todos os indivíduos.³⁵

A Constituição de 1988, nesta linha, deu prioridade a quatro ações: (i) a prestação do serviço de saneamento (art. 23, IX, 198, II e 200, IV); (ii) o atendimento materno-infantil (art. 227, §1º, I); (iii) as ações de medicina preventiva (art. 198, II); e (iv) as ações de prevenção epidemiológica (art.

constante das políticas do SUS; (iv) o medicamento/tratamento tenha sido prescrito por profissional médico habilitado (preferencialmente credenciado ao SUS); (v) o requerente não disponha de condições financeiras para arcar com o medicamento/tratamento sem comprometer seu sustento e o de sua família.

34 HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 213- 215.

35 BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia Jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 320-329.

200, II).³⁶ As prestações de saúde básica devem ser fornecidas pelo Estado a toda população (universalização do acesso ao bem jurídico). Para as demais prestações, exigese a intervenção do legislador ordinário³⁷.

No ordenamento jurídico brasileiro, contudo, o conteúdo do direito à saúde assume contornos bem delineados, visto o extenso rol de leis ordinárias e atos administrativos neste campo, que integram a própria norma constitucional do direito à saúde, submetidos ao regime jurídico especial dos direitos fundamentais.³⁸

2 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) E A DIRETRIZ DE ATENDIMENTO INTEGRAL

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 198 dispõe que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único(...)”. Com isso, tem-se que, no Brasil, a efetivação do direito à saúde se dá por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), que “representa o núcleo estruturante de todas as ações e serviços de saúde pública”³⁹. Este sistema modificou completamente a política sanitária brasileira, antes voltada apenas para dois objetivos: (i) para fazer frente a situações emergenciais, muitas vezes com o uso do aparato policial; e (ii) para manter a integridade física do trabalhador⁴⁰.

O SUS trata-se de estrutura complexa, da qual participam vários atores: órgãos da Administração Pública direta (como o Ministério da Saúde, Secretarias Estaduais e Municipais), entes da Administração Indireta (como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária e os hospitais universitários vinculados às universidades públicas), pessoas de direito privado (como Organizações Sociais e hospitais filantrópicos) e os Conselhos e Conferências de Saúde, que viabilizam a participação comunitária na formulação e gestão das políticas públicas sanitárias⁴¹. A atuação de todos

³⁶ Ibidem, p. 320-329.

³⁷ Para aprofundamento no tema, ver: BARCELLOS, Ana Paula. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direito sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 807-815.

³⁸ PIVETTA, op. cit., p. 86.

³⁹ Ibidem, p. 124.

⁴⁰ Ibidem, p.117.

⁴¹ A participação popular na gestão das políticas públicas se trata de diretriz constitucional (art. 198, III). A regulamentação deste dispositivo se dá pela Lei 8.142/1990, que institui dois órgãos de participação popular: a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde. Ibidem, p. 144.

estes agentes se dá de maneira articulada, a partir de diretrizes traçadas constitucionalmente.⁴²

Primeiramente, o caput do art. 198 da CF/1988 estabelece que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada. A partir disso, tem-se que a divisão do sistema se dá por circunscrições regionais, que além dos critérios geográficos leva em conta também as peculiaridades de cada região e suas demandas na área da saúde. A hierarquização, por sua vez, ocorre pela ordenação dos serviços a partir de sua complexidade, graduados em três níveis: o atendimento primário, o atendimento secundário e o atendimento terciário⁴³.

Além disso, os incisos do art. 198 listam três diretrizes do Sistema Único de Saúde: (i) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; (ii) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e (iii) participação da comunidade⁴⁴. Para a finalidade traçada neste trabalho, se analisará detalhadamente apenas a diretriz do atendimento integral.

42 PIVETTA, op. cit., p. 125.

43 Trata-se de modelo recomendado pela Organização Mundial de Saúde e pela Organização Panamericana de Saúde, por viabilizar um planejamento mais adequado e uma maior eficiência na gestão dos recursos públicos. O atendimento primário (ou atenção básica) envolve as ações de baixa complexidade (como consultas simples). A partir daí, quando necessário, o cidadão é encaminhado (referenciado) para os níveis mais complexos (secundário ou terciário). PIVETTA, op. cit., p. 125-126. A atenção básica é capaz de resolver 80% dos problemas de saúde da população, conforme indicado na cartilha "Entendendo o SUS". Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2013/agosto/28/cartilha-entendendo-o-sus-2007.pdf>> Acesso em: 01 nov. 2015.

44 O art. 7º da lei 8.080/1990 dispõe que, além das diretrizes previstas no art. 198 da CF, as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), obedecem ainda aos seguintes princípios: I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; VIII - participação da comunidade; IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população; XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

O art. 6º da Lei 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde) lista um extenso rol de obrigações incluídas na esfera de abrangência do SUS⁴⁵, com o intuito de atender à exigência da integralidade. A referida lei, em seu art. 7º, II, especificou que a integralidade na assistência é “entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”. Vale ressaltar que “o conteúdo do direito à saúde assegurado pela Constituição compreende todas as dimensões de eficácia típicas dos direitos fundamentais, impondo ao Estado deveres de respeito, de proteção e de promoção”.⁴⁶

A partir disso, a Norma Operacional Básica do SUS (NOB 1/96), formalizada através da Portaria nº 2.203 do Ministério da Saúde, sistematiza o atendimento das demandas pessoais e das exigências ambientais em três áreas: (i) a da assistência, em que as atividades são dirigidas às pessoas, individual ou coletivamente, e que é prestada no âmbito ambulatorial e hospitalar, bem como em outros espaços, especialmente no domiciliar; (ii) a das intervenções ambientais (em sentido mais amplo, que inclui as relações e as condições sanitárias nos ambientes de vida e de trabalho, o controle de vetores e hospedeiros e a operação de sistemas de saneamento ambiental); e (iii) a das políticas externas ao setor saúde, que interferem nos determinantes sociais do processo saúde-doença das coletividades, de que são partes importantes questões relativas às políticas macroeconômicas, ao emprego, à habitação, à educação, ao lazer e à disponibilidade e qualidade dos alimentos.

Percebe-se, nesse contexto, que a diretriz de atendimento integral do SUS deve englobar medidas preventivas (prioritariamente⁴⁷) e assistenciais.

45 Art. 6º da Lei 8080/1990: “Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): I - a execução de ações: a) de vigilância sanitária; b) de vigilância epidemiológica; c) de saúde do trabalhador; e d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica; II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico; III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde; IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar; V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho; VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção; VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde; VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano; IX - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; X - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico; XI - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados”.

46 PIVETTA, op. cit., p. 127.

47 Art. 198, II da CF: “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”.

A integralidade, portanto, deve ser compreendida como a obrigação do Poder Público formular políticas públicas que, a partir de critérios epidemiológicos e científicos, englobem as ações e serviços necessários à garantia da saúde física, mental e social de todos os cidadãos. Logo, não significa que toda e qualquer prestação assistencial integra o conteúdo do direito à saúde exigível do Estado.⁴⁸

Os critérios epidemiológicos utilizados pelo Ministério da Saúde se dividem em quatro frentes: (i) análise da situação de saúde; (ii) identificação de perfis e fatores de risco; (iii) vigilância em saúde; e (iv) avaliação epidemiológica de serviços, ações e programas⁴⁹. Com relação ao critério científico, este deverá ser observado para que um determinado medicamento, produto ou tratamento passe a integrar as políticas do SUS⁵⁰.

O art. 19-M da Lei Orgânica da Saúde dispõe que a integralidade consiste em: (i) dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado; (ii) oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.

Antes de se adentrar no próximo tópico, se faz necessário tratar dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT), já que os serviços e bens de saúde entregues pelo Estado devem estar de acordo com as previsões dos mesmos. São definidos como: “documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS”⁵¹.

Essa delimitação do conteúdo do direito à saúde se faz necessária por duas razões: (i) para assegurar a diretriz da universalidade do SUS,

48 PIVETTA, op. cit., p.130.

49 Ibidem, p.131.

50 Art. 19-Q, §2º, I da Lei 8.080/1990: “O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente: I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso”.

51 Art. 19-N, II da Lei Orgânica da Saúde.

o tratamento ofertado em um caso específico deve ser disponibilizado a qualquer cidadão que tenha a mesma necessidade; (ii) a ausência de protocolos inviabilizaria qualquer planejamento logístico, diminuindo a eficiência da gestão administrativa das ações e serviços de saúde⁵². Cabe ao Ministério da Saúde promover a incorporação, exclusão ou alteração dos PCDT, juntamente com a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia do SUS, que oferecerá apoio técnico⁵³. Contudo, caso se verifique a ineficiência do tratamento neles previsto, ou a ausência de protocolo clínico para a situação, é possível que o médico receite medicamento ou tratamento adequado ao paciente, ainda que não previsto na diretriz, sob pena de se violar a diretriz de atendimento integral. As demais restrições impostas, no entanto, devem ser mantidas⁵⁴.

O Decreto 7.508/2011 institui a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (Renases) e a Relação Nacional de Medicamentos (Rename), pelos quais deverão ser publicizadas as prestações que são fornecidas pelo Sistema Único de Saúde.

3 RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO E A TEORIA DA FAUTE DU SERVICE

A responsabilidade do Estado no Brasil está prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, assim redigido: “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”⁵⁵. Desse dispositivo infere-se que a responsabilidade entre o Estado e a vítima será objetiva, e entre o Estado e o agente causador do dano, subjetiva.

Emerson Gabardo afirma que “a responsabilização decorre da especialidade do regime jurídico imposto, e, portanto, é perfeitamente

52 PIVETTA, op. cit., p. 150.

53 Art. 19-Q da Lei Orgânica da Saúde.

54 O art. 19-T da Lei Orgânica da Saúde veda expressamente a dispensação de medicamentos sem registro na Anvisa, bem como proíbe o pagamento ou ressarcimento de produto ou procedimento experimental, ou de uso não autorizado pela agência.

55 Romeu Felipe Bacellar Filho defende que a locução serviço público constante no § 6º do art. 37 da Constituição não deve ser interpretada em seu sentido técnico, mas deve abranger a responsabilidade objetiva do Estado também no exercício da função legislativa e jurisdicional, no fomento, no poder de polícia, no poder disciplinar e, com fundamento no art. 927 do Código Civil, inclusive na atuação de empresas públicas que exerçam atividade econômica geradora de riscos. BACELLAR FILHO, op. cit., p. 228-231.

justificável o seu caráter objetivo...”⁵⁶. No entanto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência flexibilizam o rigor constitucional, adotando posicionamentos diversos.

Conforme ensina Romeu Felipe Bacellar Filho, “a responsabilidade patrimonial da Administração Pública advém do descumprimento ao disposto em cláusulas contratuais, ou da conduta humana comissiva ou omissiva, lícita ou ilícita, lesiva a interesses juridicamente protegidos, estranha a qualquer ajuste, podendo ser contratual ou extracontratual”⁵⁷. Ao contrário do Direito Civil, no Direito Administrativo também se admite responsabilização patrimonial por atos lícitos com fundamento no princípio da distribuição igualitária dos ônus e encargos sociais⁵⁸.

O Estado é responsável apenas por danos causados pelos agentes públicos no exercício de suas funções⁵⁹. Fora de suas atividades, há apenas responsabilidade da pessoa física com fundamento no Direito Civil⁶⁰.

Caso o ente político não preste diretamente o serviço público, mas disponibilize esta comodidade mediante descentralização administrativa ou por concessão à iniciativa privada, estas pessoas jurídicas são imediatamente responsáveis pelos danos que causarem. Caso tornem-se insolventes, deve ser acionado o agente público responsável pelo dano e, sucessivamente, arcará com a indenização a União, o Estado ou Município apenas se os outros não puderem reparar o dano. A responsabilidade subsidiária se justifica porque a obrigação originária de prestar o serviço é do próprio Estado⁶¹.

56 GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado em face dos princípios da eficiência e da boa-fé. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabricio (Org.). *Direito Público Moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 261-262.

57 *Ibidem*, p. 197.

58 GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. Hipóteses de não incidência de responsabilidade civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: Desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 303-305.

59 Bacellar Filho defende a ordem de preferência na responsabilidade, afastando a solidariedade. Assim, primeiro se responsabiliza o prestador do serviço público e depois o agente (pessoa física) em caso de dolo ou culpa, pois a Constituição impõe esta ordem. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 235.

60 HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria da faute du service. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al (org.). *Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1137.

61 BACELLAR FILHO, op. cit., p. 244-248.

De acordo com Marcos Blasi, o Supremo Tribunal Federal vem categoricamente rejeitando a possibilidade de responsabilização direta do agente público, ou seja, primeiro se aciona o Estado que, se condenado, deve ingressar com ação regressiva⁶². Além do cidadão beneficiado pelo serviço público, o STF, em sede de repercussão geral, admitiu inclusive o dever de indenizar terceiro não usuário do serviço sem necessidade de demonstração de culpa, ainda que prestado por pessoa jurídica de direito privado⁶³.

Tratando-se de dano decorrente de ato ilícito, o dever de indenizar decorre da inobservância ao princípio da legalidade. Por outro lado, quando o Estado age com observância à lei, há hipóteses em que o dano é presumido, como na desapropriação, e outras em que o dano é acidental, cuja recomposição se fundamenta no princípio da igualdade⁶⁴.

A doutrina da *faute du service*, segundo Daniel Wunder Hachem, se aplica nos casos em que o serviço público causa dano por ação (funcionou mal) ou por omissão (não funcionou ou funcionou atrasado). O autor indica a existência de divergência na doutrina sobre a responsabilidade por omissão, se depende da demonstração do dolo ou culpa ou apenas do nexo causal entre a inércia da Administração e o dano⁶⁵.

Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que a responsabilidade estatal por ação, fundada na teoria do risco-proveito, é objetiva e a por omissão é subjetiva, pois nesta hipótese o dano não seria causado pelo Estado. A inércia seria mera condição, dependendo da constatação de dolo ou culpa estatal decorrente da abstenção de impedir o dano, apesar da existência de dever legal de agir. Defende a presunção de culpa do Poder Público, por imprudência, imperícia e negligência, com a possibilidade de

62 BLASI, Marcos Chucralla Moherdau. Panorama atual da responsabilidade do Estado em matéria de serviços públicos na jurisprudência do STF. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, out./dez. 2010. p. 100-101.

63 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 591874*, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, julgado em 26.08.2009. DJE-172, divulgado em 11.09.2009, publicado em 14.09.2009.

64 NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 792-795.

65 HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria da *faute du service*. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Org.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1132-1133.

prova em contrário. Ou seja, a demonstração que não agiu com dolo ou culpa afasta a responsabilidade estatal⁶⁶.

A responsabilidade por ação estatal não enseja maiores divergências jurisprudenciais e doutrinárias quanto ao seu caráter objetivo. Hachem, ao analisar a doutrina sobre as origens da *faute du service*, atesta que esta teoria, da forma que foi elaborada na França, é compatível com a responsabilidade objetiva⁶⁷. Acerca da doutrina da teoria nos casos de omissão, o autor constata que os doutrinadores franceses “referem-se ao fato objetivo de inobservância de um dever juridicamente imposto”⁶⁸ não às modalidades de culpa (negligência, imprudência ou imperícia), ou seja, *faute* não deve ser traduzido como culpa, pois não é este o sentido utilizado na França.

Defende, ainda, que a utilização da teoria da *faute du service* para os casos em que o serviço público não funcionou, funcionou mal ou funcionou atrasado, em sua origem francesa, não importa responsabilidade subjetiva, já que se admite a responsabilidade objetiva do Estado por atos omissivos naquele país. Sustenta, ainda, que a qualificação da responsabilidade da Administração deve observar o respectivo ordenamento jurídico que, no caso brasileiro, por força da Constituição Federal, impõe um regime que dispensa a demonstração de dolo ou culpa⁶⁹.

À luz do princípio da proporcionalidade, não havendo motivos suficientes para tratar de maneira distinta as ações e as omissões estatais quando afetem o núcleo dos direitos fundamentais, Juarez Freitas também se posiciona a favor da responsabilidade objetiva⁷⁰. Defende a inversão do ônus da prova do nexo de causalidade, não a culpa presumida⁷¹.

66 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 996-1001.

67 Em sentido contrário, Rodrigo Valgas dos Santos entende que há contradição na adoção da teoria da *faute du service*, que dependeria da demonstração da culpa ou dolo, com a responsabilidade objetiva. SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexo causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado. In: FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 273.

68 HACHEM, Daniel Wunder. HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria da *faute du service*. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Org.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1139.

69 *Ibidem*, p. 1139. No mesmo sentido: NOHARA, op. cit., p. 832; BACELLAR FILHO, op. cit., p. 213.

70 FREITAS, Juarez. Omissão administrativa e o teste de proporcionalidade. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 15, n. 78, , p. 20, mar./abr. 2013.

71 *Ibidem*, p. 25.

Rodrigo Valgas dos Santos afirma que “para imputarmos ao Estado a responsabilização objetiva, por ação ou omissão, a tarefa que de súbito se impõe ao operador jurídico é verificar se há ou não o nexos entre a conduta e o resultado danoso”⁷². Explica, o autor, que não se deve confundir causalidade com culpabilidade, pois pode haver nexos causal sem culpa, como nos casos de responsabilidade estatal por atos lícitos⁷³. “O nexos causal é a indispensável relação de causa e efeito para que o dano possa ser juridicamente relevante”⁷⁴.

A adoção da teoria publicista objetiva é mais adequada, pois exige a demonstração do nexos causal entre o dano e a conduta estatal e permite a aplicação de excludentes de responsabilidade, impedindo que o Estado se transforme em segurador universal⁷⁵.

À primeira vista, a efetiva diferença entre a responsabilidade subjetiva e objetiva por atos omissivos pode passar despercebida, pois “a ‘culpa genérica’ ou prestação deficiente de serviços públicos de que fala a teoria subjetiva acaba tendo o mesmo efeito prático do não cumprimento do dever legal”⁷⁶. Ocorre que a adoção da responsabilidade subjetiva por atos omissivos acaba por chancelar o descumprimento do dever estatal de eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), reflexo do direito fundamental à boa administração.

Não pode o Poder Público ficar desonerado de arcar com indenização caso não se prepare razoavelmente para o cumprimento do dever legal de impedir o dano sob a alegação de ausência de dolo ou culpa na sua conduta. Esta postura afronta o princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos. A teoria objetiva é mais abrangente que a subjetiva justamente nestas hipóteses de descumprimento do dever de eficiência.

A doutrina elaborou diversas teorias sobre o nexos causal. De acordo com a teoria da equivalência das condições, também conhecida como *conditio sine qua non*, importada do Direito Penal, toda causa que hipoteticamente excluída evitasse a ocorrência do dano seria de igual importância para a verificação do dever de indenizar. Esta não é a opção

72 SANTOS, op. cit., p. 269.

73 Ibidem, p. 271.

74 Ibidem, p. 270.

75 Ibidem, p. 272.

76 BLASI, op. cit., p. 99.

adotada no Brasil⁷⁷. “O ponto fraco da teoria é considerar todas as condições como equivalentes, sem distinguir, na cadeia causal, quais fatos foram mais ou menos relevantes na produção do resultado”⁷⁸.

A teoria da causalidade adequada é menos radical. Analisa se a causa hipoteticamente é apta ou não para produzir o dano conforme o curso natural das coisas, ou seja, sem a existência de uma circunstância extraordinária determinante para a produção do dano⁷⁹. Esta teoria apresenta uma vertente positiva, onde o evento será causa do dano sempre que for “consequência natural” ou “efeito provável” na sequência dos fatos geraram o resultado danoso; e outra negativa, que inversamente considera que caso o fato danoso seja indiferente na produção do resultado, ele não será causa⁸⁰. Rodrigo Valgas dos Santos esclarece que esta teoria acaba por deixar a juízo do julgador a discricionariedade de decidir o que é ou não causa adequada em razão da dificuldade prática de se constatar esta circunstância⁸¹.

Por fim, a teoria dos danos diretos e imediatos, ou teoria da interrupção do nexos causal, segundo a qual não importa o tempo transcorrido entre a causa e o dano, mas que a causa seja necessária para a ocorrência do dano, ou seja, se o dano decorre direta e imediatamente da causa⁸². Havendo mais de uma condição que possa se enquadrar como causa, ambas seriam aptas a gerar o dever de indenizar⁸³.

Analisadas sumariamente as teorias do nexos causal, se faz necessário o estudo das suas excludentes. A primeira é o fato da vítima, em que foi o próprio lesado que se expôs indevidamente ao risco criado pelo Estado. Não há a necessidade que seja fato exclusivo da vítima ou que esta aja com dolo ou culpa.

A análise do caso concreto é fundamental para a averiguação se a contribuição da vítima foi realmente determinante para a geração do dano⁸⁴. Se o fato contribuiu apenas em parte para ocorrência do dano,

77 SANTOS, op. cit., p. 275-276.

78 Ibidem, p. 275.

79 Ibidem, p. 276-277.

80 Ibidem, p. 277.

81 Ibidem, p. 279.

82 Ibidem, p. 279.

83 Ibidem, p. 281.

84 Ibidem, p. 285-286.

não há exclusão, mas atenuação da responsabilidade⁸⁵, conforme art. 945 do Código Civil⁸⁶. De qualquer forma, o ônus da prova do fato da vítima, por ser fato desconstitutivo, incumbe ao Estado⁸⁷.

O fato de terceiro também pode romper o nexo causal quando o dano não foi gerado nem pela vítima nem pelo Estado. Quando há concorrência de causas do dano, o terceiro também será responsável, cabendo ao Estado a prova desta excludente do nexo causal, seja integralmente ou como atenuante. Ressalte-se que em geral os particulares não estão sujeitos à responsabilização objetiva. Inexistindo dolo ou culpa em sua conduta, o dever de indenizar será integralmente do Estado⁸⁸.

Também o caso fortuito e a força maior, que se caracterizam por fatos imprevisíveis, quanto à efetiva ocorrência ou ao momento que aconteçam, mas primordialmente por serem inevitáveis ainda que o Estado seja diligente. Depreende-se do parágrafo único do art. 393 do Código Civil que não há distinção legal entre estas figuras jurídicas⁸⁹. Não se pode alegar estas excludentes por falta de manutenção das estruturas físicas a cargo do Estado ou do prestador de serviço público, ou seja, se houver culpa⁹⁰ ou omissão a um dever razoavelmente exigível.

Juarez Freitas também considera excludente do nexo causal a impossibilidade de cumprimento do dever, devidamente justificada, que não se confunde com a mera arguição de reserva do possível⁹¹.

Romeu Felipe Bacellar Filho acrescenta o estado de necessidade, que pode afastar ou diminuir a responsabilidade quando houver prevalência do interesse público sobre o privado⁹². Pode ocorrer em caso de calamidade pública em que o Poder Público requisita bens privados ou ocupa-os temporariamente, cabendo indenização apenas se ocorrer danos anormais, conforme art. 5º, XXV, da Constituição Federal.

85 FREITAS, op. cit., p. 19.

86 GUERRA, op. cit., p. 296.

87 Ibidem, p. 328.

88 SANTOS, op. cit., p. 286-287.

89 GUERRA, op. cit., p. 318.

90 Ibidem, p. 319.

91 FREITAS, op. cit., p. 19.

92 BACELLAR FILHO, op. cit., p. 243.

A mera privação da disponibilidade de um bem ou serviço não acarreta dever de indenizar, desde que caracterizado o “imminente perigo público”. Ausente esta circunstância, não há estado de necessidade, logo o cerceamento da propriedade privada sem justa causa deve ser indenizado.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL (OU PATRIMONIAL) DO ESTADO POR INEFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE

Emerson Gabardo e Daniel Hachem afirmam haver ineficiência no comportamento administrativo quando este for: (i) omissivo, por descumprir um dever de agir estatuído para a Administração Pública; (ii) moroso, por desrespeitar o dever de celeridade; (iii) exacerbadamente formalista, por obstaculizar uma atuação ágil e fluida, marcada pela simplicidade e objetividade; (iv) perdulário, por ignorar o dever de otimização dos recursos para o alcance dos melhores resultados; e (v) improdutivo, por violar o dever de realização dos objetivos previstos pela lei para o atingimento efetivo do interesse público.⁹³ Em todos os casos, independentemente de ação ou omissão, a responsabilidade é objetiva.

Para que haja responsabilização do Estado por violação ao princípio da eficiência são necessários três requisitos: (i) descumprimento de um dever jurídico concreto de agir (omissão) ou cumprimento precário (ação) por parte do Estado ou de quem lhe faça às vezes; (ii) ocorrência de dano a um cidadão que não tenha o dever de suportar os seus efeitos; e (iii) nexos de causalidade entre o comportamento estatal e o prejuízo sofrido.⁹⁴

A demonstração do nexo causal por ação estatal que gere dano, conforme exemplos ao final do item anterior, é mais simples e intuitiva, merecendo maior atenção aspectos teóricos nos casos de omissão no serviço de saúde.

Conforme defende Juarez Freitas, “o Estado-Administração brasileiro precisa, sem evasiva protelatória, compensar e, de preferência, evitar (com prevenção e precaução) os danos oriundos de toda e qualquer conduta administrativa desproporcional por excesso ou inoperância”⁹⁵.

93 GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, faute du service e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre D. de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Org.). *Responsabilidade civil do estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 283.

94 HACHEM, op. cit., p. 1148.

95 FREITAS, op. cit., p. 16.

A responsabilidade do Estado deve ser compreendida em conjunto com o direito fundamental à boa administração e qualquer recurso à reserva do possível deve ser feita com cuidado quando presente o nexo de causalidade (inexistência de excludente), levando-se em conta o princípio da proporcionalidade⁹⁶.

A responsabilização patrimonial do Estado por omissão na área da saúde depende de um dever específico de agir que apenas pode ser constatado na análise do caso concreto, pelo dano ocorrido e pela demonstração do nexo causal entre a omissão estatal e o prejuízo⁹⁷.

A falha anônima no serviço por omissão será objetivamente indenizável se, mediante ponderação de valores, for razoavelmente exigível a atuação estatal para evitar a lesão⁹⁸. Ou seja, a responsabilidade por omissão no serviço de saúde pública é objetiva e tal entendimento vem gradativamente sendo aceito pela jurisprudência dos tribunais superiores⁹⁹.

O direito à saúde e o dever estatal de prestar o respectivo serviço estão sumariamente previstos nos art. 196 a 200 da Constituição Federal, cabendo ao Poder Público a regulamentação por meio de lei, o controle e a fiscalização de procedimentos técnicos.

A Lei 8.080/1990 tratou em nível nacional sobre o assunto, em especial no Capítulo “Da assistência terapêutica e da incorporação de tecnologia em saúde” (art. 19-M a 19-U). O dever específico de agir suscetível de indenização em caso de omissão é aquele previsto em protocolo clínico e diretriz terapêutica elaborado Ministério da Saúde (art. 19-Q). Assim, como regra geral, se houve observância ao protocolo clínico, que é baseado em conhecimentos técnicos das ciências da saúde, não há que se falar responsabilidade do Estado, pois ausente o nexo causal entre o dano por caso fortuito ou força maior.

96 FREITAS, op. cit., p. 16. Rodrigo Valgas dos Santos afirma que “As omissões genéricas como o dever de segurança prestado pelo Estado aos seus cidadãos, em face da impossibilidade da onipresença estatal, em regra não conduzem a indenização, a exemplo dos assaltos em logradouros públicos não indenizáveis pelo Estado. Contudo, quando a conduta omissiva é específica, ou seja, decorre de omissão pontual e individualizada do Estado, pode haver a respectiva indenização, como por exemplo, a polícia rodoviária federal libera veículo sem condições de trafegabilidade por seu visível estado de má conservação e este vem a provocar acidente logo adiante, causando dano a terceiro”. SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Ibidem*, p. 282.

97 HACHEM, op. cit., p. 1148.

98 GUERRA, op. cit., p. 310.

99 GOLON, Bruno Henrique; BORGES, Rosângela Mara Sartori. A responsabilidade civil objetiva do Estado e o Direito à saúde. *Revista judiciária do Paraná. Curitiba*, ano 9, n. 7, p. 226, maio 2014.

Neste ponto, ressalta-se que a defesa da normatividade dos princípios, em especial dos direitos fundamentais em razão da sua aplicabilidade imediata, principalmente após a Constituição de 1988, não importa em desprestígio das regras, que conferem maior segurança jurídica ao ordenamento¹⁰⁰.

Não se vislumbra inconstitucionalidade em abstrato dos dispositivos da Lei 8.080/1990, desta forma incide a “preferência pela lei [ou seja,] onde houver manifestação inequívoca e válida do legislador ela deve prevalecer, abstendo-se o juiz ou o tribunal de produzir solução diversa que lhe pareça mais conveniente”¹⁰¹.

Sendo a lei instrumento apto a regular e inclusive restringir direitos fundamentais, o dever específico de agir, indenizável em caso de omissão do ente estatal no serviço público de saúde, deve ter por pressuposto a legislação específica e demais atos normativos.

Eventualmente cabe impugnar os protocolos médicos por não incorporarem novos tratamentos ou por falta de motivação. Contudo, o ônus argumentativo será maior, pois a escolha de procedimentos e tratamentos pode se enquadrar no âmbito da discricionariedade do administrador, obrigado a optar por alternativas mais baratas com o objetivo de universalizar o serviço, deixando procedimentos mais caros para situações específicas. Por outro lado, inexistente o protocolo de tratamento, entra-se na esfera da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o que demanda uma resposta mais complexa mediante o necessário ônus argumentativo acerca do dever específico de agir do Estado na área de saúde.

Constatado dano decorrente da prestação de serviço público, é necessário se quantificar o valor indenizável com base na diligência média do serviço por meio de análise do caso concreto¹⁰², entendendo-se

100 SCHIER, Paulo Ricardo. Denúncia anônima em processo disciplinar na experiência dos tribunais superiores: entre os direitos fundamentais e o dever de investigação da Administração Pública. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro, ano 4, n. 14, abr./jun. 2009, p. 16. Pertinente a exposição dos pressupostos adotados por Paulo Ricardo Schier acerca da incidência direta dos princípios: (i) a aplicação direta de princípios constitucionais em detrimento de regras infraconstitucionais revestidas de presunção de constitucionalidade (ou seja, sobre as quais não recaia um juízo de inconstitucionalidade evidente) é procedimento perigoso; (ii) há que se conferir uma certa deferência às decisões expressadas pelo legislador infraconstitucional em homenagem ao princípio democrático e à segurança jurídica; (iii) princípios, preferencialmente, devem ser aplicados através das regras que lhe dão concretude e expressam as opções da sociedade em relação às concepções dos conceitos trazidos por aqueles; (iv) logo, aplicação direta de princípios em detrimento de regras só pode ser levada a efeito com reservas e mediante a demanda de um ônus argumentativo mais custoso. *Ibidem*, p. 6.

101 *Ibidem*, p. 19.

102 HACHEM, op. cit., p. 1138.

por diligência média a que atenda ao princípio da eficiência e ao direito fundamental à boa administração.

Segundo Daniel Hachem e Irene Nohara, o fundamento da responsabilidade patrimonial do Estado por atos omissivos é o princípio da igualdade, mais especificamente o princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos. Os prejuízos sofridos pelo cidadão individualmente considerado por ineficiência no serviço público deve ser repartido na sociedade¹⁰³. Esta foi a opção adotada pela Constituição, que não fez distinção entre ação ou omissão pública.

A fim de se constatar a ocorrência de uma omissão desproporcional, Juarez Freitas propõe os seguintes questionamentos: (i) a abstenção administrativa foi adequada ou negligenciou os meios eficientes e equitativos para a obtenção eficaz dos fins e objetivos constitucionais?; (ii) a abstenção administrativa foi necessária ou impôs sacrifícios iníquos, na distribuição dos encargos?; e (iii) no trade-off entre eficiência e equidade, o custo-benefício de abstenção foi justificável ou se tratou de abstenção de consequências injustificáveis?¹⁰⁴

Constatado o dano, é necessário se verificar qual pessoa jurídica é responsável pela indenização. Em caso de ação a resposta é mais evidente, pois deverá arcar com a indenização o ente ao qual integra o órgão responsável. Em caso de omissão, em que pese a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça conferir responsabilidade solidária entre União, estados e municípios e legitimidade passiva para figurarem no polo passivo de demanda de saúde¹⁰⁵ havendo regulamentação específica, não se pode ignorar a responsabilidade fixada pela Comissão Intergestores Tripartite, sob pena de negativa de vigência ao art. 19-U da Lei Orgânica da Saúde¹⁰⁶. Leva-se a crer que a atual posição daquela corte tem por objetivo evitar a aplicação retroativa da Lei 12.401/2011, que incluiu referido dispositivo.

É importante ressaltar que o prazo prescricional para ajuizamento de ação de indenização, por tratar-se de serviço público de saúde, é de cinco anos, conforme art. 1º-C da Lei 9.494/1997.

103 HACHEM, op. cit., p. 790.

104 FREITAS, op. cit., p. 22.

105 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 712992/PR*, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 08.09.2015. DJe, publicado em 23.09.2015.

106 Art. 19-U da Lei 8.080/1990: "A responsabilidade financeira pelo fornecimento de medicamentos, produtos de interesse para a saúde ou procedimentos de que trata este Capítulo será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite".

A responsabilidade estatal tem por objetivo a neutralização dos danos, o retorno ao status quo como se o dano sequer tivesse existido¹⁰⁷, motivo pelo qual alguns conceitos de Direito Privado, devidamente filtrados pelo regime jurídico de Direito Público, são necessários.

Conforme ressalta Bacellar Filho, a incidência do Direito Civil é subsidiária, ou seja, é aplicável apenas quando não houver norma específica de Direito Público¹⁰⁸. Ainda, a aplicação do Direito Privado “depende de um juízo de conformidade e adequação com a Constituição Federal”¹⁰⁹.

As modalidades de dano (moral, material, estético, lucros cessantes) e a indenização são aquelas previstas nos art. 944 a 954 do Código Civil, que admite o pagamento de quantia em parcela única à vítima ou a seus sucessores, pensionamento à vítima que tiver diminuição da sua capacidade de trabalho, aos seus dependentes em caso de morte ou inclusive aos pais da vítima de baixa renda, até a idade estimada de expectativa de vida dos genitores¹¹⁰.

“O dano ressarcível é aquele que se mostre especial, anormal e ofensivo a direito ou interesse legitimamente protegido”¹¹¹. Os danos materiais podem ser mais facilmente demonstrados mediante perícia ou cotação de mercado. Por outro lado, em especial no cálculo do dano moral, não cabe considerar a reparação como sanção pecuniária dissuasiva, o conhecido efeito pedagógico¹¹² aplicável principalmente do Direito do Consumidor.

No âmbito privado este critério é pertinente, pois o pagamento de indenização pelo reiterado descumprimento de determinado dever por vezes é mais vantajoso ao fornecedor que a solução definitiva da causa do dano.

Nos serviços públicos esta diretriz não deve incidir, com a ressalva aos concessionários privados prestadores de serviço público, pois o Estado não lucra com a atividade da saúde. Eventual repreensão à desídia reiterada da Administração deve se dar por ação civil pública ou outro meio cabível.

107 BACELLAR FILHO, op. cit., p. 233.

108 Ibidem, p. 195.

109 Ibidem, p. 198.

110 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no Recurso Especial nº 1325246*, Relator Ministro OG Fernandes. Decisão Monocrática, DJ, publicado em 08.05.2015.

111 BACELLAR FILHO, op. cit., p. 236.

112 MATTIETTO, Leonardo. A nova lei argentina de responsabilidade civil do Estado. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 15, n. 172, p. 108, jun. 2015.

A responsabilidade estatal também não tem função punitiva, devendo ser arbitrado o dano moral com objetivo estritamente reparador.

Demonstrado o dano à saúde, que em geral será comprovado por atestados médicos, certidão de óbito ou outros meios, há que se verificar o nexos causal e a inexistência de excludente ou atenuante, quais sejam, fato da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou força maior, impossibilidade razoável para o cumprimento do dever e estado de necessidade.

A observância dos procedimentos técnicos e do tratamento adequado ao diagnóstico na atuação da Administração importa na inexistência de nexos causal entre o dano e a conduta estatal por caso fortuito ou força maior na ocorrência do dano.

A partir deste ponto, com base na jurisprudência, é conveniente a exemplificação, apenas a título ilustrativo, de hipóteses de responsabilidade do Estado por ação ou omissão na prestação do serviço público de saúde.

Inexiste dever de indenizar se não for constatado erro médico¹¹³, isto porque o Estado teria responsabilidade com os meios, já que a medicina não é uma ciência exata, cada organismo pode reagir de maneiras diversas ao mesmo tratamento, logo incidem as excludentes do nexos causal do caso fortuito ou força maior em razão da imprevisibilidade do resultado da terapia.

Por outro lado, há responsabilidade estatal caso: o paciente contraia nova patologia durante o tratamento¹¹⁴; se constate negligência médica ao se esquecer compressa no interior do organismo após realização de cirurgia¹¹⁵; ocorra lesão grave durante procedimento de parto¹¹⁶, pois há nexos causal entre a conduta estatal e o dano.

A demora injustificada na transferência de hospital por ambulância de paciente que resulte morte¹¹⁷ e no atendimento do Serviço de Atendimento

113 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 664793*, Relatora Ministra Assusete Magalhães. Julgado em 28.04.2015. DJe, publicado em 08.05.2015.

114 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1423483*, Relator Ministro Humberto Martins. Julgado em 03.03.2015. DJe, publicado em 13.03.2015.

115 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo nº 788236*, Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 18.03.2014. DJe-057, divulgado em 21.03.2014, publicado em 24.03.2014.

116 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 852237*, Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 25.06.2013. DJe-176, divulgado em 06.09.2013, publicado em 09.09.2013.

117 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1341264*, Relator Ministro Olindo Menezes. Julgado em 18.06.2015. DJe, publicado em 29.06.2015.

Móvel de Urgência – SAMU¹¹⁸ é omissão que gera indenização, pois há dever específico de agir que poderia ter evitado o dano. A ineficiência estatal caracteriza o nexo de causalidade e a responsabilidade se dá com fundamento no princípio da igualdade na repartição dos ônus e encargos sociais.

Ocorre dano moral em caso de troca de resultados de exames¹¹⁹, pois há inobservância ao princípio da eficiência. Contudo, o Estado está isento de responsabilidade por realização de teste de HIV não solicitado que acusou resultado positivo¹²⁰ pois não há nexo causal (fato da vítima ou terceiro) entre o dano e a conduta estatal.

A demora para marcar uma consulta médica importa em quebra do princípio da proporcionalidade e descumprimento de deveres constitucionais¹²¹, logo gera dever de indenizar se houver dano¹²².

Por outro lado, não demonstrada a urgência do exame ou tratamento, não há dano a indenizar pela realização de exames na rede particular¹²³ por ausência de dever específico de agir que ilide o nexo causal, pois o atendimento no serviço de saúde não é por ordem de chegada, sendo tolerável espera para atendimento por tempo razoável.

O fornecimento tardio ou a omissão na entrega de medicamentos que causem dano ao paciente, seja morte ou agravamento no seu estado, acarreta o dever de indenizar¹²⁴. Seja em razão de decisão judicial¹²⁵ ou medicamentos de fornecimento contínuo pela Administração, pois o descumprimento de um dever específico de agir caracteriza o nexo causal.

118 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Apelação cível nº 2007011323007*, Relator James Eduardo Oliveira. Julgado em 26.03.2014. DJe, publicado em 07.04.2014.

119 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo Recurso Especial nº 369613*, Relator Ministro Humberto Martins. Julgado em 03.10.2013. DJe, publicado em 14.10.2013.

120 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1195995*, Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 22.03.2011. DJe, publicado em 06.04.2011.

121 FREITAS, op. cit., p. 21.

122 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1263331*, Relator Ministro Humberto Martins. Julgado em 18.10.2011. DJe, publicado em 26.10.2011.

123 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 497064*, Relatora Ministra Assusete Magalhães. Julgado em 19.03.2015. DJe, publicado em 26.03.2013.

124 FREITAS, op. cit., p. 22.

125 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1292983*, Relator Ministro Humberto Martins. Julgado em 01.03.2012. DJe, publicado em 07.03.2012.

Hachem defende que adotando a responsabilidade objetiva por omissão haveria dever de indenizar por dano sofrido em razão da demora no atendimento médico decorrente de greve dos servidores da saúde¹²⁶. Guerra, por outro lado, entende que poderia se tratar de caso fortuito, afastando a responsabilidade estatal¹²⁷. Contudo, se a greve for considerada ilegal, há a possibilidade de ação regressiva (fato de terceiro), decorrente de dolo ou culpa, contra os agentes. Inclusive, pode-se cogitar responsabilização do próprio sindicato que declarou greve ilegalmente. Há também a posição de Eros Grau, que entende que os servidores na área da saúde não teriam direito à greve¹²⁸, logo, nesta hipótese, haveria responsabilidade por dano ocorrido pela falha no atendimento.

5 CONCLUSÕES

Partindo-se do pressuposto da fundamentalidade e da universalidade do direito à saúde, bem como do dever do Estado de buscar todos os meios possíveis para garantir ao cidadão o mínimo existencial e um serviço público adequado, faz-se oportuno listar as principais conclusões apresentadas ao longo do trabalho.

- 1 A responsabilidade patrimonial do Estado na prestação do serviço público de saúde, seja diretamente ou por intermédio de particulares, tanto por ação quanto por omissão, é objetiva, ou seja, independe de demonstração de dolo ou culpa e se fundamenta no princípio da igualdade dos cidadãos perante os ônus e encargos sociais.
- 2 A fim de que o Estado não se torne segurador universal, a doutrina e a jurisprudência exigem a demonstração do nexo causal entre a conduta estatal e o dano, sem o qual não há dever estatal de indenizar.
- 3 Consideram-se excludentes do nexo causal, ou atenuantes em caso de culpa concorrente, o fato da vítima ou o de terceiro, o caso fortuito ou a força maior, a impossibilidade razoável para o cumprimento do dever e o estado de necessidade.
- 4 Nos casos de omissão, a fim de se verificar o nexo causal, é necessário a demonstração de um dever específico de agir do

126 HACHEM, op. cit., p. 1151.

127 GUERRA, op. cit., p. 318.

128 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 223.

Estado, que deve atuar com eficiência na prestação do serviço de saúde. A existência de protocolo clínico de tratamento, previsto na Lei 8.080/1990, é apto a comprovar a obrigação estatal.

- 5 Ressalta-se que o paciente não tem o direito subjetivo de escolher o tratamento a ser fornecido pelo Estado, que deve seguir os protocolos de tratamento expedidos pelo Ministério da Saúde. Se inexistente, é necessário recurso à aplicabilidade imediata do direito fundamental à saúde.
- 6 O ente estatal que causou o dano é obrigado a repará-lo. Em caso de omissão, o ente responsável é aquele fixado pela Comissão Intergestores Tripartite prevista no art. 19-U da Lei 8.080/90, a depender de quem tenha o dever específico de agir no caso concreto. Se não houver indicação do ente incumbido ou não puder ser determinado, a responsabilidade é solidária entre União, Estados e Municípios.
- 7 A extensão do dano material deve ser devidamente comprovado. Já o dano moral deve ser calculado com o estrito objetivo de reparar o dano, sem se atribuir à indenização função sancionatória ou pedagógica contra a Administração Pública.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia Jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3 ed. revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. *Revista Quaestio Iuris*, [S.l.], v. 04, n. 01, p. 488-512, 2011.

BLASI, Marcos Chucralla Moherdau. Panorama atual da responsabilidade do Estado em matéria de serviços públicos na jurisprudência do STF. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 8, n. 31 p. 91-125, out./dez. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45*. Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 29.04.2004. DJ, publicado em 04.05.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo nº 788236*, Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 18.03.2014. DJe-057, divulgado em 21.03.2014, publicado em 24.03.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 852237*, Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 25.06.2013. DJe-176, divulgado em 06.09.2013, publicado em 09.09.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 591874*, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, julgado em 26.08.2009. DJe-172, divulgado em 11.09.2009, publicado em 14.09.2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 712992*, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 08.09.2015. DJe, publicado em 23.09.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 664793*, Relatora Ministra Assusete Magalhães. Julgado em 28.04.2015. DJe, publicado em 08.05.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1423483*, Relator Ministro Humberto Martins. Julgado em 03.03.2015. DJe, publicado em 13.03.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1341264*, Relator Ministro Olindo Menezes. Julgado em 18.06.2015. DJe, publicado em 29.06.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo Recurso Especial nº 369613*, Relator Ministro Humberto Martins. Julgado em 03.10.2013. DJe, publicado em 14.10.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 712992/PR*, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 08.09.2015. DJe, publicado em 23.09.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1195995*, Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 22.03.2011. DJe, publicado em 06.04.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1263331*, Relator Ministro Humberto Martins. Julgado em 18.10.2011. DJe, publicado em 26.10.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 497064*, Relatora Ministra Assusete Magalhães. Julgado em 19.03.2015. DJe, publicado em 26.03.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1292983*, Relator Ministro Humberto Martins. Julgado em 01.03.2012. DJe, publicado em 07.03.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no Recurso Especial nº 1325246*, Relator Ministro OG Fernandes. Decisão Monocrática, DJ, publicado em 08.05.2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Apelação cível nº 20070111323007*, Relator James Eduardo Oliveira. Julgado em 26.03.2014. DJe, publicado em 07.04.2014.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2 ed. revisada e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental*. Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. revisada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

FREITAS, Juarez. Omissão administrativa e o teste de proporcionalidade. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 15, n. 78, p. 15-27, mar./abr. 2013.

GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado em face dos princípios da eficiência e da boa-fé. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabricio (Org.). *Direito Público Moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, faute du service e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre D. de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Org.). *Reponsabilidade civil do estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GLOECKNER, Joseane Ledebrium. A reserva do possível como limite à efetividade do direito fundamental à saúde. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 233-250, jan./mar. 2013.

GOLON, Bruno Henrique; BORGES, Rosangela Mara Sartori. A responsabilidade civil objetiva do Estado e o Direito à saúde. *Revista judiciária do Paraná*, Curitiba, ano 9, n. 7, p. 207-227, maio 2014.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. Hipóteses de não incidência de responsabilidade civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: Desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria da faute du service. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Org.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1131-1155.

_____. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205-240.

_____. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez. 2013.

_____. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. revisada e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 155-173.

- MATTIETTO, Leonardo. A nova lei argentina de responsabilidade civil do Estado. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 15, n. 172, p. 107-112, jun. 2015.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010.
- PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexo causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado. In: FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. revisada, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- _____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Interesse Público – IP*, Sapucaia do Sul, ano 3, n. 12, p. 91-107, out./dez. 2001.
- SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social*. Curitiba, 2009. 224 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2009.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Denúncia anônima em processo disciplinar na experiência dos tribunais superiores: entre os direitos fundamentais e o dever de investigação da Administração Pública. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 14, p. 3-23, abr./jun. 2009.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

RECEBIDO EM: 27/03/2017

APROVADO EM: 02/05/2017

O “DIÁLOGO” DE NORMAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR SOB AS ÓPTICAS DO PARADIGMA DA COMPLEXIDADE E DA ÉTICA DA ALTERIDADE

THE “DIALOGUE” OF SANCTIONER ADMINISTRATIVE LAW UNDER THE OPTICS OF THE PARADIGM OF COMPLEXITY AND THE ETHICS OF ALTERITY

Sandro Lucio Dezan

Doutor em Direito, pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB; Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Professor de Direito Administrativo e Constitucional para o Curso de Direito da UFES.

Aloísio Krohling

Pós-Doutor em Filosofia Política pela UFRJ. Pós-Doutor em Ciência Sociais pela PUC-SP. Doutor em Filosofia. Professor titular de Filosofia do Direito no Mestrado e Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória. Pesquisador de Filosofia de Direitos Humanos Fundamentais, ética, interculturalidade e diversidade na Faculdade de Direito de Vitória, FDV, Brasil.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A relação complexa e dialógica entre direito material e direito processual: a aplicação ao direito sancionador estatal; 2 Conclusão; Referências.

RESUMO: o presente artigo busca aplicar as teorias do pensamento complexo, de Edgar Morin, e da ética da alteridade, de Emmanuel Lévinas, para além dos seus aspectos ordinários subjetivos, com vistas a demonstrar a inter-relação reflexiva entre os ramos do direito positivo material e processual, abrindo-se espaço para uma provável percepção de interação e de harmonia com algumas teorias da filosofia do Direito, a exemplo da necessidade de integridade do Direito, esposada por Ronald Dworkin. Para tanto, utilizar-se-á como exemplo de aplicação, a partir de uma percepção do fenômeno jurídico, o direito administrativo sancionador, concluindo-se que os seus sub-ramos material e processual encontram-se em equidistância de importância para a aplicação do direito ao caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Sancionador. Teoria do Pensamento Complexo. Ética da Alteridade. Interação Reflexiva Entre Direito Material e Direito Processual. Integridade do Direito.

ABSTRACT: this article aims to apply the theories of complex thought of Edgar Morin and ethics of alterity of Emmanuel Lévinas in addition to its subjective ordinary aspects, in order to demonstrate the reflexive interplay between the branches of positive law materials and procedural, opening up space for a probable perception of interaction and harmony with some theories of law philosophy, such as the need for the Law integrity, espoused by Ronald Dworkin. For this purpose it will be used as an application example from a perception of the legal phenomenon the sanctioning administrative law, concluding that its sub-branches substantive and procedural are on importance of equidistance for the implementation of right in this case.

KEYWORDS: Punitive Law. Theory of Complex Thought. Ethics of Otherness. Reflexive Interaction Between Substantive Law and Procedural Law. Integrity of Law.

INTRODUÇÃO

Os ramos do direito material e do direito processual são complementares e simultaneamente funcionais e reflexivos: intrinsecamente e extrinsecamente relacionados e reagentes. Permite-nos falar, em consonância com uma acepção moderna da teoria unitária do Direito, em “diálogo das fontes” normativas¹ e esse é o objeto de estudo da presente investigação, qual seja, o diálogo ou, por outras palavras, a interação dialógica, entre as fontes normativas do direito material e do direito processual componentes do direito sancionador público.

Alguns autores brasileiros já se debruçaram sobre, e.g., a influência do texto normativo material sobre o espectro jurídico processual como instrumento de concreção de direitos² e, por que não, também e a partir disso, possa-se aferir a influência do direito processual sobre o direito material, de modo a traçar uma resultante analítica e normativa de complexidade e de alteridade entre esses objetos do saber jurídico-científico para o direito punitivo estatal, mormente para o direito sancionador.

Verifica-se, assim, uma conotação das faces processual e material do direito, como um todo, com o pensamento complexo e com a ética da alteridade, observadas não pela óptica do sujeito na qualidade de o “eu” e “o outro”, mas sim pelo viés de distinção de objetos de interesse desse mesmo sujeito, como intérprete do fenômeno jurídico.

A teoria da complexidade compreende espécie paradigmática de investigação científica da epistemologia contemporânea, estudada e detalhadamente desenvolvida por Edgar Morin, em contexto que se insere no campo da filosofia da reconstrução de pensadores como Jacques Derrida, Jean-François Lyotard, Gilles Deleuze. Por seu turno, a ética da alteridade de Emmanuel Lévinas é também uma contribuição para análise mais profunda dos princípios morais.

Nesse arcabouço, o presente texto busca investigar a influência dessas duas teorias – do pensamento complexo e da ética da alteridade – sobre os direitos positivos material e processual, afetos ao direito sancionador

1 Cf. JAYME, Erick. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 759, p. 24-40, jan. 1999; e MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, Aracaju, SE, v. 7, p. 15-54, 2004.

2 Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. A influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

público, a demonstrarem, para além da necessidade de inter-relação entre essas duas disciplinas, a factibilidade de aplicação objetiva, incidente sobre coisas, em que o sujeito intérprete se afigura como coadjuvante, de modo a demonstrar a unidade do direito material e processual em busca de um fim comum, consubstanciado na aplicação do Direito ao caso concreto nas ações sancionadoras estatais.

1 A RELAÇÃO COMPLEXA E DIALÓGICA ENTRE DIREITO MATERIAL E DIREITO PROCESSUAL: A APLICAÇÃO AO DIREITO SANCIONADOR ESTATAL

Edgar Morin assinala que “o problema do conhecimento é um desafio porque só podemos conhecer, como dizia Pascal, as partes se conhecermos o todo em que se situam, e só podemos conhecer o todo se conhecermos as partes que o compõem”³, e nessa medida apresenta em seus estudos a necessidade de acréscimo ao pensamento disjuntivo (firmado na disjunção, redução, simplificação)⁴, a teoria do princípio conjuntivo, posta a entender a natureza complexa do que cerca o homem e suas diversas pretensões de ciência. Busca afastar o reducionismo falso simplificador de complexidade, que se põe como anteparo a ofuscar ou a iludir o observador, como uma “cortina de fumaça”, acerca das inter-relações “rizomáticas” (para utilizar expressão de Gilles Deleuze)⁵ dos objetos de investigação e, desse modo, a essência das coisas. Sob essa óptica, asseguram Edgar Morin e Jean-Louis Le Moigne que a ciência clássica possuía algumas ideias-chave, dentre as quais se compreendia a concepção de “separabilidade”. De acordo com esse paradigma, “conhecer é separar [ē] em face de um problema complicado, dizia Descartes, é preciso dividi-lo em pequenos fragmentos e trabalhá-los um após o outro”^{6/7}.

3 MORIN, Edgar. *Da necessidade de um pensamento complexo. Para navegar no século XXI – Tecnologias do Imaginário e Cibercultura*. Porto Alegre: Sulina, v. 1, p. 1-27, 2003. p. 1.

4 Assinala Edgar Morin que “o paradigma simplificador é um paradigma que põe ordem no universo, expulsa dele a desordem. A ordem se reduz a uma lei, a um princípio. A simplicidade vê o uno, ou o múltiplo, mas não consegue ver que o uno pode ser ao mesmo tempo múltiplo. Ou o princípio da simplicidade separa o que está ligado (disjunção), ou unifica o que é diverso (redução)” (Id., 2015. p. 59).

5 DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mil Platôs. Capitalismo e esquizofrenia*. v. 1. Tradução de Aurélio Guerra Neto e Célia Pinto Costa. Rio de Janeiro: Editora 34.

6 MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean-Louis. *A Inteligência da complexidade*. São Paulo: Petrópolis, 2000. p. 205.

7 Edgar Morin escreve que “assim, as disciplinas científicas são desenvolvidas a partir da divisão do interior das grandes ciências, a física, a biologia etc., o que dá origem a compartimentos sempre novos. No limite, pode-se dizer que a separação entre ciência e filosofia e, mais amplamente, entre ciência e cultura humanista – filosofia, literatura, poesia etc. –, está instituída em nosso século como uma necessidade legítima. Nas ciências, a separação entre o observador e sua observação, ou seja, entre nós, humanos, que consideramos os fenômenos, e estes (os objetos de conhecimento), tinha valor de certeza absoluta. O conhecimento científico, objetivo, implicava a eliminação do indivíduo e da subjetividade. Se existisse um sujeito, ele causaria perturbação – seria um ruído” (Id., 1998. p. 13).

Morin e Le Moigne, por outro lado, afastando-se na medida adequada da teoria cartesiana, esclarecem que a produção de qualquer conhecimento científico, ao contrário do que prescreve Descartes, não é exclusiva do pensamento divisional aplicado de modo isolado, mas, com efeito, firma-se sobre as bases de um “fazer ir e vir incessante entre certezas e incertezas, entre o elementar e o global, entre o separável e o inseparável”⁸. Sem embargo, o saber científico não prescinde da lógica clássica, mas a deve balizar em seus devidos limites, sob a concepção de que o sujeito dedicado à investigação se coloca na percepção de que, “em certos casos é preciso transgredi-los”⁹. Com efeito, “não se trata, portanto de abandonar os princípios da ciência clássica – ordem, separabilidade e lógica –, mas de integrá-los num esquema que é, ao mesmo tempo, largo e mais rico”¹⁰.

Visa-se, assim, à superação dos paradigmas cartesiano e pragmático-positivista, que, ao reduzirem à falsa singularidade os seus objetos de estudo, acabam por descartar parte importante do todo, à melhor compreensão do fenômeno. Por outro lado, com a ideia de superação do modelo cartesiano, não se busca afastá-lo totalmente, mas complementá-lo por meio de uma dialogicidade complexa¹¹.

Adverte Inocêncio Mártires Coelho fazer parte da essência humana a tendência à apreensão reducionista, fragmentada aos aspectos simples e superficiais de um todo que, por vezes, demonstra-se, em uma análise mais acurada, complexo e multivariável¹². Essa simplificação leva a conclusões apressadas, a induções de fenômenos inexistentes, descompromissadas com os objetos observados e pseudodisjuntivos. Tais fatos podem também ser considerados, agora na visão de Edgar Morin, uma forma “de conhecimento fragmentado”, na medida em que “o nosso modo compartimentado de conhecimento produz uma ignorância sistemática, ou uma consciência

8 MORIN; LE MOIGNE, op. cit., p. 205.

9 Ibidem, p. 205.

10 Ibidem, p. 205.

11 Com efeito, “não se trata de opor um holismo global e vazio a um reducionismo sistemático; trata-se de ligar o concreto das partes à totalidade. É preciso articular os princípios da ordem e da desordem, da separação e da junção, da autonomia e da dependência, que estão em dialógica (complementares, concorrentes e antagonicos), no seio do universo. Em síntese, o pensamento complexo não é o contrário do pensamento simplificador, ele integra este último – como diria Hegel, ele opera a união da simplicidade e da complexidade, e até no metassistema que ele constitui ele faz com que a sua própria simplicidade apareça. O paradigma da complexidade pode ser enunciado não menos simplesmente do que o da simplificação: este último impõe disjuntar e reduzir; o paradigma da complexidade ordena juntar tudo e distinguir” (MORIN; LE MOIGNE, op. cit., p. 205).

12 COELHO, Inocêncio Mártires. *Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica*: fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 26.

retardatária dos efeitos perversos de ações consideradas [prima facie] salutares”¹³, limitativo da percepção do todo e de suas intensas implicações de causa e efeito, direitas e reflexivas. Sob esse vértice, Mártires Coelho afirma que a mente humana tende a fazer “analogias superficiais”, empregadas em tirar “conclusões de modo inopinado [na medida em que] despreza a variedade de pormenores bem como a existência de exceções, e desse modo procede como se estivesse a tecer uma teia de origem puramente interna para impô-la à natureza”¹⁴. Por esse viés, “como os meios e fins inter-retro-agem uns sobre os outros, a vontade realista de eficácia pode recorrer a meios poucos morais capazes de corromper a finalidade moral”¹⁵.

Esses são importantes efeitos comprometedores de uma melhor assimilação do todo sistêmico em forma de sistema aberto, receptivo e reflexivo. O reducionismo compreensivo limita a análise e, por conseguinte, imprime contornos notadamente equivocados dos reais limites do objeto de estudo. Por tudo - e não se está aqui a defender qualquer espécie de positivismo científico ou jurídico -, leva a conclusões nem sempre confiáveis, do ponto de vista da pretensão de cientificidade. Todavia, advirta-se que esse pensamento complexo é fruto do estágio evolutivo da coletividade¹⁶, embrincando-se ciência e complexidade em uma espécie de enlace temporal que leva à concepção de que “a ciência é complexa por que é inseparável de seu contexto histórico e social”¹⁷ e, por via análoga, a complexidade permeia e molda a cientificidade nos justos limites das percepções humanas, historicamente forjadas .

Afirma Edgar Morin¹⁸ que “deveríamos, portanto, ser animados por um princípio de pensamento que nos permitisse ligar as coisas que nos parecem separadas umas em relação às outras”¹⁹ e, sob esse vértice, a hipersimplificação não permite que se veja a complexidade do real. Com isso, os aspectos científicos que comumente se têm investigado de forma autônoma, disjuntiva, reducionista, ou unidirecional, apesar de se manterem epistemologicamente afastados, não mais se devem encontrar estanques, incomunicáveis e, por esse olhar, passam a compartilhar múltiplos pontos

13 MORIN, Edgar. *O método 6. Ética*. 4. ed. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Editora Sulina, 2011. p. 43.

14 *Ibidem*, p. 26.

15 *Ibidem*, p. 44.

16 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. v. I e II. Petrópolis: Vozes, 2002.

17 COELHO, op. cit., p. 24

18 MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Eliane Lisboa. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2015.

19 MORIN, op. cit., 2003. p. 2.

de convergência, de conjunção e, simultaneamente, de distinção, em forma de sistema aberto, imprescindível do exercício de uma racionalização interativa, inter-relacional de causas e efeitos²⁰.

Com o paradigma da complexidade intenciona-se ao afastamento do método da hipersimplificação epistemológica, haurida, para utilizar a expressão de Morin, de uma “patologia do saber”, “inteligência cega”²¹. Objetiva-se uma unidade complexa do objeto de estudo e de seus métodos de abordagem.

A complexidade dos objetos de estudo, por outro lado, reconhece um preambular afastamento, mas não a indiferença epistemológica, o que importa no fenômeno de os objetos inicialmente tidos como cientificamente unidirecionais, fechados em seus sistemas singulares de conhecimento, interconectarem-se em compartilhado sistema aberto, para a necessária interação de reconhecimento de pontos de proximidade e de dispersão, todavia, mutuamente influentes, reflexivos, em relação de codependência, que nos permite falar em simultaneidade de relações de alteridade e de complexidade conjuntiva, em que a identificação da parte não impede a identificação do todo, assim como a identificação deste último não obsta à identidade de efeitos de partes específicas sistêmicas.

O pensamento complexo, por outro giro, abre caminho à percepção dos contornos de incidência do princípio da alteridade, como pressuposto ético de inter-relações subjetivas e objetivas. Essa questão foi desenvolvida por Emmanuel Lévinas, ao considerar que o “outro” não se confunde com o “eu” e, por isso, não deve ser equivocadamente considerado com uma espécie de “eu projetado”, tendenciosamente a manter as mesmas características do “eu”, em forma de singularização e redução de complexidade, a ponto de excluir a individualidade e, por conseguinte, a existência do “outro”. Reportou-se ao conceito de “infinito”, para expressar a impossibilidade de o “eu” adentrar à essência do “outro”, mas tão somente poder quedar-se adstrito ao seu reconhecimento, como unidade distinta e complexa de mútua existência, ou de cooriginalidade. No reconhecimento do “outro” como unidade distinta há de se aferir a complexidade das relações intersubjetivas e, por que não dizer, também objetivas, para abarcar indivíduos e fenômenos objetivos, a servirem todos como objeto de uma metalinguagem, que os aborda e relaciona. Com isso, denota-se a correlação entre alteridade e complexidade.

20 MORIN, op. cit., 2015.

21 Ibidem, p. 11.

Sob esses vértices referenciais, ao aplicar a teoria da complexidade e a ética da alteridade²² ao direito punitivo estatal, especialmente sob o nosso objeto de estudo, ao direito sancionador público – sem embargo de extensão dessa conclusão a qualquer ramo punitivo do Estado, ou a qualquer ramo jurídico que empregue o direito processual para a concreção do direito positivo material –, há de se aferir que o racionalismo complexo nos leva a entender os ramos material e formal da persecução de modo conjunto, para assentir que ambos não podem ser tomados como elementos isolados e incomunicáveis do dever-poder sancionador; todavia, sem se descurar da sensível distinção epistêmica dada a um e a outro, pela necessidade de alteridade dos microssistemas formadores do macro. Essa interação compreende, sob essa óptica, o que Edgar Morin denominou de “princípio dialógico”, que “nos permite manter a dualidade no seio da unidade. Ele associa dois termos ao mesmo tempo complementares e antagônicos”²³. Complementares quanto ao escopo de justiça jurídica e antagônico quanto à distinção epistêmica²⁴.

Com efeito, sob essa concepção de dialogicidade, abarcam-se um ao outro, direito material e direito processual, em um ambiente de persecução para a aferição de responsabilidades, em um macro sistema “ambiental”, inserido no bojo da relação jurídica processual, sem desequilíbrios que levem à prevalência de um sobre o outro. A relação processual vale-se do direito material e do direito processual, tratando-os de modo cooriginário e reflexivo, de ação e retroação dialógicas. No bojo do conceito de ação, a persecução sancionadora estatal se inicia e se desenvolve; todavia, pela retroação, permite-se a essa relação processual se reiniciar o quanto preciso, para atender aos lineamentos do direito posto. Nisso se verifica a necessidade de uma teoria clara das nulidades processuais que não privilegie somente a ação, mas também, dialogicamente equilibrados, a ação e a retroação, ao amparo das normas jurídicas.

A complexidade conjuntiva se obtém dessa codependência regrada por normas jurídico-reguladoras legais e, essencialmente, constitucionais, em que a óptica de limitação do poder estatal verte deferência à dignidade

22 Sobre os aspectos da ética da alteridade e sua abrangência conceitual, cf. também: KROHLING, Aloísio (Org.). *Ética e a descoberta do outro*. Curitiba: CRV, 2010; _____. *A ética da alteridade e da responsabilidade*. Curitiba: Juruá, 2011.

23 MORIN, 2015, p. 74.

24 Nesse mesmo sentido, ao defender uma filosofia do direito processual com vista a dar autonomia à teoria do processo, sem perder de vista a inter-relação entre processo e direito material, afirma Sebastian Betancourt Restrepo que “merced a una fundamentación iusfilosófica, el derecho procesal podrá eruirse como autónomo y único, dejar de ser el ‘derecho adjetivo’ de la normatividad sustancial, dado que el derecho procesal no depende en lo absoluto de aquélla, y a contrario sensu, el derecho sustancial no es calificado ni caracterizado por aquél” (RESTREPO, Sebastián Betancourt. *Filosofía del derecho procesal*. Medellín: Univeersidad Autónoma Latinoamericana, Facultad de Derecho, 2008. p. 9).

da pessoa humana, como metavalor a nortear os demais princípios e regras de todo o ordenamento jurídico. Nesse sentido, não se concebe a classificação de ser o direito processual o ramo adjetivo do direito material, este o ramo substantivo. Ambos se empregam a adjetivar e a substantivar um ao outro, em uma relação complexa de alteridade, a integrarem-se sem a “desidentificação” dos contornos sistêmicos de cada unidade epistêmica²⁵.

Na práxis administrativa, porém, e, não obstante, jurisdicional da processualidade administrativa, apercebe-se, de um lado, o Estado a se apropriar (do) e a personificar o direito material punitivo e ver no direito processual – e em suas formas e formalismos – um entrave ao pleno e efetivo exercício de seu direito sancionador (a figurar, de modo “patológico”, como o seu “eu”, o “eu” estatal punitivo, em que somente importam as possibilidades fáticas de concretização desse direito-poder punitivo)²⁶ e, de outra face, o administrado, ou jurisdicionado, a se apropriar (do) e personificar o direito processual, na tentativa de (sem olvidar de uma parcela dos acusados dedicados à busca de todo e qualquer tipo de óbice à aplicação do ato punitivo) fazer valer seus direitos e garantias fundamentais frente a eventuais arbítrios estatais.

Vislumbra-se a “polarização personificada do processo”, fenômeno que podemos denominar de direito material acusador e de direito processual defensivo. Nesse contexto, as circunstâncias denotam, especialmente por obra do Estado, responsável²⁷ pela persecução formal, a unicidade não

25 Sobre a teoria dos sistemas na filosofia do direito, cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 5. ed. Traduzido por A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

26 Essa tendência do Estado-sancionador de somente fazer valer os institutos jurídicos, processuais e materiais, pelo vértice de seus interesses de célere persecução e sanção amolda-se ao que Edgar Morin denomina de “racionalização” em oposição à “racionalidade”. Assinala que “[a] racionalidade e a racionalização têm exatamente a mesma fonte, mas ao se desenvolverem tornam-se inimigas uma da outra. É muito difícil saber em que momento passamos da racionalidade à racionalização; não há fronteiras; não há sinal de alarme. Todos nós temos uma tendência inconsciente a afastar de nossa mente o que possa contradizê-la, em política como em filosofia [o que se denomina racionalização]. Tendemos a minimizar ou a rejeitar os argumentos contrários. Exercemos uma atenção seletiva sobre o que favorece nossa ideia e uma desatenção seletiva sobre o que a desfavorece. Com frequência, a racionalização se desenvolve na própria mente do cientista” (MORIN, 2015, p. 70).

27 E aqui, sob esse prisma da responsabilidade, há de se aferir o dever de vinculação do Estado à concepção de ética da alteridade, em Lévinas, e de ética da responsabilidade, em Hans Jonas, em que a responsabilidade deve ser vista como princípio a reger as inter-relações entre o coletivo social e entre o Estado, a sociedade e o indivíduo, em um contexto em que as ações e omissões de cada indivíduo deve ser pensada e projetada para o todo, que, assim, poderia ser concebido, em Morin e em Lévinas, como o “Outro Coletivo”, para o qual todos, individualmente, ou em sociedade, devem consideração e respeito. Nesses termos, cf. LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós. Ensaio sobre a alteridade*. Tradução de Pergentino Stefano Pivatto (coord.), Evaldo Antônio Kuiava, José Nedel, Luiz Pedro Wagner e Marcelo Luiz Pelizolli. Petrópolis: Editora Vozes, 2009; MORIN, op. cit.; e JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contração/Puc – Rio, 2006. Conferir também, sob a ética da responsabilidade: BECK, Ulrich. *Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

“complexiva” da dicotomia epistemológica entre direito material e direito processual, para incutir a concepção reducional do conceito de devido processo legal ao formalismo necessário ao exercício do direito material sancionador. Patente em questão uma espécie de “racionalização seletiva” estatal, desprovida da necessária autocrítica dos verdadeiros propósitos do direito punitivo, o que justifica a assertiva de Edgar Morin, ao discorrer sobre razão, racionalidade e racionalização, ao ressaltar que “devemos lutar sem cessar contra a deificação da razão que, entretanto, é nossa única ferramenta confiável, à condição de ser não só crítica, mas autocrítica”²⁸.

Sem embargo, à vista do pensamento complexo e da ética da alteridade aplicados ao direito positivo sancionador estatal, material e processual, não se concebem normas que, ao contrariarem dispositivos da Constituição Federal, ponham-se, por meio de polarizações personificadas do processo, a inferir assimetria ou desproporção entre os ramos jurídicos epistemológicos afetos à persecução processual e, do mesmo modo, portem-se a unificar ramos distintos do direito, em notado não reconhecimento do “outro”, refletido no processo e no direito positivo, a projetar-se à subjetividade distinta da concepção de “eu”.

Essa polarização do direito positivo, mesmo sob o argumento de busca da finalidade pública e do interesse público, pelo fato de “atropelar” o Direito com um todo, o Direito como lei, o ordenamento jurídico e, não obstante, a ciência do direito, não só ignora a complexidade²⁹ das interações entre categorias jurídicas. Ignora também a complexa influência recíproca existente entre os sujeitos envolvidos e dependentes do processo como fator de concretização da justiça. Age sem deferência aos paradigmas da alteridade³⁰ e da responsabilidade³¹ como princípios que se esperam do Estado Democrático de Direito.

O Estado-sancionador, com esse comportamento jurídico-patológico, ignora o que se pode denominar de o “outro coletivo”, representado por todo o corpo social, que se caracteriza, nesses moldes, como vítima direta da manipulação equivocada dos instrumentos do Direito, que passam ao largo de uma condução adequada do controle de litígios.

A verdade é que, ao polarizar um ou outro lado do direito positivo, por exemplo, o fato de ver no direito material a substantividade que é servida por um direito “adjetivo”, aplica-se ao fenômeno um método reducionista.

28 MORIN, op. cit., p. 71.

29 MORIN, 2015, op. cit.

30 LÉVINAS, op. cit.

31 JONAS, op. cit.

Esse método, malgrado pseudointegrador dos ramos material e processual – como se conjuntivo fosse –, opera de modo disjuntivo (reducionista de complexidade) quanto aos resultados buscados, na justa medida em que afasta dos resultados possíveis a concretização de direitos fundamentais.

Por exemplo, se dissermos que somente haverá nulidade no processo punitivo se a parte ré demonstrar cabalmente a ocorrência de agravo a seu direito, polarizaremos inadvertidamente o direito material em detrimento da distinção epistemológica do direito processual e isso, em princípio pareceria um raciocínio complexo e conjuntivo. Mas, por outro lado, não devemos desconsiderar que essa distinção epistemológica inicial se faz necessária para a conjunção dos resultados buscados pelo processo punitivo: o não afastamento, pela decisão processual, entre “interesse público” e “direitos fundamentais” dos acusados. Eis a interação complexiva que se pretende, como uma forma de ética da justiça³² do Direito pelo processo – uma espécie de racionalidade prática teleológica da justiça pela via da complexidade entre direito material e direito processual.

Além do mais, a percepção do Direito como instrumento formado pela complexidade e pela alteridade, vai ao encontro – para lhe dar uma resposta, – da teoria de Habermas³³, que buscou desautorizar a teoria do processo como relação jurídica – mormente o processo jurisdicional – na medida em que, por mais que Habermas tenha-se sustentado na ausência de ação comunicativa (na sua concepção de participação do todo coletivo na confecção da norma) no bojo da relação jurídica processual ao colocar o julgador em posição de superioridade sobre as partes litigantes e, destarte, proferir decisões solipsistas e, além do mais, sem a participação do potencial coletivo a ser afetado ou influenciado pela decisão inter partes, o pensamento do Direito como sistema complexo e permeado pela alteridade leva em consideração a assimilação de interesse público como interesse coletivo a ser mirado – apresenta-se a figura do “outro coletivo”, em harmonia com a ética da alteridade, em Lévinas³⁴.

32 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Traduzido do grego por Antônio de Castro Caiero. São Paulo: Atlas, 2009; _____. *Ética a Eudemo*. Traduzido por Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2015.

33 “A neutralidade do juiz em relação às partes conflitantes – a venda nos olhos da Justiça – é agora insuficiente como modelo de práxis de fundamentação exigida. Pois nela devem tomar parte, com igualdade de direitos, todos os membros enquanto potencialmente envolvidos, de modo que não haja mais uma separação de papéis entre um terceiro privilegiado e as partes envolvidas em cada caso. Agora, todos igualmente se tornam partes que pretendem se convencer reciprocamente na competição pelo melhor argumento” (HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Traduzido por Milton Camargo mota. São Paulo: Landy, 2004. p. 298).

34 LÉVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Tradução José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1988; _____. *Ética e infinito: diálogos com Philippe Nemo*. Tradução de João Gama. Lisboa: Edições 70, 1988; e _____. *Entre nós*. Ensaios sobre a alteridade. Tradução de Pergentino Stefano Pivatto (coord.), Evaldo Antônio Kuiava, José Nedel, Luiz Pedro Wagner e Marcelo Luiz Pelizolli. Petrópolis: Vozes, 2009.

Sob esse olhar, o julgador passa a ter compromisso com as partes e, sem embargo, com o interesse apostado pelo consenso do coletivo social, representado como faceta do interesse público a ser concretizado pela Administração Pública, por meio do processo. Identifica-se assim, como assinala Castanheira Neves, o ato concreto, como resultado da aplicação do Direito, com a norma jurídica, afastando dessa visão a interpretação do texto de lei³⁵. Daí porque, sob esse olhar de especialização do conceito de norma aos atos concretos, a decisão inter partes ser de interesse coletivo e geral. Nesse âmbito, não divergem Castanheira Neves, pelos argumentos colocados, e Ronald Dworkin³⁶. Para este último, a fonte do direito seria a interpretação da ordem jurídica, ao passo que para Castanheira Neves a interpretação da lei leva à norma, como resultado do ato interpretativo³⁷. Afere-se, de toda forma, a migração de foco do conceito de direito como direito positivo, para uma combinação entre o direito-texto e o seu resultado, aferível por obra da argumentação e da interpretação jurídica³⁸, em que as normas abstratas seriam formadas por regras e por princípios³⁹ e, em concreto, o ato decisional⁴⁰, administrativo ou jurisdicional.

A alteridade e a complexidade do Direito trazem para dentro do processo jurídico sancionador os interesses da comunidade administrada, o interesse do coletivo social, e, nesse diapasão, também passam a corroborar a necessidade de

35 Cf. NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993; _____. *Curso de metodologia jurídica*. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1994; e _____. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica* –1. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

36 Cf. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007; e _____. *Justiça para ouriços*. Lisboa: Almedina, 2012.

37 No mesmo sentido, conferir as noções de “interpretação-atividade” e “interpretação-produto”: MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial. A elaboração da motivação e a formatação de precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

38 Como acentua Josep M. Vilajosana, “si dutante mucho tiempo los estudios de los teóricos del derecho tenían la actividad del legislador como el centro básico de su análisis, ahora el centro se ha desplazado del momento de la legislación al momento de la adjudicación o aplicación del derecho. Las decisiones del intérprete y del juez ocupan el lugar privilegiado que antes ocupaban las decisiones de legislador como objeto de estudio” (VILAJOSANA, Josep M. *Identificación y justificación del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 90). Todavia, a nosso sentir, essa mutação de centro não impõe o exercício sem limites pelos intérpretes e aplicadores do direito.

39 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005; _____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007; e _____. *Justiça para ouriços*. Lisboa: Almedina, 2012.

40 NEVES, op. cit., 2003.

integridade e de coerência^{41/42}, decorrentes do princípio da “igual consideração e respeito”, como face do princípio da igualdade idealizado por Ronald Dworkin^{43/44}, para fazer oposição ao que se denominou de convencionalismo^{45/46} e de pragmatismo⁴⁷ e, assim, contra a possibilidade de decisão diante de uma suposta “zona de penumbra” do Direito, para propiciar a “criação intersticial do direito”⁴⁸, ou suposta “discrecionarietà”⁴⁹ do julgador, quando constatada

-
- 41 A abordagem tem “precedente” jurídico, adotado pela óptica dos precedentes jurisdicionais por Ronald Dworkin sob a tese do “romance em cadeias” para desenvolver o conceito de Direito como integridade, vem ganhado contornos os estudos de direito administrativo, sob o vértice da teoria dos atos administrativos próprios, dotados de apontamentos de previsibilidade das decisões administrativas futuras. Para aprofundamento das análises sobre o tema, cf.: BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. *Processo, precedentes e as novas formas de justificação da Administração Pública Brasileira. Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 1, p. 133-149, 2016.
- 42 Em consonância com o método de investigação científica por meio da argumentação levado a efeito por Ronald Dworkin, Neil MacCormick desenvolve estudo sobre “o lugar dos argumentos a partir de princípios gerais na argumentação jurídica”, e acrescenta que a “coerência” no sentido de que as numerosas normas de um sistema jurídico desenvolvido deveriam ‘fazer sentido’ quando consideradas em conjunto” (MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 198).
- 43 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- 44 Menelick de Carvalho Netto afirma ser a teoria do direito de Ronald Dworkin uma espécie de evolução do juspositivismo idealizado, dentre outros, por Hans Kelsen e, nesses termos, esclarece que “Dworkin retoma a questão da interpretação precisamente ali onde Kelsen termina. A sua afirmação de uma única decisão correia para o caso assenta-se na unicidade e irrepetibilidade que marca cada caso, a ressaltar a complexidade de um ordenamento de princípios e regras, que se apresenta por inteiro e de forma concorrente no que se refere aos seus princípios, para regê-lo, vez que o mesmo deve ser reconstruído de todas as perspectivas possíveis no sentido de se alcançar a norma adequada, a única capaz de produzir justiça naquele caso específico. [...] E esse novo paradigma que tem sido denominado pela Doutrina ‘Estado Democrático de Direito’ e que, no Brasil, foi inclusive constitucionalmente consagrado” (CARVALHO NETTO, Menelick de. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. *Caderno da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 3, p. 27-71, jan/jun. 1997. p. 27).
- 45 HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- 46 AUSTIN, J. L. *How to do things with words*. Oxford: Clarendon Press, 1982.
- 47 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- 48 HART, op. cit., 2012.
- 49 A posicionar-se de modo a reconhecer a discrecionarietà por meio de omissões legislativas a condicionarem o ato de decisão, em alguns momentos, para o campo de uma “zona de penumbra” do direito-texto, argumenta Luis Pietro Sanchís que, “en suma, frente a la ‘pesadilla’ de algunos realistas que disuelven el Derecho en una suma inconexa de fallos judiciales y frente al ‘sueño’ de quienes pretenden que el juez encuentra sin más todas las claves de su sentencia, la verdad se sitúa en algun lugar intermedio; las normas son importantes y condicionan hasta cierto punto el sentido del fallo, pero, a partir de ese punto se abre paso la discrecionalidad donde la teoría del Derecho (descriptiva) poco tiene que decir. Así pues, la que pudiéramos llamar judicialización de la teoría del Derecho puede resultar compatible con la explicación positivista [...] sin embargo, a partir de un cierto momento de la argumentación, sobre todo los casos difíciles, esas reglas se muestran insuficientes y se abre paso la discrecionalidad judicial; una discrecionalidad que no tiene por qué ser equivalente a arbitrariedad, [...] y de ahí que lo que se llama ‘Derecho vigente’ no puede garantizar la unidad de solución o la única respuesta correcta ante un caso concreto. En resumen, la judicialización de la teoría del Derecho puede mantenerse fiel al normativismo – al menos, en este aspecto – y no tiene que desembocar

a omissão regulatória da ordem jurídica⁵⁰, a equiparar os órgãos encarregados das interpretações autênticas à qualidade de verdadeiros legisladores, na medida em que se lhes atribui a possibilidade de criação do direito^{51/52}. A interação complexiva entre o direito material e o direito processual, para além do acima exposto, ainda apresenta influência sobre o aspecto intrínseco dos atos que formam o processo e do seu corolário, o ato de decisão processual, na medida em que as eles (o processo e o ato decisório) se impõem (i) guardar a coerência, a consistência, à axiologia firmada, para além do direito positivo como ponto de partida, em princípios e valores morais basilares dos princípios e regras, e à consequência do ato decisório, pervagando detalhadamente por todas as premissas e fundamentos do texto ou do ato de fala⁵³; assim como (ii) definir a problematização das premissas, abordando todos os argumentos, para, ao final,

necesariamente en las tesis de la unidad de solución justa” (SANCHÍS, Luis Pietro. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 98-99).

- 50 Sob a óptica do positivismo jurídico, a analisar a possibilidade de criação do direito por meio da interpretação, para os casos de discricionariedade ou de zonas de penumbra normativas, a partir da noção de “derrotabilidade das normas jurídicas”, para a aceitação de omissões involuntárias leva a efeito pela ordem normativa, cf. RÓDENAS, Ángeles. *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- 51 Kelsen, por exemplo, após esclarecer, no Capítulo VIII da segunda edição francesa da “Teoria Pura do Direito”, que a interpretação autêntica do direito positivo seria aquela produzida, por ato de conhecimento e de vontade, pelos órgãos oficiais encarregados de dizer o direito ao caso concreto e, assim, aceitar a possibilidade de o julgador decidir “fora da moldura” de normatização positiva (o que se denominou de “giro decisionista” de Kelsen, para inserir a possibilidade de discricionariedade no direito positivo e, deste modo, a nosso sentir, a impregnação de argumentos outros, fundados em normas extrajurídicas, mormente a moral e a política), assevera que “a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. [...] Através de uma interpretação autêntica deste tipo pode criar-se Direito, não só no caso em que a interpretação tem caráter geral, [...] mas também no caso em que é produzida uma norma jurídica individual através de um órgão aplicador do Direito, desde que o ato deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado. E fato bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado Direito novo – especialmente pelos tribunais de última instância” (KELSEN, op. cit., p. 294).
- 52 Estudos de departamentos jurídicos estrangeiros confirmam essa evolução do positivismo jurídico para o neopositivismo ou mesmo para o neojusnaturalismo moderado, como uma evolução engendrada pelo novo direito constitucional implantado na América Latina, mormente no Brasil. Afirma-se que “Dagli anni ‘80, nella scia del processo di transizione democratica, la maggior parte dei Paesi dell’area latinoamericana ha promulgato nuove Costituzioni e/o realizzato importanti riforme costituzionali. In questo periodo di ricostruzione istituzionale, pur nelle specificità storiche, politiche e giuridiche dei singoli Paesi, possono essere identificati elementi comuni, riguardanti il processo di - positivizzazione costituzionale - e le - materie’ privilegiate nei nuovi testi costituzionali (e cioè il contenuto dei nuovi diritti costituzionalmente assicurati) – che contrassegnano un momento di sintomatica espansione del diritto costituzionale, collegato a quel processo di trasformazioni della teoria costituzionale, definito da molti autori neocostituzionalismo” (MELO, Milena Petters. *Le nuove tendenze del diritto costituzionale nell’America Latina: neocostituzionalismo?* Napoli: Centro di Ricerca sulle Istituzioni Europee – CRIE, Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, 2010. p.07).
- 53 Inocêncio Mártires Coelho esclarece a importância dos princípios como normas jurídicas, ao afirmar que “se é verdade que todo princípio aspira a virar regra – como afirmou Haberle, por exemplo, acerca dos direitos fundamentais – não é menos verdade, igualmente, que em relação aos princípios a realização desse ‘desejo’ depende da conjugação de dois fatores até certo ponto distintos, mas necessariamente correlacionados: a situação de fato, como problema, e o modo como, à luz dos princípios que entende lhe

editar a conclusão⁵⁴. Nesses termos, apresenta-se também, sem óbices à coerência e integridade externa apontada por Dworkin, uma necessidade de coerência e integridade interna do próprio ato decisional. Sobre esse vértice, a necessária integridade coerente externa com toda a ordem normativa constitui-se em fator essencial à interpretação jurídica e à produção do ato de decisão processual. Do mesmo modo, há de haver a conjugação desse aspecto extrínseco com a integridade e coerência internas, por meio da estruturação metodológica do conteúdo da decisão, em forma de razões⁵⁵ lógicas e consistentes, firmadas em normas-regras e normas-princípios, conforme assinalam Ronald Dworkin⁵⁶ e Inocêncio Mártires Coelho⁵⁷.

2 CONCLUSÃO

Com amparo nesses argumentos, há que se reconhecer a interação complexa e envolta à ética da alteridade entre os atos administrativos que formam o processo administrativo e o próprio processo em si – inter-relação complexiva entre direito material e direito processual a abarcar os elementos e os pressupostos, como requisitos de validade do processo administrativo sancionador geral como um todo. Faltando requisitos relevantes de um ou de outro sistema para a higidez legal do ato punitivo final, não há que se falar em “validade”, em sentido

sejam aplicáveis, o operador do direito formulará a respectiva regra de decisão” (COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 124).

54 MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Traduzido por Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Essa coerência interna necessária às decisões jurídicas pode ser compreendida, na visão de Dascal, como “princípio da caridade”, em que o intérprete e aplicador do direito “deve atribuir ao texto o significado que maximize a sua ‘racionalidade’” (DASCAL, Marcelo. *Interpretação e compreensão*. Tradução de Márcia Heloisa Lima da Rocha. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 344).

55 Essas razões são apontadas por Luis Pietro Sanchís e, a nosso sentir e por mais que o autor divirja da possibilidade de o analista do direito proferir uma decisão que seja considerada como a “única resposta correta” para o caso jurídico, prestam-se a denotar uma espécie de interação entre as teorias positivistas e, por exemplo, a teoria do direito “como integridade” de Ronald Dworkin, na medida em que afirma que os valores morais de qualquer decisão jurídica devem ser empregados com limites e parcimônia e, nesse viés, diante de omissão da “moldura” positivista, há o julgador que se quedar adstrito aos valores e princípios sistêmicos, postos originalmente pelo legislador. Nesses termos, verificando, para a legitimidade das decisões jurídicas, a vinculação do julgador aos valores e princípios positivados ao menos implicitamente pelo legislador, assegura que “el nudo del problema no se abla, pues, en comprobar quién sostiene con mayor énfasis la insuficiencia de la ley el carácter creativo de la interpretación, sino en definir la naturaleza y legitimidad de las ‘fuentes’ extrasistemáticas que proporcionan al juez las pautas para decidir. Concebir a los jueces como órganos de producción jurídica supone, sencillamente, entender que los valores y principios Morales que inspiran sus fallos no son más objetivos, ni más legítimos, o justos, que los del legislador” (SANCHÍS, Luis Pietro. *Ideologia e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1993. p. 109).

56 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005; _____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007; e _____. *Justiça para ouriços*. Lisboa: Almedina, 2012.

57 COELHO, op. cit.

estrito ou em sentido amplo, do ato eivado e, por conseguinte, do processo e do ato administrativo decorrente da sua conclusão, de seu encerramento. Nesses termos, os elementos, pressupostos e requisitos dos atos administrativos inseridos no bojo do processo, para a sua formação cronológica, são também relevantes⁵⁸, em certa medida e de modo equilibrado ao novo sistema, o processual, para a formação dos elementos e pressupostos processuais de existência, de validade e de desenvolvimento regular do processo, embrincando teorias afetas aos dois sistemas, o de direito administrativo material e o de direito administrativo processual, sob o aporte, ainda, da teoria geral do direito e da teoria geral do processo.

Esse fenômeno complexo, reflexivo e de caráter conjuntivo, permeado pela alteridade para o reconhecimento do “outro” (o “outro” como método de preservação das essências distintivas e conjugadas dos interesses individuais e coletivos, bem como sistematizações intercorrentes entre o direito material, o direito processual e seus institutos) – derivado da conjugação dos princípios da inclusão e da exclusão, este último responsável por garantir a identidade de categorias e regras setoriais e aquele a tutelar o funcionamento sistêmico do todo juridicizado –, traz a necessidade de revisão da carga de normatividade de uma série de institutos jurídicos aplicado ao direito administrativo sancionador, dentre os quais, nomeadamente como maior veemência, o princípio da instrumentalidade das formas, ou seja, o de que não há nulidade sem prejuízos (“pas de nullité sans grief”), para que o jus puniendi seja, sob esse aspecto, balizado pela justiça do Direito e, destarte, concretizado por meio de um viés moderado pelo Estado e por seus intérpretes e operadores do Direito.

58 Em sentido similar ao que ora propomos (ou seja, à mútua conjugação dos elementos do ato administrativo e dos elementos do processo administrativo), porém sob a influência de referencial teórico distinto e, sem embargo, sob a argumentação de “autonomia do procedimento administrativo como unidade do exercício da função administrativa”, por meio de uma óptica alheia à “ética da alteridade” e à “epistemologia complexiva”, “reflexiva”, todavia (consoante nossa proposta) a partir da distinção entre o elemento “forma”, como requisito de validade do ato administrativo material – forma em sentido estrito, e “formalidades”, como requisito de validade do procedimento como um todo, formado pelo encadear de atos administrativos, a deferir ao procedimento o “caráter de estrutura conformadora de interesses conflitantes” – forma em sentido lato, a abarcar a forma estrita, posicionam-se Ana Paula Magalhães Maviel e Natalia Torquete Moura (Cf. MACIEL, Ana Paula Magalhães; MOURA, Natalia Torquete. Forma e formalidades: a superação da centralidade do ato administrativo na administração pública contemporânea. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 1, p. 133-149, 2016. p. 124-126).

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Traduzido do grego por Antônio de Castro Caiero. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Ética a Eudemo*. Traduzido por Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2015.

AUSTIN, J. L. *How to do things with words*. Oxford: Clarendon Press, 1982.

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Processo, precedentes e as novas formas de justificação da Administração Pública Brasileira. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 1, p. 133-149, 2016.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 5. ed. Traduzido por A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. *Caderno da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 3, p. 27-71, jan./jun. 1997.

COELHO, Inocência Mártires. *Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica*: fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Interpretação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DASCAL, Marcelo. *Interpretação e compreensão*. Tradução de Márcia Heloisa Lima da Rocha. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mil Platôs. Capitalismo e esquizofrenia*. v. 1. Tradução de Aurélio Guerra Neto e Célia Pinto Costa. Rio de Janeiro: Editora 34.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Justiça para ouriços*. Lisboa: Almedina, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. v. I. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. *Verdade e método*. v. II. Petrópolis: Vozes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Traduzido por Milton Camargo Mota. São Paulo: Landy, 2004.

HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

JAYME, Erick. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 759, p. 24-40, jan. 1999.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade. Ensaios de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto/Puc – Rio, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KROHLING, Aloísio (Org.). *Ética e a descoberta do outro*. Curitiba: CRV, 2010.

_____. *A ética da alteridade e da responsabilidade*. Curitiba: Juruá, 2011.

LÉVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Tradução de José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1988.

_____. *Ética e infinito: diálogos com Philippe Nemo*. Tradução João Gama. Lisboa: Edições 70, 1988.

_____. *Entre nós. Ensaios sobre a alteridade*. Tradução de Pergentino Stefano Pivatto (coord.), Evaldo Antônio Kuiava, José Nedel, Luiz Pedro Wagner e Marcelo Luiz Pelizolli. Petrópolis: Vozes, 2009.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Retórica e o estado de direito*. Traduzido por Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACIEL, Ana Paula Magalhães; MOURA, Natalia Torquete. Forma e formalidades: a superação da centralidade do ato administrativo na administração pública contemporânea. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 1, p. 133-149, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, Aracaju, SE, v. 7, p. 15-54, 2004.

MELO, Milena Petters. *Le nuove tendenze del diritto costituzionale nell'America Latina: neocostituzionalismo?* Napoli: Centro di Ricerca sulle Istituzioni Europee – CRIE, Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, 2010.

MORIN, Edgar. *A Inteligência da complexidade*. Ensaios Thot, Associação Palas Athena, São Paulo, n. 67, p. 12-19, 1998.

_____. *Da necessidade de um pensamento complexo. Para navegar no século XXI – Tecnologias do Imaginário e Cibercultura*. Porto Alegre, Sulina, v. 1, p. 1-27, 2003.

_____. *O método 6. Ética*. 4. ed. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011.

_____. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Eliane Lisboa. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2015.

MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean-Louis. *A inteligência da complexidade*. São Paulo: Petrópolis, 2000.

MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial. A elaboração da motivação e a formatação de precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica*. Problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993.

_____. *Curso de metodologia jurídica*. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1994.

_____. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. 1. Coimbra: Coimbra, 2003.

RESTREPO, Sebastián Betancourt. *Filosofía del derecho procesal*. Medellín: Universidad Autónoma Latinoamericana, Facultad de Derecho, 2008.

RÓDENAS, Ángeles. *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

SANCHÍS, Luis Pietro. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992

_____. *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1993.

VILAJOSANA, Josep M. *Identificación y justificación del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

RECEBIDO EM: 09/06/2017

APROVADO EM: 04/07/2017

**O MINISTRO SEBASTIÃO LACERDA, DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (1912-1925):
UMA BREVE BIOGRAFIA DE SUA JUDICATURA
CONSTITUCIONAL COMO SUGESTIVA DA
EVIDÊNCIA DO "NECRO-CONSTITUCIONALISMO" E
DO "CONSTITUCIONALISMO INVERTEBRADO"**

***THE JUSTICE SEBASTIÃO LACERDA, FROM THE BRAZILIAN SUPREME
COURT (1912-1925): A BRIEF BIOGRAPHY ABOUT HIS JUDICIAL
PERIOD AS "NECROCONSTITUTIONALISM" AND "INVERTEBRATE
CONSTITUTIONALISM" EVIDENCES***

Thiago Santos Aguiar de Pádua

*Doutorando e Mestre em Direito pelo UniCEUB. Professor da Especialização em
Direito UniCEUB. Pesquisador do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais (CBEC),
PPG/Direito (UniCEUB).*

Jefferson Carús Guedes

*Doutor e Mestre em Direito (PUC/SP). Professor do Programa de Mestrado e
Doutorado em Direito (UniCEUB). Advogado da União (AGU)*

SUMÁRIO: Introdução e Aspectos Metodológicos;
1 As Luzes e as Sobras de um Conflito: Democracia
e Constitucionalismo; 2 Sebastião Lacerda, Ministro
do Supremo; 3 O Necroconstitucionalismo e o
Constitucionalismo Invertebrado Brasileiro; 4
Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente artigo materializa uma investigação acadêmica realizada a partir de fontes primárias de pesquisa sobre a judicatura do Ministro Sebastião Lacerda, do Supremo Tribunal Federal (1912-1925), numa tentativa de biografia constitucional qualificada por uma intenção. Partimos da premissa da possibilidade da existência do que denominamos de “Necroconstitucionalismo”, com isso querendo cunhar a descrição conceitual de um constitucionalismo “morto-vivo”, fruto de um “Constitucionalismo Invertebrado”, para fazermos uso de Ortega y Gasset e sua “Espanha Invertebrada”, para refletirmos sobre a possibilidade de que o período de judicatura do referido ministro seria evidência sugestiva de tal enfoque. Vida e morte da democracia, como apregoadado pelo teórico John Keane, sugere também vida e morte do Constitucionalismo, ou do “Necro-Constitucionalismo”, e vice-versa. Sob a perspectiva metodológica, utilizamos a influência do “revisonismo” histórico da Corte Suprema, de Mark Tushnet, sob os usos e maus usos da história pelos juízes da Corte, numa tentativa de ressignificação identitária.

PALAVRAS-CHAVE: Necro-Constitucionalismo. Constitucionalismo Invertebrado. Ministro Sebastião Lacerda. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This article materializes an academic investigation about the judicial period of the Justice Sebastião Lacerda, from the Brazilian Federal Supreme Court (1912-1925), in an attempt of constitutional biography Constitutional biography qualified by an intention. Our premise is the possibility of existence of what we call “*necroconstitucionalism*”, coining the conceptual description of a “dead-living” constitutionalism, as a fruit of an “*invertebrate constitutionalism*”, just to use Ortega y Gasset and his “Invertebrate Spain”, to reflect about one possibility: that this historical period represents some evidence of such approach. Life and death of democracy, as hailed by the theorist John Keane, also suggests life and death of Constitutionalism, or “Necroconstitucionalism”, and vice-versa. From a methodological perspective, we use the influence of Mark Tushnet’s historical “revisonism” of the Supreme Court, under the usages and bad uses of history by the Supreme Court’s justices, in an attempt to re-signify its own identity.

KEYWORDS: Necro-Constitutionalism. Invertebrate Constitutionalism. Justice Sebastião Lacerda. Brazilian Federal Supreme Court.

INTRODUÇÃO E ASPECTOS METODOLÓGICOS

Na minha perplexa concepção, *somos [o STF] como uma Igreja Militante*, sujeita a tremendas pressões internas e externas que, sob os olhos vigilantes da Virtude, tem a face assiduamente voltada para essa *Igreja Triunfante* constituída de poder, sabedoria e inspiração, e estou certo de que, nessa humilde postura, já estamos percorrendo o caminho que leva à perfeição.¹

O presente artigo é uma tentativa de evidenciar o fenômeno do “necroconstitucionalismo” ou, mais diretamente, em algum sentido, a vida e a morte de nossos “períodos constitucionais”², com a intenção de explicação vinculada ao que denominamos de “constitucionalismo invertebrado”, da maneira como se aborda no texto, tendo em mira um fragmento ligado ao período de judicatura de Sebastião Lacerda (1912-1925), antigo ministro do Supremo Tribunal Federal.

Avô de Carlos Lacerda, o “demolidor de presidentes”, e pai dos irmãos Lacerda (Paulo, Fernando e Maurício), importantes dirigentes do Partido Comunista Brasileiro, o ministro Sebastião Lacerda foi indicado e empossado como juiz do Supremo Tribunal Federal, e seu período de judicatura se estendeu de 1912 à 1925, num rico momento da história do Brasil, provavelmente mais turbulento politicamente do que os dias atuais, quando se passou a falar cotidianamente em judicialização da política e em politização da justiça³.

Situado entre o crepúsculo do nascimento da Constituição de 1891 e o posterior momento de sua derrocada, com o nascimento da Constituição de 1934, o período de judicatura de Sebastião Lacerda é momento privilegiado para a análise que se propõe, se não o mais denso, ao menos um dos mais tensos, com a presença do Estado de Sítio, de disputas partidárias que elevaram a Suprema Corte ao epicentro do furacão político, permitindo que se possa divisar as luzes e as sombras, a fragilidade e a força das instituições e a realidade (ou a ficção da separação de poderes).

- 1 Fragmento do discurso do ministro do STF A. M. Villas Boas, proferido em 1964, por ocasião do centenário do ministro Sebastião Lacerda. Cfr. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Discurso do Ministro Villas Boas em Homenagem ao centenário do ministro Sebastião Lacerda. *Diário da Justiça*, ano XXXIX, n. 89, Terça-Feira, 19 de maio de 1964, p. 1397
- 2 Para uma análise sobre alguns aspectos desse tema, confira-se o indispensável estudo de Vamireh Chacon. Cfr. CHACON, Vamireh. *Vida e Morte das Constituições*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- 3 Dentre as várias abordagens neste sentido, é relevante citar Ran Hirschl e seu “Judicialização da grande política” e o nascimento dos tribunais políticos. Cfr. HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts, *Annu. Rev. Polit. Sci.*, 2008.

De fato, são muitas as complexidades na tentativa, seja porque um breve período de um personagem importante, embora esquecido, mas vinculado a uma só instituição (STF), pode não ser um “encaixe perfeito” para se analisar o todo. Entretanto, como mencionado, busca-se analisar um fragmento, mesmo que este fragmento comporte outras releituras (renovadas e diferenciadas).

Antes de buscar defender bandeiras ou causas sobre os motivos de vida e morte do constitucionalismo brasileiro, em seus tão distintos quanto diversificados momentos (e fases), buscamos discutir a significância de alguns momentos históricos, menos como diagnóstico e mais como reflexão abrangente sobre um tumultuado período da história do Brasil.

Uma dentre várias perspectivas de reflexão sobre a Suprema Corte parece ser pouco utilizada e demanda ancoragem a partir de marco teórico específico: o revisionismo da Suprema Corte, especialmente sobre os pontos de vista da utilização da história pelos juízes do Tribunal.

Sob tal incursão teórica, o marcante contributo de *Mark Tushnet*⁴, que nos serve de guia e inspiração para a realização da tarefa neste artigo, muito embora de maneira distinta. Ele reflete sobre os usos e maus usos da história por parte da Suprema Corte para fundamentar suas decisões, na reconstrução da “intenção legislativa”, que conforma importante disputa teórica nos Estados Unidos da América: o originalismo (*original intent*).

O que propomos neste artigo, entretanto, é um tipo de revisionismo tópico e pontual, menos ambicioso e com algumas amarras bastante claras, no que concerne ao ideário que marca a imagem da Corte, que por sua vez se insere nos temas de reprodutibilidade sobre determinada concepção de identidade do tribunal.

Sob as lentes de *Tushnet*, um problema a ser enfrentado estaria concretizado na indagação: os juízes querem ser capazes de dizer “os *constituíntes* (*traduzido aqui a partir da expressão “framers”*) *quiseram dizer isso ou aquilo*”, embora um treinamento e uma orientação teórica dos historiadores (de verdade) os levassem a outras e maiores complexidades para quaisquer eventos históricos reais, ou “grupo de intenções”, tornando suas conclusões menos úteis para os juízes.⁵

4 THUSHNET, Mark. Toward a Revisionist History of the Supreme Court. *Cleveland State Law Review*, v. 36, 1988.

5 THUSHNET, Mark. Toward a Revisionist History of the Supreme Court. *Cleveland State Law Review*, v. 36, 1988. p. 321.

Ao invés de realizarmos uma revisão histórica, sobre os usos da história por parte da Corte Suprema brasileira em determinado grupo de decisões, optamos por realizar tal revisionismo sob a perspectiva da própria identidade do Tribunal, procurando jogar luzes em alguns eventos, destacando causas e formas de sua aparência e movimentação.

Com limitado escopo de reflexão, preferimos destacar parte da história do Supremo Tribunal Federal, a partir da análise de fontes primárias de pesquisa relacionadas ao labor judicante de um importante, e pouco conhecido, personagem deste Tribunal: o ministro *Sebastião Lacerda*, nos cerca de 13 de sua judicatura (1912-1925). Uma tentativa de percepção da “micro história”⁶ do Supremo Tribunal Federal.

Além da abordagem a partir de escritos que materializam fontes secundárias⁷, também realizamos tal reflexão a partir da análise confirmatória de alguns *habeas corpus*⁸, de modo a tentar compreender a Corte nos anos iniciais de sua existência⁹.

6 Neste sentido, dentre os amplos aspectos que se relacionam à micro-história, observemos que “é preciso deixar claro que a Micro-História não se refere necessariamente ao estudo de um espaço físico reduzido ou delimitado, embora isto possa até ocorrer. O que a Micro-História pretende é uma redução na escala de observação do historiador com intuito de se perceber aspectos que, de outro modo, passariam despercebidos. Quando um micro-historiador estuda uma pequena comunidade, ele não estuda propriamente a pequena comunidade, mas estuda através da pequena comunidade (não é, por exemplo, a perspectiva da História local, que busca o estudo da realidade micro-localizada por ela mesma). A comunidade examinada pela Micro-História pode aparecer, por exemplo, como um meio para se atingir a compreensão de aspectos específicos relativos a uma sociedade mais ampla. Da mesma forma, pode-se tomar para estudo uma “realidade micro” com o intuito de compreender certos aspectos de um processo de centralização estatal que, em um exame encaminhado do ponto de vista da macrohistória, passariam certamente despercebidos. O objeto de estudo do micro-historiador não precisa ser, desta maneira, o espaço micro-recortado. Pode ser uma prática social específica, a trajetória de determinados atores sociais, um núcleo de representações, uma ocorrência (por exemplo, um crime) ou qualquer outro aspecto que o historiador considere revelador em relação aos problemas sociais ou culturais que está disposto a examinar. Se ele elabora a biografia ou a “história de vida” de um indivíduo (e frequentemente escolherá um indivíduo anônimo) o que o estará interessando não é propriamente biografar este indivíduo, mas sim os aspectos que poderá perceber através do exame micro-localizado desta vida”. Cfr. D’ ASSUNÇÃO BARROS, José. Sobre a Feitura da Micro-História. *OPSI*, v. 7, n. 9, jul./dez. 2007.

7 LACERDA, Mauricio. *Historia de uma covardia*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1927; LACERDA, Mauricio. *Entre Duas Revoluções*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1927; GALVÃO, Flávio. Sebastião de Lacerda, juiz do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo*, n. 25, ano VIII, abr. 1979.

8 São conferidos os seguintes Habeas Corpus: nº 8.526, 8.596, 8.343, 8.528, 8.849, 14.583, 23.985, 24.263 e 24.637, dos quais participou o ministro Sebastião Lacerda no STF.

9 Para futuras incursões, esta perspectiva de abordagem permitiria visualizar a disputa política que pode nos sugerir que a Suprema Corte não seja, e nem nunca tenha sido, um Tribunal, mas sim um “Partido Político Cui Generis” ou uma “Frente Partidária Peculiar”. Ao menos nos anos iniciais de sua conformação histórica.

Como causas deste estado de coisas, nos tumultuados anos de sua judicatura, partimos da possibilidade de estarmos diante de um conflito entre democracia e constitucionalismo, que em nosso modelo seria marcado pelo que denominamos de “*necroconstitucionalismo*”, fruto de um “*constitucionalismo invertebrado*”. Explica-se a construção.

Antes, no entanto, convém observar que naquele período histórico fundacional (regional)¹⁰, o constitucionalismo latino americano era o resultado da composição de um pacto entre conservadores e progressistas, que pode ter influenciado não apenas nas redações dos documentos constitucionais da região¹¹, mas certamente nas expectativas normativas entre os indicados para o cargo de Juiz da Suprema Corte, que os tornava a um só tempo alvo das atenções, além de guias “quase-partidários”¹².

Quando *Ortega y Gasset*¹³ apontou algumas causas de “desvertebração nacional” da Espanha, refletindo sobre possível explicação de fenômenos característicos da história espanhola, como os discursos, os separatismos e regionalismos, e também a ação direta de determinados grupos sociais, particularismos nacionalistas, que teriam dissociado as classes e regiões de seu país, também nos fornecia anteparas filosóficas para refletirmos sob nosso modo de ser, agir e (a)parecer, também sob o viés constitucionalista brasileiro.

Detectando um possível “*constitucionalismo invertebrado*”, ele poderia ser uma das causas de um “*necroconstitucionalismo*”, se pensarmos na vida e morte de nossos regimes democráticos e constitucionais (de 1824 aos dias de hoje), mas estamos centrados num período menor de nossa história para refletir sob tais aspectos que ora são teorizados: um período de judicatura de ministro do Supremo Tribunal Federal. Este período, certamente, envolve o embate ou relação entre os pilares da democracia e do constitucionalismo, concretamente visualizados.

10 Embora o constitucionalismo inglês e norte-americano possuam características próximas, mas distintas das latino-americanas, observe-se a narrativa de Cristiano Paixão e Renato Bigliuzzi sobre o nascedouro e a estabilização. Cfr. PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização constitucional*. Brasília: UnB, 2011.

11 Essa é a densa e arguta percepção de Roberto Gargarella. Cfr. GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism (1810-2010): The Engine Room of the Constitution*. New York: Oxford, 2013; GARGARELLA, Robert. *Constitucionalismo Latinoamericano, Direitos Sociais e a Sala de Máquinas da Constituição*. Tradução de Thiago Aguiar de Pádua. *Universitas Jus*, v. 27, n. 2, 2016.

12 É dentro desta perspectiva que observaremos, oportunamente, os traços e expectativas sobre o ministro Sebastião Lacerda, dentro de uma peculiar noção de “constitucionalismo” e “democracia” em sua tensa relação de interdependência.

13 ORTEGA Y GASSET, José. *España Invertebrada: Bosquejo de algunos pensamientos históricos*. Madrid: Calpe, 1922.

1 AS LUZES E AS SOBRAS DE UM CONFLITO: DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO

Quando o professor de direito Richard Pildes¹⁴ afirmou que nos Estados Unidos a democracia seria como uma espécie de fantasma de Banquo, personagem da narrativa shakespeariana, no que se refere a sua presença evanescente no constitucionalismo daquele país, na discussão sobre temas importantes, como o “*judicial review*”, a liberdade de expressão, ou momentâneas reflexões sobre a igualdade de proteção dos direitos, estava cunhando mais do que uma metáfora.

Estava desvelando o problema central da convivência nem sempre pacífica entre constitucionalismo e democracia, que às vezes pressupõe imaginar a dualidade “vida e morte da democracia” (como asseverado por John Keane¹⁵), e às vezes imaginar o seu inverso: vida e morte do constitucionalismo, se pensarmos que o constitucionalismo brasileiro permite que se fale em momentos de vida e morte quando da promulgação, outorga e/ou da “superação” de nossas Constituições: (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1988, e contando...).

Não é apenas uma provocação o argumento de Bruce Ackerman, em seu livro sobre a “nova divisão de poderes”, quando observou que o primeiro grande tema inerente ao constitucionalismo (moderno) seria a democracia, e que o segundo viria a ser a sua limitação, ou seja, a ideia mesma de “constitucionalismo”¹⁶.

Destaque-se o uso da expressão “*constitutional law of anti-democracy*”, representativa de um marco que guardaria semelhanças com o constitucionalismo na imagem de alguns diques de contenção da democracia, entendida esta desde as varias transformações conceituais pelas quais passou, sem esquecer a observação de Giovanni Sartori¹⁷ sobre ela ser uma coisa empolada, aplicada à algo inexistente, ou analiticamente no transcurso de sua tríplice percepção, por John Keane¹⁸, nas formas direta, representativa e monitória¹⁹.

14 PILDES, Richard H. *Democracy, Anti-Democracy, and the Canon*. Constitutional Commentary, 2000.

15 KEANE, John. *Vida e Morte da Democracia*. Tradução de Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010.

16 ACKERMAN, Bruce. *La Nueva División de Poderes*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2011. p. 75.

17 SARTORI, Giovanni. *Teoria Democrática*. Tradução de Francisco Rocha Filho e Oswaldo Blois. São Paulo/Lisboa: Fundo de Cultura, 1965. p. 17.

18 KEANE, John. *Vida e Morte da Democracia*. Tradução Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010.

19 Sobre uma perspectiva de análise da democracia monitória, entre outros, confira-se: PADUA, Thiago Aguiar. Triângulo da Violência argumentativa- cortes superiores, supremas e constitucionais: decisão monitorada em uma democracia monitória. *Civil Procedure Review*, v.5, n.2: 73-142, may-aug., 2014.

Ao refletir sobre a história constitucional norte-americana, Richard Pildes observou um “ponto crucial” (especialmente mais importante do que alguns outros eventualmente existentes) sobre o papel da Suprema Corte daquele país na manutenção da “Anti-Democracia” contra a “Democracia”, apontando a decisão da Corte, escrita pelo justice Oliver Wendell Holmes Jr., no caso *Giles v. Harris* (1903), em uma manifestação institucional que “*virtualmente eliminou a participação política dos cidadãos negros na região sul*”, e que viria a ser remediada apenas em 1965, com a aprovação do “Voting Rights Act”²⁰.

Em que pese o nosso modo peculiar de construir e adaptar modelos jurídicos, como a importação do sistema federativo em dois níveis (adaptado, com alguma experiência prévia), a democracia representativa bicameral, uma carta de direitos, o presidencialismo e uma Suprema Corte, como núcleos de um arranjo institucional que foi desenhado, à feição madsoniana²¹, conforme Roberto Gargarella²², para afastar – e não para aproximar – a cidadania das decisões políticas fundamentais, precisamos observar, com Paulo Bonavides, que há entre nós – ao menos na dimensão adâmica – a prevalência de Cádiz sobre Filadélfia no berço do constitucionalismo brasileiro²³.

Entretanto, isso é importante até certo ponto, vale ressaltar, até a virada republicana de 1889-91, nos remetendo a uma proximidade mais similar com Filadélfia²⁴, embora os fantasmas de Cádiz ainda ecoem nas paredes de nosso

20 PILDES, Richard H. *Democracy, Anti-Democracy, and the Canon. Constitutional Commentary*. 2000. p. 296.

21 Aquilo que James Madson denominou de “república composta”, no entanto, embora representativa de uma novidade notável, como usualmente se afirma; mas tal assertiva aumenta a ironia de que “todo o edifício foi construído para deter a continuidade da democracia, num contexto que alguns membros daquela construção institucional se opunham tão severamente à democracia que hodiernamente seria embaraçoso, como a observação de George Cabot, político de Boston, para quem a democracia seria ‘o governo dos piores’”. Cfr. KEANE, John. *Vida e Morte da Democracia*. São Paulo: Edições 70, 2010. p. 267.

22 GARGARELLA, Roberto. *Crisis de la Representación Política*. México-DF: Fontamara, 1997.

23 As peculiaridades do “berço”, na prevalência de Cádiz sobre a Filadélfia seriam, segundo Paulo Bonavides: a) estabelecimento do modelo europeu (adoção de Cádiz e rejeição de Filadélfia); b) monarquia constitucional com a fundação de um império; c) projeto de associação constitucional de dois Reinos (Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarve); d) Constituição sem revolução; e) tetradimensionalidade de poderes; f) inspiração parlamentarista da primeira forma de governo; g) advento tardio do modelo republicano; h) crise coeva da república, decadência do sistema representativo e tendência para ascensão de uma democracia participativa. Cfr. BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 564-577.

24 Observe-se, a propósito, o esquecido artigo 386 do Decreto 848, de 1891, que inseriu entre nós o common law como fonte subsidiária do direito, e “O Supremo Tribunal Federal, aliás, teve ocasião de apreciar o tema, quando em 1902 julgou a Apelação Cível 745, relatada pelo ministro Alberto Torres, reconhecendo que o common law seria, de fato, fonte subsidiária do direito pátrio. Discute-se muito pouco o resultado desse julgamento, no bojo do qual tentaram transformar o caso do “desembargador José Climaco v. União”, no nosso similar de “Marbury v. Madson”, com consequências que precisam ser analisadas à luz de nossa(s) matriz(es) normativa(s). Constam da “ementa” as seguintes assertivas e perguntas: “Quando o

edifício constitucional, fazendo com que, em 1934, Ernest Hambloch²⁵ chamasse de Majestade o Presidente do Brasil, indicando a tragédia que representou para nossa conformação política o golpe de estado da proclamação da república.

Por este motivo, nos importa neste artigo uma breve proposta de reflexão sobre um fragmento desta “república composta”: a Suprema Corte, num determinado momento constitucional do país, a partir da evidenciação da judicatura do ministro Sebastião Lacerda (1912-1925), avô do político e jornalista Carlos Lacerda, com vistas a focalizar os primeiros anos do Supremo Tribunal Federal, mais especificamente os 30 primeiros anos de sua existência.

Pretendemos refletir sobre o papel da Suprema Corte, numa perspectiva que colhe – a partir de fontes primárias de pesquisa – alguns fragmentos para uma análise da tumultuada relação mantida entre democracia e constitucionalismo, num rico período de nossa história que serviu não apenas para que o Presidente da República (em nosso modelo) fosse chamado de “Sua Majestade”²⁶, em comparação com traços e trejeitos imperiais, mas também refletiremos sobre um período marcado por rupturas e disputas pelo poder, que elevou a Suprema Corte ao epicentro do político.

direito subsidiário tem força obrigatória; quando os julgados estrangeiros devem ser adotados como razão de decidir pelos tribunais brasileiros. Inteligência do art. 387, 2ª parte, do Decreto 848, de 1890. Em que momento fica constituído a favor do cidadão nomeado juiz federal o direito à vitaliciedade neste cargo? é da posse? do compromisso? da entrega e registro do título de nomeação? ou da nomeação? razão de ser da vitaliciedade inerente aos cargos da magistratura. Vitalício ou não o juiz federal nomeado, mas não empossado, é lícito ao Poder Executivo revogar o decreto de nomeação? Deve o presidente do Supremo Tribunal Federal, ciente do decreto de revogação, recusar ao nomeado a aceitação do compromisso e negar-lhe a posse do cargo?. Cfr. PADUA, Thiago Aguiar; GUEDES, Jefferson Carús. *O paraíso dos conceitos jurídicos do jurista alemão Rudolf von Jhering* (parte 7). Conj. de 12.06.2017.

25 Sobre a tragédia do golpe de estado para proclamação da república: “O golpe de estado de 1889 foi uma tragédia – não para a monarquia, mas para a república. Tal intervenção militar na política era algo inteiramente novo no Brasil. Ela fazia lordes da lei de soldados sem lei. A Constituição republicana foi redigida pelos Escrivães republicanos e os Fariseus positivistas, ao som dos clarins exteriores, e o barulho de sabres e o tinido de esporas dentro das antecâmaras dos ministérios, pois os militares, exibindo o orgulho de derrubadores de trono, ali se exibiam arrogantemente. Mas alguns dos melhores elementos do atual Exército – herdeiros das melhores tradições do Exército de então – estão ficando cansados de ver sua profissão degradada simplesmente para manter políticos no poder ou derrubá-los. O obstáculo das constituições presidencialistas é que não existe nelas lugar para a oposição à “autoridade constituída”, exceto a oposição violenta; embora exista sempre uma chance de que os militares possam tentar resolver o enigma manu militari.”. Cfr. HAMBLOCH, Ernest. *Sua Majestade o Presidente do Brasil: um estudo do Brasil constitucional: 1889-1934*. Tradução de Lêda Boechat. Brasília: Senado Federal, 2000. p. 56.

26 É verdade, no entanto, que o federalista nº 69 analisa a proximidade e a distinção entre o Presidente da República, o Rei da Grã-Bretanha e o Governador de Nova Iorque, e algumas vezes, se refere também ao Governador de Massachusetts.

É importante perceber que nos debates travados entre *brutos* e *publius*, nos papéis federalistas e anti-federalistas, que marcam o nascimento do modelo que de certa maneira copiamos, a expressão Suprema Corte aparece 51 vezes no primeiro²⁷, e 43 vezes no segundo²⁸, com uma discussão sobre sua engenharia institucional e os papéis latentes e patentes de um órgão com tais características, não obstante o falecido cientista político Robert Dahl já nos advertisse sobre a não utilização dos “federalist papers” para a tentativa de análise crítica e objetiva, uma vez que eles representariam mera propaganda²⁹.

Contudo, em algum sentido, é de propaganda que estamos tratando, considerando as defesas e os ataques mais comuns contra a Suprema Corte estarem baseados quase que exclusivamente nos comentários que foram feitos naqueles dois “*canons*”³⁰ de ideias constitucionais. Os questionamentos sobre o poder (do) judiciário, nos papéis antifederalistas, encontram-se bem delineados nos números 78-82, e a defesa apaixonada pelo modelo, nos números 47-51, 57, 77-83, dos papéis federalistas.

Quando fizemos a importação do modelo, inerente à discussão federalista e antifederalista, deixando de possuir um Supremo Tribunal de Justiça, no império, para possuir um Supremo Tribunal Federal na república, não é apenas a arguta percepção registrada por Leda Boêchat Rodrigues³¹ sobre a intenção de transferência do poder moderador para uma “Corte” como a de Washington, sugerida por Dom Pedro II, poucos dias antes de perder o trono, que deve ser realçada.

É preciso registrar a origem do lobby empresarial³², que viria a influenciar por longos anos a Suprema Corte Americana, em seu

27 Contando a utilização também nas notas prefaciais dos editores da edição ora utilizada. Cfr. CAREY, George; MCCLELLAN, James (Org). *The Federalist*, by Alexander Hamilton, John Jay, and James Madison. *The Gideon Edition*. Indianapolis: Liberty Fund, 2001.

28 A edição aqui utilizada não contém notas de organizadores ou editores. Cfr. Vários Autores. *The Anti-Federalist Papers*. Lansing: Michigan State University Press, 1965.

29 DAHL, Robert. *How Democratic Is the American Constitution?* 2. ed. New Haven: Yale University Press, 2003. p. 63-64.

30 A referência a um “canon” constitucional, bem entendido, se refere ao ideário concebido por Richard Pildes, que a ele se refere como “canonização”, num sentido vinculado a um ato que marca uma viragem de importância de um ato ou ação institucional.

31 BOECHAT RODRIGUES, Lêda. *História do Supremo Tribunal Federal, Defesa das Liberdades Cívicas*, Tomo I (1891-1898), 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991; VILHENA VIEIRA, Oscar. *Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador*, in: GUILHERME MOTA, Carlos; SALINAS, Natasha S. C. *Os Juristas na formação do Estado-Nação brasileiro: de 1930 aos dias atuais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

32 MYERS, Gustavus. *History of the Supreme Court of the United States*. Chicago: Charles H. Kerr & Co., 1912. p. 30-31; 43.

nascedouro, que, por evidente, afasta pretensões de neutralidade ou de atuação imparcial como a metáfora de um grupo árbitros de baseball pode querer invocar, uma vez que também temos o claro registro de proprietários de terras se transformando em legisladores e juízes.

Observe-se que a referida metáfora - do juiz da suprema corte como árbitro de uma partida de baseball³³ - foi invocada na sabatina de John Roberts³⁴, atual presidente da Suprema Corte Americana, além de ter sido reconstruída teoricamente por Mark Tushnet³⁵, com finalidades bastante provocativas.

É preciso rememorar, ainda, que o contexto de percepção da Suprema Corte pode vir a ser o que sempre foi - embora o discurso legitimador seja distinto -, invertendo a lógica argumentativa usada por Mark Tushnet³⁶, que permite sugeri-la como sendo o “terceiro grande partido norte americano”, balanceando a dualidade deletéria entre democratas e republicanos, no equacionamento da lógica amigo/inimigo³⁷, jogado entre republicanos e democratas.

Na realidade, a interpretação aqui realizada inverte as proposições de Tushnet, que propõe como solução para a extrema polarização política o surgimento de um terceiro grande partido político, ao lado dos partidos republicano e democrata, como um centro energizado entre a esquerda e a direita, que não surgirá efetivamente lá - observa o autor - até que um partido “domine” todos os poderes ou até que os líderes destes dois partidos entendam que não conseguirão fazer isso num futuro “previsível”.

Com efeito, se o domínio se torna possível, e ele teria sido desenhado desta forma, e o apelo numérico não é o único elemento a ele inerente, então o desenho institucional da Suprema Corte como um “partido político *sui generis*”

33 Entre outros, confira-se: TUSHNET, Mark. *In the Balance: Law and Politics on the Roberts Court*, New York: Norton & Company 70, 2013. p. ix; POSNER, Richard. *The Court: A Talk with Judge Richard Posner*, by Eric Segall. *The New York Review of Books*, September 29, 2011, v. 58, n 14. (2011); OBAMA, Barack. *Confirmation of Judge John Roberts: Confirmations Remarks of Senator Barack Obama Confirmation of Judge John Roberts Complete Text*. Disponível em: <<http://obamaspeeches.com/031-Confirmation-of-Judge-John-Roberts-Obama-Speech.htm>>. Acesso em: 19 set. 2016.

34 ROBERTS, John. *Confirmation Hearing on the Nomination of John G. Roberts, JR. to be Chief Justice of the United States: Hearings Before the Committee on the Judiciary United States Senate, One Hundred Ninth Congress, First Session, on S. J-109-37, September 12-15, 2005, 109rd Cong. Washington, D.C.: United States Government Printing Office, 2005.*

35 TUSHNET, Mark. *Constitutional Hardball*. *The John Marshall Law Review*, 2004.

36 *Ibidem*, 2004.

37 Importante observar que Mark Tushnet se vale de Carl Schmitt para construir sua argumentação da dualidade amigo/inimigo, na análise da política como um combate entre inimigos. Cfr. TUSHNET, Mark. *Constitutional Hardball*. *The John Marshall Law Review*, 2004. p. 550.

(ou “frente partidária peculiar”) estaria mais do que evidenciado, não apenas na sua origem, mas na tríade que compõe seu “passado-presente e futuro”.

Além do mais, se refletirmos sobre o fato de que nos países em que vigora o bicameralismo no Poder Legislativo, um deles já exerce um papel contramajoritário³⁸, e que no Império do Brasil os Senadores eram vitalícios e não eram eleitos, mas indicados pelo Monarca a partir de lista tríplice oriunda de eleição indireta nas províncias, e que os senadores deveriam ser “*peçoas de saber, capacidade e virtudes*”, além de possuir no mínimo 40 anos e dispor de pelo menos 800 mil réis de renda anual, e de utilizar um curioso e emblemático traje oficial³⁹, podemos chegar à conclusão de que o Supremo Tribunal Federal pode vir a ser uma espécie de “novo-velho Senado do Império”⁴⁰, embora os trajes talares oficiais do Império fossem mais sofisticados.

É com base em tal raciocínio, a propósito, que os poderes neutrais, origem remota e mais visível do poder moderador⁴¹, não estariam em tão melhores condições de disfarçar as engrenagens do modelo, que efetivamente teriam sido desenhadas justamente para ser uma coisa, mas para parecer outra.

O fato de Arthur Bernardes, então Presidente da República no período da judicatura de Sebastião Lacerda, ter chantageado Sebastião Lacerda, ministro do Supremo Tribunal Federal, para que este votasse em processo judicial em determinado sentido, em troca da liberdade de seu filho, preso político, e que se encontrava debilitado na cadeia pública, é um importante fragmento de nossa história constitucional, revelador de que o Supremo Tribunal Federal, à feição da *Supreme Court of the United States* (S.C.O.T.U.S.), foi projetado para ser uma espécie de “*partido político sui generis*”, ou uma “Frente Partidária Peculiar”, de alguma forma à disposição da clã política dominante, que repete a lógica dual: “amigo”-“inimigo”.

38 No Brasil e nos Estados Unidos, o Senado exerce o papel contramajoritário com relação à Casa dos “Representantes do Povo”. Cfr. DWORKIN, Ronald. *Direitos fundamentais: a democracia e os direitos do homem*. Em: DARTON, Robert; DUHAMEL, Olivier. *Democracia*. Tradução de Clovis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 158.

39 Confira-se os trajes de um senador do Império, pintados pelo francês Jean-Baptiste Debret. BRASIL. Senado Federal. *Jornal do Senado*, ano XIX, n. 3.865, p. 4, 7 de maio de 2013.

40 A propósito, as Casas Legislativas (Senado e CD) já são uma ampliação das estruturas partidárias, que possuem alas (asas) mais à esquerda e à direita, além de centros a elas inclinados, com grupos que buscam manter e perpetuar o controle do poder.

41 CONSTANT, Benjamin. *Princípios de Política Aplicáveis a todos os Governos*. Tradução de Joubert Brízida. Rio de Janeiro: Top Books, 2007; BONAVIDES, Paulo. O poder moderador na Constituição do Império. *Revista de Informação legislativa*, v. 11, n. 41, p. 27-32, jan./mar. 1974; LYNCH, Christian Edward Cyril. O Discurso Político Monarquiano e a Recepção do Conceito de Poder Moderador no Brasil. *Revista DADOS*, v. 48, n. 3, p. 611-654, 2005.

Isso faria sentido, não apenas a partir das reflexões sobre os textos dos discursos na disputa *publius-brutus*, que inspiraram o modelo originário, por nós copiado, mas também a partir das alegações de Robert Bork, para quem haveria uma bem clara e identificável razão para se considerar a Suprema Corte como uma poderosa aliada de qualquer movimento político, com uma especial referência ao significado da indicação de novos integrantes:

A razão pela qual o judiciário é uma espécie de aliado valioso para qualquer classe ou movimento político é que as Cortes, quando a pretexto de falar em nome da Constituição, mesmo quando falam falsamente, são a única instituição na América que clama finalidade absoluta para suas decisões, às quais é conferido status superior pelos outros organismos. A Constituição não prevê nenhuma checagem sobre as Cortes, exceto a altamente incerta autoridade para designar novos Juízes quando ocorrem vacâncias. Uma série de surpresas desagradáveis no comportamento de novos Juízes sugere que os poderes de indicação não são mais que uma salvaguarda. [...] As performances das Cortes fazem um strike no coração do conceito de república. Sem nenhuma autorização do Direito, nove advogados dividem-se em 5 a 4, e os julgamentos do Congresso, do Presidente, das legislaturas estaduais, Governadores, outros juízes federais de outros 50 Estados são tornadas instantaneamente irrelevantes. O que quer que isso seja, não é democracia ou forma republicana de governo. É uma oligarquia togada.⁴²

A diatribe entre constitucionalismo e democracia, por evidente, está enraizada em todo o edifício da disputa teórica, desde os sofisticados debates sobre a natureza e os limites do *judicial review*, e sobre a pretensão de a Suprema Corte exercer a “representação” da opinião pública, o que torna toda a discussão demonstrativa que o cerne do “todo”, da medula ao cerebelo, é composto pela substância que ora colocamos em evidência.

Filósofos relevantes, tão distintos quanto incontornáveis⁴³, como Habermas⁴⁴, Dworkin⁴⁵ e Waldron⁴⁶ pensaram criticamente os problemas decorrentes da contraposição entre essas duas palavras, para uma democracia

42 BORK, Robert. “Keeping a Republic: Overcoming the Corrupted Judiciary”. *Heritage Lectures*, n. 1147, 2008. p. 3-4.

43 Não se desconhece o fato de serem pensamentos oriundos de distintos filósofos, muitas vezes inconciliáveis, mas que precisam ser abordados, ainda que com a ressalva.

44 HABERMAS, Jürgen. Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles? *Political Theory*, v. 29 n. 6, p. 766-781, December 2001.

45 DWORIN, Ronald. Constitutionalism and Democracy. *European Journal of Philosophy*, 3: 1, p. 2-11, 1995.

46 WALDRON, Jeremy. The Constitutional Conception of Democracy. Em: WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

que se pudesse chamar de constitucional, ou de um constitucionalismo que se pudesse afirmar democrático, e a partir dos quais retiramos algumas pistas para uma trilha em direção aos sarcófagos que guarneceriam os restos mortais, seja do constitucionalismo ou da democracia brasileira, mas os fantasmas de ambos podem habitar o imaginário constitucional nos mais diversificados escaninhos.

Habermas⁴⁷ estabelece o paradoxo entre o estado de direito (*rule of law*) e a soberania popular como marco do problema da “democracia constitucional”, na relação entre o princípio democrático e o constitucionalismo, em termos de “limites” ao exercício do poder e da soberania.

Dworkin⁴⁸, a seu turno, observou o constitucionalismo como um “sistema” que estabelece direitos individuais que o legislativo não tem o poder de retirar ou comprometer, numa espécie de “fenômeno político popular crescente”, em que haveria uma clara identificação (embora não de todo similar) entre os conceitos de maioria e democracia, e minorias e constitucionalismo, num sentido em que, se houver a inserção da proteção de um direito num documento constitucional, como a liberdade de expressão, por exemplo, as maiorias congressuais não poderiam aprovar uma lei aniquilando este direito.

Neste sentido, Dworkin enxergou como um falso problema – ou um arranjo teórico indevido – o ato de visualizar alguma tensão entre o constitucionalismo e o princípio democrático, em razão de haver, em seu ponto de vista, um generalizado equívoco sobre “o que a democracia realmente é”, sendo necessária a distinção entre as concepções de democracia e de regra majoritária, pois para ele a primeira significaria regra majoritária legitimada, o que equivaleria a dizer que o majoritarismo não constitui democracia, exceto – e este é o ponto central da distinção – se algumas condições fossem preenchidas, como algumas ideias inerentes às “estruturas constitucionais”, cuja maioria não pode alterar o que constituiria um pré-requisito da democracia.

Já Waldron⁴⁹, da mesma forma, embora de maneira argumentativa um pouco distinta, conecta – numa via de mão dupla – a democracia e o direito a ter (e exercer) direitos, como exemplo de constitucionalismo, em que nem os teóricos do direito estariam autorizados a “desenhar” os membros ordinários de uma maioria democrática como “predadores egoístas e irresponsáveis”,

47 HABERMAS, Jürgen. Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles? *Political Theory*, v. 29, n. 6, p. 766-781, December 2001..

48 DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and Democracy. *European Journal of Philosophy*, 3: 1, p. 2-11, 1995.

49 WALDRON, Jeremy. The Constitutional Conception of Democracy. Em: WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press, 1999.

assim como os teóricos da democracia também não estariam autorizados a afetar a indiferença de um procedimentalista puro sobre o destino dos direitos individuais no âmbito de um sistema de decisão majoritária.

Isso equivale a dizer, como mencionado por Waldron, por exemplo, que não existe uma objeção pura e fundamental contra o “*judicial review*”, pois se houvesse uma objeção democrática ao controle de constitucionalidade, também deveria haver uma oposição contra o constitucionalismo (*rights-based-objection*), e tal objeção somente poderia estar sustentada se estivermos preparados para responder a algumas questões fundamentais acerca de como supostamente os direitos devem ser protegidos em um sistema de “tomada de decisão democrática”, especialmente aqueles *direitos que são constitutivos do processo democrático*, e aqueles que mesmo não sendo necessários, abarcam as *condições necessárias para sua legitimação*.

As possíveis tensões entre constitucionalismo e democracia (ainda que falsa a tensão), na realidade institucional brasileira, quer sob as perspectivas teóricas de Habermas, Dworkin ou de Waldron, não levam em conta o papel ou a adequada identidade institucional de um órgão importante para a configuração do sistema jurídico: a Suprema Corte, de feição institucional comumente ligada a de um “Tribunal”.

Bem entendido, não é que tais autores não se refiram à Suprema Corte, mas que antes, eles não consideram nem a perspectiva crítica do nascimento e nem a alteração identitária deste órgão, que poderia vir a ser considerado, a propósito, como um “*Partido Político Sui Generis*”, ou uma “*Frente Parlamentar Anômala*”, mais do que um Tribunal. Não vai aqui qualquer juízo moral ou de adequação, nem uma demarcação temporal específica, mas uma constatação a partir do DNA de sua criação e das transformações aparentes de sua carga genética.

Isso fica bem claro quando Niklas Luhmann⁵⁰ nos apresenta sua perspectiva sobre o papel dos tribunais no sistema, dentro de sua reconstrução e argumentação teórica, em observamos, de fato, que a diferenciação entre *jurisdictio* e legislação nem sempre foi muito nítida no exercício das funções, e que somente no século XVII, a partir de um evento específico, tivemos uma clivagem funcional, que na raiz mais remota está ligada a uma tentativa de transmitir isonomia na aplicação do direito: um órgão criador do direito de maneira geral e abstrata (legislativo), e outro órgão aplicador do direito de maneira específica

50 LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

e concreta (Judiciário), para que não se transmitisse a impressão de que haveria ajuda aos amigos e prejuízo aos inimigos, como num jogo de espelhos.

Perquirir se o Supremo Tribunal Federal seria um Tribunal a partir das narrativas tradicionais, especialmente aquelas que já recebem como um dado pronto e acabado tala assertiva seria tarefa relativamente fácil, monótona e sem gosto. Este tempero de hospital forneceria poucas possibilidades de contribuição além da sutileza que o tema engendra.

Até então, ao que se nota, é que a maioria dos autores parece se valer do chamado “efeito da iluminação de rua”, como na anedota em que um policial enxerga uma pessoa procurando as chaves do seu carro, e ajuda-o a procura-las, perguntando a ele se tem certeza de que perdeu as chaves ali, obtendo como resposta que na verdade perdeu as chaves nos arbustos do parque, mas que procurar ali é mais fácil em razão de ser onde a luz está. Neste contexto, refletimos sobre a judicatura do Ministro Sebastião Lacerda, que possuem graus e doses de constitucionalismo e de democracia, inerentes ao período histórico.

2 SEBASTIÃO LACERDA, MINISTRO DO SUPREMO

Iremos traçar algumas linhas que tocam de perto um fragmento da biografia judicante do Ministro Sebastião Lacerda, no Supremo Tribunal Federal (1912-1925). Formado bacharel pela Universidade de São Paulo, de sua turma, no Largo de São Francisco, também saíram Edmundo Muniz Barreto, Godofredo Xavier da Cunha e Carlos Augusto de Oliveira Figueiredo, também, como ele, ministros do Supremo Tribunal Federal.⁵¹

Como registrou Flávio Galvão, na seminal reconstrução historiográfica que escreveu sobre o ministro Sebastião Lacerda:

Como ministro do Supremo, Sebastião Lacerda veio a distinguir-se pela sua independência, liberalismo e coragem, em especial no período final de sua judicatura, no governo de Artur Bernardes, que presidiu o Brasil em boa parte de seu mandato sob o estado de sítio.⁵²

Abolicionista e republicano, ele foi o organizador do Partido Republicano em 1888, em Vassouras-RJ, além de deputado à Constituinte do Rio em 1892,

51 GALVÃO, Flávio. Sebastião de Lacerda, juiz do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo*, n. 25, Ano VIII, Abril de 1979.

52 GALVÃO, op. cit.

deputado federal (1894), secretário do Interior e Justiça do Estado do Rio de Janeiro (1897), ministro da Viação e Obras Públicas da Presidência Prudente de Moraes, entre 13 de novembro de 1897 e 28 de junho de 1898, presidente da Câmara Municipal de Vassouras (1909), deputado estadual e secretário geral do Estado do Rio, e, em 1912, nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal pelo presidente da República, marechal Hermes da Fonseca.⁵³

A origem da indicação para o cargo de ministro, ligada ao Marechal Hermes, fornece importante fragmento historiográfico, que contém uma das chaves interpretativas sobre o futuro das disputas políticas que envolveram o ministro:

Hermes fora precedido, na Presidência, por Nilo Peçanha, um dos chefes políticos da República Velha com base de atuação no Estado do Rio. Mais tarde, Nilo concorreu à Presidência, contra Bernardes, pela Reação Republicana, que tinha entre seus chefes Maurício de Lacerda, filho de Sebastião Lacerda. Por outras palavras, existia relacionamento de Ordem pessoal e política entre os Lacerda e Nilo e, por aí, com a corrente que levou Hermes da Fonseca à chefia da Nação, em oposição ao candidato civilista, Ruy Barbosa.⁵⁴

Há uma interessante perspectiva histórica sobre o Ministro do STF Sebastião Lacerda. Alçado ao cargo de ministro da Suprema Corte, passou por momentos que materializam disputa entre amigo e inimigo. Seu filho, Maurício Lacerda, se envolveu em disputas políticas, levando aspectos desta disputa a refletirem em seu pai, ministro da Suprema Corte.

Maurício Lacerda, advogado, político e jornalista, foi preso um dia antes do Estado de Sítio de 1924, decretado sob intensa disputa que permeia tumultuado período, e um episódio em particular durante a prisão de Maurício é digna de registro. Trata-se do comentário feito pelo diretor do estabelecimento prisional sobre ter hospedado dois filhos de ministro do Supremo Tribunal na “sua prisão”, quando ouviu a réplica de Maurício, sobre o filho de outro ministro do Supremo não ter sido preso, mas que este sim deveria ter sido enjaulado por seu envolvimento no chamado “escândalo da Revista do Supremo”, e que “agora votava o ignóbil Estado de Sítio”.⁵⁵

53 GALVÃO, op. cit.

54 GALVÃO, Flávio. Sebastião de Lacerda, juiz do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo*, n. 25, ano VIII, abr. 1979.

55 LACERDA, Mauricio. *Historia de uma covardia*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1927. p. 34-55.

Aliás, surreal é a narrativa da chegada do filho do ministro do Supremo à prisão, que parecia materializar uma “farsa”, pois o Diretor do estabelecimento prisional, em diálogo com o novo hóspede, se congratulava por ser saudado e “amado” pelos presos, que acenavam calorosamente para ele das galarias, mas na verdade os gestos de saudação não passavam ordens diretas, sob pena de castigo corporal, e da ameaça de ficarem sem comida, caso não acenassem para o Diretor.⁵⁶

A petição inicial do *HC 16511*, impetrado por Maurício Lacerda perante o STF, em causa própria, em razão de ter sido preso antes do estado de sítio, e por ficar nas piores condições que um preso político poderia ficar - há 15 meses incomunicável, - sem ter sido jamais interrogado, denunciado ou referido em qualquer inquérito ou processo, menciona que:

Preso na manhã de 5 de julho de 1924, nesta cidade, sendo mesmo um dos primeiros, senão o primeiro dos detidos civis daquele dia em todo o Brasil, foi logo recolhido à Casa de Correção, antes, muito antes de que o sítio fosse proposto, aprovado por quasi aclamação, sancionado de imediato, e só publicado, como lei, ao dia seguinte de sua detenção, ali verificada desde a véspera da lei, em nome da legalidade. Esta o prendia sem lei que a autorizasse e, até contra a Lei das leis, o encerrava logo após num cubículo, de preso comum, em inteira senão mais forte sujeição ao regime deste e seu regulamento. E só a moléstia ali contraída ficou devendo sua transferência, já em estado grave, para o hospital da Brigada, onde um acidente no tratamento o pôs às portas da morte. A essa calamidade unicamente ficou devendo também não ter sido, como seus consócios de presidio e hospital, degredado na madrugada de 12 de setembro passado, pois novo surto de septicemia o prostrava dias depois ainda mais grave, obrigando sua remoção altas horas de 17 de setembro citado para a Casa de Saúde S. Sebastião, onde deu entrada, por protesto de seu médico Dr. Guilherme Armando, para ser incontinenti operado sob pena de morte. Ali ficou internado sempre incomunicável como na brigada, e já à custa de seu falecido pai. E ali continua até o presente, prese, devendo maior brandura na sua primitiva incomunicabilidade a circunstância também calamitosa, de quasi moribundo, ter seu pai, desesperançado de o rever no lar, descido do interior para, com sacrifício de sua abalada vida, dar-lhe o derradeiro beijo.

Maurício acabou demitido do jornal em que trabalhava, por pressões políticas, e seu pai passou a lhe fornecer auxílio material, quando o então presidente Arthur Bernardes começa a “descontar” no Supremo os votos

56 LACERDA, op. cit., p. 34-55.

do pai de Maurício, o Ministro Sebastião Lacerda que, doente, foi ao Supremo julgar o famoso HC dos alunos da Escola Militar.

Famoso também o episódio da chantagem de Bernardes contra o Ministro Lacerda pela vaga de coletor de impostos de Petrópolis, cuja vaga beneficiaria um sobrinho do Juiz do Supremo. Mas não é a única e nem a mais notável pressão que o então Presidente da República fez contra um juiz do Supremo.

Para uma percepção da fibra e perfil do ministro Sebastião Lacerda, registremos, a propósito, que em maio de 1914, o jurista Rui Barbosa pediu ordem de Habeas Corpus para os redatores, diretores, revisores, compositores, vendedores e impressores do “O Imparcial”, do “Correio da Manhã”, da “Época”, da “A Noite” e da “Caretá” – *“jornais e revistas que se estampavam na capital e, de forma geral, para os de todos os diários e revistas, a fim de que, escudados na garantia constitucional, se pudessem imprimir e distribuir pela circulação pública, livremente”*, não obstante o estado de sítio decretado pelo governo.⁵⁷

Ao fundamentar seu pedido, Rui afirmou que *“a Constituição, com as faculdades que encerrou no estado de sítio, quando decreta o Poder Executivo, não lhe deu o de subtrair a liberdade de imprensa. Se lhe tivesse dado seria, no ponto de vista democrático, no ponto de vista republicano, no ponto de vista do governo da nação pela nação, uma Constituição indigna, porque teria dado ao poder, com o direito de suprimir a publicidade, o de suprimir, moralmente, a nação”*. No Supremo, a maioria dos juízes da Corte votou a favor do governo, negando a ordem, muito embora, registre-se, votou com o relator, pela concessão, apenas Sebastião de Lacerda.⁵⁸

Ao votar pela concessão da ordem de HC, o ministro Sebastião de Lacerda mencionou que assim fazia porque tinha sido provado que o governo prorrogou, por decreto de 25 de abril, o estado de sítio até 30 de outubro, excedendo assim o período da sessão legislativa ordinária, exorbitando das faculdades que lhe eram conferidas, com a usurpação da função que cabia ao Congresso, e, em consequência, deveria se reconhecer o constrangimento ilegal.

Na série de julgamentos de que participou⁵⁹, Sebastião Lacerda foi ficando mal visto pelos membros do poder executivo, seja porque votava

57 GALVÃO, Flávio. Sebastião de Lacerda, juiz do Supremo Tribunal Federal. Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, n. 25, ano VIII, abr. de 1979.

58 Ibidem.

59 Especialmente os Habeas Corpus nº 8.526, 8.596, 8.343, 8.528, 8.849, 14.583, 23.985, 24.263 e 24.637, dos quais participou o ministro Sebastião Lacerda no STF.

contra as intenções governistas, seja porque seus filhos, Paulo e Maurício, estavam envolvidos com a política de oposição, notadamente na direção do Partido Comunista.

Conforme observa Flávio Galvão, “o governo usava de tudo para atingir a família Lacerda”, devendo ser registrado o episódio em que Sebastião Lacerda recebeu em sua casa alguns perseguidos políticos integrantes do partido comunista, que culminou com investidas contra a residência do ministro do Supremo:

Assim, - o governo organizou nova e aparatosa expedição policial-militar contra a chácara do ministro Sebastião de Lacerda, em Comércio, estação que hoje ostenta o nome daquele grande juiz do Supremo. O próprio ministro Lacerda deixou o registro da ocorrência, reproduzido pelo filho Maurício, na obra depoimento: “Invasão de minha chácara. Aos 28 de março de 1925, estando eu a convalescer-me de uma colite, que me acometera na véspera, durante todo o dia, despertou-me a notícia de que copiosa força militar da Brigada Policial do Rio de Janeiro penetrara nas minhas chácaras, cercando-me de todos os cantos, enquanto o delegado auxiliar pretendia falar-me. Entrada essa autoridade até junto do meu leito, ouvi-lhe a missão espantosa que trouxera, de ordem direta do dr. Afonso Pena Junior, ministro da Justiça. Tal incumbência, segundo me declarou cortesmente aquele delegado, era de obter minha permissão para uma vista d’olhos dentro em meu domicílio. Isto porque o seu chefe de polícia recebera denúncias de que, em minha casa, se abrigavam pessoas necessárias na polícia carioca. “Busca na residência de um ministro do Supremo? Nunca!” retorqui-lhe serena e firmemente. “O dr. Há de compreender que só poderia consentir nessa diligência, sem lesão da dignidade do meu cargo, se ela viesse por intermédio da Justiça. Uma diligência policial feriria a hombridade do meu nome e esta hei de mantê-la intacta. Podem se quiserem fazer a violência; mas a busca com o meu consentimento, isso nunca! E, se eu asilasse quem quer que fosse, ainda um criminoso comum, só o entregaria a um juiz, como eu, o direito de asilo para mim é e será sempre sagrado.”⁶⁰

Ponto nevrálgico da perseguição que sofreu o ministro do Supremo foi à culminância de seu fragilizado estado de saúde, que não era respeitado sequer por seus pares:

60 GALVÃO, Flávio. Sebastião de Lacerda, juiz do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo*, n. 25, ano VIII, abr. 1979.

O estado de saúde e a necessidade da licença passaram então a constituir os argumentos do governo para ver se conseguia afastar Lacerda do Supremo, definitivamente, pela aposentadoria, ou ao menos, se conseguia afastá-lo, temporariamente, pela licença, impedindo-o de participar dos julgamentos que diziam respeito à ordem política. Insistindo na aposentadoria, que era a solução mais conveniente a seus interesses. O governo, através de ministros do próprio Supremo, ameaçava o ministro Lacerda de concessão de licença para tratamento de saúde sem vencimentos. Aliás, no exame de um dos pedidos de licença anteriormente por ele formulados, houve um ministro - Edmundo Lins - que votou nesse sentido, licença sem vencimentos! Outro ministro, o valetudinário André Cavalcanti, envolvido no rumoroso “caso da Revista do Supremo”, por mais de uma vez procurou Sebastião Lacerda, no hospital em que se encontrava este internado, para convencê-lo a aposentar-se ou a licenciar-se, licença - antecipou - que seria sem vencimentos, como já tinham assentado os ministros! Ao antigo colega do governo Prudente de Morais, Lacerda respondeu: ‘Morrerei ministro do Supremo Tribunal’.⁶¹

Registre-se, por limitações deste artigo, o último julgamento de Sebastião de Lacerda no Supremo Tribunal. Trata-se de um habeas corpus impetrado por ex-alunos da Escola Militar, levando o velho ministro a interromper sua licença de saúde, para participar da sessão em 25 de junho de 1925:

Sebastião de Lacerda votou concedendo a ordem, mas o habeas corpus foi denegado. O Supremo, como observa com procedência Maurício de Lacerda, segundo a doutrina do ministro Pires e Albuquerque, então procurador geral da República, preferiu fortalecer a autoridade do que defender a lei, que ele confessava ter sido violada na exclusão dos ex-alunos da Escola Militar, por necessidade de ordem pública. Nessa ocasião, tendo falecido um irmão de Sebastião, coletor em Petrópolis, o presidente Bernardes, narra Maurício, apressou-se em telegrafar ao ministro, assegurando-lhe estar empenhado em lavrar logo o ato de nomeação de um primo dos Lacerda para o cargo. A resposta do ministro ao presidente da República foi comparecer ao Supremo e votar pela concessão do habeas corpus aos jovens da Escola Militar, desta expulsos por terem participado do primeiro 5 de julho (o levante do Forte Copacabana).

61 GALVÃO, Flávio. Sebastião de Lacerda, juiz do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo*, n. 25, ano VIII, abr. 1979.

Ao deixar o Supremo, voto vencido naquele julgamento, Sebastião de Lacerda, que já sentia a ronda da morte, pediu a Maurício de Lacerda para que fosse enterrado sem a toga de juiz. Naquele dia, quando ele se retirava do recinto do Tribunal por uma saída oposta a dos ministros, isto é, pela saída do lado do povo, vendo que se aprestava para tirar a toga e sentindo uma corrente de ar, Maurício lhe pedira para que não a tirasse ao ar corrente, pois se achava enfermo. Respondeu Sebastião, referindo-se à toga: “Ela está mais doente do que eu”. E depois, em casa, repetiu: Não me enterre com ela, que já nada mais exprime, nem vale”, Sebastião de Lacerda faleceu a 5 de julho de 1925, em sua residência da rua do Leão, n. o 30, bairro das Laranjeiras, no Rio. Cumprindo sua recomendação, não lhe vestiram a toga do Supremo Tribunal Federal.⁶²

Tais episódios fizeram com que entrasse para os anais da história o registro do ministro Sebastião Lacerda mencionando estar “enojado” do Supremo, e que a toga estaria mais doente do que o velho Juiz, já enfermo, quando já doente, ouviu de seu filho que não sáísse descoberto para a rua. O velho juiz pediu para ser enterrado sem a toga.

O Ministro estava enojado, ao que parece, era da disputa política que atingia um Tribunal, e que fazia um de seus juízes passar pela chantagem de ter que votar em determinado sentido se quisesse ver seu filho novamente, preso político em delicado estado de saúde. Denota fragmento de “constitucionalismo invertebrado”, que faleceria poucos dias depois para renascer, sugestivo de um “necroconstitucionalismo”. Talvez o que se esperava naquele momento fosse que agissem como integrantes de um “*Partido Político Sui Generis*”, ou uma “*Frente Parlamentar Anômala*”.

3 O NECROCONSTITUCIONALISMO E O CONSTITUCIONALISMO INVERTEBRADO BRASILEIRO

Embora seja difícil fazer a articulação de um período temporal maior, cujas premissas e conclusões pudessem ser aplicadas de maneira uniforme e minimamente adequadas, é possível observar que a judicatura do ministro Sebastião Lacerda no STF foi marcada pelo que podemos denominar de “necroconstitucionalismo”, em que o constitucionalismo – bem entendido, um documento constitucional com garantias institucionais e proteção de

62 GALVÃO, Flávio. Sebastião de Lacerda, juiz do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo*, n. 25, ano VIII, abr. 1979.

direitos - nasce, morre para tornar a nascer ali na frente, fruto, é certo, de um “constitucionalismo invertebrado”.

Projetos particularistas, que pretendiam ver no STF um aliado importante, como peça importante da engrenagem para a continuação de recrudescimento democrático (que poderíamos chamar “*antidemocracy law*”, referido no início), haja vista o estado de sítio e o momento histórico que era vivenciado, explicam a vida e a morte da democracia, assim como a vida e a morte do constitucionalismo.

A desconcertante frase de Ortega, de que uma nação seria uma massa humana organizada, estruturada por uma minoria de indivíduos seletos, seja qual for o nosso credo político, e o fato de termos um grupo de poucos ministros do Supremo tomando decisões da forma como o fazem e faziam, é uma comprovação desta assertiva:

La forma jurídica que adopte una sociedad nacional podrá ser todo lo democrática y aun comunista que quepa imaginar, no obstante, su constitución viva, transjurídica, consistirá siempre en la acción dinámica de una minoría sobre una masa. Se trata de una ineludible ley natural que representa en la biología de las sociedades un papel semejante al de la ley de las densidades en física.

Cuando en un líquido se arrojan cuerpos sólidos de diferente densidad, acabarán estos siempre por quedar situados a la altura a que por su densidad corresponden. Del mismo modo, en toda agrupación humana se produce espontáneamente una articulación de sus miembros según la diferente densidad vital que poseen. Esto se advierte ya en la forma más simple de sociedad, en la conversación. Cuando seis hombres se reúnen para conversar, la masa indiferenciada de interlocutores que al principio son, queda poco después articulada en dos partes, una de las cuales dirige en la conversación a la otra, influye en ella, regala más que recibe. Cuando esto no acontece, es que la parte inferior del grupo se resiste anómalamente a ser dirigida, influida por la porción superior, y entonces la conversación se hace imposible. Así, cuando en una nación la masa se niega a ser masa —esto es, a seguir a la minoría directora—, la nación se deshace, la sociedad se desmembra y sobreviene el caos social, la invertebración histórica.⁶³

A ausência de projetos de unidade, aliada a uma dupla falta, primeiro de um consenso mínimo produtora de diálogos, que descamba para projetos unilaterais, ditos “particularistas”, fazem de nosso edifício constitucional um sarcófago, um biombo dentro do qual se aceitam as melhoras intenções,

63 ORTEGA Y GASSET, José. *España Invertebrada*: Bosquejo de algunos pensamientos históricos. Madrid: Calpe, 1922.

não raro oriundas de benfeitores que fazem de seus projetos perspectivas de um futuro lindo, embora sempre venha a ser uma “linda delinquência”.

Quando o Ministro Sebastião Lacerda foi chantageado pelo presidente Arthur Bernardes, para que votasse de uma determinada maneira, é certo que isso já era também um microcosmo do constitucionalismo invertebrado, que poucos anos depois viria a gerar mais uma morte, e mais um nascimento de regimes constitucionais, “necroconstitucionalismo”.

Os ditos fenômenos constitucionais são observáveis em várias outras épocas, através das mais variadas lentes e cores, e não adota forma política ou regime específico. Basta estar vivo para poder morrer, decorrente da invertebração de projeto constitucional de caráter duradouro.

Poderíamos recordar J.J. Calmon de Passos, em observação de que o paternalismo da constituinte de 1946 culminou com a derrocada de 1964, e que ele agradeceu a morte por não permitir que viesse a ver aonde o paternalismo de 1988 irá conduzir⁶⁴, fragmento que encerra este raciocínio, e não seria tolice dizer que o século XXI será o banco de provas desta assertiva, pois o mesmo paternalismo presente nas rupturas constitucionais também está presente nos seguidos “momentos” de vida e morte. Cuida-se de uma tríade identificável na medula do espelho democracia-constitucionalismo: invertebração, vida/morte e paternalismo particularista.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É preciso pensar sobre o fato de o Supremo Tribunal Federal, ser - ter sido ou vir a ser - não apenas uma igreja militante - para usar a epígrafe deste artigo, mas para marcar uma era de buscas por reformas institucionais, tão caras quanto necessárias.

Uma igreja militante pressupõe doutrinação, fiéis, pecado e expiação. Também pressupõe paraíso, purgatório, inferno e condenação. Ao fim e ao cabo, parecia estar certo Rudolf von Jhering⁶⁵, em seu sonho sobre o paraíso dos conceitos jurídicos: basta uma “prensa-hidráulica-conceitual” e uma máquina de partir um conceito jurídico, ou um fio de cabelos, em 999.999 partes iguais.

64 CALMOM DE PASSOS, J. J. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo*: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: Juspodivm, 2012.

65 Publicado originalmente em: “Im juristischen Begriffshimmel. Ein Phantastiebild”. In: Scherz Und Ernst In Der Jurisprudenz, 1884 by Breikopf & Hartel, Leipzig, e traduzido para o inglês (versão aqui utilizada) por Charlotte L. Levy, como “In The Heaven for Legal Concepts: A Fantasy”, *Temple Law Quarterly*, v. 58, 1985.

Basta pegarmos a democracia – ou o constitucionalismo, pouco importa a ordem e a disposição dos fatores – e dividi-los em algumas partes: a uma delas chamaremos de “Congresso Bicameral”, a outra delas chamaremos de “partidos políticos”, a outra delas chamaremos de “presidencialismo”, e a outra de “Suprema Corte”; temos então uma república composta à feição madsoniana.

Desenhamos num livro-pergaminho uma declaração de direitos, distribuimos cartilhas aos fiéis, e também esperamos pela disputa entre as lideranças carismáticas pelas cúpulas decisórias, centrando as falas nos poderes de indicação. Se um herói aparece, nasce, morre e ressuscita – depois de abatido pelo redemoinho político – mais do que uma confirmação do monomito do herói de mil faces, temos a eucaristia que advém do “necroconstitucionalismo” fruto do “constitucionalismo invertebrado”.

Em uma análise histórico-constitucional, o período de judicatura do ministro Sebastião Lacerda, no Supremo Tribunal Federal, foi marcado por muitos eventos, e os dados observados no artigo são sugestivos de que falemos em um constitucionalismo invertebrado, que deu origem a um constitucionalismo morto-vivo, que morreu a partir de uma ruptura institucional, para nascer logo ali na frente, nos conduzindo a uma maior atenção entre as tensões possíveis entre constitucionalismo e democracia, e os arranjos institucionais possíveis.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *La Nueva División de Poderes*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2011.

BOECHAT RODRIGUES, Lêda. *História do Supremo Tribunal Federal, Defesa das Liberdades Cívicas, Tomo I*. (1891-1898), 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. O poder moderador na Constituição do Império. *Revista de Informação Legislativa*, v. 11, n. 41, p. 27-32, jan./mar. 1974.

BORK, Robert. “Keeping a Republic: Overcoming the Corrupted Judiciary”, *Heritage Lectures*, n 1147 (2008).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Discurso do Ministro Villas Boas em Homenagem ao centenário do ministro Sebastião Lacerda. *Diário da Justiça*, ano XXXIX, n. 89, Terça-Feira, 19 de maio de 1964.

_____. Senado Federal. *Jornal do Senado*, Ano XIX, n. 3.865 de 7 de maio de 2013.

CALMOM DE PASSOS, J. J. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: reflexões de um jurista que trafega na contramão*. Salvador: Juspodivm, 2012.

CAREY, George; MCCLELLAN, James (Org). *The Federalist, by Alexander Hamilton, John Jay, and James Madson*. The Gideon Edition. Indianapolis: Liberty Fund, 2001.

CONSTANT, Benjamin. *Princípios de Política Aplicáveis a todos os Governos*. Tradução de Joubert Brízida. Rio de Janeiro: Top Books, 2007.

CHACON, Vamireh. *Vida e Morte das Constituições*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DAHL, Robert. *How Democratic Is the American Constitution?* 2. ed. New Haven: Yale University Press, 2003.

D'ASSUNÇÃO BARROS, José. Sobre a Feitura da Micro-História. *OP SIS*, v. 7, n. 9, jul./dez. 2007.

DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and Democracy. *European Journal of Philosophy*, 3: 1, p. 2-11, 1995.

_____. Direitos fundamentais: a democracia e os direitos do homem. Em: DARTON, Robert; DUHAMEL, Olivier. *Democracia*. Tradução de Clovis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GARGARELLA, Roberto. *Crisis de la Representación Política*. México-DF: Fontamara, 1997.

_____. *Latin American Constitutionalism (1810-2010): The Engine Room of the Constitution*. New York: Oxford, 2013.

_____. Constitucionalismo Latinoamericano, Direitos Sociais e a Sala de Máquinas da Constituição. Tradução de Thiago Aguiar de Pádua. *Universitas Jus*, v. 27, n. 2, 2016.

HABERMAS, Jürgen. Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles? *Political Theory*, v. 29, n. 6, p. 766-781, December 2001.

HAMBLOCH, Ernest. *Sua Majestade o Presidente do Brasil: um estudo do Brasil constitucional: 1889-1934*. Tradução de Lêda Boechat. Brasília: Senado Federal, 2000.

HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts, *Annu. Rev. Polit. Sci.*, 2008.

JHERING, Rudolf von. In The Heaven for Legal Concepts: A Fantasy. Tradução de Charlotte L. Levy, *Temple Law Quarterly*, v. 58, 1985.

KEANE, John. *Vida e Morte da Democracia*. Tradução de Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010.

LACERDA, Mauricio. *Historia de uma covardia*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1927.

_____. *Entre Duas Revoluções*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1927.

LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O Discurso Político Monarquiano e a Recepção do Conceito de Poder Moderador no Brasil. *Revista DADOS*, v. 48, n. 3, 2005.

MYERS, Gustavus. *History of the Supreme Court of the United States*. Chicago: Charles H. Kerr & Co., 1912.

OBAMA, Barack. *Confirmation of Judge John Roberts: Confirmations Remarks of Senator Barack Obama Confirmation of Judge John Roberts Complete Text*. Disponível em <<http://obamaspeeches.com/031-Confirmation-of-Judge-John-Roberts-Obama-Speech.htm>>. Acesso em: 19 set. 2016.

ORTEGA Y GASSET, José. *España Invertebrada: Bosquejo de algunos pensamientos históricos*. Madrid: Calpe, 1922.

PADUA, Thiago Aguiar. Triângulo da Violência argumentativa- cortes superiores, supremas e constitucionais: decisão monitorada em uma democracia monitória. *Civil Procedure Review*, v.5, n.2: 73-142, may/aug., 2014.

_____; GUEDES, Jefferson Carús. O paraíso dos conceitos jurídicos do jurista alemão Rudolf von Jhering (parte 7). *Conjur*, de 12.06.2017.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização constitucional*. Brasília: UnB, 2011.

PILDES, Richard H. Democracy, Anti-Democracy, and the Canon. *Constitutional Commentary*, 2000.

POSNER, Richard. The Court: A Talk with Judge Richard Posner, by Eric Segall. *The New York Review of Books*, september 29, 2011, v. 58, n. 14, 2011.

ROBERTS, John. *Confirmation Hearing on the Nomination of John G. Roberts, JR. to be Chief Justice of the United States: Hearings Before the Committee on the Judiciary United States Senate, One Hundred Ninth Congress, First Session, on S. J-109-37, September 12-15, 2005, 109rd Cong. Washington, D.C.: United States Government Printing Office, 2005.*

RUBY, Albert. *Our Supreme Court*. Legal Chatter 4 1937-1938.

SARTORI, Giovanni. *Teoria Democrática*. Tradução de Francisco Rocha Filho e Oswaldo Blois. São Paulo/Lisboa: Fundo de Cultura, 1965.

TUSHNET, Mark. *In the Balance: Law and Politics on the Roberts Court*, New York: Norton & Company 70, 2013.

_____. Constitutional Hardball. *The John Marshall Law Review*, 2004.

_____. Toward a Revisionist History of the Supreme Court. *Cleveland State Law Review*, v. 36, 1988.

VILHENA VIEIRA, Oscar. Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador. In: GUILHERME MOTA, Carlos; SALINAS, Natasha S. C. *Os Juristas na formação do Estado-Nação brasileiro: de 1930 aos dias atuais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

WALDRON, Jeremy. The Constitutional Conception of Democracy. Em: WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

RECEBIDO EM: 28/09/2016

APROVADO EM: 06/04/2017

JUSTIÇA ARISTOTÉLICA E AS ONZE ILHAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A POSSIBILIDADE DE JUSTIÇA NO CASO CONCRETO

**ARISTOTELIAN JUSTICE AND THE ELEVEN ISLANDS OF THE
FEDERAL SUPREME COURT: THE POSSIBILITY OF JUSTICE AT THE
CONCRETE CASE**

Wagner Wilson Deiró Gundim

Doutorando em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Anhembí

Thiago Pellegrini Valverde

Mestre em Direitos Difusos e Coletivos (subárea Direitos Humanos) pela Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES). Professor Titular de Direito Internacional Privado no curso de graduação em Direito do Centro Universitário Fundação Santo André, CUFSA, Brasil

Por isso a justiça é muitas vezes considerada a maior das virtudes, e 'nem Vésper, nem a estrela-d'alva' são tão admiráveis; e proverbialmente, na justiça estão compreendidas todas as virtudes. E ela é a virtude completa no pleno sentido do termo, por ser o exercício atual da virtude completa. (Aristóteles, 1991, p. 98).

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Concepção Aristotélica de Justiça: A equidade como justo no caso concreto; 2 As onze ilhas do Supremo Tribunal Federal (STF) e a problemática da autossuficiência decisória; 3 Decisões monocráticas em direitos fundamentais e o reforço da tese das onze ilhas; 4 Justiça Aristotélica e as onze ilhas do Supremo Tribunal Federal (STF): é possível chegar-se a julgamentos justos?; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo investigar se é possível alcançar a justiça no caso concreto, nos termos defendidos pela concepção Aristotélica, notadamente nos julgamentos ocorridos no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), órgão composto por “onze ilhas”, o qual, no mais das vezes, apresenta entendimentos isolados e inconciliáveis. A ideia inicial é explorar as concepções Aristotélicas de Justiça de modo a evidenciar o que, para o filósofo, se apresenta como Justiça, e, principalmente, como justo no caso concreto. Sequencialmente, pretende-se esclarecer a ideia de que o Supremo Tribunal Federal (STF) possui “onze ilhas”, cuja atuação demonstra a existência de entendimentos divergentes e em algumas situações praticamente inconciliáveis. Ao final, o artigo verificará se dentro da concepção Aristotélica é possível que o Supremo Tribunal Federal (STF) alcance a justiça no caso concreto, mesmo diante da existência de entendimentos tão diversificados em cada uma das “onze ilhas”.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Aristotélica. Diálogo Institucional. Virtude. Equidade. Unidade Decisória.

ABSTRACT: The purpose of this article is to investigate whether it is possible to achieve justice in the concrete case, according to the terms defended by the Aristotelian conception, notably in the context of the judgments of the Federal Supreme Court (STF), a body composed by “eleven islands”, which more often than the ideal presents isolated and irreconcilable understandings. The initial idea is to explore the Aristotelian conceptions of Justice in order to highlight what, for the philosopher, presents itself as Justice, and, mainly, what is fair in the concrete case. Consecutively, the intention is to clarify the idea that the Federal Supreme Court (STF) has “eleven islands”, whose performance demonstrates the existence of divergent understandings and in some situations practically irreconcilable. At the end, the article will verify if it is possible, within the Aristotelian conception, that the Federal Supreme Court (STF) reaches justice in the concrete case, even in the scenario of such diverse understandings in each one of the “eleven islands”.

KEYWORDS: Aristotelian Justice. Institutional Dialogue. Virtue. Equity. Decisive Body.

INTRODUÇÃO

O protagonismo judicial na concretização de direitos e garantias fundamentais, bem como na resolução de questões tidas por primordiais no cenário jurídico e político brasileiro, tem sido um fenômeno cada vez mais frequente na pauta do Supremo Tribunal Federal (STF), de modo que a resolução de cada um destes casos tem provocado reações várias na mídia, tanto positivas como negativas.

Ocorre que, além das reações favoráveis ou desfavoráveis ao que se tem decidido, fica cada vez mais nítido que os posicionamentos apresentados por referido órgão, no mais das vezes, constituem razões decisórias totalmente divergentes e, em algumas ocasiões, até mesmo inconciliáveis, razão pela qual os Ministros são comumente identificados como “onze ilhas” dotadas de autossuficiência no processo decisório, em analogia apresentada por Conrado Hübner Mendes¹.

Esta ausência de uniformização de entendimento é extremamente perigosa para o Estado Democrático de Direito, uma vez que coloca em xeque a própria funcionalidade do Supremo Tribunal Federal (STF), órgão de cúpula do Poder Judiciário responsável pela guarda da Constituição Federal.

Isso porque, uma das funções primordiais de uma Corte colegiada é empreender, *coletivamente*, um resultado global que redunde na prestação jurisdicional mais adequada ao jurisdicionado. Em outras palavras, o resultado coletivo deve corresponder à adequação entre as interpretações individuais de cada um dos juízes.

Isto não significa, contudo, que os juízes não possam externar suas opiniões e conclusões individuais no momento da prestação jurisdicional reclamada, uma vez que tal ato decorre da própria atividade interpretativa do exegeta. O que se espera é que, no momento da interpretação, o protagonismo judicial individual existente no órgão colegiado dê passagem a um resultado uniforme e final, que deverá transcender a individualidade do Ministro julgador, e que seja capaz de afastar a tão famigerada autossuficiência decisória.

Diante deste contexto, é extremamente pertinente analisar à luz da teoria jusfilosófica, especificamente sob o manto da concepção aristotélica de justiça, se é possível alcançar a justiça no caso concreto, notadamente

1 MENDES, Conrado Hübner. *Onze ilhas*. 01 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>>. Acesso em: 6 ago. 2016.

nos julgamentos ocorridos no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), tarefa esta que será empreendida por meio do presente ensaio.

1 A CONCEPÇÃO ARISTOTÉLICA DE JUSTIÇA: A EQUIDADE COMO JUSTO NO CASO CONCRETO

Aristóteles (384-322 a.C.) é um dos maiores expoentes do pensamento filosófico grego, de modo que suas ideias, mesmo após a sua morte, representam reflexões filosóficas do patamar mais elevado já construídas sobre o direito e o justo.

Discípulo de Platão, Aristóteles enquadra-se naquilo que denomina-se de filosofia clássica, posterior à filosofia dos originários (Anaximandro, Heráclito e Éfeso) e anterior à filosofia dos sofistas (Protágoras de Abdera, Górgias de Leontini e Isócrates de Atenas)².

No campo do direito, a obra que traz as mais altas aspirações e reflexões do filósofo é *Ética a Nicômaco*, notadamente em seu livro V, em que Aristóteles se ocupa a pensar sobre a justiça, o seu conceito, suas acepções e as características daquilo que entende como justo.

Ao iniciar o Livro V da obra referenciada, Aristóteles³ consigna que:

[...]

Vemos que todos os homens entendem por justiça aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e desejar o que é justo; e do mesmo modo, por injustiça se entende a disposição que as leva a agir injustamente e a desejar o que é injusto.

[...]

Tomemos, pois, como ponto de partida os vários significados de um “homem justo”. Mas o homem sem lei, assim como o ganancioso e o ímprobo, são considerados injustos, de forma que tanto o respeitador da lei como o honesto serão evidentemente justos. *O justo é, portanto, o respeitador da lei e o probo, e o injusto é o homem sem lei e é ímprobo.*

(grifos nossos)

2 MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

3 ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco; Poética; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 96.

Para o filósofo, portanto, a justiça estaria adstrita ao cumprimento da lei e a injustiça, a contrário senso, ao descumprimento da lei. No entanto, como adverte Mascaro⁴, diferentemente da jusfilosofia moderna, a lei produzida a partir de um princípio ético não é diretamente relacionada ao justo por conta de sua forma (relacionada à validade formal da lei), mas em razão de seu conteúdo, de modo que uma má lei, não é lei.

Ao proceder com uma sistematização filosófica da justiça, Aristóteles descobre o seguinte: existem 2 (duas) acepções de justiça a saber: (i) a justiça pode ser tomada em seu sentido universal; ou (ii) a justiça pode ser entendida em seu sentido particular.

Em seu sentido universal, a justiça é compreendida como virtude perfeita e completa, vale dizer:

[...] é completa porque aquele que a possui pode exercer sua virtude não só sobre si mesmo, mas também sobre o seu próximo, já que muitos homens são capazes de exercer virtude em seus assuntos privados, porém não em suas relações com os outros⁵.

Ao tratar sobre a justiça universal aristotélica, Osvaldo Guariglia⁶ aduz que:

A justiça no primeiro sentido, normativo, constitui, para Aristóteles, o que ele denomina ‘a virtude completa’, quer dizer, a justiça total. Entretanto, a justiça no sentido de ‘igualdade’ é uma parte sumamente importante da justiça, que se enquadraria com o que nós atualmente entendemos pelo campo propriamente jurídico.

Para Aristóteles, existe um grande rol de virtudes, e todas estas se revestem como possibilidades que se afirmam por si mesmas, i.e, o que identifica cada virtude é uma espécie de tipo identitário que a constitui. Para o filósofo, nenhuma virtude depende da outra, mas todas as existentes no mundo correspondem obrigatoriamente à soma de 2 (dois) verbos/ elementos, vale dizer, a virtude em si somada ao elemento justiça. Para exemplificar, não basta ser paciente, é preciso ser paciente justamente.

4 MASCARO, op. cit.

5 ARISTÓTELES, p. 98-99.

6 GUARIGLIA, Osvaldo. *Ética y Política según Aristóteles II*. Buenos Aires: Centro Editor América Latina, 1992. p. 184.

Exatamente pelo fato de estar contida em todas as demais virtudes, a justiça é a única virtude de caráter universal. No entanto, defenderá Aristóteles, muito embora seja universal por acompanhar todas as demais, a justiça também se revela como virtude em si mesma, configurando então a sua aceção no sentido particular. Para o filósofo, a regra do justo é traduzida no ato de dar a cada um o que lhe pertence, compreendendo, portanto, uma ação distributiva que exige a necessidade de estabelecer o que é de cada qual.

No seu sentido estrito, aduzirá Aristóteles, a justiça pode se manifestar de 2 (duas) formas a saber: (i) justiça distributiva; e (ii) justiça corretiva, as quais são esclarecidas pelo próprio filósofo em *Ética a Nicômaco*⁷.

Mediante as considerações acima, depreende-se que a justiça distributiva corresponde à distribuição justa da riqueza, a qual representa um justo termo entre duas pessoas e duas coisas. A justiça da distribuição, por sua vez, será caracterizada pela proporcionalidade – proporcional será aquela que se pautar pelos parâmetros da régua de lesbos adiante explicitada-, ao passo que a injustiça restará caracterizada pela desproporcionalidade.

Ao tratar sobre a necessária igualdade da distribuição, Aristóteles⁸ consignará ainda que “O justo, pois, envolve pelo menos quatro termos, porquanto duas são as pessoas para quem ele é de fato justo, e duas são as coisas em que se manifesta — os objetos distribuídos”.

A justiça corretiva ou retributiva, por sua vez, se caracteriza como uma espécie de justiça aritmética e que tem por desiderato retribuir algo semelhante àquilo que fora perdido ou retirado, voluntária ou involuntariamente. Por envolver apenas 2 (duas) retribuições, tal justiça é representada apenas por 2 (dois) termos.

Aristóteles ainda chama a atenção para uma outra forma de justiça denominada reciprocidade, a qual, no entanto, não configura um terceiro caso de justiça particular; o que ocorre é que na justiça distributiva ou corretiva/retributiva existe uma hipótese de reciprocidade, a qual possui aplicabilidade mais importante no campo da produção e atua como uma retribuição proporcional entre as pessoas e os produtos fornecidos. Geralmente a reciprocidade ocorre quando se troca algo por dinheiro/moeda, o qual possui natureza universal.

7 ARISTÓTELES, *op. cit.*

8 *Ibid.*, p. 102.

Alysson Mascaro⁹ tece uma importante observação sobre a concepção aristotélica de justiça consignando que nas questões do mais alto pensamento do filósofo, a sua compreensão caminha para uma política do justo, e não para uma filosofia pautada em critérios matemáticos em proporções aritméticas e geométricas. Ainda, segundo o autor, “somente um mergulho nas condições sociais concretas há de revelar o justo para o pensamento político aristotélico”¹⁰.

Tais considerações nos permitem afirmar que a justiça para Aristóteles não é normativa, mas situacional, vale dizer, depende da situação histórica, social e até mesmo demográfica, de modo que o justo deve equivaler ao meio termo, afastando os excessos econômicos, políticos, culturais e sociais.

A concepção aristotélica de justiça, contudo, não pode ser alcançada apenas por meio da observação ou contemplação, ao contrário, é um fazer intencional, deliberado e conhecido. Isto significa que para se alcançar a justiça, *é preciso fazer justiça*.

As considerações trazidas alhures servem como base para apresentação de um dos eixos centrais da concepção aristotélica de justiça trabalhada no Livro *Ética a Nicômaco*, qual seja: a equidade. A ideia de equidade trabalhada pelo filósofo, contudo, não é aquela prevista pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), pois esta assume um aspecto de correção da lei, portanto, de caráter superior à própria justiça.

Ao se referir sobre a equidade, Aristóteles consigna que justo é o homem escolhe e pratica atos equitativos, ressaltando por mais uma vez que a justiça não é apenas uma orientação ou apreensão teórica, mas a sua efetiva prática. Para se alcançar a justiça é preciso fazer a justiça, agindo-se sempre de modo equitativo¹¹.

De forma bastante específica com relação à atuação do Juiz, Aristóteles a compara àquele que julga conforme a Régua de Lesbos¹² e se atenta às especificidades de cada caso concreto, agindo de maneira flexível de acordo com a situação.

9 MASCARO, op. cit.

10 Ibid, p. 71.

11 ARISTÓTELES, op. cit.

12 Nesta ilha do mundo grego, os construtores se valiam de uma régua flexível, que se adaptava à forma das pedras, sem ser rígida (Cf. MASCARO, op. cit, p. 79).

Por sua vez, Richard Bodéüs¹³, ao tratar sobre o julgamento equitativo na concepção Aristotélica, tece as seguintes considerações:

[...]

Eu entendo por isso que o julgamento equitativo é ainda, para Aristóteles, interpretação da própria lei positiva, não de alguma norma independente e superior que deva se chamar moral, por exemplo. A jurisprudência equitativa não é certamente uma interpretação estrita da lei, como aquela que opera na aplicação desta aos casos particulares previstos pelo legislador. Mas é, todavia, uma reinterpretação da lei segundo os seus próprios princípios; ela é rigorosamente alheia àquilo que já não é a regra posta pela lei e ela definitivamente se restringe a dizer melhor o que já diz imperfeitamente a lei positiva, sem referência a algum princípio de uma outra natureza.

Uma outra tese aristotélica vai no mesmo sentido e mostra a importância considerável que o filósofo concede à jurisprudência interpretativa. É a tese da “constitucionalidade das leis”, tese eminentemente conforme aos costumes jurídicos contemporâneos e aos costumes da Antiguidade [...]. A semelhança deste princípio com a jurisprudência equitativa é muito evidente. Do mesmo modo que a equidade não se pode estabelecer na indiferença ou na ignorância da lei positiva, mas deve imperativamente inspirar-se na regra imanente à lei que ela corrige, da mesma maneira as próprias leis positivas não podem ser estabelecidas na indiferença ou na ignorância do regime constitucional sob o qual elas são promulgadas, mas devem imperativamente conformar-se aos princípios que determinam a forma desse regime.

Por derradeiro, ainda sobre a equidade aristotélica, Andréa Coutinho Pessoa de Oliveira¹⁴ ressalta que esta “garante que cada caso será aplicado e analisado com o rigor da lei, mas com a flexibilidade e coerência da equidade, para que não caia no erro, querendo generalizar o singular”.

As elucubrações aduzidas ao longo deste capítulo inicial trouxeram em pauta, ainda que de forma mais sintetizada (já que o universo das reflexões jusfilosóficas aristotélicas é muito superior ao apreendido no corpo deste trabalho), as ideias centrais da concepção Aristotélica de justiça, notadamente no que tange à justiça do caso concreto.

13 BODÉÜS, Richard. Os fundamentos naturais do direito e a filosofia aristotélica. In: ZINGANO, Marco. (Coord.) *Sobre a ética nicomaquéia de Aristóteles*. São Paulo: Odysseus Editora, 2010. p. 345.

14 OLIVEIRA, Andréa Coutinho Pessoa de. *A virtude da Justiça no pensamento aristotélico*. Dissertação (Mestrado Acadêmico de Filosofia). Universidade Estadual do Ceará. 2009. p. 79.

Diante da conclusão desta primeira tarefa, portanto, tratar-se-á a seguir sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal e sua caracterização como “onze ilhas” quando da prestação da tutela jurisdicional reclamada.

2 AS ONZE ILHAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) E A PROBLEMÁTICA DA AUTOSSUFICIÊNCIA DECISÓRIA

Nos termos do que já fora pontuado alhures, o protagonismo judicial na concretização de direitos e garantias fundamentais, bem como na resolução de questões tidas por primordiais no cenário jurídico/político brasileiro, tem sido um fenômeno cada vez mais frequente na pauta do Supremo Tribunal Federal (STF)¹⁵, de modo que a resolução de cada um destes casos tem provocado reações várias na mídia, tanto positivas como negativas.

Ocorre que, além das reações favoráveis ou desfavoráveis ao que se tem decidido, fica cada vez mais nítido que os posicionamentos apresentados por referido órgão, no mais das vezes, constituem razões decisórias totalmente divergentes e, em algumas ocasiões, até mesmo inconciliáveis, razão pela qual os Ministros são comumente identificados como “onze ilhas” dotadas de autossuficiência no processo decisório.

Conrado Hübner Mendes¹⁶ esclarece o uso do termo em entrevista concedida ao blog “Os Constitucionalistas” e indica que o Supremo Tribunal Federal (STF) se manifesta como “onze ilhas” por pelo menos 2 (duas) formas a saber:

Os Constitucionalistas – O Supremo Tribunal Federal continua um arquipélago de “onze ilhas”? Há excesso de individualismo na prática deliberativa do Tribunal?
Conrado Hübner Mendes – Sim, as “onze ilhas” continuam fortes como nunca. Mas é preciso dar maiores contornos a essa metáfora. O STF se manifesta como “onze ilhas” pelo menos de duas maneiras. Em primeiro

15 O fenômeno de expansão do Poder Judiciário mencionado ocorreu após o Século XXI, o qual transcendeu a peculiaridade norte-americana, de modo que diversos regimes jurídicos adeptos tanto do civil law, como do common law, passaram a prever em seus ordenamentos jurídicos alguma forma de jurisdição constitucional, apostando no protagonismo judicial para a dominação de políticas públicas e de normas cuja competência caberia originariamente à outras esferas do Poder, ante a ineficiência ou mora para efetivação de direitos fundamentais, sociais e questões conexas de caráter essencial ao Estado Democrático de Direito; o qual é denominado como Judicialização da Política, o qual fora analisado inicialmente por Neal Tate (Ver: TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. *The global expansion of judicial power*. Nova York: New York University Press, 1995).

16 NONATO, Israel. Conrado Hübner Mendes: “O STF é refém do capricho dos seus ministros”. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/conrado-hubner-mendes-o-stf-e-refem-do-capricho-dos-seus-ministros>>. Acesso em: 5 ago. 2016.

lugar, quando suas decisões colegiadas correspondem a nada mais do que a soma de votos individuais, sem maiores interações comunicativas entre eles. São decisões fragmentadas, com argumentos diversos, que dificultam a identificação de um fundamento comum. Uma colcha de retalhos. É verdade que, estatisticamente, a maior parte das decisões colegiadas é composta de decisões unânimes, nas quais se segue o voto do relator (aparentemente, o contrário das “onze ilhas”). Isso acontece, sobretudo, nos acórdãos das Turmas. Porém, se olharmos mais atentamente para esses números, percebemos que, quando o caso é controverso e de maior exposição pública do Plenário, a regra é o modelo fragmentado. Praticamente, nenhum ministro do STF resiste à tentação de se expressar com sua própria voz quando está sob os holofotes, mesmo se concorda com a linha de outro voto, ou se o que tem a dizer for, no limite, redundante. Ninguém abre mão da vaidade autoral, nem quando isso teria potencial para estimular uma Corte melhor, que toma decisões melhores.

Em segundo lugar, o Supremo Tribunal Federal se manifesta como “onze ilhas” na pura e simples ausência do colegiado em 90% das decisões que a Corte toma. O STF é, na maior parte do seu tempo, um “tribunal monocrático”. Um ministro pode individualmente tomar decisões liminares que consumam efeitos irreversíveis, engavetar casos e jogá-los para um futuro indefinido, desengavetar casos que estavam aguardando julgamento há muitos anos ou poucos meses. O STF é refém dos caprichos de cada um dos seus ministros. Nada melhor define as “onze ilhas”.

A analogia indigitada, inclusive, também fora reconhecida pelo Ministro Marco Aurélio em entrevista concedida à TV Uol em 2012¹⁷, por meio da qual este informa não apenas a inexistência de convivência social dos Ministros fora do ambiente de trabalho, mas a própria divergência de entendimentos que, por vezes, são levadas para o lado pessoal.

A existência destas “ilhas” é caracterizada por uma pretensão de autossuficiência decisória em que cada um dos Ministros limita-se a expor os argumentos que o levaram a decidir desta ou daquela forma, acreditando que a sua “convicção pessoal” individual basta por si mesma para a adequada prestação jurisdicional reclamada.

Não se vislumbra, portanto, uma preocupação de coesão ou uniformidade das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de modo que na maioria dos julgamentos o que se vê é a somatória de

17 STF tem 11 ilhas e está cheio de víboras, diz Marco Aurélio. Disponível em: < <http://tvuol.uol.com.br/video/stf-tem-11-ilhas-e-esta-cheio-de-viboras-diz-marco-aurelio-04020C9C3866C8C12326/> > Acesso em 6 ago. 2016.

onze decisões tomadas de forma isolada, quando o ideal é que se tivesse uma decisão colegiada uniforme¹⁸.

Esta conclusão também é perfilhada por Oscar Vilhena Vieira¹⁹ ao aduzir que:

Hoje, o que temos é a somatória de 11 votos (que, em um grande número de casos, já se encontram redigidos antes da discussão em plenário) e não uma decisão da Corte, decorrente de uma robusta discussão entre os Ministros. Isto seria muito importante para que a integridade do Supremo, enquanto instituição colegiada, fosse mantida. Quando nos perguntamos qual a decisão do Supremo no caso das células-tronco, fica evidente que há uma multiplicidade de opiniões. Mesmo se pegarmos o voto do relator, que foi muito além da questão iuris submetida ao Tribunal, o que dali foi aceito pela maioria e o que não foi aceito? Quais são os efeitos precisos da decisão? Assim, as decisões precisam deixar de ser vistas como uma somatória aritmética de votos díspares. Na realidade, o que o sistema jurídico necessita são decisões que correspondam a um maior consenso decorrente de um intenso processo de discussão e deliberação da Corte. Evidente que sempre deverá haver espaço para votos discordantes e opiniões complementares, mas a maioria deveria ser capaz de produzir uma decisão acordada, um acórdão, que representasse a opinião do Tribunal. Isto daria mais consistência a decisões judiciais de grande impacto político.

Por sua vez, ao tratar sobre a necessidade de diálogo constitucional como componente da ideia de democracia deliberativa, Virgílio Afonso da Silva²⁰ reconhece a inexistência de unidade institucional e decisória no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) e tece as seguintes considerações sobre o modelo brasileiro:

18 Deve-se registrar, neste ponto, que a crítica apontada não diz respeito às conclusões finais chegadas pelo órgão, pois no mais das vezes as decisões colegiadas redundam em julgamentos unânimes. O que se está a criticar é que os julgadores chegam a um mesmo resultado final, mas por caminhos diversos e que, em algumas vezes, são conflitantes, já que são pautados, inclusive, em paradigmas filosóficos inconciliáveis (por vezes valem-se da jurisprudência dos valores e em algumas outras fundam-se na filosofia da consciência, tudo para justificar o mesmo resultado final).

19 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Rev. direito GV [online]*, v.4, n.2, p.441-463, 2008.

20 SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, ago. 2012. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144/2927>>. Acesso em: 08 ago. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4144>.

O modelo brasileiro pode ser considerado como um modelo extremo de deliberação externa, o que o afasta definitivamente dos modelos continentais europeus. Especialmente devido à:

- quase total ausência de trocas de argumentos entre os ministros: nos casos importantes, os ministros levam seus votos prontos para a sessão de julgamento e não estão ali para ouvir os argumentos de seus colegas de tribunal;
- *inexistência de unidade institucional e decisória: o Supremo Tribunal Federal não decide como instituição, mas como a soma dos votos individuais de seus ministros;*
- carência de decisões claras, objetivas e que veiculem a opinião do tribunal: como reflexo da inexistência de unidade decisória, as decisões do Supremo Tribunal Federal são publicadas como uma soma, uma “colagem”, de decisões individuais; muitas vezes é extremamente difícil, a partir dessa colagem, desvendar qual foi a real razão de decidir do tribunal em determinados casos, já que, mesmo os ministros que votaram em um mesmo sentido podem tê-lo feito por razões distintas.

Para que as elucubrações indigitadas não fiquem apenas no campo da teoria, torna-se imperioso passar ao campo da práxis e demonstrar a nítida divergência de entendimentos do Supremo Tribunal Federal (STF) quando do julgamento de questões tida por fundamentais.

Um caso extremamente emblemático que demonstra a nítida divergência de posicionamento dos Ministros do Supremo refere-se à recente mudança de posicionamento com relação à possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau, em julgamento plenário do Habeas Corpus n.º 126.292 ocorrido em 17.2.2016²¹.

21 Considerando que o objetivo do presente capítulo é apenas evidenciar a existência de divergências e de decisões isoladas no âmbito do STF, não se discutirá sobre o acerto ou não da decisão plenária. Contudo, remete-se o leitor às considerações aduzidas por Lenio Streck em artigo intitulado “Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional” (Cf. STRECK, Lenio Luiz. Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. *Revista Consultor Jurídico*, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em: 8 ago. 2016).

O habeas corpus em referência foi impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual indeferiu o pedido de liminar lá apresentado objetivando o afastamento do mandado de prisão expedido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP).

Em síntese, trata-se de ação penal em decorrência de roubo qualificado praticado por um ajudante-geral condenado à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses. Após a condenação em 1º (primeiro) grau, a defesa recorreu ao Tribunal que, além de ter negado provimento ao recurso interposto, determinou a expedição do mandado de prisão.

Irresignada, já que a determinação da expedição de mandado de prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória representaria nítida violação ao princípio da presunção de inocência prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, bem como à jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal (STF) – até aquele momento –, a defesa impetrou os habeas corpus mencionados.

Ocorre que, por decisão plenária ocorrida no dia 17.2.2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria de votos, entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofenderia o princípio constitucional da presunção da inocência.

Registre-se neste ponto que a decisão em questão representou nítida mudança de entendimento da Corte, que desde 2009 no âmbito do julgamento do Habeas Corpus n.º 84078, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressalvava a possibilidade de prisão preventiva.

Em suas razões decisórias, o Ministro Relator Teori Zavascki consignou em síntese que:

[...]

5. Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante

de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas²².

Acompanharam o Relator os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

Em sentido contrário, a Ministra Rosa Weber e os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, presidente da Corte naquela oportunidade, ficaram vencidos. Todos eles votaram pela manutenção da jurisprudência do Tribunal que exige o trânsito em julgado para cumprimento de pena e concluíram pela concessão do *habeas corpus*.

Por mais que o Plenário tenha decidido em fevereiro pela possibilidade de execução da pena logo após a decisão de segundo grau, o Ministro Ricardo Lewandowski, em plantão judiciário, deferiu medida liminar requerida nos autos do Habeas Corpus n.º 135.752 em favor do ex-prefeito de Marizópolis (PB) para suspender, integral e cautelarmente, a execução provisória das penas impostas pelo Tribunal a quo, até o julgamento final do recurso, vedando, por consequência lógica, a efetivação da prisão em decorrência da condenação criminal que havia lhe sido imposta.

Em síntese, os argumentos apresentados pelo Ministro Lewandowski se consubstanciaram nas seguintes razões: (i) inicialmente, o Ministro afirmou que muito embora o posicionamento do órgão tenha sido recentemente alterado quando do julgamento plenário do Habeas Corpus n.º 126.292 em que se reconheceu a possibilidade de execução da sentença após o julgamento em 2ª (segunda) instância, a decisão fora tomada em processo objetivo que “não se reveste de eficácia vinculante”, conforme recente decisão do Ministro Celso de Mello em processo de sua relatoria; (ii) invocando o preceito da antiga escola da exegese in claris cessat

22 HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016).

interpretatio, o Ministro entendeu que o dispositivo constitucional que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado é absolutamente taxativo e categórico, de modo que não haveria como ser interpretado; e (iii) se, por um lado, o princípio constitucional da presunção de inocência não resta malferido diante da previsão, em nosso ordenamento jurídico, das prisões cautelares, desde que observados os requisitos legais, por outro, não permite que o Estado trate como culpado aquele que não sofreu condenação penal transitada em julgado, sobretudo sem qualquer motivação idônea para restringir antecipadamente sua liberdade.

Ocorre que, o Ministro Luiz Edson Fachin, Relator do processo indigitado, revogou ex officio a decisão do Ministro Ricardo Lewadowski em despacho assinado no dia 2.8.2016, salientando que a Corte havia se manifestado de forma colegiada sobre o tema e que, muito embora a decisão não possua efeito vinculante (por ter se dado em julgamento individual de habeas corpus), o Supremo Tribunal Federal (STF) deve conferir estabilidade à sua própria jurisprudência, senão veja-se:

A decisão proferida no HC 126.292/SP realmente não ostenta caráter erga omnes ou vinculante, nada obstante impende que a Corte confira estabilidade a sua própria jurisprudência, ressalvados por evidente douts entendimentos divergentes na fixação de teses majoritárias. Entendo que a decisão tomada pelo Plenário não teve, a rigor, como base apenas peculiaridades do referido caso concreto, tanto que culminou na edição de tese que, dentre outras funções, exerce a tarefa de indicar, em sentido geral, a compreensão da Corte Suprema sobre dada matéria.

O caso mencionado, contudo, não é o único em que se vislumbra a manifesta divergência de entendimentos do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre questões jungidas à sua apreciação.

Cite-se, neste ponto, a recente divergência sobre a competência para julgamento das contas dos prefeitos, em julgamento realizado nos autos do RE n.º 848.826 e do RE n.º 729.744, sob a Relatoria dos Ministros Roberto Barroso e Gilmar Mendes, respectivamente.

No primeiro caso (RE n.º 848.826), o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, por 6 (seis) votos a 5 (cinco), que a Câmara de Vereadores é o órgão competente para julgamento das contas do prefeito, de modo que os votos vencedores foram dos Ministros Ricardo Lewadowski, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Edson

Fachin, ficando vencidos os Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Teori Zavascki e Rosa Weber.

A decisão final restou consignada nos seguintes termos:

[...]

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente), que redigirá o acórdão, fixou tese nos seguintes termos: “Para os fins do art. 1º, inciso I, alínea “g”, da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, alterado pela Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010, a apreciação das contas de prefeitos, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores”, vencidos os Ministros Luiz Fux e Rosa Weber. Ausentes, justificadamente, os Ministros Cármen Lúcia e Teori Zavascki. Plenário, 17.08.2016²³.

No que tange ao julgamento do RE n.º 729.744, o plenário decidiu por 9 (nove) votos a 2 (dois) no sentido de que o parecer prévio de conselhos ou tribunais pela rejeição das contas de prefeitos não prevalece ante o decurso de prazo para a deliberação da câmara de vereadores²⁴.

É importante que se tenha em mente que não se está a criticar a divergência de entendimento em si, já que é extremamente comum que num cenário de possíveis interpretações os julgadores possuam entendimentos diversos, e em algumas situações até mesmo conflitantes.

Em outras palavras, é lícito aos Ministros externar suas opiniões e conclusões individuais no momento da prestação jurisdicional reclamada, uma vez que tal ato decorre da própria atividade interpretativa do exegeta²⁵.

23 A mencionada decisão fora disponibilizada no *Diário da Justiça Eletrônico do Supremo Tribunal Federal em 22.8.2016*. DJE n.º 178/2016, página 38. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/123403180/stf-22-08-2016-pg-38/pdfView>>. Acesso em: 20 ago 2016.

24 A mencionada decisão também fora disponibilizada no *Diário da Justiça Eletrônico do Supremo Tribunal Federal em 22.8.2016*. DJE n.º 178/2016, página 38. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/123403180/stf-22-08-2016-pg-38/pdfView>> Acesso em: 20 ago. 2016.

25 É importante, contudo, que sejam afastadas neste ponto alegações subjetivistas tais como “decido exclusivamente conforme minha consciência” ou “a decisão é uma ato de vontade do juiz”, uma vez que o elemento psicologizante / coeficiente pessoal / subjetividade do intérprete, apesar de existente no processo interpretativo (pois sempre há uma apropriação de sentido), não pode ser considerado como elemento primordial ou essencial da Hermenêutica e do ato de interpretação, uma vez que toda a compreensão se dá mediante o texto, na e pela distância que este

O que se espera é que, no momento de interpretação, o protagonismo judicial individual existente em um órgão colegiado, notadamente na Corte que decide questões do mais alto patamar jurídico, dê passagem a um resultado uniforme e final, que deverá transcender a individualidade do Ministro julgador, e que seja capaz de afastar a tão famigerada autossuficiência decisória.

3 DECISÕES MONOCRÁTICAS EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E O REFORÇO DA TESE DAS ONZE ILHAS

Conrado Hübner Mendes alega que as Cortes constitucionais, ao contrário dos parlamentos em uma democracia, ocupam uma posição institucional especial, haja vista serem compostas por membros não eleitos diretamente, mas escolhidos “por algum método do qual participam autoridades eleitas”, não podendo ser retirados do cargo em virtude do conteúdo de suas decisões, ou seja, não são suscetíveis à dinâmica eleitoral e ao ritmo de alternância parlamentar²⁶. Ou seja, as Cortes não são percebidas como um elemento natural da democracia; aliás, elas podem perfeitamente funcionar como uma espécie de “freio” às intenções de uma maioria, ainda que elas protejam as precondições da democracia, como ensina Hübner Mendes:

[...] a democracia não se realiza simplesmente pela existência de um legislador eleito que toma decisões por regra de maioria, independentemente de outras condições. Aceita que uma agência externa ao parlamento possa desempenhar um papel de anteparo dessas precondições. Há duas versões dessa ideia, como veremos abaixo: a primeira aceita a interferência externa somente para preservar o procedimento de competição democrática; a segunda, mais ambiciosa, requer que decisões legislativas sejam submetidas a um controle de substância, de acordo com os princípios de justiça que a democracia pressupõe. O que une ambos, portanto, é a ideia de que a revisão judicial tem uma missão constitutiva da própria democracia a cumprir²⁷.

Conforme citação acima, percebe-se que o primeiro tipo (daqueles que afirmam que a Corte assegura o processo de formação da vontade democrática) são de procedimentalistas. Estes entendem que a tarefa das Cortes constitucionais

estabelece, vale dizer, não se trata de tarefa pautada exclusivamente em convicções pessoais do julgador; (Cf. RICOEUR, Paul. Do texto à acção. Portugal: Editora Rés, 2007).

26 MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de Poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 70.

27 MENDES, op. cit., p 70-71.

é corretiva, valendo, ainda, a regra da maioria obtida nos parlamentos. A tarefa é essencialmente a de monitorar a equidade procedimental, “cortando” eventuais abusos por parte do corpo político, não interferindo na vontade popular. John Hart Ely fala em papel “antitruste” das Cortes constitucionais, ou seja, a Corte somente intervém quando identificadas falhas políticas. Obtempera Ely:

The approach to constitutional adjudication recommended here is akin to what might be called an “antitrust” as opposed to a “regulatory” approach to economic affairs – rather than dictate substantive results in intervenes only when the “market”, in our case than political Market, is malfunctioning.²⁸

Para o segundo tipo (daqueles que afirmam que as Cortes constitucionais protegem os direitos fundamentais e o conteúdo de justiça democrática), há aquilo que Hübner Mendes chama de “supremacia judicial abertamente ativista para a promoção de princípios de justiça”, tendo como um dos seus expoentes, Ronald Dworkin²⁹. Aqui, tem-se a ideia de que se a democracia é um regime moralmente desejável, “não pode contentar-se só com procedimentos formalmente igualitários”³⁰. Afirma Hübner Mendes, ao explicitar esse tipo, que “o procedimento não tem valor algum se, ao ser posto em marcha, não estiverem presentes as exigências daquele ideal”, ou seja, “a dimensão quantitativa e estatística da democracia só goza de legitimidade, portanto, se não produzir decisões que desrespeitem suas próprias condições de legitimidade”³¹.

Hübner Mendes ainda aponta um terceiro tipo, na verdade uma variante do segundo acima aludido (a Corte que protege os direitos das minorias e impede a “tirania das maiorias”), onde a democracia deve operar a partir da vontade da maioria, desde que não reprima ou tire a minoria^{32 33}.

28 “A aproximação à regulação constitucional aqui recomendada é questionar o que poderia ser chamado de “antitruste” em oposição a uma abordagem “reguladora” dos assuntos econômicos - ao invés de ditar resultados substantivos em intervir somente quando o “mercado” está funcionando mal” (CF. ELY, John Hart. *Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review*. *Maryland Law Review*, v. 37, 1977 – Tradução Livre).

29 MENDES, op. cit., p. 72.

30 Ibid.

31 Ibid, p. 72-73.

32 MENDES, p. 73.

33 Estes três tipos pertencem a um grupo de outros oito argumentos - tipos sintetizados por Hübner Mendes - que aqui não serão levantados, em razão do recorte metodológico proposto ao tema - contudo, remete-se o leitor à MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de Poderes e deliberação*. Ademais, considerando a importância acerca dos debates sobre o papel da Constituição - cuja força normativa e grau de dirigismo dependerão da assunção de uma das teses que balizam a discussão -, e caso o leitor tenha interesse pelo aprofundamento da temática do “papel das Cortes constitucionais”, remete-se à leitura de STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*, 5a ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

O que é importante para a afirmação da tese das “onze ilhas” supremas é que independentemente do tipo de Corte constitucional que se adote, teoricamente, os julgados de uma Corte constitucional se debruçam sobre casos de relevância constitucional e ampla repercussão jurídica e midiática. Assim, trata-se, em teoria, de casos que envolvam a interpretação e aplicação de normas relacionadas a direitos fundamentais, ou seja, casos de complexidade teórica e filosófica. Exatamente por essa característica, tais casos não deveriam ser decididos monocraticamente, ou então não haveria razão de ser a Corte um órgão colegiado, haja vista que os casos envolvendo direitos fundamentais são aqueles em que se detectam certas dificuldades no elemento normativo ou fático ou na sua qualificação.

É importante anotar que não se faz aqui uma distinção entre casos difíceis (*hard cases*) e casos fáceis (*easy cases*), apontando que estes podem ser decididos monocraticamente e aqueles necessariamente de forma colegiada (até porque, a distinção entre casos fáceis e difíceis já é uma tarefa difícil³⁴ ³⁵). O que se levanta é que, especialmente em casos que tenham como núcleo direitos fundamentais, a Corte constitucional deve decidir colegiadamente, para que haja uma necessária coesão entre cada um dos entendimentos dos juízes que compõem a Corte, argumentando sobre as suas convicções e interpretações dos fatos e das normas, bem como sobre a de seus colegas, construindo um entendimento e uma decisão que dialoga, que não sejam simples somas de mais e menos, mas sim uma verdadeira decisão conjunta, que analisa o caso, o ordenamento e a supremacia constitucional, reforçando-a.

Afinal, se a norma é o resultado da interpretação, como afirma Eros Grau³⁶; se a interpretação do direito é interpretação dos textos e da realidade; e se a realidade histórica social constitui seu sentido, o ordenamento jurídico é conformado pela realidade e, assim sendo, as decisões em casos que envolvam direitos fundamentais e ocorrem nas cortes constitucionais, devem, necessariamente, contar com a coesão das decisões individuais de cada juiz para construir uma decisão final, que não crie mais insegurança,

34 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 5a ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 309.

35 Diz Lenio Streck “[...] o intérprete não escolhe o sentido que melhor lhe convier. Ele também não escolhe o que seja um caso fácil e um caso difícil. O resultado da interpretação não é um resultado de escolhas majoritárias e/ou produto de convencionalismos. Não se trata, evidentemente, de verdades ontológicas no sentido clássico. Claro que não! Os sentidos não estão ‘nas coisas’ e, tampouco, na ‘consciência de si do pensamento pensante’. Os sentidos se dão intersubjetivamente. Como consequência, na medida em que essa intersubjetividade ocorre na e pela linguagem, para além do esquema sujeito-objeto, os sentidos arbitrários estão interditados” (Ibid, p. X).

36 GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 16.

mas sim consensos, garantindo segurança jurídica, supremacia constitucional, força normativa e afirmativa dos direitos fundamentais.

4 JUSTIÇA ARISTOTÉLICA E AS ONZE ILHAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF): É POSSÍVEL CHEGAR-SE A JULGAMENTOS JUSTOS?

Uma vez tecidas as considerações pertinentes sobre a concepção Aristotélica de Justiça bem como a constituição do Supremo Tribunal Federal (STF) em “onze ilhas”, resta-nos adentrar no objeto específico do presente ensaio: constar se é possível chegar a julgamentos justos no âmbito das onze ilhas do Supremo Tribunal Federal, sob a concepção Aristotélica de justiça.

A priori, consoante fora pontuado alhures, a noção Aristotélica de justiça compreende, além de suas acepções no sentido universal ou particular, um elemento essencial para o desenvolvimento de suas ideias, qual seja: a equidade. Para o filósofo, a equidade corresponde à justiça no caso concreto e ultrapassa a ideia normativista do termo, pois em sua acepção a justiça é sempre situacional, i.e, não leva em consideração apenas os aspectos formais de criação da lei – já que para Aristóteles, uma má lei não é uma lei –, mas também o seu aspecto material e ao contexto histórico, social, demográfico.

Especificamente com relação à atuação dos magistrados, dirá Aristóteles, esta deve se dar conforme a Régua de Lesbos, portanto, atenta às especificidades de cada caso concreto, agindo de maneira flexível de acordo com a situação colocada sob a sua apreciação.

A equidade, neste sentido, servirá não como um argumento moral ou referenciada a princípios de outra natureza, mas deverá ser encontrada segundo os princípios da própria lei. Esta tarefa interpretativa, portanto, demandará uma reinterpretação melhorada daquilo que é dito de modo imperfeito pela lei positiva.

É interessante notar ainda que Aristóteles concede ainda uma importância salutar à tese da “constitucionalidade das leis” – outra tese que reafirma a ideia do que ele denomina como “jurisprudência interpretativa” –, pois entende que da mesma forma que a equidade não pode pautar-se em critérios externos à lei que busca corrigir, as próprias leis não podem ser impostas na indiferença ou ignorância do regime constitucional a que estão submetidas; ao contrário, deve existir uma conformação aos princípios que regulamentam o regime a que ambas estão jungidas³⁷.

37 CF BODÉÛS, op. cit.

Em síntese, a concepção Aristotélica de justiça pode ser compreendida nos seguintes preceitos: (i) a justiça no caso concreto somente pode ser alcançada por meio da equidade; (ii) a justiça, e, conseqüentemente, a equidade, são sempre situacionais; (iii) os juízes devem pautar-se sempre pelas regras da Régua de Lesbos e estar atentos às especificidades de cada caso concreto, agindo de maneira flexível; (iv) a interpretação sob o manto da equidade não pode se dar ao arrepio da lei, tampouco de forma contrária à própria ordem jurídica constitucional.

No que tange à atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), existem indícios que sustentam a sua constituição em “onze ilhas” dotadas de autossuficiência decisória, o que, consoante fora pontuado anteriormente, se confirmado, trará nítidos reflexos negativos, notadamente porque em se tratando da mais alta Corte do país, espera-se que as decisões tomadas superem o protagonismo individual para dar espaço a um posicional final e coletivo, que represente o entendimento do órgão colegiado, e não apenas e soma de entendimentos isolados.

Esta pretensão de autossuficiência decisória restou demonstrada por meio da análise de um caso emblemático em que se discutiu a possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado, sendo possível constatar a nítida divergência de pensamentos e votos dos Ministros em cada uma das “onze ilhas” em pelo menos 3 (três) ocasiões.

Muito embora não seja o único, o caso indigitado corrobora a ideia de que o Supremo Tribunal Federal (STF) é composto por “onze ilhas”, cada qual com pretensa autossuficiência decisória e que, no mais das vezes, apresentam fundamentações não apenas divergentes, mas em algumas situações inconciliáveis, especialmente pela utilização de paradigmas filosóficos totalmente conflitantes.

Diante deste quadro, portanto, questiona-se: dentro da concepção Aristotélica de Justiça, a existência destas “onze ilhas” no Supremo Tribunal Federal (STF) permite que se alcance a justiça no caso concreto, quando do julgamento das questões jungidas à sua apreciação?

Seguindo-se a concepção Aristotélica de justiça, parece-nos que a resposta será negativa.

Isso porque, com a constituição das “onze ilhas”, dotadas de autossuficiência decisória, em que cada um dos Ministros atua de forma individual e isolada, inclusive com entendimentos diversos e conflitantes, não será possível alcançar

o ideal de justo no caso concreto na concepção Aristotélica e, conseqüentemente, a própria equidade, uma vez que esta é sempre situacional.

Ou seja, somente é possível chegar-se ao justo no caso concreto mediante a análise pormenorizada de todos os elementos que integram o caso, como o aspecto histórico, social e até mesmo demográfico, de modo que o juiz deve sempre pautar-se pelas regras da Régua de Lesbos, portanto, devem estar atentos às especificidades de cada caso concreto, agindo de maneira flexível. Não se pode olvidar, inclusive, que para Aristóteles a interpretação sob o manto da equidade não pode se dar ao arrepio da lei, tampouco de forma contrária à própria ordem jurídica constitucional.

A impossibilidade de alcançar-se o justo com a constituição das “onze ilhas” restaria evidenciada pelas seguintes premissas: (i) ao decidir individual e não coletivamente, o Supremo Tribunal Federal não atenderia à premissa básica Aristotélica de que a justiça é sempre situacional, pois entendimentos diversificados e muitas vezes conflitantes, com fundamentos inconciliáveis, demonstra a ausência de análise coletiva e consolidada sobre o caso concreto sob apreciação. Ora, um único fato concreto não pode, por ingerência lógica, possuir enquadramentos e fundamentos conflitantes, ainda que o resultado final (entrega jurisdicional) seja o mesmo; e (ii) não são raras as vezes em que - à semelhança do que ocorreu sobre a possibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado - o Supremo Tribunal Federal (STF) decide em desconformidade com a ordem jurídica constitucional, movidos pela pretensão de autossuficiência decisória que fundamenta a existência das “onze ilhas”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação cada vez mais presente e frequente do Poder Judiciário na resolução de questões tida por fundamentais no cenário jurídico, político e institucional brasileiro, notadamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), tem evidenciado uma série de questões que colocam em xeque a própria teleologia da Corte.

Isso porque, tem-se notado que os Ministros do referido órgão têm se apresentado como “onze ilhas”, as quais, além de isoladas, defendem uma pretensa ideia de autossuficiência decisória que bastaria por si só para garantir a prestação jurisdicional reclamada pelas partes e, em último caso, decidir de forma suficiente as questões fundamentais jungidas à sua apreciação.

Ao tratar sobre o ideal de justiça no caso concreto, por sua vez, Aristóteles faz a observação expressa de que esta somente pode ser alcançada

por meio da equidade, quando o Juiz se valerá na Régua de Lesbos e, de forma flexível, se atentará às especificidades do caso concreto levando em consideração os aspectos sociais, históricos e até mesmo demográficos existentes. Para o filósofo, portanto, a justiça é sempre situacional.

Não se pode olvidar, de igual modo, que para Aristóteles a interpretação sob o manto da equidade (justiça no caso concreto) não pode se dar ao arrepio da lei, tampouco de forma contrária à própria ordem jurídica constitucional.

Desta forma, diante das considerações levadas a cabo por meio do presente ensaio, é possível concluir que, enquanto (e se) existentes as “onze ilhas” no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) com a pretensão de autossuficiência decisória, cada qual fundamentada em paradigmas filosóficos divergentes e inconciliáveis, e sem levar em consideração o aspecto situacional da justiça (elementos históricos, sociais, econômicos, etc.), não se poderá falar em justiça no caso concreto, sob a concepção Aristotélica, nos julgamentos realizados por referido órgão.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco; Poética; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- BODÉÛS, Richard. Os fundamentos naturais do direito e a filosofia aristotélica. In: ZINGANO, Marco. (Coord.) *Sobre a ética nicomaquéia de Aristóteles*. São Paulo: Odysseus, 2010.
- ELY, John Hart. Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review. *Maryland Law Review*, v. 37, 1977.
- GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- GUARIGLIA, Osvaldo. *Ética y Política según Aristóteles II*. Buenos Aires: Centro Editor América Latina, 1992.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de Poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Onze ilhas*. 01 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>>. Acesso em: 6 ago. 2016.

NONATO, Israel. Conrado Hübner Mendes: *O STF é refém do capricho dos seus ministros*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/conrado-hubner-mendes-o-stf-e-refem-do-capricho-dos-seus-ministros>>. Acesso em: 5 ago. 2016.

OLIVEIRA, Andréa Coutinho Pessoa de. *A virtude da Justiça no pensamento aristotélico*. Ceará: Universidade Estadual do Ceará, 2009.

RICOEUR, Paul. *Do texto à ação*. Portugal: Editora Rés, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, ago. 2012. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144/2927>>. Acesso em: 08 Ago. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4144>.

STF tem 11 ilhas e está cheio de víboras, diz Marco Aurélio. Disponível em: <<http://tvuol.uol.com.br/video/stf-tem-11-ilhas-e-esta-cheio-de-viboras-diz-marco-aurelio-04020C9C3866C8C12326/>>. Acesso em: 6 ago. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. *Revista Consultor Jurídico*, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em: 8 ago. 2016.

_____. *Verdade e Consenso*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. *The global expansion of judicial power*. Nova York: New York University Press, 1995.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Rev. direito GV [online]*, v.4, n.2, p.441-463, 2008.