

REVISTA DA
AGU

volume 18 nº 01 - Brasília-DF, jan./mar. 2019

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

Revista da AGU	Brasília	v. 18	nº 01	p. 1-368	jan./mar. 2019
----------------	----------	-------	-------	----------	----------------

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 – 2018

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

André Luiz de Almeida Mendonça

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO - SUBSTITUTO

Renato de Lima França

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Renato de Lima França	Secretário-Geral de Consultoria
Vinícius Torquetti Domingos Rocha	Procurador-Geral da União
Arthur Cerqueira Valério	Consultor-Geral da União
Leonardo Silva Lima Fernandes	Procurador-Geral Federal
Isabel Vinchon Nogueira de Andrade	Secretária-Geral de Contencioso
Vládia Pompeu Silva	Corregedora-Geral da Advocacia da União
Danilo Barbosa De Sant'anna	Diretor da Escola da Advocacia-Geral da União
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor da Advocacia-Geral da União

ESCOLA DA AGU

Danilo Barbosa Sant'anna	Diretor
Victor Guedes Trigueiro	Coordenador Geral de Ensino
Roberto Ribeiro dos Santos	Coordenador Geral Administrativo substituto

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

Capa: Niua 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)

EDITOR-CHEFE

DANILO BARBOSA DE SANT'ANNA - AGU-DF

Diretor da Escola da AGU, Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UNB. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pelo Juspodivm/Faculdade Baiana de Direito. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Advogado da União.

VICE-EDITOR

VICTOR GUEDES TRIGUEIRO

Coordenador Geral de Ensino. Doutorando em Direito no Centro Universitário de Brasília - UniCEUB e Mestre em Direito, Estado e Constituição, pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2006). Professor de Direito Processual Civil na Pós-Graduação do IDP, da Escola da Advocacia-Geral da União. Advogado da União.

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 ACADÉMICO

PORTAL DE PERIÓDICOS CAPES

OASISBR - Acesso gratuito à produção científica de autores vinculados a universidades e institutos de pesquisa brasileiros

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. Lecciona cursos de mestrado e Pós-graduação em Direito do Ambiente, Direito Administrativo e Direito da Energia em Angola, Moçambique e Brasil. Colabora regularmente em ações de formação no Centro de Estudos Judiciários.

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

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

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

NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA (UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, ESPAÑA)

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

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

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

NACIONAIS

REGIÃO NORTE

EDSON DAMAS DA SILVEIRA (UEA/UFRR)

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

JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO (CESUPA)

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

REGIÃO NORDESTE

MONICA TERESA COSTA SOUSA (UFMA)

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

MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA (UNIFOR)

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

LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA (UFPE)

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

ARTUR STAMFORD DA SILVA

(UFPE)

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito e de Direitos Humanos (UFPE). Pós-Doutorado pela Universidad Adolfo Ibàñez (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.

REGIÃO SUL

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).

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 FILCHTINER FIGUEIREDO (AGU/PUC/RS)

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

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

REGINA LINDEN RUARO (PUC/RS)

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

PARECERISTAS

ADELICIO MACHADO DOS SANTOS

- UNIARP/SC

Pós-Doutor em Gestão do Conhecimento (UFSC). Doutor em Engenharia e Gestão do Conhecimento (UFSC). Mestre em Relações Internacionais. Especialista em Psicologia Organizacional e do Trabalho; em Psicopedagogia; em Gestão Educacional; em Supervisão, Orientação e Administração Escolar; em Direito Civil; em Negócios Internacionais; e em Ecumenismo e Diálogo Inter-religioso.

AMÉRICO AUGUSTO NOGUEIRA

VIEIRA - UFPR

Pós-Doutor em Ciência da Informação (UFPB). Doutor em História das Ciências, das Técnicas e Epistemologia (COPPE/UFRJ). Mestre em Memória Social e Documento (UNIRIO). Mestre em Engenharia de Produção (COPPE/UFRJ). Especialista em Gestão Pública Municipal.

ANA CRISTINA GOMES - UFJF/MG

Doutoranda em Direito Penal pela Universidad de Salamanca, Escuela de Doctorado “Governanza global y Estado de Derecho”. Mestre em Direito pela Unesp.

CAROLINA DIAMANTINO ESSER

SANTANA - UNIV. DE VECHTA/DE

Doutoranda em Filosofia pela Universidade de Vechta, Alemanha. Mestre em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

CAMILA KÜHL PINTARELLI - SP

Doutora e Mestre em Direito Econômico pela PUC/SP. Procuradora do Estado de São Paulo/SP.

CESAR RIBOLI - URI/RS

Doutorando em Educação pela UNISINOS, RS. Mestre em Direito pela URI, Campus de Santo Ângelo, RS. Especialista em Docência do Ensino Superior; Contabilidade Gerencial; Direito Civil e Processo Civil. Bacharel em Administração; Ciências Contábeis e Direito. Professor de Direito Administrativo e Prática Fiscal. Coordenador do Curso de Direito da URI, Campus de Frederico Westphalen, RS. Advogado.

CRISTINA VELOSO DE CASTRO -

UNIVERSIDADE BRASIL - SP

Pós-doutora em Direito e Saúde, pela Universidade de Messina, Itália. Doutora em Sistema Constitucional de Garantias de Direito pelo Instituto Toledo de Ensino. Doutora em Derecho Empresarial pela Universidade de Extremadura. Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto. Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Ambientais da Universidade Brasil - Campus de Fernandópolis.

DANIEL BRANTES FERREIRA -

IBMEC-RJ

Pós-Doutor em Direito Processual pela UERJ. Doutor e Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio

DANIELA BUCCI - UNIV. MUNICIPAL

DE SÃO CAETANO DO SUL - SP

Doutora e Mestra em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Atualmente é coordenadora do Observatório de violação de direitos humanos da região do Grande ABC (ODHUSCS) da Universidade Municipal de São Caetano do Sul e professora pesquisadora (líder) do grupo de estudos de direitos humanos (Núcleo de Estudos de Direitos Humanos - NEDHUSCS). Professora nos cursos de graduação e pós-graduação na área de Direitos Humanos e Direito Constitucional.

EDUARDO ROCHA DIAS - AGU/CE

Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito - Ordem Jurídica e Constitucional - pela Universidade Federal do Ceará Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza - UNIFOR, Procurador Federal/AGU.

FÁBIO RESENDE LEAL - UNIP/SP

Doutorando e Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Pós-graduado (lato sensu). Professor Adjunto da UNIP e da UNIP Interativa (pós-graduação em direito). Professor convidado do Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino de Bauru e da Escola Superior da Advocacia da OAB/SP.

**FERNANDO RODRIGUES DA
MOTTA BERTONCELLO - UNIVER.
PRESBITERIANA MACKENZIE - SP**

Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie tendo feito um período sanduíche na University of Miami sob a orientação do professor Steven Butterman. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (com bolsa integral do MackPesquisa). Especialização em Direito e Processo Civil também pela Universidade Cândido Mendes. Professor convidado do curso de direito societário e direito civil do programa de pós graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor convidado do curso de direito societário e direito civil do programa de pós graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

**FLÁVIA DANIELLE SANTIAGO
LIMA - AGU/PE**

Doutora e Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco/UFPE. Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Pernambuco (FCAP/UPE, campus Benfica/Recife) e da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Advogada da União, com exercício na Procuradoria Regional da União da 5ª Região (AGU).

**ICARO DEMARCHI ARAUJO LEITE
- UPS - SP**

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

JONATHAN CARDOSO RÉGIS -

UNIVALI - SC

Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) e Doctor en Derecho pela Universidade de Alicante (Espanha). Mestre em Gestão de Políticas Públicas (UNIVALI). Possui Especialização em: Administração em Segurança Pública pela Universidade do Sul de Santa Catarina - Unisul (2010; Direito Processual Civil pela Universidade do Vale do

Itajaí - Univali e Habilitação para o Magistério Superior pela Univali. Professor de Direito Penal, Legislação Especial Penal e Direitos Humanos na Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI.

**LUANA PEDROSA DE FIGUEIREDO
CRUZ - UNINOVE - SP**

Doutora e Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora do Mestrado em Direito da UNINOVE.

**LUÍS RENATO VEDOVATO -
UNIMEP - SP**

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

**MÁRCIA ELAYNE BERBICH DE
MORAES - UVA - SP**

Advogada e Doutora em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Professora da Universidade Veiga de Almeida - UVA.

**MARCIO CARVALHO FARIA - UFJF
- MG**

Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Público pela Faculdade Newton Paiva/MG. Professor Adjunto de Direito Processual Civil (UFJF). Presidente do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, seção Juiz de Fora (IAMG-JF)

**MARCELO BARBI GONÇALVES -
UERJ**

Doutorando em Direito Processual (UERJ). Mestre em Direito (UFAL). Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

**RAFAEL ZELESCO BARRETO -
ESCOLA DE GUERRA NAVAL - RJ**

Doutor em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2016), mestre (2011). professor adjunto da Escola de Guerra Naval - RJ. Áreas de interesse: história do direito internacional, direito e segurança internacional, direito do mar.

**ROGÉRIO PICCINO BRAGA -
Unopar - PR**

Pós-doutorando (2018/2019) no Ius Gentium Conimbrigae da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Constitucional - área de concentração em Sistema Constitucional de Garantia de Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru. Professor Universitário na Universidade Norte do Paraná - Unopar

ROMULO MAGALHÃES

FERNANDES - PUC - MG

Doutorando em Direito Público pelo Programa de Pós-graduação em Direito pela PUC Minas. Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-graduação em Direito pela PUC Minas. Especialização em Ciências Penais pela Faculdade Integrada de Jacarepaguá. Especialização em Prática Forense com Ênfase em Carreiras Estaduais pelo Centro Universitário Newton Paiva. Especialização em Gestão com ênfase em políticas públicas de raça e gênero pela Universidade Federal de Viçosa. Especialização em Educação, Pobreza e Desigualdade Social pela Universidade Federal de Minas Gerais.

RUBENS BEÇAK - USP

Doutor e mestre 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). Professor visitante da Universidade de Salamanca no curso Master en Estudios Brasileños.

**SULAMITA CRESPO CARRILHO
MACHADO - FUNDAÇÃO JOÃO
PINHEIRO - MG**

Doutora em Direito. Faculdade de Direito da UFMG. Professora de Direito em cursos de doutorado, mestrado, especialização, graduação e capacitação no Brasil e no exterior.

Pesquisadora da Fundação João Pinheiro. Pesquisadora em Ciência e Tecnologia da Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro (2006-2019). Coordenadora do Grupo de Pesquisa Estado de Direito Democrático Sustentável (2013-2019)

**WAGNER SILVEIRA FELONIUK -
IF - RS**

Doutor em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Mestre Acadêmico. Especialização em Direito do Estado. Professor de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Sul, das Faculdades João Paulo II e das pós-graduações da Verbo Jurídico e Instituto de Desenvolvimento Cultural.

AUTORES

ALESSANDRO TIMBÓ NILO

Mestrando em Direito, Professor da UCSAL. Especialista em Direito Médico. Advogado.

ANA LUCIA PRETTO PEREIRA

Pós-doutora em Processo Constitucional pelo Programa Nacional de Pós-doutorado/CAPES no UniBrasil. Doutora e mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Paraná, com período de co-tutela na Harvard University.

ANTÓNIO MENDES OLIVEIRA

Especialista em Direito Processual, Tributário, Administrativo e Constitucional.

BÁRBARA DINIZ

Mestre em Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade de Brasília; Professora de Direito na Faculdade Anhanguera de Brasília; Especialista em Direito Civil pela Fundação Getúlio Vargas; advogada, mediadora de conflitos.

BRUNA OLIVEIRA RODRIGUES

Pós-Graduanda em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada do Serviço de Assistência Judiciária (SAJ) da PUC Minas.

EDINILSON DONISETE MACHADO

Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrado em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Professor titular do Centro Universitário Eurípides de Marília-UNIVEM e da Universidade Estadual Norte do Paraná, na graduação e na pós- graduação.

EDSON ALVISI NEVES

Doutor em História Social pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Professor Titular de Direito Comercial, por concurso, da Universidade Federal Fluminense.

GABRIEL DOLABELA DE LIMA RAEMY RANGEL

Doutorando em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense, Mestre em direito pela Universidade Gama Filho, Pós-graduado (LLM) em Litigation pela Fundação Getúlio Vargas, Graduado em direito pela Universidade Cândido Mendes.

GIANFRANCO FAGGIN MASTRO ANDRÉA

Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Docente na Faculdade de Direito da Universidade Santa Rita na disciplina Teoria Geral do Estado.

GILSON FREIRE DA SILVEIRA JÚNIOR

Especialização em Economia e Gestão de Empresas pela Universidade Estadual do Rio Grande do Norte, Brasil. Professor de Economia e Administração do Centro de Estudos Avançados de Pós Graduação e Extensão.

HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos (IGC – Universidade de Coimbra); Doutor em Direito, Estado e Cidadania (UGF/Rio). Mestre em Direito, Estado e Cidadania (UGF/Rio); Pesquisador em Estágio Pós-doutoral em Direito Humanos e Desenvolvimento (PPGCJ/UFPB).

LEONARDO VIZEU FIGUEIREDO

Doutorando em Justiça Administrativa com ênfase em relações econômicas pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho, com ênfase em Ordem Econômica Internacional. Especialista em Direito do Estado pelo CEPED/UERJ, com ênfase em Sistemas de Saúde. Especialista em Direito Público pela UNESA/RJ, com ênfase em Direito Constitucional.

MARCOS ALCARÁ

Doutorando pela ITE em Bauru/SP.
Mestre em Processo Civil pena UNIPAR de Umuarama/PR. Professor do curso de Direito da UEMS em Dourados/MS.

MATHEUS CONDE PIRES

Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Pesquisador bolsista da Fundação Araucária.

MÔNICA AGUIAR

Doutora em Direito, Mestre e Professora Associada da UFBA. Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito da UCSal. Juíza Federal aposentada, Psicóloga.

PATRICIA ARAUJO LIMA

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe - UFS, Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Integrada de Jacarepaguá - FIJ e em Direito e Processo do Trabalho, pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE, Professora do Curso de Graduação em Direito da Faculdade Estácio-Aracaju.

RAFAEL ALEM MELLO FERREIRA,

Mestre em Democracia e Constitucionalismo pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Pós-Graduado em Direito Penal pela Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF. Estudou na Universitat

Passau, Alemanha. Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas e da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM

RAFAEL LAMERA GIESTA CABRAL

Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília - UnB. Advogado. Professor Adjunto no Curso de Direito e do Mestrado Profissional em Administração Pública (PROFIAP) da UFERSA.

ROGÉRIO CANGUSSU DANTAS**CACHICHI**

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Graduado em Filosofia pela Universidade Estadual de Londrina – UEL.

SÉRGIO GUSTAVO DE MATTOS**PAUSEIRO**

Doutor em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense. Professor do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais - IBMEC. Pós-graduação em Contencioso Administrativo (Petrobrás)

SÉRGIO TIBIRIÇA AMARAL

Doutor e Mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino – ITE de Bauru. Professor do Mestrado e Doutorado da mesma instituição. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Unimar. Especialista em interesses difusos pela Escola Superior do Ministério Público-SP. Coordenador da Faculdade de Direito de xPresidente Prudente/ FDPP da Associação Educacional Toledo

e professor titular da disciplina de Teoria Geral do Estado e Direito Internacional e Direitos Humanos da FDPP.

**WAGNER WILSON DEIRÓ
GUNDIM**

Doutorando em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito

Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor da Faculdade de Direito da Univerrsidade Anhembi Morumbi (UAM). Membro Efetivo da Comissão de Direito Constitucional, da Comissão de Pesquisa e Pós-Graduação e Jovem Advogado, todas da OAB/SP.

SUMÁRIO

AUTOR CONVIDADO

O *Minimum Minimorum Existencial do Direito Fundamental à Saúde e o Modelo Hermenêutico no Procedimento Decisional: um olhar sob a perspectiva da alteridade*

The Existential Minimum Minimorum of Fundamental Health Right and the Hermeneutical Model in the Decisional Procedure: a look under the perspective of alterity

Alessandro Timbó Nilo

Mônica Aguiar 19

ARTIGOS

Requisição Judicial e Representação Interventiva: distinções conceituais
Judicial Requisition and Federal Intervention by Representation: conceptual distinctions

Ana Lucia Pretto Pereira 49

O Acórdão Pizzarotti: caso julgado vs primado do direito europeu
The Pizzarotti Judgment: res judicata vs supremacy of european law
António Mendes Oliveira 67

Paz, Pacificação Social e o Direito – Contribuições Conceituais para uma Problematização
Peace, Social Pacification and Law - Conceptual contributions to a problematization
Bárbara Diniz 107

O Acordo de Leniência na Prática Simultânea Norte-Americana, Britânica e Brasileira: o caso Rolls Royce
Deferred Prosecution Agreement in Brazilian`S, British`S and North American`S Experience: Rolls Royce case
Erik Noleta Kirk Palma Lima
Eliane Ferreira de Sousa 137

Federalismo à Brasileira: algumas reflexões quanto à forma de Estado no Brasil após a Constituição de 1988
A Brazilian style of federalism: some reflections about the state model in Brazil after the 1988 Constitution
Gabriel Dolabela de Lima Raemy Rangel 157

O Processo Unificado de Escolha dos Membros do Conselho Tutelar: uma análise a partir da Lei n. 12.696/2012

<i>The Unified Process of Choice of Guardianship Council Members: an analysis from Law n. 12.696/2012</i>	
Gilson Freire da Silveira Júnior	
Rafael Lamera Giesta Cabral	173
Análise Crítica da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à luz do Pensamento de Bauman e Sandel	
<i>Critical Analysis of the Jurisprudence of the Federal Supreme Court in light of the thought of Bauman and Sandel</i>	
Leonardo Vizeu Figueiredo	
Edson Alvisi Neves	
Sérgio Gustavo de Mattos Pauseiro	195
O Acesso á Saúde dos Povos Originários: a concretização de direitos através de tutelas jurídicas	
<i>Access to Indigenous Health: the realization of rights through legal actions</i>	
Marcos Alcará	
Sérgio Tibiriça Amaral.....	221
Crime e Educação: a atuação do patronato municipal paranaense na (res)socialização do delinquente	
<i>Crime and Education: the role of the municipal reentry organization from Parana in the (re) socialization of the offender</i>	
Matheus Conde Pires	
Rogério Cangussu Dantas Cachichi	
Ednilson Donisete Machado	239
Judicialização da Saúde: supressão dos efeitos negativos através da participação administrativa e do estreitamento das relações entre os poderes judiciário e executivo	
<i>Health Judicialization: elimination of negative effects through the administrative participation and the closer relations between the judiciary and executive</i>	
Patrícia Araujo Lima	
Henrique Ribeiro Cardoso.....	259
Judicialização Desnecessária ou Desjudicialização Necessária? Revisitando a Jurisdição Administrativa na Perspectiva dos Equivalentes Jurisdicionais	
<i>Unnecessary Judicialization or Necessary Discharge? Reviewing Administrative Jurisdiction in the Perspective of Non-Jurisdictional Alternatives</i>	
Paulo Fernando de Mello Franco.....	279

A Jurisdição Constitucional e a Legitimidade das Decisões Judiciais: sob a análise da teoria crítica discursiva de Jürgen Habermas <i>The Constitutional Jurisdiction and the Legitimacy of Judicial Decisions:</i> <i>under the analysis of the discursive critical theory of Jürgen Habermas</i> <i>Rafael Alem Mello Ferreira</i>	303
Bruna Oliveira Rodrigues.....	
A Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças como Paradigma de Controle Difuso de Convencionalidade no Brasil <i>The Haia Convention of the Civil Aspects of the International Kidnapping of Children as a Paradigm of Diffused Control of Conventionality in Brazil</i> <i>Wagner Wilson Deiró Gundim</i>	337
Gianfranco Faggin Mastro Andréa	

EDITORIAL

Caríssimos leitores,

A presente edição da Revista da AGU representa o início de um novo ciclo, não apenas na Revista, como também na Escola da Advocacia-Geral da União. Momento de consolidar as grandes conquistas acumuladas durante os últimos anos na gestão exitosa de valorosos colegas, e também de projetar novos desafios para o próximo ciclo que agora se inicia.

A Escola da AGU busca um novo propósito, objetivando consolidar-se como uma instituição de referência, não apenas para a Advocacia Pública em nível Federal, mas também em nível estadual e municipal. O início desse processo de reposicionamento da Escola se dará com o relançamento do edital da Pós-Graduação lato sensu em Direito de Estado e Advocacia Pública, que reservará vagas para membros de Procuradorias Estaduais e Municipais. Pretende-se com isso inaugurar um novo modelo de capacitação dos membros da Advocacia Pública em âmbito nacional, tornando a Escola da AGU uma instituição parceira dos órgãos estaduais e municipais. O novo modelo da especialização buscará contemplar as necessidades prático-profissionais imprescindíveis para o bom exercício da advocacia pública, incluída aí a necessidade de entendimento quanto à influência das novas tecnologias no trabalho do advogado público.

Também internamente, a Escola promove uma restruturação de sua política de capacitação. O projeto consiste em construir de forma conjunta com os diversos órgãos da AGU planos de capacitação anual, que terão o objetivo de instituir uma política permanente de capacitação dos membros e servidores da instituição. O objetivo, naturalmente, é aperfeiçoar os quadros da AGU, e por consequência, aperfeiçoar a defesa em juízo da União, autarquias e fundações, e também o assessoramento dos diversos órgãos da administração direta e indireta do Poder Executivo Federal.

Relativamente à Revista, os desafios são instigantes. Com efeito, a Revista da AGU já goza de grande credibilidade no cenário acadêmico nacional, mas isso não é suficiente. O nosso objetivo é avançar na avaliação QUALIS, buscando o nível A. Para tanto, desde já convocamos nossos

leitores e autores a contribuírem com artigos em língua estrangeira, especialmente inglês, o que proporcionará trânsito internacional às nossas publicações. Em parceria com membros da instituição em período de estudo fora do país, buscaremos ainda tornar a revista atrativa para pesquisadores de instituições de ensino estrangeiras. Cremos que tornar o periódico visível e acessível em âmbito internacional é imprescindível para darmos sequência ao trabalho exitoso que a equipe editorial vem executando ao longo dos últimos anos.

Nesta edição, ofereceremos à comunidade acadêmica, como de costume, artigos científicos produzidos por pesquisadores titulados em diversas instituições do país, o que promove diversidade cultural e intelectual, tão cara à produção do conhecimento em qualquer área. Esperamos que os artigos selecionados proporcionem engrandecimento intelectual aos nossos leitores e os estimulem a produzir, pesquisar e contribuir para o aperfeiçoamento da produção acadêmica no país.

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

Victor Guedes Trigueiro
Coordenador Geral de Ensino

O *MINIMUM MINIMORUM* EXISTENCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E O MODELO HERMENÉUTICO NO PROCEDIMENTO DECISIONAL: UM OLHAR SOB A PERSPECTIVA DA ALTERIDADE

***THE EXISTENTIAL MINIMUM MINIMORUM OF FUNDAMENTAL
HEALTH RIGHT AND THE HERMENEUTICAL MODEL IN THE
DECISIONAL PROCEDURE: A LOOK UNDER THE PERSPECTIVE
OF ALTERITY***

Alessandro Timbó Nilo

*Mestrando em Direito, Professor da UCSal
Médico, Advogado e Especialista em Direito Médico*

Mônica Aguiar

*Doutora em Direito, Mestre e Professora Associada da UFBA
Juíza Federal aposentada, Psicóloga
Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito da UCSal*

SUMÁRIO: Considerações Iniciais; 1 A Importância e Especificidade do Bem Jurídico em Questão (*Minimum Minimorum Existencial*); 2 O Conhecimento Médico Baseado em Evidências e a Normatividade Ética Médica: grandezas negligenciadas na fundamentação de decisões racionais; 3 A Fragilidade Do Formalismo da Separação dos Poderes em Face do *Minimum Minimorum Existencial*; 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente artigo trata do mecanismo decisional que gravita as questões judiciais envolvendo o direito fundamental à saúde. Em contraposição ao princípio constitucional democrático da separação dos poderes e à reserva do possível, o princípio da dignidade da pessoa humana vem se afigurando como decisivo na fundamentação das decisões favoráveis aos pacientes, enquadrando o direito fundamental à saúde dentro do conceito de mínimo existencial. No entanto, a especificidade do bem jurídico em questão, a normatividade ética da saúde e a importância do conhecimento médico – que podem ajudar em muito os operadores do direito, vêm sendo geralmente negligenciadas nesse embate de teses que, em regra, se isolam em discussões puramente jurídicas. Neste artigo, com fundamento na alteridade e numa proposta de compreensão global do direito à saúde, busca-se ressaltar a importância destes elementos no processo decisional acerca do direito fundamental em questão.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Fundamental à Saúde. Mínimo existencial. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT: This article considers that the decision-making mechanism is gravitational and judicial issues involve the fundamental right to health. In contrast to the democratic constituent of the possibility of enrolling in decision-making, the principle of the dignity of the human person has been constituted in the decision on the basis of decisions favorable to patients, indicating the fundamental right to health within the concept of existential minimum. However, the specificity of the legal good in question, the ethical standard of health, and the importance of medical knowledge, which can help them to do things in their own mood, were simply disrespectful in the focus of things that, in purely legal discussions. This article, based on its proposal for a global understanding of the right to health, seeks to highlight the antecedents of the decision-making processes on the fundamental right in question.

KEYWORDS: Fundamental Right to Health. Minimum Existential. Human Dignity.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Busca-se, neste artigo, ao se percorrer por um caminho relativamente pouco explorado pelos doutrinadores e tribunais pátrios, ampliar as possibilidades para uma tomada de decisão mais racional nas demandas que envolvem o direito à saúde. Intenta-se, sobretudo, contribuir com a realização dos fins constitucionais a partir de perspectivas que precisam ser efetivamente incorporadas na prática forense: como o conhecimento da medicina baseada em evidências¹ e da normatividade ética médica². Este campo do conhecimento científico-normativo não tem a necessária atenção, nem serve de fundamentação, em boa parte das decisões judiciais que versam sobre o direito fundamental à saúde. Não será proposto que os juízes decidam apenas seguindo as orientações científicas médicas e as normas da ética médica, nem que desconsiderem os custos envolvidos em determinados tratamentos na fundamentação de suas decisões. Afinal, em regra, não existe uma única solução viável para um caso concreto, nem o Estado pode garantir a efetividade do direito à saúde de todos os cidadãos em todas as situações possíveis. No entanto, buscar-se-á evidenciar que, caso se deseje uma tomada de decisão mais racional e constitucionalmente adequada, devem ter precedência, em uma análise envolvendo um caso concreto de um contrato de tratamento (*Behandlungsvertrag*)³, a (i) especial fundamentalidade do bem jurídico em questão; (ii) o conhecimento da normatividade ética médica, e, sobretudo, (iii) o atual conhecimento da Medicina e a efetiva eficácia de um tratamento em face dos custos envolvidos para um determinado caso concreto, sopesando a realização da microjustiça em face da macrojustiça.

1 Neste sentido, a Resolução CNJ 238 de 06/09/2016, em seu art. 1º, §1º, já refere o comando de que “o Comitê Estadual da Saúde terá entre as suas atribuições auxiliar os tribunais na criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), constituído de profissionais da Saúde, para elaborar pareceres acerca da *medicina baseada em evidências* [...]” (grifou-se). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3191>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

2 Destaque-se que tanto as Resoluções do CNJ, quanto as Resoluções do CFM (Conselho Federal de Medicina), fundamentais para os argumentos aqui expostos, não se constituem em lei em sentido estrito.

3 Este é o termo utilizado na Alemanha para se denominar a avença estabelecida entre o paciente e seu médico, trazido pela *Lei para a melhoria dos direitos dos pacientes* (*Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten*), que entrou em vigor em fevereiro de 2013, modificando o Código Civil Alemão (BGB) ao tipificar os contratos de tratamento como única espécie diferenciada dentro dos contratos de prestação de serviços. Disponível em: <http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/Patientenrechtegesetz_BGB.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2018.

1 A IMPORTÂNCIA E ESPECIFICIDADE DO BEM JURÍDICO EM QUESTÃO (*MINIMUM MINIMORUM* EXISTENCIAL)

Na medida em que o postulado racional da dignidade da pessoa humana é um, senão o principal, marco jusfundamental no atual neoconstitucionalismo brasileiro, analisar o direito fundamental à saúde sempre é uma tarefa importante. E quando se trata de *direito à saúde*, está-se diante da tutela de um bem jurídico completamente diferenciado, *suis generis*. Afinal, a saúde, por ter relação direta com a viabilidade biopsicossocial⁴ da própria vida, afastando ou adiando a inexorável morte, nos direciona a um patamar *anterior e superior* ao próprio conceito de *dignidade da pessoa humana*. Pois, por uma questão lógica de prejudicialidade, não há o menor sentido em se procurar defender uma *dignidade* se não houver previamente, ao menos, uma pessoa humana para a qual se possa perseguir a qualidade de digna⁵.

Nessa perspectiva, de cunho eminentemente prático e lógico, pode-se considerar o direito à saúde como *o mais* importante de todos os direitos fundamentais, afinal, sem saúde (sem vida, em última análise) não se pode exercer qualquer outro direito fundamental básico. Poder-se-ia chamar este mandamento de otimização⁶ de “princípio da saúde”, o qual esclarece que, dentre outras coisas, sem saúde a fruição de qualquer outro direito fundamental, como a liberdade, a igualdade, a educação, a moradia, etc, restará prejudicada. É claro que não se está referindo que os demais direitos fundamentais não sejam importantes, nem que o direito à saúde não possa ceder em face de outro direito fundamental dependendo do caso concreto, mas se afirma que, em regra e nessa perspectiva de prejudicialidade, a

4 A definição de *saúde*, que se restrinjava anteriormente ao aspecto biológico, evoluiu para um *conceito amplo*, sendo atualmente considerada como *biopsicossocial* e não mais meramente de índole biomédica. Este modelo, elaborado originalmente em 1977 (Fava & Sorino, "O modelo biopsicossocial, trinta anos depois". *Psychotherapy and psychosomatics*. v. 77: p. 1-2, 2008), tem foco "não apenas na doença em si e o tratamento delas, mas todos os aspectos que estariam diretamente relacionados ao fenômeno do adoecer, sejam eles fisiológicos, psicológicos, sociais, ambientais, dentre outros, os quais também devem ser considerados para que o tratamento seja eficaz" (SILA, K. Viana. *Perspectivas, reflexões e desafios dos modelos biomédico e biopsicossocial*. 16º encontro da ABRAPSO, 2011). Disponível em: <<http://www.encontro2011.abrapso.org.br/trabalho/view?q=YToxOntzOjY6InBhcmFtcyl7czozNjoiYT0xOntzOjExOjJRF9UUkFcQUxItyl7czooIiyMzcjljt9IjtzOjE6ImgiO3M6MzI6ImRjZTYyODBhYmF1Zi5MWFwNmNiMTk4TNTmZiA2MWQxIt9>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

⁵ Aqui não se olvida que o *morto* também deve ter sua dignidade preservada (art. 12, parágrafo único do Código Civil). No entanto, busca-se apenas evidenciar a obviedade de que sem saúde, nem mesmo pode existir uma vida humana que esteja apta para gozo dos demais direitos fundamentais.

⁶ Para utilizar-se a nomenclatura alexiana empregada na definição dos princípios jurídicos. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 90.

saúde é ontologicamente o direito mais fundamental de todos, para todo e qualquer cidadão, pois se relaciona diretamente com a viabilidade e a possibilidade da própria vida.

Ninguém, “forte ou fraco, rico ou pobre, mestre ou senhor”, para usar as palavras de Lacordaire⁷, poderá negar a fundamentalidade da saúde para a sua vida nessa perspectiva. Pois, não há lei ou recursos financeiros que consigam restituir à liberdade fática, para fruição dos seus demais direitos fundamentais, um enfermo preso à uma moléstia fatal. Decerto, um indivíduo imerso em suas riquezas sorveria todo o seu patrimônio apenas para que lhe fosse dada a chance de salvar a sua própria vida ou a vida de seu filho querido.

Esta prejudicialidade da saúde, processualmente falando, como condição anterior para que na prática se viva uma vida, coloca o direito à saúde em um patamar tão jusfundamental que nem mesmo precisaria estar positivado em um dado ordenamento jurídico para que fosse garantido, constituindo exigência inseparável de qualquer Estado que se preocupa com o valor da vida humana a partir do reconhecimento de um *direito subjetivo público à saúde*⁸.

Em resumo, a saúde, além de ser um *direito social* (art. 6º, caput, da CRFB/88), é um *direito fundamental* na medida em que ter direito à saúde, como referido, em última análise, é ter direito à própria vida (art. 5º, caput, CF/88)⁹. A saúde é, portanto, o conceito mais básico a ser relacionado diretamente com o *princípio da dignidade da pessoa humana* - um dos *fundamentos* da República (art. 1º, III, CF). E mais, por ser *jusfundamental*, o direito à saúde ainda ostenta a qualidade de cláusula pétreia (art. 60, §4º, IV, CF), “o que ocorreu pela primeira vez na história de nosso constitucionalismo”¹⁰.

7 “Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o mestre e o senhor, é a liberdade que opõe e a lei que liberta”. LACORDAIRE, Jean-Baptiste-Henri Dominique. *Conférences de Notre-Dame de Paris*. Paris: Sagnier et Bray, 1848. p. 246.

8 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 767-768.

9 “A Constituição de 1988 avançou muito em relação aos direitos sociais. Pondo fim a uma discussão doutrinária estéril, inseriu os direitos sociais no título II que trata dos direitos fundamentais, não deixando mais qualquer dúvida quanto à natureza destes direitos: os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais”. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 762.

10 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 72.

O movimento recente para assegurar direitos do paciente, que se consolidou no princípio da *autonomia* e no *consentimento livre esclarecido*, realmente não se originou, historicamente, de uma luta social pela *dignidade*, mas pelos direitos do consumidor, isto é, quem paga pelo serviço passou a ter direito sobre a qualidade do atendimento¹¹. A prevalência de valor concedido socialmente, ainda que de forma não explícita, ao consumidor em detrimento do cidadão parece ser o cerne desse movimento. Entretanto, à medida em que essa ideia foi divulgada, sua natureza e limites sofreram alterações significativas.

Com efeito, a autonomia e a informação, no que diz respeito à vida e à saúde, não estão mais condicionadas à pecúnia paga pela “prestação do serviço”. Decorre do fato de que o paciente, sujeito de direitos, tem direito à sua própria vida e ao seu próprio corpo, independentemente do pagamento oferecido ao médico. É, portanto, um equívoco confundir *consumo* com *cidadania*.

Pode-se assim concluir, sob a ótica da perspectiva constitucional brasileira, bem como no senso comum do cidadão médio, que a saúde é a inestimável locomotiva que reboca todos os demais vagões dos direitos fundamentais.

Para ilustrar com mais clareza esta mencionada e comum confusão entre *consumidor* e *cidadão*, pode-se recorrer à “parábola do shopping center”, que ajuda a esclarecer a diferença muito simples entre estes dois conceitos, mas que muitas vezes fica homiziada da superfície de uma sociedade de mercado. O ambiente do shopping é apenas um recorte da sociedade, um ambiente seguro, confortável, repleto de pessoas bem vestidas e que vão comprar ou trabalhar, um local controlado onde impera a felicidade e a catarse da compra deixa todos felizes e incluídos. Mas a vida não se restringe às paredes do shopping. Existem muitas pessoas (a maioria aqui no Brasil se considerarmos o “shopping da saúde”¹²) que não passam

11 Em 1969, nos Estados Unidos, por um acordo entre um grupo de associações de consumidores e usuários e a Comissão Americana de Credenciamento de Hospitais (JCAH), surgiu um documento que é considerado a primeira carta de Direitos do Paciente, da perspectiva do usuário de hospitais. MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio Carvalho. O Princípio da Autonomia e o Consentimento Livre e Esclarecido. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volvei. *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 56.

12 No que se refere ao “shopping da saúde”, aproximadamente 78% da população brasileira utiliza apenas os serviços do Sistema Único de Saúde, ou seja, não têm condições de pagar por um atendimento particular ou por um plano de saúde. Este número vem crescendo em face da crise econômica que aplacou o país nos últimos três anos. Em 2015 eram 71%, de acordo com os dados do Ministério da Saúde em parceria com o IBGE:s. aspectos contingentes que de18ho de 2013, lei do Ato M.a lhe fosse a camajulg. 05.05.2011.anos.

pela porta dos centros comerciais, no entanto, continuam portadoras da sua *dignidade*, que lhes é um valor intrínseco. E, na medida em que possuem dignidade, mesmo que não consigam se inserir no mercado de consumo ou de trabalho, também continuam com o seu *direito fundamental à saúde*¹³.

A partir dessa distorcida *concepção não-ontológica-consumerista* da dignidade humana, que repercute nos convencimentos e na eleição de prioridades, o entendimento de dignidade “da maior parte da sociedade brasileira está muito mais vinculado ao que o indivíduo *tem ou faz* do que à simples circunstância de se tratar de um ser humano”¹⁴. O próprio Superior Tribunal de Justiça entende, por exemplo, ser perfeitamente justo o estabelecimento de um dano moral de R\$8mil para o cancelamento de um voo comercial¹⁵, ou de R\$10mil para uma inscrição indevida em cadastro de inadimplentes¹⁶, no entanto, entende por indevido um dano de R\$2mil fixado para um preso que tem a sua dignidade diariamente ultrajada¹⁷.

No entanto, como esclarece Sarmento, nosso sistema normativo parece apontar claramente em um outro sentido:

O ordenamento jurídico-constitucional brasileiro se lastreia em uma premissa *antropológica*, que se deixa entrever em diversas passagens da Constituição, e que é vital para a definição dos contornos do princípio da dignidade da pessoa humana. Trata-se da ideia de pessoa concreta, que é racional [Kant], mas também *sentimental e corporal*; que é um fim em si mesmo, mas não uma ‘ilha’ separada da sociedade; que deve ter a sua autonomia respeitada, mas também precisa da garantia [do

aspectos contingentes que de. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2015/06/71-dos-brasileiros-tem-os-servicos-publicos-de-saude-como-referencia>>. Acesso em: 08 fev. 2018.

13 Lembre-se ainda do programático teor do art. 196 da CF/88, o qual, na prática, está longe de ser alcançado ou mesmo nunca o seja, mas que é cristalino no texto da Carta Magna: “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” (grifou-se).

14 BARCELLOS, Ana Paula. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. *Revista de Direito Administrativo*, n. 254, 2010. p. 39-65. In: SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 66-67.

15 STJ - REsp 740968 RS 2005/0058525-2, Relator Min. Aldir Passarinho Júnior, julgado em 11/09/2007, T4 – Quarta Turma, data de publicação: DJ 12/11/2007, p. 221.

16 STJ - REsp 1105974 BA 2008/0260489-7, Relator Min. Sidnei Beneti, julgado em 23/04/2009, T3 – Terceira Turma, data de publicação: DJe 13/05/2009.

17 Valor fixado pelo TJMS, mas revisto pelo STJ no REsp n. 962.934, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, publicada no DJe em 04/05/2011.

atendimento] das suas *necessidades materiais básicas* e do reconhecimento e respeito de sua identidade¹⁸ (grifou-se).

Urge perceber que a reaproximação entre ciência e senso comum é pressuposto para o estabelecimento de uma definitiva conexão entre ciência e sociedade. No entendimento geral da população, sendo muito difícil negar isso, é senso comum de que *a vida não tem preço*. Por óbvio, pode-se adotar um parâmetro matemático-econômico qualquer e se chegar ao valor da vida individual em um dado espaço-tempo, isso é facilmente possível. No entanto, não se está falando da *possibilidade* da realização de tal cálculo (objeto), mas da *viabilidade moral* de se sustentar tal análise (método).

A crítica ao utilitarismo (aritmética da moral) esclarece que “atribuir um valor monetário à vida humana é moralmente errôneo, não sendo possível mensurar e comparar todos os valores e bens em uma única escala de medidas”¹⁹. E foi justamente um matemático que diagnosticou racionalmente que o ser humano deve ser compreendido como *este fim em si mesmo*²⁰, fazendo-se exceção em relação a todos os demais seres do mundo²¹. O ser humano há de ter sempre *dignidade* e não *preço*. Um governo que professa o reconhecimento dos direitos individuais “não deve definir os direitos dos cidadãos de modo que possam ser anulados por supostas razões de bem-estar geral”²².

A humanidade não consegue, e parece que nunca vai conseguir, atribuir um preço à vida humana sem que isso agrida frontalmente essa compreensão moral do valor intrínseco das vidas das pessoas. O exemplo da “estratégia” utilizada pela Ford da década de 1970, para com o seu Ford Pinto, ajuda a ilustrar bem esta inadequação *moral de precificação* de vidas humanas.

18 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 70.

19 SANDEL, Michael J. *Justiça - O que é fazer a coisa certa*. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 59 e 61.

20 “O princípio supremo da doutrina da virtude é: aja segundo a máxima de *fins* tal que tê-los possa ser uma lei universal para todos. Segundo esse princípio, o ser humano é um fim tanto para si mesmo como para os outros, e não é suficiente que ele não seja autorizado a utilizar como simples meio nem a si mesmo nem aos outros (pois, com isso, ele pode ser também indiferente para com os eles), mas antes propor como fim o ser humano em geral é em si mesmo o dever do ser humano”. KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 207.

21 Conceito este que poderia ainda ser revisto e ampliado, considerando-se os atuais empenhos doutrinários na defesa do Direito Animal, mas que não merece uma digressão a ser discutida aqui neste breve artigo.

22 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 313.

O Ford Pinto foi um grande sucesso de vendas da empresa norte americana, um carro pequeno, barato²³, eficiente, de baixo consumo, que atendia muito bem aos anseios do mercado consumidor em face da crise de combustível que afetou os Estados Unidos na década de 1970. No entanto, já no final de seu processo de fabricação, percebeu-se que o pequeno bólido tinha um grave problema ao ter seu tanque de gasolina posicionado abaixo do porta-malas traseiro do veículo, de maneira que em caso de colisões traseiras em velocidade acima de 20 milhas/hora, o veículo corria sério risco de pegar fogo e explodir²⁴.

Ao descobrir este trágico defeito congênito, a Ford, adotando como parâmetro decisional uma perspectiva utilitarista de análise preponderantemente econômica, entendeu que não seria vantajoso corrigir o projeto para os 12,5 milhões de carros que esperava-se vender, a um custo de U\$11,00 (onze dólares) por veículo. Este procedimento custaria um total de U\$137 milhões, custo este que (segundo a empresa em declaração superveniente) seria “repassado” para o bolso dos consumidores²⁵ e retiraria o veículo do *target* inicial de sua especificação naqueles tempos de crise. Este foi considerado pela empresa um sofrimento pequeno, no entanto, para um número muito grande de consumidores.

Por outro lado, a Ford estimou que seriam gastos U\$49,5 milhões com indenizações para as mortes e as lesões corporais com os eventuais prejudicados em explosões do Pinto, e optou, assim, por manter a produção mesmo com este erro de projeto. Nesta opção, seria imposto um grave sofrimento “apenas” para um número “pequeno” de pessoas. Em adição, a empresa considerou que a soma em dinheiro a ser paga pelas *indenizações* seria muito menor do que o valor a ser investido na *prevenção* do problema. O custo de consertar o tanque não compensaria o benefício de um carro mais seguro e a Ford optou por este segundo caminho.

O problema foi que mais de quinhentas pessoas morreram e, quando um dos familiares destas vítimas processou a Ford Motor Company, veio a público todo o cálculo realizado pelos executivos da montadora, bem como o fato de que sabiam previamente que vidas seriam perdidas a partir de sua escolha utilitarista, financeiramente “racional”, mas moralmente

²³ Apenas U\$2mil (dois mil dólares), o equivalente a U\$12mil (doze mil dólares atualmente).

²⁴ É possível ver como isso ocorria através de um *crash test* realizado e disponibilizado na rede mundial de computadores. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=PAI5T8UecEY>>. Acesso em 14/02/2018.

²⁵ Repita-se, *apenas* U\$11 dólares por veículo à época, o que representaria aproximadamente U\$70 dólares atualmente.

inaceitável. O júri do caso ficou revoltado quando tomou conhecimento do estudo e determinou que fosse paga ao autor de uma única ação uma indenização de 2,5 milhões de dólares pelos prejuízos materiais e 125 milhões de dólares por danos morais²⁶.

Esta monetarização das escolhas, apesar de ser um excelente parâmetro *prima facie* para tomada de decisão em inúmeros casos, não se adequa à precificação de uma série de outras decisões, dentre estas, quando se decide sobre saúde e vidas humanas. É exatamente neste mesmo erro de tarifação do raciocínio sobre o valor da vida humana, “aparentemente lógico”, que incorre, por exemplo, Cento Veljanovski, ao asseverar que:

[...] muito da legislação sobre segurança industrial dá ênfase à segurança, mas não aos acidentes. Os empregadores são obrigados a dotar de grades protetoras as máquinas ou, então, a submeter-se a certos procedimentos de segurança, sob ameaça de processo criminal. Tais medidas controlam mais os ingredientes da segurança do que penalizam os acidentes²⁷.

O raciocínio exposto, apesar de ser matematicamente coerente, analisa o problema a partir da perspectiva dos interesses financeiros *do empregador*; e não da perspectiva moral da perda (evitável) de uma vida humana. A perspectiva econômica deve ser levada em consideração, mas não pode ser colocada hierarquicamente em primeiro plano em todas as situações, como, em regra, quando colide com a *perspectiva do outro* (alteridade) que vai perder a saúde ou a vida. E isto decorre, além da *perspectiva moral* de valor intrínseco da vida, da citada *prejudicialidade lógica da saúde* para com todos os demais direitos fundamentais - mencionada acima.

Neste passo e em face de tudo exposto inicialmente, pode-se perceber que o direito à saúde, por se relacionar estreitamente com o direito à vida, quando se refere aos casos de urgência, emergência e não eletivos, faz parte do que se pode denominar de um “*minimum minimorum existential*”²⁸, ou seja, um núcleo jusfundamental que, por ter características especiais, deve ser preservado para que a fruição dos demais direitos seja possível.

26 SANDEL, Michael J. *Justiça - O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 58.

27 VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei: uma introdução*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994. p. 105.

28 Nas palavras de Robert Alexy, o mínimo existencial seria “um patamar mínimo de assistência médica”.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 512. Nesse mesmo sentido:

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte:

Fórum, 2016. p. 193-194 e 215-216.

Em função dessa especificidade, a tomada de decisão no que concerne o direito à saúde, deve tentar se apoiar em uma cognição o mais ampla possível, para além da mera dialética entre a reserva do possível e o mínimo existencial, devendo sempre levar em máxima consideração: (i) a perspectiva de que a saúde é um bem jurídico ontologicamente especial para aquele que o pleiteia, bem como; (ii) a negligenciada perspectiva normativa daquele que pode promover ou restabelecer a saúde do cidadão enquanto enfermo (o médico). Ao encontro desta segunda perspectiva, seguiremos ao próximo ponto.

2 O CONHECIMENTO MÉDICO BASEADO EM EVIDÊNCIAS E A NORMATIVIDADE ÉTICA MÉDICA: GRANDEZAS NEGLIGENCIADAS NA FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÕES RACIONAIS

Todos os “modelos-teóricos” da Ciência Jurídica, dado o caráter tecnológico do seu saber, acentuam a função *heurística*²⁹, ou seja, busca-se criar condições mínimas para orientar nossas expectativas do que poderá ou deverá ser relevante, *possibilitando com que certos conflitos sejam decididos* com o mínimo de perturbação social.

As demais *funções* dos modelos teóricos, segundo Ferraz Júnior³⁰, são *de previsão, avaliativa e organizatória*, as quais se alternam em importância logo após a heurística (abaixo da heurística numa hierarquia de funções), modificando-se em suas posições de acordo com o modelo adotado por aquele que interpreta e aplica o direito. As dimensões não se excluem, todas estão sempre presentes no processo decisional, mas as suas calibrações se apresentam de forma distinta a partir da função heurística (função principal).

O modelo *empírico*, entendido aqui como investigação dos instrumentos jurídicos de e para o *controle do comportamento*³¹, privilegia a *previsão* na hierarquia das funções, ou seja, logo abaixo da relevância primordial da função heurística, no sentido da possibilidade de controle do fenômeno da decisão, devem ter prioridade as *consequências* futuras que da decisão possam advir. É a partir desta perspectiva que o “homem

²⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 133.

³⁰ Ibidem, capítulos 4 a 6.

³¹ Ibidem, p. 110.

econômico”³² tende a tomar suas decisões. Este é o modelo adotado, por exemplo, pela Teoria Pura do Direito³³.

Já o modelo *hermenêutico*, por sua vez, toma como base a *função avaliativa* em seu caminho decisional, valorizando a possibilidade de *compreensão global, total ou parcial, dos fenômenos*, que busca o *sentido* como centro da decidibilidade de conflitos. Daí segue a importância do *valor* na atividade heurística. Neste modelo, a compreensão do todo, das partes envolvidas e de suas motivações, têm um papel central. É neste modelo (perspectiva) que entra em cena a importância da *alteridade jurídica* no processo decisional de direito à saúde, como critério hermenêutico da ciência jurídica do Século XXI³⁴.

Este modelo, regra geral, melhor dialoga com o atual neoconstitucionalismo brasileiro, na medida em que presencia-se um novo pensamento constitucional “voltado a reconhecer a supremacia *material e axiológica* da Constituição, cujo conteúdo, dotado de força normativa e expansiva, passou a condicionar a validade e a compreensão de todo o Direito e a estabelecer deveres de atuação para os órgãos de direção política”³⁵.

Nessa tentativa de compreensão global do direito à saúde em busca de seu sentido (modelo hermenêutico), no Brasil há um grande problema para o intérprete e aplicador do direito jusfundamental em questão: a *lacuna legislativa* na regulamentação, efetivamente e de forma específica, da *relação estabelecida entre paciente e seu médico*. Como já referido acima e em outro trabalho nosso³⁶, os alemães, que muito nos ensinam tanto na análise constitucional dos direitos fundamentais quanto nos institutos cíveis, de forma diversa e inspiradora, já criaram um microssistema jurídico específico para a regulamentação da referida avença.

³² Este “homem econômico” é apresentado de forma caricata por Kenneth Boulding: “Ninguém em juízo perfeito aceitaria a ideia de sua filha casar-se com um homem econômico, alguém que contasse todos os custos e esperasse receber todas as recompensas, que jamais sofresse de uma louca generosidade ou um amor não-interesseiro”. BOULDING, K. E. *Economic as a Moral Science*. American Economic Review, v. 68, p. 10. 1968. In: VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei: uma introdução*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994. p. 46.

³³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

³⁴ CAMILLO, Carlos Eduardo Nicolletti. *Teoria da alteridade jurídica: em busca do conceito de direito em Emmanuel Lévinas*. São Paulo: Perspectiva, 2016. p. 61, 65 e seguintes.

³⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 38 e 39.

³⁶ NILO, Alexandre Timbó; AGUIAR, Mônica. Responsabilidade civil dos médicos e contratos de tratamento. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v.997 p 105-134, nov 2018.

A despeito da existência da Lei do Ato Médico³⁷ no ordenamento brasileiro, que dispõe sobre o exercício da Medicina, este diploma não permite uma interpretação adequada da especificidade da relação estabelecida entre o paciente e seu médico, sem oferecer, portanto, o ferramental jurídico que possa servir de apoio em um processo decisional de tutela jurisdicional do direito à saúde e à preservação deste direito³⁸.

Ademais, na medida em que se pretende enxergar a relação paciente-médico a partir de sua essência, não se pode olvidar das regras ético-profissionais impostas aos médicos. “No seu dia-a-dia, muitos profissionais, incluídos os do cuidado à saúde, pautam o seu agir profissional por normas ou regras provenientes dos chamados códigos deontológicos de uma determinada profissão, os códigos de ética ou códigos de ética profissional”³⁹.

O mais alto nível de ética é exigido de pessoas que trabalham com vulneráveis. E não existe vulnerabilidade maior do que aquela oferecida pelo aceno da morte no horizonte. Assim, não por acaso, o arcabouço normativo ético médico é tão complexo e importante, impondo inúmeras restrições no comportamento do profissional médico - ao contrário do que os pouco íntimos com tais normas podem pensar. Essa normatividade é uma grande ferramenta para o jurista preparado que busca a tomada de decisão racional e fundamentada.

Em terras brasileiras, para complicar esta questão, existe a mencionada lacuna da legislação ordinária federal na regulamentação dos “contratos de tratamento”. O aplicador do direito que adota o modelo *hermenêutico* na busca das condições ideais para o atingimento de uma perspectiva integrativa, deve direcionar seu foco decisional (heurístico) no sentido da utilização de uma fundamentação que beba no conhecimento médico vigente, bem como na normatividade proporcionada pelas resoluções do Conselho Federal de Medicina⁴⁰.

No direito à saúde, além tentar se colocar no lugar do autor (que pleiteia um tratamento junto ao judiciário) e do réu (seja ele uma operadora

³⁷ Lei nº 12.842 de 10 de julho de 2013.

³⁸ NILO, Alexandre Timbó; AGUIAR, Mônica. Responsabilidade civil dos médicos e contratos de tratamento. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 997 p. 105-134, nov 2018.

³⁹ KIPPER, Délia José; CLOTET, Joaquim. Princípios da Beneficência e Não-maleficência. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 40.

⁴⁰ CAMILLO, Carlos Eduardo; NICOLLETTI. *Teoria da alteridade jurídica: em busca do conceito de direito em Emmanuel Lévinas*. São Paulo: Perspectiva, 2016. p. 93.

de saúde ou o Poder Público, que se omitem na concessão de um dado tratamento necessário), é fundamental que o juízo efetivamente conheça a perspectiva daquele que cientificamente tem capacidade e conhecimento para a tomada da decisão adequada que vai garantir materialmente o direito fundamental em questão. O conhecimento médico, bem como a normatividade ética médica, destarte, ganham um papel central neste cenário, podendo funcionar como fundamento racional para que seja justificada a denegação ou a concessão de um direito pleiteado judicialmente.

Em um modelo hermenêutico, a perspectiva da medicina e do que efetivamente pode ser feito em um caso concreto deve ser considerada e colocada em destaque. O art. 630a, 2, do Código Civil Alemão (BGB), que versa sobre os “contratos de tratamento”, oferece-nos uma luz neste sentido, na medida em que esclarece à qual das partes cabe a condução técnica da relação: ao médico. Pois, de acordo com o dispositivo mencionado, “o tratamento deve estar de acordo com as *normas profissionais* geralmente aceitas existentes no momento do tratamento, salvo acordo em contrário”⁴¹.

Este pequeno excerto traz dois importantes aspectos que podem nortear heuristicamente a interpretação e aplicação do direito à saúde: (i) a conduta médica deve obedecer exatamente ao paradigma de conhecimento adotado pela comunidade médica ao tempo do contrato – o que serve de parâmetro para a apuração de potencial erro médico e de erro eventual em uma concessão jurídica de tratamento ainda não reconhecido pela medicina; (ii) esta conduta médica, ao ser analisada em juízo quando houver uma demanda envolvendo o direito à saúde, deve ter como parâmetro o que um “médico médio”, de mesma especialização, poderia/deveria fazer em condições similares em cada ato (*lex artis ad hoc*).

Na falta de legislação ordinária que regulamente uma situação de direito à saúde de maneira satisfatória, a integração em uma perspectiva que interprete as relações do sujeito paciente pela alteridade (que dá sentido à dignidade da pessoa), pugna pela *legitimidade e aplicabilidade* das Resoluções do Conselho Federal de Medicina.⁴²

⁴¹ Tradução livre de: *Die Behandlung hat nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist.* Disponível em: <http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/Patientenrechtegesetz_BGBI.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2018.

⁴² CAMILLO, Carlos Eduardo NICOLLETTI. *Teoria da alteridade jurídica: em busca do conceito de direito em Emmanuel Lévinas*. São Paulo: Perspectiva, 2016. p. 92 e 93. Neste texto, o autor trata especificamente de um caso concreto envolvendo a utilização da Resolução CFM nº 1.955/2010, que normatiza o procedimento para a cirurgia de transgenitalização. Na ausência de Lei ordinária que trate do tema, o autor defende, de

A alteridade é tema central da filosofia levinasiana, ao passo que o *Outro* é o verdadeiro protagonista em seu discurso filosófico. A presença da alteridade só é possível em um sistema aberto que está para além-do-sistema (diferente do sistema fechado kelseniano), apoiado nos postulados de justiça em valores supremos, culminando para uma construção, sempre axiológica, do sistema jurídico. Esta postura propicia com que as decisões e interpretações tanto do juiz, quanto do legislador, sejam consentâneas com os valores contemporâneos, não obsoletas e inadequadas⁴³. É a alteridade que, em verdade, dá integral e satisfatório sentido para a dignidade da pessoa humana – o mais importante fundamento do sistema jurídico brasileiro.

A ampliação do círculo de intérpretes⁴⁴ do ordenamento pátrio é elemento de uma sociedade aberta, consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação. A possível contribuição oferecida pela força normativa das Resoluções do Conselho Federal de Medicina, sobretudo na ausência de um “contrato de tratamento” tipificado, constitui uma consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação do nosso ordenamento.

A partir da perspectiva das Resoluções normativas da comunidade médica, por exemplo, pode-se facilmente resolver e fundamentar a reversão de decisões judiciais favoráveis a pacientes, concedidas em sede liminar, para custear tratamentos experimentais⁴⁵. No entanto, imersos na perspectiva que desconsidera as regras médicas de conduta (sem atentar para as resoluções do CFM), alguns autores condenam essas decisões como se as mesmas aparentemente tivessem o respaldo da comunidade médica. Não têm. Pelo contrário. E é exatamente a ausência de respaldo na normatividade ética médica que deveria ser utilizada como fundamento racional para a negativa do direito ao tratamento experimental pleiteado.

forma correta em nosso sentir, que o diploma normativo mais adequado para a solução do conflito judicial instalado é a referida Resolução do CFM.

⁴³ Ibidem, p. 65.

⁴⁴ Como defende Peter Häberle em sua obra “Hermenêutica Constitucional”. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1997.

⁴⁵ Gustavo Amaral, exemplifica que “o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 97.000511-3, Rel. Des. Sérgio Paladino entendeu que o direito à saúde, garantido na Constituição, seria suficiente para ordenar ao Estado, liminarmente sem oitiva, o custeio de *tratamento experimental*, nos Estados Unidos, de menor vítima de distrofia muscular progressiva de Duchenne [...] (grifou-se)”. In: AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 11.

Decisões judiciais que concedam tratamentos *experimentais* a pacientes são equivocadas, pois, eticamente vedados, indo de encontro à normatividade médica. Estas decisões se encontram equivocadas não por violar a reserva do possível ou por conceder um tratamento de alto custo a um paciente. Mas sim, sobretudo, pelo fato de que foi concedido um tratamento que ainda não é reconhecido pela comunidade médica. Assim, não se torna minimamente justa a concessão de um tratamento, às custas do dinheiro público, que ainda não possui comprovação científica de sua eficácia.

Estas decisões deveriam ser pela não concessão do tratamento com base na interpretação do art. 102 do Código de Ética Médica⁴⁶, o qual esclarece que a terapêutica experimental é permitida *apenas* quando aceita pelos órgãos competentes, de maneira que enquanto for *experimental* e não tiver sido reconhecida, tal medida terapêutica não pode ser adotada pelo profissional médico, nem concedida pelo juízo às custas do dinheiro público. Neste caso, se a família do paciente desejar, na tentativa mais do que compreensível, salvar a vida do enfermo, deve encontrar uma forma alternativa de financiar a sua aventura terapêutica à revelia da ética médica.

O Princípio Fundamental XXI do Código de Ética Médica⁴⁷ esclarece que “no processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e *cientificamente reconhecidas*” (*grifou-se*). Ou seja, se o procedimento ainda não é cientificamente reconhecido (*experimental*), nem mesmo o médico pode prescrever, o que torna inconcebível a concessão de tal direito pela via judicial.

A lacuna no embasamento do referido autor⁴⁸, ao não considerar a normatividade das resoluções do CFM, é justamente um dos pontos que se busca evidenciar e corrigir neste breve artigo. Os operadores do direito, quando versarem sobre a concessão de direito à saúde, não podem negligenciar a análise da normatividade médica específica, que se encontra em melhores

46 [É vedado ao médico:] Art. 102. Deixar de utilizar a terapêutica correta, quando seu uso estiver liberado no País. Parágrafo único. A utilização de terapêutica experimental é permitida quando aceita pelos órgãos competentes e com o consentimento do paciente ou de seu representante legal, adequadamente esclarecidos da situação e das possíveis consequências. Disponível em: <http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2018.

47 Disponível em: <http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2018.

48 No caso, Gustavo Amaral, em *Direito, Escassez e Escolha*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 11.

condições para nortear a resolução racional e eficaz dos conflitos judiciais envolvendo a concessão do *minimum minimorum existencial*.

A utilização da negligenciada normatividade ética médica, e do reconhecido conhecimento médico vigente, é justamente o que vai possibilitar a justificação do juízo para negar, neste caso, o direito fundamental à saúde para o paciente enfermo. Como o próprio Amaral reconhece, o espaço para argumentos puramente formais ou etéreos, como separação dos poderes ou a prevalência do interesse público, para se negar o direito à saúde, *são de pouco valor prático*⁴⁹. E a normatividade ética médica ajuda muito em determinados casos para se justificar, de forma racional e fundamentada, a concessão ou não de um direito à saúde pleiteado.

A obra do referido autor, imerso em sua perspectiva de aparentemente “proteger o interesse do Estado”, não comprehende a estrutura básica da normatividade médica, ao asseverar que “a ética médica proíbe tratamentos que tendam a resultados perigosos, mas requer dos médicos que *prescrevam qualquer ação, não importa o custo*, da qual se espere resultar em ajuda ao paciente”⁵⁰ (grifou-se).

Equivoca-se o autor, pois à equipe médica sempre importa o custo envolvido em um tratamento, bem como a capacidade do paciente (da sua família, da operadora de saúde ou do Estado) em arcar com este custo financeiro. Tanto é assim que ao médico brasileiro, por exemplo, é obrigatória a prescrição do nome genérico do fármaco no receituário para atendimento pelo SUS^{51 e 52}, para que sendo possível em um caso concreto, seja comprado o medicamento mais barato disponível⁵³.

49 AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 183.

50 Ibidem, p. 146.

51 Art. 1º, parágrafo único e art. 3º da Lei nº 9.787 de 10 de fevereiro de 1999, que dispõe sobre a utilização do medicamento genérico.

52 Manual de orientações básicas para prescrição médica / Célia Maria Dias Madruga, Eurípedes Sebastião Mendonça de Souza, 2. ed. revisada e ampliada. Brasília: CRM-PB/CFM, 2011. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/cartilhaprescimed2012.pdf>. p. 46.

53 A Lei nº 9.787 (10/02/99) instituiu o medicamento genérico no país, em concordância técnica e conceitual com normas internacionais adotadas por Países da Comunidade Europeia, EUA, Canadá, além da Organização Mundial de Saúde (OMS). A Lei 9787/99 é regulamentada pela Resolução nº 10 (RDC 10 - 02/01/01), que apresenta todos os critérios sobre produção, controle de qualidade, ensaios de bioequivalência, ensaios de biodisponibilidade, registro, prescrição e dispensação de genéricos. No âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, os responsáveis pelas prescrições devem adotar obrigatoriedade a DCB (Denominação Comum Brasileira), ou na sua falta, a DCI (Denominação Comum Internacional). Já nos serviços privados de saúde, a prescrição ficará à critério do prescritor, que pode utilizar o nome genérico ou nome comercial. Informações obtidas no

Por óbvio, se não houver um fármaco genérico que atenda à necessidade específica do paciente, não há que se falar em obrigatoriedade na prescrição do genérico. O médico deve adotar sempre a conduta mais adequada, primeiramente, aos interesses *do paciente*, pois é o seu *minimum minimorum existential* que pode estar em jogo. O que não quer dizer que os interesses daquele que vai pagar pelo tratamento devam ser negligenciados. Em determinados casos nos quais pode haver tratamento alternativo, certamente, o médico, percebendo que as condições financeiras do paciente são parcias, adotará a possibilidade mais viável economicamente.

Aliás, outro é o equívoco, muitas vezes perpetrado pelo judiciário, ao tentar reduzir a relação paciente-médico a uma relação de consumo como outra qualquer. E a normatividade ética médica mais uma vez nos ajuda neste sentido. Um médico não pode exercer a promoção da saúde como uma mera prestação de serviço que vai ser trocada pelo dinheiro do seu paciente. O compromisso do médico ético não é *substancialmente* com o lucro que se pode obter ao final da prestação de seus serviços (de tratamento), lucro este que na perspectiva de um verdadeiro empresário dá o completo significado a todo esforço empreendido na empresa (atividade empresarial). A remuneração ao médico, na prestação pelos seus serviços em atos terapêuticos, é objeto secundário⁵⁴.

Em uma cadeia produtiva qualquer, todos os insumos, inclusive a própria mão de obra humana, é enxergada como mais uma despesa pelo empresário. Os custos que impactam no lucro interferem na estratégia. O médico, diferentemente de um prestador de serviços comum, é comprometido essencialmente, e desde sempre, com a *saúde e a vida* de seus assistidos⁵⁵. Estes são os objetos principais⁵⁶.

site do CREMESP. Disponíveis em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=70>. Acesso em: 17 fev. 2018.

⁵⁴ O Código de Ética Médica (CEM) estabelece que “para exercer a Medicina com honra e dignidade, o médico necessita ter boas condições de trabalho e ser remunerado de forma justa” (Princípios Fundamentais, III), mas na hierarquia dos objetos, a saúde do ser humano está acima, como o próprio CEM estabelece nos Princípios Fundamentais I e II - anteriores. Disponível em: http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf.

⁵⁵ “A Saúde do meu Doente será a minha primeira preocupação” – trecho do juramento de Hipócrates, adotado pela Associação Médica Mundial, em 1983. World Medical Association, Declaration of Geneva [Physician's Oath], reprinted in Encyclopedia of Bioethics 2646 (Warren Thomas Reich et al. eds., rev. ed. 1995).

⁵⁶ No segundo Princípio Fundamental positivado pelo Código de Ética Médica fica estabelecido que “o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano [...]”. Disponível em: <http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2018.

A análise econômica do tratamento é importante, mas, em regra, sempre está abaixo do mencionado *princípio da saúde*, ou dos interesses mais básicos do paciente em relação à preservação da sua vida. Ocorre que em dadas circunstância, infelizmente, o tratamento disponível mais adequado para um caso concreto é aquele que vai depender de um maior recurso financeiro para sua implementação. E, neste caso, o médico não pode deixar com que outros aspectos externos (dentre eles a análise econômica) sejam prevalecentes sobre sua conduta, pois a lógica médica determina de forma clara a hierarquia dos objetos nos contratos de tratamento⁵⁷. Neste caso, entra em cena a importância da medicina baseada em evidências, que deve ser considerada pelo judiciário nas questões envolvendo, sobretudo, o *minimum minimorum existencial*.

Suponha-se que um dado paciente, de 50 anos, diabético, tabagista, com sobre peso, procure uma emergência referindo dor no peito e falta de ar. Este paciente terá grandes chances de possuir uma doença coronariana a qual poderá ser tratada, dependendo de sua gravidade, (i) apenas por terapia medicamentosa; (ii) por abordagem percutânea (angioplastia); (iii) ou ainda por ato cirúrgico de revascularização à céu aberto.

Ocorre que após a compensação e estabilização do quadro clínico de urgência referido, através de um cateterismo (angiografia coronariana), vamos supor que tenha sido diagnosticado que as três principais artérias coronárias do paciente em questão estão comprometidas⁵⁸, e que existe uma importante lesão proximal na artéria Descendente Anterior (DA)⁵⁹ - a principal artéria do coração.

Neste caso hipotético, apoiada no conhecimento médico de uma medicina baseada em evidências⁶⁰, será imperiosa a adoção da terceira possibilidade apresentada - a realização da cirurgia de revascularização do

57 O art. 20 do Código de Ética Médica esclarece que ao médico é vedado “permitir que interesses pecuniários, políticos, religiosos ou de quaisquer outras ordens, do seu empregador ou superior hierárquico ou do financiador público ou privado da assistência à saúde interfiram na escolha dos melhores meios de prevenção, diagnóstico ou tratamento disponíveis e científicamente reconhecidos no interesse da saúde do paciente ou da sociedade”. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Public_acoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=70>. Acesso em: 17 fev. 2018

58 Este é o chamado paciente tri-arterial, em regra, com grave comprometimento cardiovascular coronariano.

59 Vamos supor que se trate de uma obstrução de 95% da luz vascular por uma placa de ateroma.

60 A chamada medicina baseada em evidências não defende uma uniformidade de pensamento e prática. Defende uma base de reflexão comum “para que as práticas admitam uma divergência, mas não tão escandalosa”. LEITE, Álvaro Jorge Madeiro. Medicina Baseada em evidências. SANARE - Ano III, nº.1, jan./fev./mar. 2002. Disponível em: <<https://sanare.emnuvens.com.br/sanare/article/view/97/89>>. Acesso em 19. fev. 2018.

miocárdio com a colocação de pontes de safena ou de mamária (*coronary artery bypass grafting*)⁶¹, caso não haja uma contraindicação expressa ao ato cirúrgico por outros motivos⁶². Este será o melhor tratamento para a sobrevida do paciente de acordo com o conhecimento atual da medicina. Não sendo adequadas, neste caso, a utilização da angioplastia com ou sem *stents*⁶³, muito menos a terapia meramente medicamentosa.

Observemos que a concessão judicial do direito, ou não, à intervenção cirúrgica, encontra sua *fundamentação racional* no conhecimento médico, portanto, que escapa à esfera meramente normativa. Apoiado na evidência técnica na viabilidade da eficiência de um dado tratamento, o juízo pode fundamentar racionalmente a concessão da tutela de um direito à saúde pleiteado. Direito este, que no caso apresentado, pode representar a diferença entre vida e morte para o paciente.

O exemplo apresentado ainda nos traz outra questão importante, pois, o tratamento de eleição, apoiado na orientação atual da medicina, é o mais caro de todos. E, por isso mesmo, seria a última opção adotada pela operadora de saúde⁶⁴, ou pelo gestor público, caso a perspectiva destes se desse primordialmente a partir de uma *análise econômica* do direito à saúde – o que ocorre em regra. O operador do plano de saúde quer, acima de tudo, otimizar a lucratividade da empresa para os acionistas, para que seja viabilizado seu negócio (atividade empresarial). Bem como o gestor público quer otimizar a distribuição de recursos para atender o maior número possível de pacientes, de políticas públicas, e todo procedimento de alto custo prejudica sua perspectiva utilitarista de oferecer “felicidade” para um número maior de cidadãos.

61 De acordo com as diretrizes de revascularização coronária, obtidas no *guideline* da Sociedade Europeia de Cardiologia, amplamente seguido pela cardiologia cirúrgica brasileira (*ESC/EACTS Guidelines on Myocardial Revascularization*). Disponível em: <<https://www.escardio.org/Guidelines/Clinical-Practice-Guidelines/ESC-EACTS-Guidelines-in-Myocardial-Revascularisation-Guidelines-for>>. Ver em “full text”. Acesso em: 17.02.2018.

62 O paciente pode apresentar, por exemplo, uma *fração de ejeção* (capacidade de bombeamento sanguíneo) muito baixa, o que reduziria em muito as suas chances de sobrevivência após um ato cirúrgico ou em uma intervenção percutânea (angioplastia).

63 *Stent* é uma prótese tubular minúscula, expansível e em forma de malha, feito de metal como aço inoxidável ou uma liga de cobalto. Os *stents* são utilizados para restabelecer o fluxo sanguíneo da artéria coronariana.

64 Neste sentido aponta Gustavo Amaral, quando reproduz texto norte americano que esclarece que os interesses de paciente e segurador são independentes e nem sempre alinhados, pois, este, quem “efetivamente paga pelo tratamento médico”, tem que “organizar seus recursos cuidadosamente para assegurar que [...] seus administradores e acionistas sejam adequadamente compensados”. AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 148 e 149.

Tanto o médico ao prescrever quanto o paciente ao aceitar o tratamento mais invasivo e eficaz, colocam o aspecto econômico apenas em segundo ou terceiro plano. Na perspectiva destes dois atores, primordial será sempre a *saúde do paciente*. E esta mudança na *hierarquia dos objetos* afasta os interesses de pacientes (e médicos) dos interesses das operadoras de saúde e do gestor público. Esta divergência ontológica de interesses contrapostos, portanto, pode levar à judicialização desta questão, e o judiciário deve estar aberto à fundamentação adequada para o sopesamento racional dos direitos envolvidos.

Tomando este exemplo para expor a negligenciada *base normativa ética* da Medicina (o que realmente nos interessa aqui neste breve estudo), que parte de uma lógica diferente do gestor do plano de saúde ou do gestor público, acima de tudo está a *saúde do paciente*, pois, ao médico, em observância ao art. 20 do Código de Ética Médica, é vedado permitir que interesses pecuniários, políticos, religiosos ou de quaisquer outras ordens, do seu empregador ou superior hierárquico, ou do financiador público ou privado da assistência à saúde, interfiram na *escolha* dos melhores meios de prevenção, diagnóstico ou tratamento disponíveis e científicamente reconhecidos no interesse da saúde do paciente ou da sociedade⁶⁵.

Isto não quer dizer que em havendo duas possibilidades de tratamento, o médico não possa optar pela mais barata. Pelo contrário, assim deve ser. Pois, de acordo com o *Princípio Fundamental I* do CEM⁶⁶, “a Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza” (grifou-se). Assim, na medida em que o interesse da coletividade também é objeto da atuação médica, o profissional deve sempre zelar pelo interesse público orçamentário quando houver forma alternativa mais barata de tratamento igualmente eficaz.

Em suma, se, no exercício de sua autonomia, o paciente concordar com o tratamento indicado pela medicina atual baseada em evidências, este tratamento, repita-se, desde que *efetivamente* reconhecido e indicado pela medicina, e desde que seja referente a um tratamento de emergência, urgência ou não eletivo (*minimum minimorum* existencial), deve ser perseguido para a concessão do direito jusfundamental à saúde do paciente.

⁶⁵ Art. 20 do Código de Ética Médica (CEM), disponível em Disponível em: <http://www.cremers.org.br/pdf/código_deética/código_etica.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2018.

⁶⁶ Este entendimento ainda foi reproduzido no art. 2º da Lei 12.842/13: “O objeto da atuação do médico é a saúde do ser humano e das coletividades humanas, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo, com o melhor de sua capacidade profissional e sem discriminação de qualquer natureza” (grifou-se).

Neste ponto, emerge uma questão particularmente sensível, acerca daqueles tratamentos já regulamentados pela normatividade médica (não experimentais), que se referem ao *minimum minimorum existencial* (questões de urgência, emergência ou não eletivas para a saúde do paciente), mas que apresentam uma *chance de cura relativamente pequena (diminuta)* no caso concreto. Estas questões ganham um relevo ainda maior, sobretudo, quando a baixa eficácia do tratamento proposto vem associada a um alto custo financeiro.

De modo que, em nosso sentir, por exemplo, pode não ser razoável a concessão judicial de um tratamento a um altíssimo custo, para uma operadora de saúde ou para os cofres públicos, quando as chances de sobrevivência do paciente são muito pequenas. Não em função da reserva do possível pelo valor pecuniário envolvido, mas sim, sobretudo, pela (baixa) probabilidade de êxito expressada pelo conhecimento médico vigente. Ressalte-se, no entanto, que esta é uma decisão muito difícil de ser tomada; que só pode ser alcançada em face de um caso concreto; e que deve ter a sua fundamentação baseada *predominantemente* no conhecimento médico. Esta decisão não terá fundamentação razoável se estiver predominantemente apoiada no frágil argumento utilitarista ou no formalismo da separação dos poderes. Sobre a debilidade destes argumentos, passa-se ao ponto seguinte.

3 A FRAGILIDADE DO FORMALISMO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES EM FACE DO *MINIMUM MINIMORUM EXISTENCIAL*

O raciocínio econômico, pautado na escassez, nos traz à lúcida compreensão de que para se obter algo, em regra, é necessário abrir mão de outra coisa (*trade off*). Sempre é fundamental que sejam avaliados os resultados e as *consequências* das decisões, tanto na microjustiça do caso concreto, quanto na macrojustiça da totalidade do sistema legal. Esta é a função heurística que se apoia, *prima facie*, no modelo *empírico*, como visto acima, que busca otimizar o controle do comportamento e a *previsão* na hierarquia das funções.

Esta perspectiva, até meados do século passado negligenciada pelo Direito, atualmente tem grande importância para uma análise a médio e longo prazo do efeito real que as decisões judiciais têm quando analisadas em uma ideia de macrojustiça. No entanto, a análise da efetividade de uma decisão no sentido de *estímulos e desestímulos supervenientes*, apesar de ter que ser sempre considerada, não pode ser tomada como objeto central, hierarquicamente superior, em uma decisão sobre determinadas questões.

A concessão do direito à saúde dentro daquilo que aqui é chamado de *minimum minimorum existencial* (tratamento de pacientes que envolvam

o limiar da vida), no atual ambiente constitucional brasileiro, é muito difícil de ser negado se o caso concreto estiver apoiado na normatividade ética médica, em evidências médicas científicas de reais chances de cura do paciente, por mais que um tratamento seja oneroso para o Estado.

Na disputa da escolha entre a reserva do possível e o mínimo existencial, entra em cena a questão da escassez de recursos, de maneira que “levar os direitos a sério significa também levar a escassez à sério”⁶⁷. No entanto, a classificação dos tipos de escassez proposta por Elster⁶⁸, carece de utilidade prática, quando, em verdade, a única diferenciação que realmente importa no direito à saúde é a distinção entre escassez *artificial* e *natural*.

A escassez artificial se caracteriza pelas hipóteses em que o governo pode, se assim decidir, tornar o bem acessível para todos, a ponto da satisfação (como poderia ocorrer com o aumento do número de leitos em UTIs, realização de concurso público para aumentar as equipes médicas, aumento nos recursos destinados ao saneamento básico, etc). E a escassez natural, ao contrário, se caracteriza pelas situações nas quais não há o que efetivamente possa ser feito para que a oferta de determinado bem seja incrementada (como no caso de número limitado de órgãos para os pacientes em filas de transplante).

Amaral ainda complementa que “a escassez é limite ao conteúdo das pretensões positivas”⁶⁹. No entanto, assiste razão ao autor apenas em parte, pois, em nosso sentir, a escassez deve ser encarada efetivamente como *limite*, nos casos de saúde, somente quando se referir a uma escassez *natural*, e nunca quando a mesma se referir a uma escassez *artificial*, que decorre de uma alocação prévia mal efetivada dos recursos orçamentários. A saúde, no âmbito de uma escassez *artificial*, ao se referir ao *mínimum minimorum existencial*, não pode esperar uma correção futura do orçamento (*periculum in mora*). E um modelo teórico heurístico-hermenêutico da Ciência Jurídica de interpretação e aplicação do direito deve levar isso em consideração.

Segundo Amaral, em matéria veiculada pelo jornal Valor Econômico, 50% de todo o orçamento destinado à saúde no Estado do Rio Grande do Sul, no ano de 2007, foi comprometida com a compra de medicamentos

67 AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 42.

68 Ibidem, p. 73.

69 Ibidem, p. 182.

por ordem judicial⁷⁰. Ocorre que em momento algum o autor se questiona se este aumento não vinha sendo progressivo ao longo dos anos, e se o legislador, desatento à necessidade crescente de compra de medicamentos, não veio sendo progressivamente negligente até que se chegasse neste cenário indesejável.

O grande problema da gestão pública é a falta de planejamento⁷¹. Em uma empresa qualquer, deve ser separado um montante de recursos para eventos extraordinários não previstos, e o planejamento financeiro do ano subsequente deve sempre levar em conta a soma gasta com tais eventos no orçamento no ano anterior. Assim também deve se comportar aquele que compõe o orçamento público, olhando sempre pelo retrovisor para regular os seus faróis.

Os gastos com decisões judiciais que concedam o direito ao *minimum minimorum existencial*, fundamentados em uma medicina baseada em evidência e com real possibilidade de cura ao paciente, devem ser levados em consideração pelo legislador para que o orçamento subsequente seja adaptado e para que as políticas públicas de saúde *preventiva* possam, onde for possível, reduzir os gastos com a saúde individual e coletiva dos cidadãos.

Amaral afirma que os tribunais, por diversas razões, não podem eficazmente manejar recursos escassos, pois os mesmos estariam mal aparelhados para tomar decisões racionais sobre como as agências executivas devem alocar seus recursos e seu tempo⁷². De fato, o ambiente sumariamente cognitivo dos tribunais não é o melhor dos mundos para se tomar decisões alocativas de grandes proporções. No entanto, os custos com demandas judiciais envolvendo o direito à saúde podem servir como um grande marcador para que as autoridades orçamentárias façam seus planejamentos. Ademais, a própria Constituição, se lida de forma sistêmica e, a ao instituir a *ações direta constitucional por omissão* bem como o *mandado de injunção*, revela, claramente, que ao judiciário é dado o poder de interferir no orçamento se as políticas não foram adequadas ou se uma determinada lei, dentre estas as leis orçamentárias, foi mal projetada e não conseguiu atingir a sua finalidade material constitucional básica. A finalidade é

70 AMARAL, op.cit., p. 150.

71 MARTINS, Caroline Curry; WACLAWOVSKY, Aline Josiane. Problemas e desafios enfrentados pelos gestores públicos no processo de gestão em saúde. *Revista de Gestão em Sistema de Saúde – RGSS*. ISSN-e 2316-3712. v. 4, n. 1, jan./jun. 2015. p. 105.

72 Ibidem, p. 41.

clara do constituinte: ao judiciário cabe avaliar e corrigir a omissão ou inabilidade do legislativo quando um direito fundamental estiver em jogo.

Assim decidiu o STF recentemente⁷³, no sentido de ser lícito ao judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana. Ora, sendo este o entendimento, não há de haver óbice ao Judiciário para que obrigue a Administração, por exemplo, a construir leitos de UTI para atendimento da população em geral que corre risco de vida e precisa de tratamento intensivo.

Não é verdadeiramente razoável, apesar de aparentemente o ser de forma superficial, o argumento de que caso sejam gastos muito recursos financeiros com a saúde, outros direitos sociais não seriam garantidos⁷⁴. Data vénia, concordamos com Sarmento⁷⁵ que, indo de encontro a este entendimento, apresenta três argumentos favoráveis à concessão do mínimo existencial. O primeiro é um argumento jurídico, pois a garantia do mínimo existencial, que é *pressuposto da democracia*, não pode ficar à mercê das decisões do legislador infraconstitucional. Em segundo lugar, já no campo da proporcionalidade, não se pode negar a razoabilidade da pretensão de uma pessoa em ter acesso às *condições materiais básicas* para uma vida digna (*mínimo minimorum existencial*). Se a pretensão não for razoável, é simplesmente porque ela não está inserida no mínimo existencial.

Por fim, tratando da questão fática, ainda que não se reconheça a absoluta inoponibilidade do mínimo existencial à reserva do possível fático (escassez artificial), pode-se afirmar pelo menos a *forte prioridade* das prestações concernentes ao mínimo existencial em relação a todas as demais despesas estatais, suscetível inclusive de controle judicial. Neste passo, irretocável é a afirmativa de que “o Estado, nessa perspectiva, não poderá denegar prestações voltadas ao atendimento de necessidades básicas das pessoas, sob a invocação de ausência de recursos, se estiver realizando

⁷³ STF - RE 592.581, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, julg. 13.08.2015.

⁷⁴ “No campo do Direito à Saúde, por exemplo, já tive oportunidade de demonstrar que, por ser este um bem jurídico social, o esgotamento de recursos financeiros, bloqueados por decisões judiciais para o atendimento de algumas demandas que acorrem ao Poder Judiciário, pode tanto inviabilizar políticas públicas preventivas e curativas do Poder Executivo e Legislativo na área da saúde, como pode também esvaziar os cofres públicos para outras políticas igualmente importantes à Sociedade (segurança, educação, transporte, etc.)”: LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais - aspectos introdutórios*. Brasília: ENFAM, 2010. p. 67.

⁷⁵ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 230 e ss.

despesas supérfluas – *obras de embelezamento, publicidade, promoção de festas e eventos*, etc.” (grifou-se)⁷⁶.

No caso da saúde, como demonstrado acima, todo o resto é supérfluo. E finaliza o autor alegando que “pelo menos em países não miseráveis, como o Brasil, o mínimo existencial deve ser quase sempre assegurado em sede judicial, quando não o seja na esfera política majoritária”⁷⁷.

É importante destacar que a visão de que *o Direito depende apenas do legislador*, seja ele uma peça orçamentária ou o acesso à uma prestação estatal, é típica do Estado Liberal. No entanto, no Estado Moderno Social das sociedades de massas, o Direito “não sobrevive, não se aperfeiçoa, não evolui nem se realiza sem o juiz”⁷⁸. O velho dogma da separação está fadado a perder o seu lugar de destaque na teoria constitucional, de tal modo que no constitucionalismo contemporâneo, não se fala mais em *separação*, mas sim em *equilíbrio* entre os poderes.⁷⁹

Alguns argumentos contrários à sacralização do princípio formal da separação dos poderes, e de que orçamento é competência apenas do legislativo, podem ser aventados, sobretudo quando há um ambiente claro de omissões do poder público.

Na esteira da doutrina de Cunha Júnior⁸⁰, pode-se, suscintamente, alegar que: (i) o crescimento da atuação do poder judiciário se deve, proporcionalmente, ao crescimento dos outros Poderes quando da conformação do Estado Social, o gigantismo do Legislativo, chamado sempre para intervir em áreas sempre maiores, e do Executivo, levou à *necessidade do surgimento de um terceiro gigante* - o Judiciário; (ii) o processo legislativo tornou-se particularmente pesado e lento, forçando, em consequência, o aumento do grau de criatividade da função jurisdicional, na necessidade de fornecer *soluções mais rápidas* do que as providências adotadas pelo legislador; (iii) longe de efetivamente representar a sociedade e a “vontade geral” do povo, o Legislativo e o Executivo, apesar de serem compostos pelo voto popular, vêm sendo fiéis a interesses de organizações que contribuíram para os “caixas de campanha”, sendo manifestamente

⁷⁶ SARMENTO, op. cit., p. 232.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ CLÈVE, Clémerson Merlin. *Poder Judiciário: Autonomia e Justiça*, p. 304. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. – 6. ed. – Salvador: JusPodivm, 2012, p. 208.

⁷⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 211.

⁸⁰ Ibidem, p. 210 e ss.

ingênuas a crença que ainda persiste um caráter representativo nestes poderes. A lei promulgada e executada há muito não representa o povo, ao revés, muitas vezes contraria sua vontade - *crise de representação*; (iv) a legitimidade democrática da criação judicial do direito reside na consistência das decisões, que devem ser *fundamentadas e tornadas públicas*, para que possam ser controladas e avaliadas se atingem, nos casos concretos, os ideais de equidade e a justiça que a sociedade deseja; (v) o processo judicial de criação do direito é o que mais garante a participação do cidadão, talvez sendo efetivamente o mais democrático de todos, na medida em que se desenvolve em direta conexão com as partes interessadas, às quais têm prerrogativa de provocar o seu início e determinar o seu conteúdo, apoiadas sempre na segurança do contraditório.

Assim, pode-se defender que a intervenção do judiciário no orçamento ou na concessão de direitos, sobretudo em um ambiente de omissão do poder público, é uma consequência natural do estado constitucional de direito. O aumento das demandas judiciais e o êxito em obter prestações específicas do poder público referentes ao direito à saúde não pode ser colocado em confronto com os potenciais interesses de todos os demais cidadãos que não obtiveram êxito, ou que não tiveram a oportunidade (ou a necessidade) de ter acesso ao Judiciário. As demandas em saúde são necessariamente idiossincráticas e as pessoas necessitarão de diferentes recursos da medicina para que tentem retornar ao seu estado de saúde ideal. No quesito da saúde, mais do que em qualquer outro, a igualdade a ser oferecida é *material*, relativa ao conceito de *equidade*, não se referindo a uma igualdade formal de igual distribuição de tratamentos, remédios e recursos. Receberão mais aqueles que precisarem de mais, e as necessidades, em saúde, sempre foram, são e serão distintas, idiossincráticas e extremamente variáveis entre os cidadãos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Trouxe-se neste artigo uma contribuição para a formação do processo decisinal envolvendo o direito à saúde, sobretudo, em questões que envolvem iminente risco de vida, aqui batizadas de *minimum minimorum existencial*, dada a especificidade que se buscou mostrar do bem jurídico em questão.

A metodologia adotada partiu do modelo *hermenêutico* ao valorizar a possibilidade de compreensão global dos fenômenos, que busca o entendimento do todo, das partes envolvidas e de suas motivações. Nessa perspectiva, tentou-se evidenciar a importância do conhecimento médico

(de uma medicina baseada em evidências), bem como a importância da normatividade ética médica, duas fontes de argumentos racionais para as fundamentações em decisões envolvendo a concessão do direito à saúde que são, em geral, negligenciadas.

Neste sentido, dialogou-se com a Análise Econômica do Direito (AED) “cujo propósito é precisamente introduzir uma metodologia que contribua significativamente para a compreensão de fenômenos sociais e que auxilie na tomada racional de decisões judiciais”⁸¹.

Na estruturação do raciocínio jurídico nos casos mais complexos e decisivos, afigura-se bastante útil identificar e discutir as *questões relevantes*, o que confere mais transparência e controlabilidade social para a argumentação e escolhas realizadas por juízes, tribunais e intérpretes em geral⁸².

O *minimum minimorum existential* só deverá ser negado pelo judiciário no caso concreto, por sua essência e fundamentalidade, quando argumentos robustos entrarem em cena, delivrados de razões que extrapolam a simples defesa de uma reserva do possível, e que podem ser aceitos por todos de uma forma eticamente mais adequada.

Perceber a influência do conceito de consumidor e sua rápida ascensão no regime capitalista sobre o conceito de cidadão é um norte que demonstra a possibilidade de se pensar sem hierarquia os dois conteúdos e garantir o direito à saúde como bem fundamental a todos.

Estes argumentos podem surgir das fontes aqui apontadas, para fundamentar a perspectiva objetivista moderada ou não radical que aqui se defende⁸³.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2014.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁸¹ GICO, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 11

⁸² BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisdição mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 112.

⁸³ BAHIA, Saulo Casali. Judicialização da política. In: *II Jornada de Direito Constitucional*. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. – Brasília: ESMAF, 2014. p. 389.

BAHIA, Saulo Casali. Judicialização da política. In: *II Jornada de Direito Constitucional*. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. Brasília: ESMAF, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisdição mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CAMILLO, Carlos Eduardo Niccoletti. *Teoria da alteridade jurídica*: em busca do conceito de direito em Emmanuel Lévinas. São Paulo: Perspectiva, 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *A Ciência do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos. In: _____. *Sobre a Constituição da Europa*. Tradução de Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: UNESP, 2012. p. 17.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Petrópolis: Vozes, 2013.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KIPPER, Délia José; CLOTET, Joaquim. Princípios da Beneficência e Não-maleficência. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

LACORDAIRE, Jean-Baptiste-Henri Dominique. *Conférences de Notre-Dame de Paris*. Paris: Sagnier et Bray, 1848. p. 246.

LEITE, Álvaro Jorge Madeiro. Medicina Baseada em evidências. *SANARE - ano III*, n. 1, jan./fev./mar. 2002.

MARTINS, Caroline Curry; WACLAWOVSKY, Aline Josiane. Problemas e desafios enfrentados pelos gestores públicos no processo de gestão em saúde. *Revista de Gestão em Sistema de Saúde – RGSS*. ISSN-e 2316-3712. v. 4, n. 1, jan./jun. 2015.

MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio Carvalho. O Princípio da Autonomia e o Consentimento Livre e Esclarecido. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volvei. *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

NILO, Alessandro Timbó. A natureza jurídica da relação paciente-médico e a (in)aplicabilidade do CDC na resolução das demandas cíveis. In: COSTA, Paulo Sérgio Nunes. *Melhores Artigos de TCC Graduação*: coletânea. Salvador: UCSal, 2016.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*. Coimbra: Coimbra, 2004.

SANDEL, Michael J. *Justiça - O que é fazer a coisa certa*. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILA, K. Viana. *Perspectivas, reflexões e desafios dos modelos biomédico e biopsicossocial*. 16º encontro da ABRAPSO, 2011.

VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei*: uma introdução. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994. p. 105.

RECEBIDO EM: 23/10/2017
APROVADO EM: 02/03/2018

REQUISIÇÃO JUDICIAL E REPRESENTAÇÃO INTERVENTIVA: DISTINÇÕES CONCEITUAIS

*JUDICIAL REQUISITION AND FEDERAL INTERVENTION BY
REPRESENTATION: CONCEPTUAL DISTINCTIONS*

Ana Lucia Pretto Pereira
Pós-doutora em Processo Constitucional pelo Programa Nacional de Pós-doutorado/CAPES no UniBrasil. Doutora e mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Paraná, com período de co-tutela na Harvard University.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Intervenção da União sobre Estados-membros; 2 Intervenção federal por requisição judicial: um procedimento político-administrativo; 3 Intervenção federal por representação intervintiva: um procedimento judicial; 3.1 Controle concentrado de constitucionalidade: eficácia vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal; 3.2 Supremo Tribunal Federal e decisões em sede de representação intervintiva; 4 Considerações finais; Referências.

RESUMO: A Lei federal n.º 12.562, de 23 de dezembro de 2011, disciplinou o processamento da representação interventiva no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Até então, o regramento da representação interventiva em nível federal encontrava amparo normativo na Constituição Federal e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. A doutrina, há certo tempo, tem procurado fixar delineamentos à representação interventiva – nominando-a, por vezes, de “ação direta interventiva”, sendo que, em nível federal, especulações teóricas têm se sobreposto a experiências empíricas. Adicionalmente, é interessante observar que o Supremo Tribunal Federal tem autuado representações interventivas e requisições judiciais de intervenção de modo indistinto, o que não parece adequado. Nesse caminho, o presente artigo tem como objetivo apresentar distinções conceituais entre as duas modalidades de procedimento, tal qual disciplinadas em nível federal.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal. Controle de Constitucionalidade. Intervenção Federal. Requisição. Representação Interventiva.

ABSTRACT: The federal statute act n. 12.563, edited in 2011, December 23rd, has disciplined the procedural path of the federal intervention by representation within the Supreme Court. Until then, the procedure of this sort of federal intervention had been disciplined by the Federal Constitution, federal rules and by Supreme Court Internal Rules. Brazilian Scholars have tried to better clarify the institute of the federal intervention in theory, because the Government has not often used it. Some scholars have named the federal intervention by representation as “interventional direct action”, which is controversial. In addition, the Supreme Court electronic system has booked federal intervention by representation and judicial requisition indistinctively as “federal intervention”, which does not appear accurate. In this sense, this paper aims to contribute on distinguishing both institutes – federal intervention by representation and judicial requisition –, in conceptual terms.

KEYWORDS: Federal Supreme Court. Judicial Review. Federal Intervention. Requisition. Federal Intervention by Representation.

INTRODUÇÃO

É de conhecimento assentado na doutrina que o Supremo Tribunal Federal examina com deferência pedidos de intervenção federal por representação que lhes sejam submetidos para processo e julgamento. A prudência na análise se impõe, dentre outras razões, por configurar, a intervenção, mecanismo drástico de retirada compulsória - embora sempre temporária – de parcela da autonomia de entes federativos que estejam a descumprir determinados comandos constitucionais. Dentre os pedidos dirigidos ao Supremo Tribunal, grande parte sustenta-se sobre o descumprimento de decisões judiciais, decisões estas relacionadas, também em sua maioria, ao não pagamento de precatórios por Estados-membros da federação.

O uso do mecanismo da intervenção federal – ao menos, por representação – é bastante restrito no âmbito do Supremo Tribunal Federal.¹ Por essa razão, reflexões sobre o procedimento de intervenção tal qual desenhado em nível federal conduzem a especulações. Destacam-se, nesta oportunidade, as seguintes: os pedidos de intervenção federal restringem-se à figura da representação intervintiva, ou haveria procedimento diverso a que se atribui a mesma nomenclatura, no Tribunal, para fins de autuação processual? A pergunta desdobra-se em outra, formulada conforme segue: caso existam, de fato, dois procedimentos autônomos, seria a eficácia da decisão de cada um deles diversa? As perguntas justificam-se pelo fato de, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, serem autuados, sob a mesma nomenclatura - Intervenção Federal -, processos que veiculam tanto representações intervintivas, quanto requisições judiciais de intervenção.² Adicionalmente, há divergências no que diz respeito à autoridade – se vinculante ou não – da decisão proferida em sede de representação intervintiva pelo Supremo Tribunal Federal. A Lei federal nº 12.562,

1 Registros do site do Supremo Tribunal Federal informam a seguinte quantidade de pedidos de intervenção federal juizados no Tribunal: 2016, 1 pedido; 2015, 1 pedido; 2014, 5 pedidos. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 02 jun. 2016.

2 Art. 55, XV, do RISTF: “O registro [de processos] far-se-á em numeração contínua e seriada em cada uma das classes seguintes: [...] XV – Intervenção Federal”. Igualmente, o art. 350, I-IV, do RISTF, leva à mesma conclusão: “Art. 350. A requisição de intervenção federal, prevista no art. 11 , § 1º, a, b e c, da Constituição [EC nº 1/69], será promovida: I – de ofício, ou mediante pedido do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado, no caso do inciso IV do art. 10 da Constituição, se a coação for exercida contra o Poder Judiciário; II – de ofício, ou mediante pedido do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado ou de Tribunal Federal, quando se tratar de prover a execução de ordem ou decisão judiciária, com ressalva, conforme a matéria, da competência do Tribunal Superior Eleitoral e do disposto no inciso seguinte; III – de ofício, ou mediante pedido da parte interessada, quando se tratar de prover a execução de ordem ou decisão do Supremo Tribunal Federal; IV – mediante representação do Procurador-Geral, no caso do inciso VII do art. 10 da Constituição, assim como no do inciso VI, quando se tratar de prover a execução de lei federal.” Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 02 jun. 2016.

de 23 de dezembro de 2011, é uma tentativa de pôr termo à discussão. A distinção constitucional entre ambos os mecanismos, bem como observações no que diz respeito à eficácia das decisões proferidas em seus respectivos procedimentos, mostram-se necessárias, fundamentalmente, para fins conceituais.

1 INTERVENÇÃO DA UNIÃO SOBRE ESTADOS-MEMBROS

A intervenção de um ente da federação sobre unidade federativa de menor abrangência é medida excepcional que retira, temporariamente, a autonomia do ente que está a sofrer intervenção.³ No sistema político-institucional brasileiro, há dois princípios fundamentais, basilares à preservação do pacto federativo, que são os seguintes: proibição de secessão e autonomia das unidades federadas.⁴ A proibição de secessão traduz a ideia de que aos entes federativos é vedado dissociarem-se da União, constituindo novos Estados soberanos. E a autonomia das unidades federadas significa auto-organização e auto-legislação de cada uma dessas unidades. Não por outra razão, a distribuição constitucional de competências opera-se em duas grandes frentes, identificadas pela doutrina como competências *materiais* (ou, executivas) e competências *fórmulas* (ou legislativas).⁵ Nesse sentido, a auto-organização seria representativa da ideia de competência para emitir atos concretos (e, também, de atos normativos carregados de certa dose de generalidade e abstração) capazes de organizar intestinamente a unidade federativa, sem interferência ou dependência em relação às demais unidades. E a auto-legislação seria representativa da competência constitucionalmente atribuída a cada unidade federativa para disciplinar,

3 A doutrina é pacífica no sentido de que a intervenção configura medida de ordem política: “A intervenção federal é, para a maioria dos estudiosos, essencialmente, um ato político, ou um ato de governo [...]” (LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e fórmulas da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 36-37). Também: JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1970. p. 129; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 484-485, para quem “A intervenção é ato político que consiste na incursão da entidade intervencionista nos negócios da entidade que a suporta.”

4 São princípios colhidos de características fundacionais de modelos organizacionais federados, conforme propõe Raul Machado Horta: “... impõe-se identificar as características dominantes do Estado Federal, considerando a elaboração doutrinária e as regras da Constituição, no plano do Direito Constitucional Federal. Em tal perspectiva, à qual acrescento os subsídios recolhidos na experiência de cento e doze anos do federalismo constitucional brasileiro (1891-2003), parece-me que são elementos característicos do Estado Federal e constitutivos de sua tipologia: I - indissolubilidade do pacto federativo; II - pluralidade dos entes constitutivos; III - soberania da União; IV - autonomia constitucional e legislativa dos Estados; V - repartição de competências. Trata-se da técnica central da organização federal, para realizar a descentralização normativa, que assegura o exercício das competências da União e dos Estados.” (Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 470).

5 A classificação pode ser encontrada em: ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 47-142.

mediante leis e atos normativos, campo material tanto privativo, quanto compartilhado (concorrente) de competências.

A partir do momento em que o constituinte de 88, e também o constituinte derivado, discriminaram, com razoável detalhamento, as competências executivas e legislativas de cada unidade da federação, tem-se como certo que se lhes está a reconhecer verdadeira autonomia, nos termos da Constituição de 88. A disciplina constitucional em matéria de receitas originárias e derivadas, e também de transferências constitucionais tributárias e não tributárias, igualmente, denotam a intenção do constituinte originário no sentido de que as unidades federativas possam administrar assuntos de seu interesse de maneira cooperativa, mas, sobretudo, com considerável autonomia.

Por essas razões, fica claro compreender por que motivo o constituinte de 88 enunciou, no *caput* do art. 34 da Constituição, que *a União não intervirá [...] exceto para*. Afinal, a intervenção, no dizer de José Afonso da Silva, “é antítese da autonomia”.⁶

Considerando, portanto, que “*a União não intervirá...*”, surge uma primeira pergunta: a quem se refere o constituinte quando fala em *União*? Estaria, o constituinte de 88, a atribuir tanto ao Poder Executivo, quanto aos Poderes Legislativo e Judiciário, competência para intervir sobre Estados-membros? A pergunta não é meramente retórica ou especulativa. Já sob a Constituição de 1891, a questão foi resolvida pelo Senador Coelho e Campos.⁷ Sob a Constituição de 1988, alguns dispositivos fazem compreender ser de competência privativa do Chefe do Poder Executivo decretar a intervenção (tanto em nível federal, quanto em nível estadual).⁸ A decretação de intervenção difere, enquanto ato singularmente considerado, do processo constitucional de tomada de decisão acerca da questão intervintiva.

6 SILVA, op. cit., p. 484-485.

7 É de Paulino Jacques a seguinte notícia: “Dada a concisão e generalidade do dispositivo surgiram, logo, grandes debates acerca do assunto. A primeira questão era saber o que se devia entender por ‘Governo Federal’. Entendiam uns que significava ‘Poder Executivo’, e outros, ‘o conjunto dos três Poderes da União.’ Foi o Senador Coelho e Campos que, em 1895, sustentou esta última tese, em discurso no Senado, a qual, depois de vitoriosa, não teve mais contestação. João Barbalho, Rui Barbosa, Viveiros de Castro e João Luís Alves adotaram-na, tendo-a consagrado o 1º Congresso Jurídico Brasileiro, de 1908.” Cf. JACQUES, op. cit., p. 131.

8 Conforme leitura do artigo 21, V, cumulado com o artigo 84, X, ambos da Constituição Federal. Art. 21, V: “Compete à União: [...] decretar [...] a intervenção federal”. Art. 84, X: “Compete privativamente ao Presidente da República: [...] decretar e executar a intervenção federal”.

Em nível federal, a intervenção, tal qual desenhada na Constituição Federal de 88, poderá ser decretada pelo Presidente da República quando ocorrente uma das hipóteses previstas no art. 35 do texto magno. A depender da situação fática em jogo, o decreto intervencional será editado, pelo Presidente, seja *de ofício*, seja *por provocação*. A regra, de acordo com a Constituição de 88, é que seja editado de ofício, quando o próprio Chefe do Poder Executivo visualizar situação concreta que autorize, e demande, a retirada (sempre temporária) de parcela da autonomia da unidade federativa em questão. Em tais hipóteses, o decreto deverá, necessariamente, ser submetido à apreciação do Congresso Nacional (art. 49, IV), que poderá derrubá-lo, caso entenda por sua desnecessidade. E será, a intervenção, decretada após provocação sempre que o decreto intervencional depender de impulso por parte de outras autoridades (dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário).

Cuidaremos aqui da intervenção federal dependente de impulso por parte do Poder Judiciário, em duas hipóteses: quando decorrente de requisição judicial, e quando decorrente de decisão proferida no curso de representação intervencional.

2 INTERVENÇÃO FEDERAL POR REQUISIÇÃO JUDICIAL: UM PROCEDIMENTO POLÍTICO-ADMINISTRATIVO

A intervenção federal por requisição judicial está prevista no art. 36, I e II da Constituição Federal. De acordo com citado dispositivo, no caso de descumprimento de ordem ou decisão judicial, ou de coação contra o Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal requisitará, ao Presidente da República, intervenção na unidade federativa que não esteja a obedecer ao comando judicial. Um exemplo de descumprimento de decisão judicial, desgostosamente clássico, é o não pagamento de precatórios judiciais pela unidade federativa em questão. Cuida-se, aqui, da discussão entre, por um lado, dar andamento à fila de espera pelo pagamento de dívidas da Fazenda Pública, e, por outro, atender ao argumento da reserva do possível, quando comprovado, pela unidade federativa, estar envidando esforços no sentido de efetiva quitação de seus débitos. O Supremo Tribunal Federal tem acolhido o segundo argumento.⁹ Outro exemplo, não menos recorrente,

⁹ “O descumprimento voluntário e intencional de decisão transitada em julgado configura pressuposto indispensável ao acolhimento do pedido de intervenção federal. A ausência de voluntariedade em não pagar precatórios, consubstanciada na insuficiência de recursos para satisfazer os créditos contra a Fazenda Estadual no prazo previsto no § 1º do art. 100 da CR, não legitima a subtração temporária da autonomia estatal, nemrre quando o ente público, apesar da exaustão do erário, vem sendo zeloso, na medida do possível, com suas obrigações derivadas de provimentos judiciais. Precedentes.” (IF 1.917-AgR, Rel. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-3-2004, Plenário, DJ de 3-8-2007.) De fato, o Supremo Tribunal Federal entende que, para que se caracterize hipótese de intervenção, é

é o não cumprimento de ordens judiciais que determinam reintegração de posse no caso de invasões a propriedades. No Superior Tribunal de Justiça, houve caso em que, autorizada a intervenção, determinou-se a substituição do Secretário de Segurança local por autoridade interventora capaz - ao menos em tese - de retirar os posseiros da propriedade.¹⁰ Já no caso de coação judicial, pode-se imaginar situação em que, por alguma razão razoavelmente substantiva, pessoal judiciário e administrativo encontrem-se impedidos de adentrar seus locais de trabalho, em um tribunal.

Em qualquer hipótese, a Constituição expressa: cuida-se de *requisição* pelo Poder Judiciário. E não, portanto, de *solicitação*. A solicitação, de acordo com o constituinte de 88, fica reservada, apenas, para os casos de coação sobre ou impedimento dos Poderes Executivo e Legislativo. Vale dizer, requisições devem ser atendidas independentemente de juízo discricionário por parte do Chefe do Poder Executivo, sob pena de responsabilidade deste.

preciso comprovar o descumprimento doloso da decisão judicial: "Intervenção federal. Inexistência de atuação dolosa por parte do Estado. Indeferimento. Precedentes. Decisão agravada que se encontra em consonância com a orientação desta Corte, no sentido de que o descumprimento voluntário e intencional de decisão judicial transitada em julgado é pressuposto indispensável ao acolhimento do pedido de intervenção federal." (IF 5.050-AgR, Rel. Min. Presidente Ellen Gracie, julgamento em 6-3-2008, Plenário, DJE de 25-4-2008.) No mesmo sentido: IF 4.979-AgR, Rel. Min. Presidente Ellen Gracie, julgamento em 6-3-2008, Plenário, DJE de 25-4-2008.) Trabalhamos o tema em outra oportunidade: PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *Reserva do possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 110-119.

10 Foi o caso em que o Superior Tribunal de Justiça deferiu pedido de intervenção da União no Estado do Paraná. Cite-se trecho da ementa do julgado, esclarecedora: "Proprietários de uma gleba maior, situada no Município paranaense de Piraquara (Atuba), tiveram 61.980,54m² invadidos por cerca de 80 famílias de 'sem-terrás'. Ajuizaram em 25.06.1991 uma reintegratória. O juiz concedeu a liminar. Requisitou força policial para cumprimento de sua decisão. O comandante-geral da Polícia Militar, por seu turno, esclareceu que em virtude de decreto governamental, tais questões estavam afetas diretamente ao Governo. O pedido foi enviado ao governador. O juiz determinou que se aguardasse por mais um mês o cumprimento de sua liminar. Um mês depois, por provocação dos autores da reintegratória, representou pela intervenção. O presidente do TJPR fixou o prazo de 10 dias para que o governador cumprisse a ordem. Ouvido, o procurador-geral de Justiça foi pela intervenção. A representação intervintiva foi acolhida à unanimidade pelo TJPR. Houve embargos declaratórios, inacolhidos por maioria. O presidente do STJ solicitou informações. Como elas não vieram, foram reiteradas. O governador, por fim, asseverou que nos termos do art. 211 do RITJPR cabia ao Pleno e não à Corte Especial deliberar sobre pedido de intervenção federal. Quanto ao mérito, nada de positivo se alegou, uma vez que as informações se cingiram a dizer que era preocupação constante do Governo paranaense evitar derramamento de sangue em pendengas de terras. O Ministério Público Federal foi pelo deferimento do pedido de intervenção. Embora altamente traumática, por isso que admitida em casos taxativos e extremos, a intervenção federal é instituto destinado a preservar a própria federação. A sobrevivência do Estado e da própria sociedade está na preservação das decisões legais emanadas de autoridades constituídas, sob pena de prevalência da anomia, onde só tem vez aforça bruta, com garroteamento da lei e do direito. Embora justo e ponderável o receio de se evitar confronto sangrento, sobretudo com os menos favorecidos, não se pode, indefinidamente, aguardar pela boa vontade do Executivo estadual que, por lei, está encarregado de cumprir tais requisições judiciais. As questões levantadas nas informações não têm consistência e nada trazem de positivo para a solução do caso concreto." STJ, Corte Especial, IF 15, Rel. Min. Adhemar Maciel, julg. 14/10/1993. O acórdão foi encontrado em Revista de Direito Administrativo, v. 194, 1993, p. 232-241, noticiado por William Patterson.

¹¹ Trata-se da identificação, em concreto, de uma situação em que o Poder Judiciário encontra-se impedido do exercício de sua principal função, que é a prestação jurisdicional com independência e imparcialidade. Não por outro motivo, o procedimento que precede essa modalidade de decretação de intervenção é considerado *político-administrativo*.¹² Afinal, diz respeito ao próprio funcionamento de uma instituição política - no caso, o Poder Judiciário - , bem como monitoramento quanto ao cumprimento de suas próprias decisões. Vale dizer, trata-se de uma função menos jurisdicional (judicante) do que político-administrativa. É importante observar que a preservação da ordem federativa (outra dimensão do aspecto político) envolve, também, o regular funcionamento das instituições que a compõem. Ao Supremo Tribunal Federal compete resolver, como última instância de decisão, se seria o caso de requisitar a intervenção, nessas hipóteses.¹³ O pedido de intervenção feito originariamente pelo Tribunal de origem, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, deve ser motivado.¹⁴

Não raro, a eficácia vinculante da ordem judicial que densifica a requisição interventiva é, também, atribuída à decisão proferida em sede de

11 “Recebida a solicitação, em se tratando do Legislativo ou do Executivo, não está o Presidente obrigado a intervir, posto que se trata, no caso, de uma faculdade discricionária, cabendo-lhe sopesar a conveniência e a oportunidade da medida. Com efeito, cuida-se de mera ‘solicitação’, termo que contrasta com o imperativo da palavra ‘requisição’, empregada no caso de exercer-se a coação contra o Poder Judiciário, hipótese em que a competência presidencial é vinculada, devendo o Chefe do Executivo intervir, sem formular qualquer juízo de mérito, sob pena de desobediência.” LEWANDOWSKI, op. cit., p. 123. No mesmo sentido: SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 841.

12 Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “O procedimento destinado a viabilizar, nas hipóteses de descumprimento de ordem ou de sentença judiciais (CF, art. 34, VI, e art. 35, IV), a efetivação do ato de intervenção – trate-se de intervenção federal nos Estados-membros, cuide-se de intervenção estadual nos Municípios – reveste-se de caráter político-administrativo, muito embora instaurado perante órgão competente do Poder Judiciário (CF, art. 36, II, e art. 35, IV).” (AI 343.461-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18-6-2002, Segunda Turma, DJ de 29-11-2002.) No mesmo sentido: AI 666.833-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18-12-2007, Segunda Turma, DJE de 14-3-2008.

13 Os pedidos de intervenção por descumprimento de ordem ou decisão judicial podem ser encaminhados diretamente pelo Presidente do respectivo Tribunal ao Supremo Tribunal Federal. “Intervenção federal. Legitimidade ativa para o pedido. Interpretação do inciso II do art. 36 da CF de 1988, e do art. 19, II e III, da Lei 8.038, de 28-5-1990, e art. 350, II e III, do RISTF. A parte interessada na causa somente pode se dirigir ao STF, com pedido de intervenção federal, para prover a execução de decisão da própria Corte. Quando se trate de decisão de Tribunal de Justiça, o requerimento de intervenção deve ser dirigido ao respectivo presidente, a quem incumbe, se for o caso, encaminhá-lo ao STF. Pedido não conhecido, por ilegitimidade ativa dos requerentes.” (IF 105-QO, Rel. Min. Presidente Sydney Sanches, julgamento em 3-8-1992, Plenário, DJ de 4-9-1992.)

14 “O pedido de requisição de intervenção dirigida pelo presidente do Tribunal de execução ao STF há de ter motivação quanto à procedência e também com a necessidade da intervenção.” (IF 230, Rel. Min. Presidente Sepúlveda Pertence, julgamento em 24-4-1996, Plenário, DJ de 10-7-1996.)

representação intervintiva, embora ausente previsão constitucional nesse sentido.¹⁵ Eis, aqui, uma problemática importante, e que, dentre outras razões, informa o presente ensaio. Por esse motivo, e por uma questão de esforço analítico, é importante observar que tais efeitos decorrem da autoridade das decisões proferidas pelo Tribunal, de sua posição enquanto órgão de cúpula de um dos três poderes da República e de novel legislação, que regulamenta o tema. É o que se passa a expor a seguir.

3 INTERVENÇÃO FEDERAL POR REPRESENTAÇÃO INTERVENTIVA: UM PROCEDIMENTO JUDICIAL

A intervenção federal por via de representação intervintiva está prevista no art. 36, III, da Constituição Federal. De acordo com citado dispositivo, no caso de recusa à execução de lei federal, ou de inobservância dos princípios sensíveis enumerados no art. 34, VII da Constituição, o Supremo Tribunal Federal poderá dar provimento a representação intervintiva para fins de declarar, ao Chefe do Poder Executivo federal, a constitucionalidade/inconstitucionalidade dos atos/omissões que ensejaram o pedido veiculado na representação. É o que se extrai da leitura do art. 11 da Lei 12.562/2011, lei esta que regulamenta o processamento da representação intervintiva no âmbito do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

Art. 11. Julgada a ação, far-se-á a comunicação às autoridades ou aos órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, e, se a decisão final for pela procedência do pedido formulado na representação intervintiva, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, publicado o acórdão, levá-lo-á ao conhecimento do Presidente da República para, no prazo improrrogável de até 15 (quinze) dias, dar cumprimento aos §§ 1º e 3º do art. 36 da Constituição Federal.¹⁶

Anteriormente à novel legislação, a matéria era disciplinada pela Lei 8.038/90, arts. 19 a 22, onde este último dispunha competir, ao Superior Tribunal de Justiça, *requisição* de intervenção ao Presidente da República, caso procedente a representação intervintiva para execução de lei federal ou cumprimento de ordem judiciária. Apenas a título informativo, observa-se que a competência para processar e julgar representação intervintiva em caso de recusa à execução de lei federal, outrora atribuída ao Superior Tribunal de Justiça, passou às mãos do Supremo Tribunal Federal por

¹⁵ Cf. Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva, p. 838-839, Enrique Ricardo Lewandowski, op.cit., p. 126 e Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 66-67.

¹⁶ Lei federal n.º 12.562, de 23 de dezembro de 2011.

força da Emenda Constitucional n.º 45/04. O vigente Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 354, traz previsão semelhante à da lei 8.038/90 (*requisição* do Tribunal ao Presidente da República, caso procedente a representação intervventiva). A recente Lei 12.562/2011, no mesmo ponto, e diferentemente tanto do Regimento Interno quanto da legislação anterior, não fala, expressamente, em *requisição*.

Os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de representação intervventiva avultam importância sobretudo nos casos em que se denuncia, no Tribunal, o descumprimento de princípios constitucionais sensíveis. Citem-se dois exemplos. O primeiro deles é o chamado “Caso Matupá”. No caso em questão, a Procuradoria-geral da República ajuizou ação direta requerendo ao Supremo intervenção da União no Estado do Mato Grosso, em razão de descumprimento do princípio constitucional sensível previsto no art. 34, VII, b, da Constituição da República (garantia da dignidade humana). Tratava-se de situação em que três presos haviam sido subtraídos, pela população local, da proteção estatal, e linchados em praça pública, à luz do dia, em razão de crimes por eles cometidos. Apesar da dramaticidade da situação, o Tribunal acolheu as razões do Estado do Mato Grosso no sentido de ser desnecessária a nomeação de autoridade intervventora, em substituição à autoridade de segurança local, haja vista já estarem sendo tomadas medidas no sentido de identificação das pessoas responsáveis pelo linchamento.¹⁷ O segundo é caso em que a Procuradoria-geral da República requereu, no Supremo Tribunal, intervenção federal no Distrito Federal, sob a justificativa de que a unidade federativa em questão estaria com sua governabilidade colocada em sério risco, dadas as denúncias de corrupção feitas contra o então Governador, e outras autoridades locais.¹⁸

17 “Representação do PGR pleiteando intervenção federal no Estado de Mato Grosso, para assegurar a observância dos ‘direitos da pessoa humana’, em face de fato criminoso praticado com extrema crueldade a indicar a inexistência de ‘condição mínima’, no Estado, ‘para assegurar o respeito ao primordial direito da pessoa humana, que é o direito à vida’. [...] No caso concreto, o Estado de Mato Grosso, segundo as informações, está procedendo à apuração do crime. Instaurou-se, de imediato, inquérito policial, cujos autos foram encaminhados à autoridade judiciária estadual competente que os devolveu, a pedido do delegado de polícia, para o prosseguimento das diligências e averiguações. Embora a extrema gravidade dos fatos e o repúdio que sempre merecem atos de violência e crueldade, não se trata, porém, de situação concreta que, por si só, possa configurar causa bastante a decretar-se intervenção federal no Estado, tendo em conta, também, as providências já adotadas pelas autoridades locais para a apuração do ilícito. Hipótese em que não é, por igual, de determinar-se intervenha a Polícia Federal, na apuração dos fatos, em substituição à Polícia Civil de Mato Grosso. Autonomia do Estado-membro na organização dos serviços de justiça e segurança, de sua competência (Constituição, arts. 25, § 1º; 125 e 144, § 4º).” (IF 114, Rel. Min. Presidente Néri da Silveira, julgamento em 13-3-1991, Plenário, DJ de 27-9-1996.)

18 “Representação do PGR. Distrito Federal. Alegação da existência de largo esquema de corrupção. Envolvimento do ex-governador, deputados distritais e suplentes. Comprometimento das funções governamentais no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo. Fatos graves objeto de inquérito em

A pergunta que se coloca é a seguinte: a decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de representação intervintiva é vinculante em relação ao Poder Executivo federal? Em outras palavras: cuida-se, aqui, de verdadeira *requisição judicial*, tal qual expresso na legislação anterior, e no Regimento Interno do Tribunal, diversamente, porém, da novel legislação de regência?

A resposta pressupõe observações de duas ordens: primeiro, sobre a eficácia vinculante das decisões do Supremo Tribunal em sede de controle de constitucionalidade. Depois, sobre a posição do Supremo Tribunal Federal na dinâmica política das instituições da República.

3.1 CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE: EFICÁCIA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Constituição de 1988 contempla diferentes mecanismos para o exercício do controle concentrado, embora não abstrato, de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Uma riqueza processual que coloca a Constituição brasileira em posição de sensível sofisticação no que concerne à fiscalização judicial de constitucionalidade de leis, atos normativos e omissões políticas.

O conjunto de ações destinadas à fiscalização concentrada de constitucionalidade contempla a *ação direta de inconstitucionalidade* (por ação e por omissão), a *ação declaratória de constitucionalidade*, a *arguição de descumprimento de preceito fundamental* e também a *ação direta intervintiva*. As três primeiras, para além de configurarem mecanismos de controle concentrado, são também fórmulas destinadas à fiscalização abstrata da constitucionalidade de leis, atos normativos e inações políticas.¹⁹ Já a ação direta intervintiva estaria a um “meio-caminho” entre a fiscalização abstrata e a fiscalização concreta da constitucionalidade.²⁰ Configura, a representação intervintiva, ação autônoma destinada à composição de

curso no STJ. Ofensa aos princípios inscritos no art. 34, VII, a, da CF. [...] Enquanto medida extrema e excepcional, tendente a repor estado de coisas desestruturado por atos atentatórios à ordem definida por princípios constitucionais de extrema relevância, não se decreta intervenção federal quando tal ordem já tenha sido restabelecida por providências eficazes das autoridades competentes.” (IF 5.179, Rel. Min. Presidente Cezar Peluso, julgamento em 30-6-2010, Plenário, DJE de 8-10-2010.)

19 Afara a possibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental poder ser considerada, em parte, mecanismo de fiscalização concreta da constitucionalidade, a partir do momento em que tem por objeto “atos do Poder Público”.

20 Afinal, conforme pontua Clémerson Merlin Clève, “A decisão final não nulifica a lei, como na fiscalização abstrata, nem autoriza o argente a subtrair-se da esfera de incidência do ato normativo viciado (nulidade aplicada ao caso), como na fiscalização incidental. Na ação intervintiva incumbe ao Supremo Tribunal Federal não mais do que resolver o conflito federativo julgando-a (a ação referida) procedente ou

conflito federativo que tem como base o descumprimento de determinados deveres constitucionais,²¹ a partir de situação concreta e específica.

Em relação à ação direta de inconstitucionalidade e à ação declaratória de constitucionalidade, o constituinte derivado de 2004 foi expresso ao afirmar, no art. 102, § 2.º, que *“As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”* Em outras palavras, e ao menos em um plano estritamente jurídico, apenas o Poder Legislativo e o Chefe do Poder Executivo não se encontrariam vinculados às decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. De fato, é importante observar que a Constituição traz a expressão *Administração pública*, a qual, sendo direta, em nível federal, contempla órgãos federais vinculados à Presidência da República, e não o Chefe do Poder Executivo propriamente, esta autoridade a que a Constituição atribui poder político de agenda.

No que diz respeito à arguição de descumprimento de preceito fundamental, a vinculação da decisão de mérito, em princípio, é mais abrangente. Nos termos do art. 10, § 3.º da Lei n.º 9.882/99, *“A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.”* Vale dizer, de acordo com citado dispositivo, a decisão definitiva de mérito em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental vincula todos os poderes e instituições da República, sem exceção. Restringe severamente, portanto, e ao menos em princípio, atividade legiferante contrária ao que decidido em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Produzidos referidos atos legislativos, poderão, eventualmente, ser atacados por ações autônomas.²² Note-se, porém, que referido dispositivo, por interferir sensivelmente no sistema constitucional de controle recíproco e equilíbrio entre os poderes da República, é objeto de questionamento na ADI n.º 2231, pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal.

improcedente [...]”. CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 130.

21 Cf. Gilmar Ferreira Mendes, com esteio em Kelsen, em: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1336-1337.

22 Cf. MENDES, op. cit., p. 1419. A reclamação constitucional também é mecanismo destinado a assegurar a autoridade das decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade, porém, por via difusa (*idem, ibidem*).

Finalmente, no que concerne à representação interventiva, tem-se o art. 36, III, da Constituição Federal, disciplinado pela Lei n.º 12.562/11. A Constituição de 88, no dispositivo, refere-se apenas à precedência de *provimento* de ação direta interventiva para que possa ser decretada a intervenção, referindo-se à requisição judicial em outros dispositivos (art. 36, I e II). O art. 11 da legislação especial prevê, como observado, que caberá ao Supremo Tribunal Federal, em caso de provimento da representação, comunicar a declaração à Presidência da República, para que tome as medidas cabíveis à expedição do decreto interventivo. O texto legal, assim como o texto constitucional, deixa de utilizar a palavra *requisição*, para a decisão judicial proferida no bojo da ação direta interventiva. Qual o espaço, portanto, para que haja vinculação da decisão de mérito proferida pelo Supremo Tribunal Federal tanto no sentido de autorizar a intervenção, quanto no sentido de rejeitá-la?

3.2 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DECISÕES EM SEDE DE REPRESENTAÇÃO INTERVENTIVA

José Afonso da Silva cunhou a expressão *processo constitucional* para se referir à atuação conjunta de diferentes instituições e atores políticos em um processo público de tomada de decisão.²³ Primeiramente, é importante reconhecer o Supremo Tribunal Federal enquanto instituição política que participa de processos públicos de tomada de decisão sobre questões constitucionais, questões de interesse público. A posição do Supremo Tribunal Federal enquanto órgão político decorre, em grande parte, da função atribuída constitucionalmente de guardião da Constituição de 88, vale dizer, de órgão responsável por zelar pela higidez do sistema jurídico vigente à luz da principiologia da Carta política de 1988.²⁴

No que diz respeito à atividade política judicial, Alec Stone Sweet observa que há atividade política quando indivíduos procuram o Judiciário para discutir questões políticas (*input*), assim como há atividade política quando o Judiciário “usa a oportunidade dada pelo litígio para fazer

²³ Cf. SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. São Paulo: Malheiros, 2007; e SILVA, José Afonso da. *Orçamento Programa no Brasil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973.

²⁴ Tomamos de empréstimo a compreensão de Alexander Bickel acerca do papel da Suprema Corte norte-americana, apesar de críticas com relação a um possível caráter contra-majoritário da instituição. Cf. BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University Press, 1986, p. 1-33. Importante observar que guardamos muitas reservas no que diz respeito a correlações estreitas entre o critério majoritário e o princípio democrático. Cf. PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *Atividade política judicial: ensaio de fundamentação*. (no prelo)

políticas” (*output*).²⁵ Grosso modo, pode-se afirmar ser esta última uma espécie de *politização da justiça* e, aquela, de *judicialização da política*.²⁶ A tese do autor caminha no sentido de que o Judiciário, ao exercer tais atividades, atuaria, inclusive, o que o autor reconhece como uma espécie de ação de *governo*, por duas razões. Primeiro, por motivo de que muitas de suas decisões resultam de uma atuação concertada entre Executivo, Legislativo e Judiciário, interferindo na agenda política nacional. Seria o caso, por exemplo, do procedimento válido para o processo de impeachment, no Brasil. E, segundo, pelo fato de que decisões adotadas pelo Supremo Tribunal, não raro, refletem na condução futura de assuntos de ordem pública. Um exemplo seriam as ações que envolvem o manejo de recursos públicos limitados, seja alocando-os para esta ou aquela área prioritária da sociedade (atendendo necessidades humanas essenciais), seja determinando índices de correção monetária de determinados fundos, por exemplo. Ainda de acordo com o autor, a “acomodação do direito”, feita por juízes, seria parte dessa atividade, e, desde logo, de certo tipo de governança. Stone Sweet observa que juízes exerceriam uma atividade governativa (ou, política) diferenciada em relação aos demais membros de poder, por motivo das restrições funcionais inerentes ao próprio processo de julgar.²⁷ Nada obstante as conclusões do autor, parece ser preciso atentar à tese com reserva. A atuação de governança exige conciliação de distintos interesses, cessão a pressões externas e um agir estratégico que encontra grandes limitações no campo judicial de solução de conflitos.

Para além de questões de ordem funcional e institucional, é de relevo observar, também, que o Supremo Tribunal Federal exerce competências que envolvem a análise de questões de ordem política. Dentre as competências que lhes são constitucionalmente atribuídas, há o processo e julgamento da representação intervintiva, nas hipóteses de ofensa a princípios constitucionais sensíveis e de recusa à execução de lei federal. À decisão proferida em sede de representação intervintiva os constituintes originário e derivado deixaram de atribuir eficácia vinculante. A doutrina tem se movido pela eficácia vinculante (considerando, no caso,

²⁵ STONE SWEET, Alec. *Governing with judges. Constitutional Politics in Europe*. New York: Oxford University Press, 2000. p. 25.

²⁶ A judicialização da política no âmbito do Supremo Tribunal Federal é demonstrada por: VIANNA, Luiz Werneck et alii. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro, Revan, 1999. p. 45-146. Já uma visão da politização da justiça, notadamente apontando a participação dos tribunais brasileiros em termos de governabilidade, é apresentada por: TAYLOR, Matthew M. *Judging Policy. Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press, 2008. p. 48-89.

²⁷ STONE SWEET, op. cit., p. 149-150.

a decisão judicial enquanto densificadora de *requisição*) tendo como base regramento infraconstitucional anterior à novel legislação.

O que se experimenta, portanto, no caso da intervenção (mediante representação), é uma ausência de expressa previsão legal e constitucional no que diz respeito à eficácia da decisão proferida. Com relação às ações direta de constitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, a Constituição é clara. Com relação à arguição de descumprimento de preceito fundamental, há a legislação de regência, cuja constitucionalidade encontra-se pendente de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. No que diz respeito à representação interventiva, há observações de duas ordens. Em primeiro lugar, a intervenção federal mediante representação pressupõe uma co-participação entre os Poderes Judiciário, Executivo e, eventualmente, Legislativo, em um processo político e jurídico de tomada de decisão. O texto legal assim dispõe: *o Presidente do Supremo Tribunal Federal, publicado o acórdão, levá-lo-á ao conhecimento do Presidente da República para, no prazo improrrogável de até 15 (quinze) dias, dar cumprimento aos §§ 1º e 3º do art. 36 da Constituição Federal.* Vale dizer, há uma atuação concertada, conjunta entre órgãos dos três Poderes, cada qual atuando dentro de sua esfera de competências.

Em segundo lugar, tendo sido o pedido de intervenção submetido à análise, juízo e decisão por parte do Supremo Tribunal Federal, este procederá a um exame jurídico-constitucional da matéria. No exercício da jurisdição, a Suprema Corte exerce a função de guardião de valores e princípios caros à comunidade política brasileira. Por essa razão, as decisões do Supremo Tribunal Federal, como regra, afinam-se às demandas políticas e sociais. Nesse caminho, não parece desarrazoadamente concluir que, no caso da representação interventiva, ao Supremo Tribunal Federal seria lícito decidir acerca da vinculação de suas decisões. O Supremo é o guardião de princípios e valores constitucionais, nos quais se incluem, não apenas, o princípio fundamental de preservação do pacto federativo, como, também, os princípios sensíveis assegurados no art. 34, VII da Constituição.

Em outras palavras, e frente ao teor da novel legislação, o que fica claro é que ao Supremo Tribunal Federal compete exercer a sua função de guardião da integridade do sistema jurídico brasileiro, à luz da Constituição de 1988, cabendo ao Chefe do Poder Executivo atuar com discricionariedade no modo de execução da decisão do Tribunal. Todos os poderes da República exercem atividade política em alguma medida,²⁸ sendo que, no caso da

28 Sobre um conceito jurídico de atividade política judicial, v. nosso Atividade política judicial, citado.

representação interventiva, ao Executivo compete dar cumprimento ao que decidido pelo Tribunal, sobretudo porque resultante de exame, pelo Tribunal, acerca da violação – ou não – direta de dispositivo constitucional. Se haverá vinculação ou não de referida decisão, aguarda-se contribuições ulteriores da doutrina, para melhor aprofundamento teórico sobre a questão.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se, a partir das considerações trazidas no presente estudo, que, muito embora o sistema interno de autuação de procedimentos no âmbito do Supremo Tribunal Federal nomeie as representações interventivas e as requisições judiciais de intervenção da mesma forma – “Intervenção Federal” – tem-se como certo que se tratam de institutos completamente diferentes. Adicionalmente, apesar de a legislação precedente ao atual regramento normativo, em conjunto com o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, previrem que a decisão proferida em sede de representação interventiva terá efeito vinculante, observa-se que a novel legislação foi omissa quanto ao uso da palavra “requisição” para se referir à decisão do Supremo Tribunal Federal, sendo que referido termo imprime força vinculante ao Executivo Federal no que diz respeito ao que decidido pelo Tribunal.²⁹ Trata-se de questão que merece maiores aprofundamentos teóricos, sobretudo no que concerne ao papel da cúpula de nossa corte judiciária nacional. Finalmente, e acima de quaisquer especulações de natureza teórica, tem-se que a disciplina normativa recentemente editada em nível federal deve ser vista como uma proposta de atuação concertada entre os poderes da República, com a finalidade única de dar cumprimento e efetividade aos objetivos expressamente encartados na Constituição de 88.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo:Atlas, 2007.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. The Supreme Court at the Bar of Politics. Yale University Press, 1986.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁹ De fato, o art. 354 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal prevê que, em qualquer hipótese, o Tribunal requisitará ao Presidente da República a tomada de providências: “Art. 354. Julgado procedente o pedido, o Presidente do Supremo Tribunal Federal imediatamente comunicará a decisão aos órgãos do Poder Público interessados e requisitará a intervenção ao Presidente da República.”

CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERREIRA FIHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 2009.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

PATTERSON, William. Estado, Intervenção Federal, Requisição Judicial (notícia de acórdão). *Revista de Direito Administrativo*, v. 194, 1993, p. 232-241.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *Reserva do possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. *Atividade política judicial: ensaio de fundamentação*. (no prelo)

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D.. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

STONE SWEET, Alec. *Governing with judges. Constitutional Politics in Europe*. New York: Oxford University Press, 2000.

TAYLOR, Matthew M. *Judging Policy. Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck *et alii*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Revan, 1999.

RECEBIDO EM: 20/06/2017
APROVADO EM: 14/08/2017

O ACÓRDÃO PIZZAROTTI: CASO JULGADO VS PRIMADO DO DIREITO EUROPEU

*THE PIZZAROTTI JUDGMENT: RES JUDICATA VS SUPREMACY OF
EUROPEAN LAW*

António Mendes Oliveira

Especialista em Direito Processual, Tributário, Administrativo e Constitucional.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do Acórdão Pizzarotti; 1.1 Enquadramento geral; 1.2 Questões prévias de admissibilidade; 1.3 Questões prejudiciais; 2 Evolução jurisprudencial europeia acerca do princípio da autoridade de caso julgado; 2.1 Acórdão Kühne & Heitz; 2.2 Acórdão Kapferer; 2.3 Acórdão Lucchini; 2.4 Acórdão Olimpiclub; 3 Análise crítica; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente artigo visa contextualizar e analisar o impacto, duma perspetiva metodológica própria, da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia em relação às exceções ao princípio do caso julgado em nome do primado e da efetividade do Direito europeu, nomeadamente no acórdão *Pizzarotti*, decompondo a referida análise num momento de enquadramento factual, e outro momento de enquadramento jurídico, debruçando-nos sobre as questões de direito europeu substantivo e processual suscitadas pelas partes e apreciadas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, e a evolução do tratamento do princípio do caso julgado levada a cabo pela jurisprudência europeia, duma perspetiva jurídica e doutrinária.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal de Justiça da União Europeia. *Pizzarotti*. Caso Julgado. Admissibilidade do Pedido de Decisão Prejudicial. Primado do Direito Europeu. Gradualismo. Integração Europeia.

ABSTRACT: The aim of this article is to contextualize and analyse the impact of the case law of the Court of Justice of the European Union on exceptions to the principle of *res judicata* in the name of the primacy and effectiveness of European law, in regard with the *Pizzarotti* judgment, by carrying out a detailed analysis of the factual scenario, and of the legal framework, addressing the questions of European substantive and procedural law raised by the parties and examined by the Court of Justice of the European Union, and the evolution of the treatment of the principle of *res judicata* carried out by European case-law, from a legal and doctrinal perspective.

KEYWORDS: Court of Justice of the European Union. *Pizzarotti*. *Res Judicata*. Admissibility of the Question Referred. Supremacy of European Law. Gradualism. European Integration.

INTRODUÇÃO

O caso julgado, enquanto princípio jurídico, tem um valor fundamental, diretamente relacionado com os princípios do Estado de direito, da legalidade e da segurança jurídica.

No ordenamento jurídico português, o valor atribuído ao caso julgado é imanente e constitucionalmente previsto, nos termos do n.º 3 do artigo 282.º da Constituição da República Portuguesa (“CRP”), que prevê a exclusão dos casos julgados do âmbito de uma decisão do TC que declare a inconstitucionalidade ou a ilegalidade com força obrigatória geral de uma determinada norma, prevendo uma única exceção ao princípio do caso julgado: quando a norma declarada inconstitucional ou ilegal respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social, e for de conteúdo menos favorável ao arguido, nos termos do n.º 3 do artigo 282.º da CRP, *in fine*.

Contudo, o princípio do caso julgado não é absoluto. A propósito, refere Gomes Canotilho:

A obrigatoriedade das decisões judiciais justifica, segundo alguma doutrina, a intangibilidade do caso julgado. A Constituição não garante explicitamente o princípio da intangibilidade do caso julgado. Todavia, para além de poder ser deduzido do princípio do Estado de direito democrático (art. 2º), ele aflora claramente no artigo 282º-3, segundo o qual a declaração de inconstitucionalidade de qualquer norma, que, em princípio, tem efeitos retroactivos gerais, não afecta porém os casos julgados em que a norma inconstitucional tenha sido aplicada. Ora, se a Constituição manda respeitar os casos julgados mesmo quando eles assentem em normas inconstitucionais, por maioria de razão se imporá tal respeito quando se não verifique essa situação. Todavia, não sendo mais do que um princípio constitucional implícito, pode ele ter de ceder quando estejam em causa outros valores constitucionais mais importantes, e desde que, naturalmente, se respeitem as garantias constitucionais dos tribunais, quanto à separação de poderes, à reserva da função judicial e ao respeito das decisões judiciais pelas autoridades administrativas, pelo que um caso julgado só poderá ser revisto por via judicial e na base de uma lei geral e abstracta. Um desses valores constitucionais que podem prevalecer sobre o princípio da intangibilidade do caso julgado é a garantia da aplicação retroactiva da lei penal mais favorável (art. 29º-4) e da revisão de sentenças criminais (cfr. art. 29º-6), que, de resto,

encontra expressão no mesmo preceito constitucional de onde decorre a protecção do caso julgado (art. 282º-3). [...] Há também que tomar em consideração o esquema configurador das várias ordens jurídicas, pois o caso julgado pode ter refracções diferentes consoante se trate de um sistema dirigido à protecção subjectiva dos particulares ou de um sistema fundamentalmente constituído em torno da garantia do direito objectivo (como é, tendencialmente, o direito da União Europeia).¹

No mesmo sentido, Jorge Miranda refere:

A protecção constitucional do caso julgado tem, na ordem jurídico-constitucional portuguesa, um alcance geral. O Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 86/04, sublinhou inequivocamente, na sequência do ensinamento de diversos Autores e da jurisprudência anterior, que, não só “decorre da constituição a exigência de que as decisões judiciais sejam, em princípio, aptas a constituir caso julgado”, como também que “o caso julgado é um valor constitucionalmente tutelado”. A protecção constitucional do caso julgado - que não pode ser dissociada do direito a uma tutela jurisdicional efectiva - assenta, segundo o mesmo aresto, “no princípio da segurança jurídica inerente ao Estado de Direito (artigo 2.º da Constituição), na especial força vinculativa das decisões dos tribunais (actual n.º 2 do artigo 205.º) e no princípio da separação de poderes (artigos 2.º e 111.º, n.º 1)”. Por isso, como se afirma no Acórdão n.º 61/03, embora se possa reconhecer ao legislador uma ampla margem de liberdade na configuração concreta do caso julgado, ele “não é inteiramente livre, quer na escolha de mecanismos susceptíveis de modificar uma decisão, quer na selecção das decisões susceptíveis de constituírem caso julgado”, quer ainda, obviamente nos limites em que o constituam.”² Contudo, “do texto constitucional não decorre uma regra de intangibilidade absoluta do caso julgado. Como se refere no Acórdão n.º 86/04, apoiado em jurisprudência anterior, se é indiscutível que a Constituição aceita como um valor próprio o respeito pelo caso julgado, não é menos verdade que é ela própria que, na segunda parte do n.º 3 do artigo 282.º, vem estabelecer situações de excepcionalidade ao respeito pelo caso julgado, evidenciando que um tal valor se não perfila como algo de imutável ou inultrapassável.”³

¹ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. v. II, Artigos 108º a 296º. Coimbra: Coimbra, 2010. p 530-531.

² MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III. Coimbra: Coimbra, 2007. p 834-835.

³ MIRANDA, 2007, p 836.

Ora, exatamente porque o princípio da intangibilidade do caso julgado não tem um valor absoluto e inderrogável, mesmo constituindo uma garantia fundamental para segurança e estabilidade jurídicas, e um corolário do princípio do Estado de direito democrático, o legislador português previu a possibilidade, no âmbito do direito processual administrativo, de rever uma decisão transitada em julgado, por motivos ponderosos de justiça material e formal, através do recurso de revisão, previsto nos artigos 154.^º a 156.^º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, com regulação subsidiária pelo regime do recurso de revisão previsto no Código de Processo Civil, nomeadamente nos artigos 696.^º a 702.^º

Para o Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”), enquanto intérprete último do direito europeu, nos termos do artigo 19.^º do Tratado da União Europeia e do artigo 267.^º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, o princípio da autoridade de caso julgado, reveste na sua jurisprudência, uma importância assinalável, enquanto corolário do princípio da autonomia processual dos Estados-Membros; contudo, o TJUE considera também que este princípio deverá ser necessariamente estribado pelos princípios da equivalência e da efetividade, enquanto corolários do princípio do primado do Direito Europeu.

Para os efeitos do presente artigo, e da exegese à perspetiva única que o TJUE adota em relação à tensão e relação dialética entre o princípio do caso julgado e a segurança jurídica, e o princípio do primado do Direito Europeu e a efetividade e uniformidade do Direito Europeu, analisamos o Acórdão *Pizzarotti*, que resulta de um pedido de reenvio prejudicial de um tribunal italiano ao TJUE, problematizando o caso julgado *vis à vis* o primado do direito europeu.

1 DO ACÓRDÃO PIZZAROTTI

1.1 ENQUADRAMENTO GERAL

A 14 de Agosto de 2003, a *Comune di Bari* lançou um procedimento para a construção de uma nova sede única para a instalação de todos os órgãos jurisdicionais situados em Bari, tendo para o efeito publicado um anúncio de «convite para apresentação de propostas».⁴

⁴ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n.^º 8.

No seguimento do aludido anúncio, foram apresentadas quatro propostas, tendo a *Comune di Bari* selecionado a proposta da empresa *Pizzarotti*, através da decisão n.º 1045/2003, de 18 de Dezembro, que previa que parte das obras a efetuar seria vendida à *Comune di Bari*, pela quantia de 43 milhões de euros, e que a parte restante seria arrendada à *Comune di Bari*, por uma renda anual de 3 milhões de euros.⁵

Posteriormente, foi a *Comune di Bari* informada pelo *Ministero della Giustizia* que os recursos públicos disponíveis para a construção tinham sido reduzidos, tendo-lhe sido requerida, concomitantemente, a verificação da possibilidade de concretização do projeto, dentro dos limites dos recursos disponíveis, e tendo em conta as propostas recebidas.⁶

A *Pizzarotti*, questionada pela *Comune di Bari* acerca da sua disponibilidade para concretizar o projeto, dentro dos limites dos recursos disponíveis, respondeu favoravelmente, reformulando a sua proposta em função dos referidos recursos.⁷

Contudo, em Setembro de 2004, foi totalmente suprimido o financiamento público para a construção da “cidade judiciária de Bari”⁸, tendo a *Pizzarotti*, na sequência da supressão financeira, apresentado uma segunda proposta à *Comune di Bari*, na qual se propunha a realizar as obras destinadas ao arrendamento, previstas na sua proposta inicial.⁹

Ora, não tendo obtido resposta da *Comune di Bari* à sua proposta, a *Pizzarotti* instaurou um processo no *Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia*, visando compelir a *Comune di Bari* a agir,¹⁰ação essa que foi

⁵ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 10.

⁶ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 11.

⁷ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 11.

⁸ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 12.

⁹ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 13.

¹⁰ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 14.

julgada improcedente; em sede de recurso para o *Consiglio di Stato*, foi dado provimento ao recurso interposto pela *Pizzarotti*.¹¹

Assim, o *Consiglio di Stato*, através do acórdão n.º 4267/2007, tomando em consideração que, apesar da supressão do financiamento por parte do *Ministero della Giustizia*, o processo de contratação não havia sido encerrado, “pela aprovação do resultado do convite para apresentação de propostas decidiu que a *Comune di Bari*,

No respeito dos princípios da razoabilidade, da boafé e da confiança legítima, [devia], dando sequência aos seus próprios atos, encerrar o processo através de uma conclusão verdadeiramente adequada, verificando, no âmbito das propostas apresentadas, a possibilidade de realizar a obra dentro dos limites do quadro económico alterado.¹²

A *Comune di Bari* recorreu deste acórdão, tendo-lhe sido negado provimento, por despacho da *Corte Suprema di Cassazione*, de 23 de Dezembro de 2008,¹³ e, consequentemente, transitou em julgado o acórdão n.º 4267/2007, do *Consiglio di Stato*.

Chamado a pronunciarse para efeitos de execução do referido acórdão, o *Consiglio di Stato*, “constatou a inércia da *Comune di Bari* e ordenoulhe que executasse integralmente o disposto no acórdão n.º 4267/2007 no prazo de 30 dias”, nos termos do seu acórdão n.º 3817/2008.¹⁴

Para a execução do acórdão, o tribunal nomeou o prefeito de Bari como comissário *ad hoc*, de molde a que tomasse todas as medidas necessárias; nestes termos, o referido comissário, a 21 de Novembro de 2008, “confirmou a validade das propostas da *Pizzarotti* e, por conseguinte, declarou que o processo iniciado pelo convite para apresentação de propostas foi concluído de forma positiva”¹⁵ – contudo, no seguimento, a *Giunta Comunale di Bari*, por decisão administrativa, pôs termo ao aludido processo, invocando,

¹¹ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n.º 15.

¹² Ibidem.

¹³ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n.º 16.

¹⁴ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n.º 17.

¹⁵ IUNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n.º 17-18.

para o efeito, “a não conformidade da segunda proposta da *Pizzarotti* com as indicações contidas no referido anúncio”.¹⁶

Assim, tanto a *Pizzarotti*, como a *Comune di Bari*, interpuseram recursos para o *Consiglio di Stato*,¹⁷ alegando a primeira que, “na falta da obrigação contratual da *Comune di Bari* para a construção da nova cidade judiciária projetada, esta entidade não executou corretamente o acórdão n.º 3817/2008,¹⁸ e a segundo que “não foi constatada a deterioração das condições de realização do projeto que afetou o desenvolvimento do processo.”¹⁹

Nestes termos, o *Consiglio di Stato* deu provimento ao recurso da *Pizzarotti*, através da decisão de execução n.º 2153/2010, de 15 de Abril, considerando que “havia que proceder à adoção dos atos necessários para a realização concreta da segunda proposta da *Pizzarotti”*²⁰ – no entanto, na sequência da decisão de execução, o comissário *ad hoc*, a 27 de Maio de 2010, “concluiu que «o anúncio de convite para apresentação de propostas de agosto de 2003 [não teve] um desfecho positivo»,²¹ alegando, quanto à primeira proposta da *Pizzarotti*, “que a perda de uma parte do financiamento público tornava o objetivo prosseguido pela *Comune di Bari* irrealizável”, e, quanto à segunda proposta, que envolvia a construção a título privado de edifícios para o posterior arrendamento à *Comune di Bari*, “salientou que era totalmente desadequada tendo em conta esse objetivo.”²²

A *Pizzarotti* interpôs recurso desta decisão do comissário *ad hoc*, tendo o *Consiglio di Stato*, dado provimento ao mesmo, através da decisão de execução n.º 8420/2010, de 3 de Dezembro de 2010,²³ em que anulou a última das decisões do comissário *ad hoc*, “com o fundamento de que violava a autoridade de caso julgado”, destacando o “caráter incoerente das conclusões relativas ao convite público para apresentação de propostas”, e

16 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 19.

17 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 20.

18 Ibidem.

19 Ibidem.

20 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 21.

21 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 22.

22 Ibidem.

23 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 23.

reiterando “a necessidade de o comissário *ad hoc* dar início aos processos necessários para a adoção da segunda proposta da *Pizzarotti*”²⁴

Posteriormente, o novo comissário *ad hoc*, nomeado para o efeito pelo prefeito de Bari, “tomou todas as medidas necessárias para a adoção, em 23 de Abril de 2012, de uma «variante do plano de urbanismo» relativa ao plano diretor geral da *Comune di Bari*, no que respeita aos terrenos para a construção da cidade judiciária”²⁵, que inviabilizava a construção da mesma – concomitantemente, a *Pizzarotti* impugnou esta decisão do novo comissário *ad hoc*, alegando, junto do *Consiglio di Stato*, “que a mesma permitia eludir a autoridade de caso julgado.”²⁶

Nestes termos, o *Consiglio di Stato* suspendeu a instância, submetendo ao TJUE as seguintes questões prejudiciais:

1. Em primeiro lugar, se um contrato de arrendamento de coisa futura, a celebrar sob a forma de contratopromessa de arrendamento, equivale, apesar da presença de elementos característicos de um contrato de arrendamento, a um contrato de empreitada não sujeito à aplicação da cláusula de exclusão específica que figura no artigo 16.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18;²⁷
2. Em segundo lugar, admitindo que o contrato em causa constitui um contrato de empreitada de obras públicas, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se pode considerar ineficaz o caso julgado, no caso vertente, através do seu acórdão n.º 4267/2007, uma vez que conduz, devido a decisões de execução posteriores e a atos do comissário *ad hoc*, a uma situação incompatível com o direito da União em matéria de adjudicação de contratos públicos. Salienta, a este respeito, que, por força da sua própria jurisprudência, pode, em determinadas condições, completar o dispositivo inicial de uma das suas decisões através de uma decisão de aplicação, que origina o caso julgado de formação progressiva.²⁸

²⁴ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n.º 23.

²⁵ IUNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n.º 24.

²⁶ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n.º 25.

²⁷ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n.º 26.

²⁸ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n.º 27.

1.2 QUESTÕES PRÉVIAS DE ADMISSIBILIDADE – EM ESPECIAL, DA ADMISSIBILIDADE DE PEDIDO DE DECISÃO PREJUDICIAL RELATIVAMENTE A DECISÕES JUDICIAIS TRANSITADAS EM JULGADO

Antes de passarmos à análise da questão prejudicial central para o presente trabalho, ou seja, da relação do princípio do caso julgado dos Estados membros com o cumprimento do direito europeu, cumpre analisar uma questão intimamente conexa, e naturalmente prévia a esta, que concerne à própria admissibilidade processual de pedido prejudicial que verse sobre caso transitado em julgado.

Nestes termos, a *Pizzarotti* suscitou, junto do TJUE, duas questões prévias, que, quanto a ela, punham em causa a admissibilidade das questões prejudiciais submetidas pelo *Consiglio di Stato*:²⁹

1 A primeira, relativa à identificação errada da legislação europeia aplicável no processo principal, no pedido de decisão prejudicial;³⁰ quanto a esta questão, o TJUE decide pela admissibilidade do pedido, com base na jurisprudência do acórdão *Zurita García*³¹, que apesar da errada identificação da Diretiva de contratação pública aplicável ao caso em concreto (*i.e.*, ao momento da publicação do convite para a apresentação das propostas em causa),³² ambas seriam análogas em relação ao tema em análise³³ (o conceito de «contrato de empreitada de obras públicas», definido em termos análogos na alínea a) do artigo 1.º, da Diretiva 93/37/CE, e nas alíneas a) e b), do n.º 2, do artigo 1.º da Diretiva 2004/18/CE, e o conceito de «locação de bens imóveis» para efeitos da exclusão de aplicação da Diretiva, definido em termos análogos na subalínea iii), da alínea a), do artigo 1.º da Diretiva 92/50/CE, e na alínea a), do artigo 16.º da Diretiva 2004/18/CE)³⁴, concluindo que “a identificação errada, pelo órgão jurisdicional de reenvio, das

29 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n.º 29.

30 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n.º 30.

31 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Terceira Secção), Acórdão de 22 de Outubro de 2009, *Zurita García*, C-261/08, EU:C:2009:648.

32 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n.º 30.

33 Ibidem, n.º 31.

34 Ibidem, n.º 34.

disposições do direito da União aplicáveis ao presente processo não pode afetar a admissibilidade das questões colocadas.”³⁵

2 A segunda questão prévia suscitada pela *Pizzarotti*, com especial relevância para o objeto do presente trabalho, prende-se com a admissibilidade do pedido de decisão prejudicial, quando o mesmo versa sobre decisão judicial que adquiriu a força de caso julgado, argumentando:

O processo principal se caracteriza pela existência de decisões judiciais, designadamente, do *Consiglio di Stato*, com a força de caso julgado, o que torna o pedido de decisão prejudicial manifestamente inadmissível, em especial, a primeira questão.³⁶

Ora, em relação a esta questão prévia, cumpre analisar os precedentes relevantes das decisões do TJUE, em relação à admissibilidade de pedido de decisão prejudicial.

Nestes termos, o TJUE tem reiterado na sua jurisprudência, a exclusão de apreciação de pedidos que digam respeito a um litígio real, como Fausto de Quadros e Ana Maria Guerra Martins sumarizaram: “o tribunal nacional só pode suscitar questões prejudiciais no âmbito de um litígio real.”³⁷

Neste sentido, no acórdão *Foglia Novello* o TJUE afirma:

It must in fact be emphasized that the duty assigned to the Court by Article 177 is not that of delivering advisory opinions on general or hypothetical questions but of assisting in the administration of justice in the Member States. It accordingly does not have jurisdiction to reply to questions of interpretation which are submitted to it within the framework of procedural devices arranged by the parties in order to induce the Court to give its views on certain problems of Community law which do not correspond to an objective requirement inherent in the resolution of a dispute. A declaration by the Court that it has no jurisdiction in such circumstances does not in any way trespass upon

³⁵ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 35.

³⁶ Ibidem, n. 36.

³⁷ QUADROS, Fausto de; MARTINS, Ana Maria Guerra. *Contencioso da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 108.

the prerogatives of the national court but makes it possible to prevent the application of the procedure under Article 177 for purposes other than those appropriate for it.³⁸

Contudo, é através do acórdão *Pardini* que o TJUE desenvolve o conceito de litígio real para efeitos da admissibilidade do pedido de decisão prejudicial, delimitando-o positivamente, através da capacidade de consideração do eventual acórdão prejudicial do TJUE no âmbito do litígio em que foi solicitada a intervenção, e negativamente, excluindo essa admissibilidade quando o processo estivesse encerrado perante o juiz de reenvio, i.e., quando o juiz de reenvio já não pudesse alterar o desfecho do processo, nomeadamente pelo facto do mesmo ter adquirido força de caso julgado:

Decorre daqui que os órgãos jurisdicionais nacionais apenas estão habilitados a solicitar a intervenção do Tribunal a título prejudicial se estiver pendente perante eles um litígio no âmbito do qual são chamados a proferir uma decisão suscetível de tomar em consideração o acórdão prejudicial. Em contrapartida, o Tribunal não tem competência para conhecer do reenvio a título prejudicial quando, no momento em que este teve lugar, o processo perante o juiz do reenvio já estava encerrado.³⁹

Entendimento reiterado, aliás, no acórdão *Zabala Erasun*:

Resulta simultaneamente dos termos e da economia do artigo 177º do Tratado e do artigo 20º do Estatuto do Tribunal de Justiça que os órgãos jurisdicionais nacionais apenas estão habilitados a solicitar a intervenção do Tribunal a título prejudicial se perante eles estiver pendente um litígio (v. acórdão de 21 de Abril de 1988, *Pardini*, 338/85, Colect., p. 2041, n.º 11).⁴⁰

Ora, no caso do acórdão *Pizzarotti*, o objeto do reenvio foi, quanto à primeira questão prejudicial submetida ao TJUE, a apreciação da validade de um contrato à luz das diretivas europeias de contratação pública, que já tinha sido apreciada num acórdão do tribunal italiano, e transitado em julgado, estando, por isso, encerrado – assim, a decisão do TJUE de

38 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, Acórdão de 11 de Março 1980, Foglia Novello, 104/79, n. 18.

39 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Quinta Secção), Acórdão de 21 de Abril de 1988, *Pardini*, 338/85, n. 11.

40 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Quarta Secção), Acórdão de 15 de Julho de 1995, *Zabala Erasun*, C-422/93, n. 28.

apreciar o pedido de reenvio prejudicial parece colidir com as doutrinas supra expostas, em especial a vertida no acórdão *Pardini*.

E, de facto, a argumentação do TJUE não se caracteriza pela clareza quanto a esta questão, invocando, por um lado, a necessidade de preservar e respeitar o princípio da autoridade de caso julgado, e, por outro lado, que a questão se relaciona com o mérito dos autos, e, como tal, é *ipso facto* admissível:

Com efeito, uma resposta do Tribunal de Justiça a esta questão não pode ter incidência na solução do litígio no processo principal, atendendo, por um lado, à importância reconhecida pelo direito da União ao princípio da autoridade de caso julgado em detrimento, se for caso disso, da eliminação de uma violação desse direito e, por outro, à não obrigação de uma autoridade administrativa revogar uma decisão definitiva que se vem a revelar não conforme com o referido direito.⁴¹ Todavia, essa argumentação diz respeito ao mérito dos autos e, mais exatamente, ao objeto da segunda questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio.⁴²

O Advogado-Geral Nils Wahl, por seu turno, desenvolve uma resposta à questão prévia suscitada pela *Pizzarotti*, utilizando três argumentos principais de defesa da admissibilidade do pedido de decisão prévia: o primeiro, nos mesmos moldes que o TJUE, invocando que “a avaliação das consequências da autoridade ou da força do caso julgado associada às decisões referidas pelo órgão jurisdicional de reenvio está precisamente no centro da problemática visada pela segunda questão”⁴³, ou seja, que o pedido é admissível, porque a avaliação das consequências do caso julgado é relativa à questão prejudicial apresentada; a segunda, invocando a autonomia dos tribunais de reenvio, dado que “quando são chamados a conhecer de um litígio, compete, em princípio, apenas aos órgãos jurisdicionais nacionais apreciar a relevância das questões que submetem ao Tribunal de Justiça”⁴⁴; e a terceira, elencando aquelas que, para si, constituem as únicas situações em que o TJUE deve recusar um pedido de decisão prejudicial: (1) quando “se afigure de «maneira manifesta» que a interpretação do direito da União solicitada não tem nenhuma relação com a realidade ou com o objeto do litígio do processo principal,

⁴¹ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Pizzarotti*, op. cit., n. 36.

⁴² Ibidem, n. 37.

⁴³ UNIÃO EUROPEIA, Advogado-Geral Nils Wahl, Conclusões apresentadas em 15 de Maio de 2014, C-213/13, EU:C:2014:335, n. 40.

⁴⁴ Ibidem.

(2) quando o problema for hipotético (3) ou ainda quando o Tribunal de Justiça não dispuser dos elementos de facto e de direito necessários para dar uma resposta útil às questões que lhe foram submetidas.⁴⁵

Contudo, quanto a nós, nem a argumentação do Advogado-Geral se constitui como procedente face ao caso *sub judice*, dado não se referir ao aspeto central da problematização da admissibilidade, ou seja, ao facto do pedido versar sobre uma decisão com força de caso julgado; nem a argumentação do TJUE se constitui como suficiente, de molde a explicitar de que maneira, no caso concreto, se poderia configurar a admissibilidade do pedido de decisão prejudicial, no âmbito da jurisprudência do TJUE relativa ao objeto da questão prévia.

Assim, aquilo que para nós resulta implicitamente da argumentação do TJUE, e que deveria ter sido vertido de forma mais clara no acórdão, foi a consideração que o litígio não estaria ainda encerrado, dado que o tribunal de reenvio manifestara a disponibilidade e possibilidade legal de poder corrigir o seu acórdão anterior, através do instituto do “caso julgado de formação progressiva”, o que implicava que poderia ainda tomar em consideração o acórdão prejudicial, nos termos do acórdão *Pardini*, e que, assim, seria, à luz da jurisprudência do TJUE e por força do princípio da efetividade e equivalência, admissível o pedido de decisão prejudicial.

Pelo exposto, seria possível extraír-se três hipóteses de normas resultantes do acórdão *Pizzarotti*, quanto à questão da admissibilidade de pedido de decisão prejudicial que verse sobre uma decisão judicial com força de caso julgado:

1.^a Hipótese de Norma (interpretação extensiva) – O caso julgado não constitui uma exceção de incompetência ou uma questão prévia de inadmissibilidade do pedido prejudicial.

2.^a Hipótese de Norma (interpretação literal) – O caso julgado não constitui uma exceção de incompetência ou uma questão prévia de inadmissibilidade do pedido prejudicial, desde que a avaliação das consequências da autoridade ou da força do caso julgado constitua o objeto da questão, ou de uma das questões, submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio.

45 UNIÃO EUROPEIA, Advogado-Geral Nils Wahl, Conclusões apresentadas em 15 de Maio de 2014, C-213/13, EU:C:2014:335, n. 40.

3.^a Hipótese de Norma (interpretação conforme) – O caso julgado não constitui uma exceção de incompetência ou uma questão prévia de inadmissibilidade do pedido prejudicial, desde que o órgão jurisdicional de reenvio tenha a possibilidade legal de corrigir ou revogar decisão judicial com força de caso julgado, para tomar em consideração a decisão do TJUE.

Assim, a 1.^a hipótese de norma, que poderia resultar duma interpretação extensiva da argumentação aduzida pelo Advogado-Geral NILS WAHL, afigura-se como inadmissível, face aos princípios da autonomia processual dos Estados membros e da autoridade de caso julgado, bem como *vis à vis* a jurisprudência resultante dos acórdãos *Foglia Novello*, *Pardini* e *Zabala Erasun*; a 2.^a hipótese de norma, reconduzível à interpretação literal do expedido pelo TJUE, padece das mesmas limitações jurídicas e sistémicas que a 1.^a hipótese; ora, apenas a 3.^a hipótese de norma extraível do acórdão *Pizzarotti*, quanto à questão da admissibilidade de pedido de decisão prejudicial que verse sobre uma decisão judicial com força de caso julgado, corresponde à interpretação conforme ao Direito Europeu, nomeadamente com os princípios da autonomia processual dos Estados membros e da autoridade de caso julgado, bem como com a jurisprudência resultante dos acórdãos *Foglia Novello*, *Pardini* e *Zabala Erasun*.

1.3 QUESTÕES PREJUDICIAIS – EM ESPECIAL, DO CASO JULGADO DE FORMAÇÃO PROGRESSIVA

Em relação às questões prejudiciais suscitadas pelo *Consiglio di Stato*, o TJUE, decidiu, quanto à primeira questão, que:

O artigo 1.º, alínea a), da Diretiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, deve ser interpretado no sentido de que um contrato que tem por objecto principal a realização de uma obra que responde às necessidades da entidade adjudicante constitui um contrato de empreitada de obras públicas e não é abrangido, por isso, pela exclusão prevista no artigo 1.º, alínea a), iii), da Diretiva 92/50/CEE do Conselho de 18 de junho de 1992 relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, mesmo quando inclui uma promessa de arrendamento da construção em causa.⁴⁶

⁴⁶ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão Pizzarotti, op. cit., ponto 1 da decisão.

Ou seja, que o contrato em questão devia ter sido submetido às regras de contratação pública estatuídas pela Diretiva 93/37/CEE – não sendo este o objeto do presente relatório, e dada a impossibilidade, por exiguidade de espaço, para a análise aprofundada da primeira decisão, sempre se dirá que consiste na comprovação, pelo TJUE, da desconformidade do acórdão do *Consiglio di Stato* nº 4267/2007, com a legislação europeia aplicável.

Quanto à resposta à segunda questão prejudicial, considerando o objeto do presente artigo e a sofisticação da decisão do TJUE, cumpre analisá-la com maior detalhe.

Assim, o TJUE contextualiza o problema da seguinte forma, tomando em consideração a decisão relativa à primeira questão prejudicial:

Com a sua segunda questão, o órgão de reenvio pergunta, em substância, se pode privar de efeito o eventual caso julgado por uma decisão tomada e que conduziu a uma situação incompatível com a regulamentação da União relativa aos contratos de empreitada de obras públicas.⁴⁷

E desenvolve uma argumentação que assenta, por um lado, na jurisprudência do TJUE relativamente ao princípio do caso julgado, e por outro lado, na possibilidade aventada pelo *Consiglio di Stato* de alteração de uma decisão judicial anterior, transitada em julgada, por via de um instituto específico do direito processual italiano, de criação jurisprudencial, que denomina como “caso julgado de formação progressiva” – para efeitos de clareza expositiva, agruparemos os argumentos com base na sua sequência lógica argumentativa, que não corresponde exatamente à sequência dos argumentos aduzidos no acórdão.

Destarte, o TJUE, quanto ao princípio da autoridade de caso julgado, recorda a importância que o mesmo reveste na sua jurisprudência, enquanto corolário do princípio da autonomia processual dos Estados-Membros, princípio este que deverá ser necessariamente estribado pelos princípios da equivalência e da efetividade, enquanto corolários do princípio do primado do Direito Europeu:

A este respeito, há que recordar que, na falta de regulamentação da União na matéria, as modalidades de aplicação do princípio da autoridade de caso julgado fazem parte da ordem jurídica interna dos Estados-Membros, por força do princípio da autonomia processual

⁴⁷ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão Pizzarotti, op. cit., n. 53.

dos mesmos, no respeito, contudo, dos princípios da equivalência e da efetividade.⁴⁸

A propósito, deve entender-se: o princípio da autonomia processual postulando:

Cabe aos Estados, e ao seu Direito interno, determinar como se atribui ou se reparte, na ordem interna, a competência para aplicar o Direito da União, mesmo a nível legislativo - *autonomia organizativa*; quais os procedimentos que devem ser adotados nessa aplicação - *autonomia procedural*; e quais as vias judiciais para se garantir essa aplicação na ordem interna - *autonomia processual*⁴⁹ (...) “Todavia, (...) a autonomia não pode pôr em causa o dever dos Estados de executar o Direito da União com respeito pelos princípios da efetividade e do efeito útil da Ordem Jurídica da União.”⁵⁰

O princípio da equivalência, como aquele “segundo o qual as regras aplicáveis ao procedimento de execução do Direito da UE não podem ser menos favoráveis do que as regras que seriam aplicadas a procedimentos equivalentes ou análogos meramente internos”⁵¹; e o princípio da efetividade, “segundo o qual as regras aplicáveis não devem tornar excessivamente difícil ou virtualmente impossível a aplicação do Direito da UE.”⁵²

Ora, prossegue o Acórdão, pese embora o primado do Direito Europeu, e os consequentes princípios, a nível processual, da equivalência e da efetividade, o princípio da autoridade de caso julgado funciona como salvaguarda de uma necessária segurança e estabilidade jurídicas, importando:

Recordar a importância que reveste, quer na ordem jurídica da União quer nas ordens jurídicas nacionais, o princípio da autoridade de caso julgado. Com efeito, a fim de garantir tanto a estabilidade do direito e das relações jurídicas como uma boa administração da justiça, é necessário que as decisões judiciais que se tornaram definitivas após

⁴⁸ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão Pizzarotti, op. cit., n. 54.

⁴⁹ QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 648.

⁵⁰ Ibidem, p. 649.

⁵¹ LANCEIRO, Rui Tavares. *O Dever de Anulação do artigo 168.º, n.º 7, do novo CPA e a Jurisprudência Kühne & Heitz*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015. p. 5 e 6.

⁵² Ibidem, p. 6.

esgotamento das vias de recurso disponíveis, ou decorridos os prazos previstos para tais recursos, já não possam ser impugnadas⁵³

Assim, nos termos de anterior jurisprudência do TJUE, nomeadamente do acórdão *Kapferer*⁵⁴, o órgão jurisdicional de reenvio não está obrigado, pelo direito europeu, a afastar a aplicação das “regras processuais internas que confirmam a autoridade de caso julgado a uma decisão judicial, mesmo que isso permitisse reparar uma situação nacional incompatível com esse direito,”⁵⁵ concluindo o TJUE que este não tem, *por princípio*, o dever de revogar uma decisão transitada em julgado que seja desconforme com uma interpretação posterior adotada pelo TJUE⁵⁶ - ora, se, por princípio, o órgão jurisdicional de reenvio não tem o dever de revogar uma decisão transitada em julgado que seja desconforme com uma interpretação posterior adotada pelo TJUE, por maioria de razão, podem configurar-se situações de exceção a essa regra geral, claramente enunciada de forma não absoluta, em que o órgão jurisdicional de reenvio se constitui no dever de revogar uma decisão transitada em julgado que seja desconforme com uma interpretação posterior adotada pelo TJUE.

Nestes termos, no caso *sub judice*, o TJUE argumenta que o órgão jurisdicional de reenvio indica, no seu pedido de decisão prejudicial, que:

Nos termos da sua própria jurisprudência, pode, sob determinadas condições, completar o dispositivo original de um dos seus acórdãos por decisões de execução, dando esta possibilidade lugar ao que qualifica de *caso julgado de formação progressiva*.⁵⁷ (grifo do autor)

Ou seja, admite que, em sede de processo de execução de sentença, pode alterar o dispositivo do acórdão transitado em julgado, o qual, como resultou da resposta à primeira questão prejudicial, é desconforme com o Direito Europeu; *ergo*:

Cabe a esse órgão jurisdicional, face ao princípio da equivalência, utilizar a referida modalidade, privilegiando, entre *as numerosas e diferentes soluções de aplicação* de que essa decisão pode ser objeto de

⁵³ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Pizzarotti*, op. cit., n. 58.

⁵⁴ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Primeira Secção), Acórdão de 16 de Março de 2006, *Kapferer*, C-234/04, EU:C:2006:178, n.ºs 20 e 21.

⁵⁵ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Pizzarotti*, op. cit., n.º 59.

⁵⁶ Ibidem, n. 60.

⁵⁷ Ibidem, n. 55.

acordo com as suas próprias indicações, a que, em conformidade com o princípio da efetividade, garante o cumprimento da regulamentação da União em matéria de contratos de empreitada de obras públicas.⁵⁸ (grifo do autor)

Assim, estatui o TJUE, que, se as regras processuais internas aplicáveis previrem, em determinadas condições, a possibilidade de o tribunal nacional revogar uma decisão judicial que tenha adquirido a autoridade de caso julgado, para tornar a situação compatível com o respetivo direito nacional:

Essa possibilidade deve, em conformidade com os princípios da equivalência e da efetividade, prevalecer se estiverem preenchidos os requisitos, a fim de que seja reposta a conformidade da situação em causa no processo principal com a legislação da União em matéria de contratos de empreitada de obras públicas.⁵⁹

Ao que acresce a consideração da importância do cumprimento da referida legislação no âmbito da União Europeia, dado que contém “regras essenciais do direito da União, na medida em que visa garantir a aplicação dos princípios da igualdade de tratamento dos concorrentes e da transparéncia, para efeitos da abertura à concorrência não falseada em todos os EstadosMembros.”⁶⁰

O TJUE aventa inclusivamente uma possível proposta de alteração do acórdão do *Consiglio di Stato* no âmbito da aplicação do instituto do “caso julgado de formação progressiva”, para garantir a sua conformidade com a interpretação do TJUE.⁶¹

Na sequência da argumentação aduzida e supra exposta, decide o TJUE quanto à segunda questão prejudicial:

Atendendo a todas as considerações expostas, há que responder à segunda questão que, na medida em que as regras processuais internas aplicáveis o permitam, um órgão jurisdicional nacional, como o órgão jurisdicional de reenvio, que decidiu em última instância sem que tivesse submetido ao Tribunal de Justiça um pedido de decisão prejudicial,

58 UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Pizzarotti*, op. cit., n. 56.

59 Ibidem, n. 62.

60 Ibidem, n. 63.

61 Ibidem, n. 57.

nos termos do artigo 267.^º TFUE, deve completar o caso julgado com a sua decisão que levou a uma situação incompatível com a legislação da União relativa aos contratos de empreitada de obras públicas, ou revogar essa decisão, para ter em conta a interpretação dessa legislação feita posteriormente pelo Tribunal de Justiça.⁶²

Pelo exposto, entendemos ser possível extrair uma norma do acórdão *Pizzarotti*, quanto à questão da revogação ou alteração de uma decisão judicial nacional, com força de caso julgado, no âmbito de uma decisão prejudicial interpretativa do TJUE que se debruce sobre o objeto da decisão judicial transitada em julgado, estabelecendo para o efeito a seguinte composição esquemática:

Norma

Injunção

O órgão jurisdicional nacional deve:

1 Completar o caso julgado com a sua decisão que levou a uma situação incompatível com a legislação da União,

Ou

2 Revogar essa decisão, para ter em conta a interpretação dessa legislação feita posteriormente pelo Tribunal de Justiça.

Condições de aplicabilidade

3 Na medida em que as regras processuais internas aplicáveis o permitam;

E

4 Órgão jurisdicional nacional ter decidido em última instância, sem que tivesse submetido ao Tribunal de Justiça um pedido de decisão prejudicial, nos termos do artigo 267.^º do TFUE.

⁶² UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Pizzarotti*, op. cit., n. 64.

2 EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL EUROPEIA ACERCA DO PRINCÍPIO DA AUTORIDADE DE CASO JULGADO

Após a apresentação da norma, que, quanto a nós, resulta do acórdão *Pizzarotti*, vejamos a evolução jurisprudencial do TJUE relativa à problemática entre o princípio da autoridade de caso julgado nacional e a violação do direito europeu, reportando-nos aos principais acórdãos que, no entender da doutrina caracterizam esta linha jurisprudencial.

Ora, cumpre iniciar esta análise referindo que parte da nossa doutrina nacional, a propósito do tratamento jurisprudencial europeu princípio da autoridade de caso julgado nacional, entende que este tem sido, por aquele, objeto de uma “refração”⁶³, ou de uma “erosão”⁶⁴ – ao tópico da caracterização da atividade jurisprudencial do TJUE voltaremos, quando analisarmos, *brevitatis causa*, a sua criação jurisprudencial. Contudo, sempre se diga que, pese embora possa “ferir” a nossa sensibilidade jurídica nacional, que o direito europeu possa pôr em causa o princípio do caso julgado, este, no próprio ordenamento jurídico português, não tem um valor absoluto e inderrogável, como decorre do regime dos recursos extraordinários de revisão e para uniformização de jurisprudência, previstos nos artigos 688.^º e seguintes do Código de Processo Civil, e bem assim nos artigos 152.^º e seguintes do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

Assim, e no que à evolução jurisprudencial do TJUE acerca do princípio da autoridade de caso julgado concerne, Rui Tavares Lanceiro refere:

Tem-se verificado uma evolução jurisprudencial recente por parte do TJ no sentido de intensificar o controlo do cumprimento por parte dos tribunais nacionais (em especial dos que decidem em última instância) do Direito da UE. A este nível, as decisões judiciais são equiparadas aos actos das outras funções do Estado, o que implica uma desvalorização (mesmo que parcial) da força de caso julgado dessas decisões. Esta evolução é acompanhada de uma outra, em que o TJ é confrontado com regras procedimentais e processuais dos Estados-Membros que, tendo em conta o princípio da segurança jurídica, protegem actos contrários

63 CANOTILHO, op. cit., p. 531.

64 LANCEIRO, Rui Tavares. A “Erosão” dos Princípios da Autoridade do caso Julgado e do Caso Decidido pelo Direito da União Europeia. In: VÁRIOS, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Volume V, Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 462.

ao Direito da UE, devido à passagem de um determinado período de tempo ou por deles já não existir a possibilidade de recurso.⁶⁵

Estas linhas evolutivas, esclarece o autor, relacionam-se: “com a necessidade de garantia de uniformidade na aplicação do Direito da UE em toda a União, bem como do primado deste Direito – e da sua efectiva aplicação e plena eficácia”⁶⁶, tendo como objetivo garantir que “a administração e os tribunais (especialmente os de última instância) nacionais cumprem o seu dever de aplicação primacial do Direito da UE.”⁶⁷

2.1 ACÓRDÃO KÜHNE & HEITZ

Ora, o primeiro acórdão de referência é o incontornável *Kühne & Heitz*, em que o TJUE decide que se impõe um dever de reexame de uma decisão administrativa, cuja legalidade havia sido aferida (*in casu*, pelos tribunais holandeses) e adquirido a autoridade de caso julgado, de molde a tomar em consideração uma interpretação prejudicial do TJUE, da disposição de direito europeu que tenha fundamentado a decisão administrativa, cumpridos que sejam uma série de requisitos; assim, estatui o TJUE que “o princípio da cooperação que decorre do artigo 10.º CE impõe que um órgão administrativo, ao qual foi apresentado um pedido nesse sentido, reexamine uma decisão administrativa definitiva para ter em conta a interpretação da disposição pertinente entretanto feita pelo Tribunal de Justiça quando:

- 1 Dispõe, segundo o direito nacional, do poder de revogação desta decisão;
- 2 A decisão em causa se tornou definitiva em consequência de um acórdão de um órgão jurisdicional nacional que decidiu em última instância;
- 3 O referido acórdão, face à jurisprudência do Tribunal de Justiça posterior a esse acórdão, se fundamenta numa interpretação errada do direito comunitário aplicada sem que ao Tribunal de Justiça tivesse

⁶⁵ LANCEIRO, Rui Tavares. A “Erosão” dos Princípios da Autoridade do caso Julgado e do Caso Decidido pelo Direito da União Europeia. In: VÁRIOS, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Volume V, Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 462.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Ibidem.

sido submetida uma questão prejudicial nas condições previstas no artigo 234.º, n.º 3, CE, e

4 O interessado se dirigiu ao órgão administrativo imediatamente depois de ter tido conhecimento da referida jurisprudência.⁶⁸

A propósito, Rui Tavares Lanceiro refere que “a jurisprudência *Kühne & Heitz* representa o desenhar de um limite ao princípio da autoridade do caso julgado (como é admitido pelo TJ), como consequência da aplicação incorrecta do Direito da UE pelo órgão jurisdicional de última instância.” – limite este que seria posteriormente distendido.

Note-se, contudo, que no acórdão *Kühne & Heitz* é estatuído um dever de revisão da decisão administrativa que tenha adquirido a autoridade de caso julgado, em caso de desconformidade com o direito europeu, por via de interpretação posterior do TJUE, ao invés do dever de alteração ou revogação da decisão, *in casu*, judicial, estatuído no acórdão *Pizzarotti*.

2.2 ACÓRDÃO KAPFERER

No caso do acórdão *Kapferer*, o TJUE reafirmou a doutrina vertida no acórdão *Kühne*, verificando, contudo, que no caso concreto, o ordenamento jurídico nacional do tribunal austriaco de reenvio não permitia a *modificação ou revogação oficiosa* da decisão judicial transitada em julgado, o que implicava que não estaria preenchida uma das condições previstas no acórdão *Kühne & Heitz*⁶⁹, para que se verificasse o dever de revisão da decisão; consequentemente, o TJUE decidiu que “o princípio da cooperação decorrente do artigo 10.º CE não obriga um órgão jurisdicional nacional a não aplicar as regras processuais internas a fim de reexaminar e revogar uma decisão judicial transitada em julgado, quando se apure que a mesma é contrária ao direito comunitário”⁷⁰ – note-se, que no acórdão *Kapferer*, ao invés do que estabeleceu no acórdão *Kühne & Heitz*, o TJUE modificou a estatuição anterior de dever de revisão, para uma estatuição de revisão e revogação de uma decisão judicial transitada em julgado, quando contrária ao direito europeu, mantendo, no entanto, as previsões que tinha consagrado no acórdão *Kühne & Heitz*, e como tal, não decidindo pela verificação, em concreto, deste dever de revisão.

⁶⁸ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, Acórdão de 13 de Janeiro de 2004, *Kühne & Heitz*, C-453/00, EU:C:2004:17, n.º 28.

⁶⁹ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Kapferer*, op. cit., n.º 23.

⁷⁰ Ibidem, n.º 24.

Assim, como nota o Advogado-Geral Ján Mazák:

Refira-se ainda que, no acórdão *Kapferer*, o Tribunal de Justiça não confirmou nem excluiu que os princípios consagrados no acórdão *Kühne & Heitz* – que diziam respeito à obrigação imposta a um órgão administrativo de rever uma decisão administrativa definitiva que era contrária ao direito comunitário – pudessem ser transpostos para um contexto, como o do acórdão *Kapferer*, respeitante a uma decisão judicial: o Tribunal de Justiça limitouse a concluir que, em todo o caso, uma das condições estabelecidas no acórdão *Kühne & Heitz* não estava preenchida.⁷¹

A propósito, Fausto de Quadros refere que:

Mais uma vez, e tal como sucedera no caso *Kühne*, o TJ, no caso *Kapferer*, respeitou o que o Direito nacional em causa dispõe sobre a estabilidade das decisões nacionais (no caso concreto, sentenças judiciais), neste caso mesmo à custa da efectividade do Direito da União.⁷²

Concordando com o referido autor, no que à análise jurídica respeita, sempre se dirá que o TJUE, entendendo o regime que estabeleceu no acórdão *Kühne*, relativo ao dever das Administrações Públicas nacionais de revogarem um ato administrativo desconforme ao Direito da União Europeia, que se tenha tornado definitivo em consequência de uma decisão judicial transitada em julgado, quando para isso sejam interpelados pelos interessados na revogação, estabelecendo no acórdão *Kapferer*, indiretamente, o dever dos tribunais nacionais revogarem ou modificarem as decisões judiciais transitadas em julgado, oficiosamente, desde que as regras processuais internas permitam essa revogação oficiosa, realizou um “salto qualitativo” na integração jurídica da União Europeia (cujas consequências se denotaram nos acórdãos *Olimpiclub* e *Pizzarotti*), pese embora a respetiva fundamentação jurídica se ancorar numa dimensão positiva, diríamos até numa dimensão prestativa ou de resultado, pelos órgãos jurisdicionais nacionais, de assegurarem o primado do Direito Europeu por via dos princípios da equivalência e da efetividade:

Ao regular as modalidades processuais das acções judiciais destinadas a garantir a protecção dos direitos que decorrem para os cidadãos do

⁷¹ UNIÃO EUROPEIA, Advogado-Geral Ján Mazák, Conclusões apresentadas em 24 de Março de 2009, ° C-2/08, EU:C:2009:180, n. 51.

⁷² QUADROS, op. cit., p. 684.

efeito directo do direito comunitário, os Estados-Membros devem assegurar que essas modalidades não sejam menos favoráveis do que as relativas às acções internas de idêntica natureza (princípio da equivalência) e que não tornem impossível, na prática, o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efectividade).⁷³

2.3 ACÓRDÃO LUCCHINI

No Acórdão *Lucchini*, o TJUE decidiu que:

O direito comunitário opõe-se à aplicação de uma disposição do direito nacional que pretende consagrar o princípio da força de caso julgado, como o artigo 2909.º do Código Civil italiano (*código civil*), quando a sua aplicação obsta à recuperação de um auxílio de Estado concedido em violação do direito comunitário e cuja incompatibilidade com o mercado comum foi declarada por uma decisão da Comissão das Comunidades Europeias que se tornou definitiva.⁷⁴

Nestes termos, o TJUE considerou que “a apreciação da compatibilidade de medidas de auxílio ou de um regime de auxílios com o mercado comum é da competência exclusiva da Comissão, sob a fiscalização do juiz comunitário”, o que implicava que a regra de competência exclusiva se impusesse “na ordem jurídica interna como resultado do princípio do primado o direito comunitário”⁷⁵, ou seja, que a decisão do TJUE se impunha ao Estado-Membro, independentemente de decisão judicial contrária transitada em julgado.

Como refere Fausto de Quadros:

O que foi de novo no caso *Lucchini* foi o TJ ter utilizado a competência exclusiva da Comissão como fundamento para daí concluir que o Direito da União impõe aos Estados o dever de recuperarem ajudas ilegalmente concedidas, isto é, o dever de as revogar, independentemente do que dispuser ou permitir o Direito nacional, isto é, e voltando ao Acórdão, mesmo contra sentença judicial nacional transitada em julgado.⁷⁶

⁷³ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Kapférer*, op. cit., n.º 22

⁷⁴ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Grande Secção), Acórdão de 18 de Julho de 2007, *Lucchini*, C-119/05, EU:C:2007:434.

⁷⁵ Ibidem, n.º 62.

⁷⁶ QUADROS, op. cit., p. 686.

Ora, apesar de considerado como um caso excepcional, fundamentado numa competência exclusiva de uma instituição europeia, “circunscrito pelo próprio Tribunal de Justiça,”⁷⁷ o acórdão *Lucchini* constitui um marco relevante na evolução jurisprudencial pertinente do TJUE para o presente artigo, dado o significativo desvio ao princípio da autoridade do caso julgado que opera.

2.4 ACÓRDÃO OLIMPICLUB

No acórdão *Olimpicclub*, o TJUE volta a debruçar-se sobre o artigo 2909.^º do Código Civil italiano (que estabelece o princípio da autoridade do caso julgado), desta feita, para se pronunciar acerca de um pedido de reenvio da *Corte suprema di cassazione*, que pergunta se, na esteira do acórdão *Lucchini*, o direito comunitário se opõe à aplicação de uma disposição de direito nacional, como o artigo 2909.^º do Código Civil italiano,

Num litígio sobre o IVA respeitante a um ano fiscal relativamente ao qual ainda não foi proferida uma decisão judicial definitiva, na hipótese de tal disposição obstar a que o órgão jurisdicional tenha em conta normas de direito comunitário em matéria de práticas abusivas relacionadas com o referido imposto.⁷⁸

Vejamos, resumidamente, o que estava em causa neste acórdão. O artigo 2909.^º do Código Civil italiano prevê que “as conclusões constantes de sentenças transitadas em julgado produzem efeitos entre as partes, os seus herdeiros ou os seus sucessores;”⁷⁹ ora, o próprio órgão jurisdicional de reenvio interpretou a disposição referida nos seguintes termos:

Quando dois processos opondo as mesmas partes tenham por objecto a mesma relação jurídica e um deles tenha culminado numa decisão judicial transitada em julgado, as conclusões tiradas nessa decisão relativamente a essa situação jurídica ou à solução de questões de facto ou de direito relativas a um ponto fundamental comum aos dois processos, formando assim a premissa lógica indispensável ao dispositivo da decisão, opõem-se ao reexame dessa mesma questão de direito, dada como assente a partir daí, mesmo que o processo

⁷⁷ UNIÃO EUROPEIA, Conclusões do Advogado-Geral Nils Wahl, op. cit., n. 95.

⁷⁸ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 3 de Setembro de 2009, *Olimpicclub*, C-2/08, EU:C:2009:506, n. 19.

⁷⁹ Ibidem, n. 3.

posterior prossiga finalidades diferentes das que constituíram o objecto e o petitum do primeiro.⁸⁰

Nestes termos, a interpretação implicava que a solução decorrente de uma decisão judicial, num dado litígio em matéria tributária, quando as conclusões dela constantes tivessem por objeto questões semelhantes, podia ser utilmente invocada noutro litígio, mesmo que a referida decisão respeitasse a um período de tributação diferente do que aquele em causa no processo em que fosse invocada.⁸¹

No caso *sub judice*, o órgão jurisdicional de reenvio argumentou que, dado tratar-se de uma questão relativa à cobrança do Imposto de Valor Acrescentado (IVA), e considerando que “a cobrança de IVA desempenha um papel importante na constituição dos recursos próprios da Comunidade Europeia”⁸², a aplicação da sua interpretação do artigo 2909.º poderia “impedir a plena implementação do princípio do combate ao abuso de direito, elaborado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de IVA como instrumento destinado a garantir a plena aplicação do sistema comunitário de IVA.”⁸³

Assim, o TJUE, apesar de afastar a aplicação da regra contida no acórdão *Lucchinni*, por, no caso em apreço, não estar em questão uma matéria da competência reservada de uma instituição europeia, mas de uma competência partilhada em matéria fiscal⁸⁴, considera, todavia, a aplicação do princípio da autoridade do caso julgado, e, portanto, a aceitação da interpretação da *Corte Suprema di Cassazione* do artigo 2909.º do Código Civil italiano,

Teria como consequência que, na hipótese de a decisão judicial que se tornou definitiva se basear numa interpretação das normas comunitárias relativas a práticas abusivas em matéria de IVA contrária ao direito comunitário, a aplicação incorrecta dessas normas reproduzir-se-ia em cada novo exercício fiscal, sem ser possível corrigir essa interpretação errada.⁸⁵

⁸⁰ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 3 de Setembro de 2009, *Olimpiclub*, C-2/08, EU:C:2009:506, n. 4.

⁸¹ Ibidem, n. 26.

⁸² Ibidem, n. 17.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ Ibidem, n. 25.

⁸⁵ Ibidem, n. 30.

O que constituiria um obstáculo injustificável à aplicação efetiva do direito europeu em matéria de IVA, e, consequentemente, contrário ao princípio da efetividade.⁸⁶

Nestes termos, o TJUE decidiu que:

O direito comunitário opõe-se à aplicação de uma disposição de direito nacional, como o artigo 2909.^º do Código Civil italiano, que estabelece o princípio da autoridade do caso julgado, num litígio relativo ao IVA respeitante a um ano fiscal em relação ao qual ainda não foi proferida uma decisão judicial definitiva, caso tal disposição obste a que o órgão jurisdicional nacional que deve decidir desse litígio tenha em conta as normas de direito comunitário em matéria de práticas abusivas relacionadas com o referido imposto.⁸⁷

Ora, do exposto resulta que a jurisprudência resultante do acórdão *Olimpiclub* é mais próxima do acórdão *Lucchini*, do que do acórdão *Pizzarotti*, apenas os unindo o tratamento genérico do princípio da autoridade do caso julgado e a sua relação com o direito europeu; nestes termos, aquilo que é central no acórdão *Pizzarotti* – uma decisão judicial transitada em julgado, que estava a ser executada – não existia ainda no acórdão *Olimpiclub*, ou seja, aquilo que se discutia era se anteriores decisões judiciais relativas a matéria fiscal, acerca de anos transatos, podiam, ao abrigo da supra referida interpretação jurisprudencial italiana, constituir caso julgado em relação a ano posterior, constituindo este o litígio perante a *Corte Suprema di Cassazione*, e em que medida é que essa extensão impedia a análise de anos posteriores aos julgados, em conformidade com o Direito europeu relativo ao IVA; serve, contudo, para exemplificar da evolução jurisprudencial do TJUE no que concerne à gradual abrogação ao princípio da autoridade do caso julgado, face ao primado do direito europeu.

Assim, além dos acórdãos *Olimpiclub* e *Lucchini* se reportarem ao princípio da autoridade do caso julgado, decorrente do controverso artigo 2909.^º do Código Civil italiano, quando em relação de desconformidade com normas europeias, tratam-se de situações em que o TJUE considerou que disposições substantivas e processuais internas impediam a aplicação do direito europeu, estatuindo, consequentemente, que o direito europeu se opunha à aplicação de uma disposição de direito nacional; ora, se no

⁸⁶ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 3 de Setembro de 2009, *Olimpiclub*, C-2/08, EU:C:2009:506, n. 31.

⁸⁷ Ibidem, n. 32.

acórdão *Lucchini*, estava em causa uma competência exclusiva de uma instituição europeia, a qual impunha que, dada essa exclusividade e intensa (diríamos, aberrante) desconformidade com o direito europeu, justificava que se destruíssem os efeitos do caso julgado para assegurar a reposição de uma conformidade supra legal, no acórdão *Olimpiclub* tratava-se de uma competência concorrente ou partilhada entre a União Europeia e os Estados-Membros, em relação às quais “vigoram, de forma conjugada, os princípios da subsidiariedade e da autonomia dos Estados, enquanto as atribuições não sejam absorvidas pela União”⁸⁸, o que implicaria que competisse ao direito nacional disciplinar “a revogação, tanto dos atos administrativos como das sentenças judiciais nacionais”⁸⁹, como, por maioria de razão, das normas, legais ou jurisprudenciais, que pudesse impedir a plena eficácia do Direito da União; todavia, no caso *sub judice*, o TJUE não parece ter hesitado na extensão, negada mas evidente, da jurisprudência *Lucchini*, que perde assim o seu carácter excepcional, como, aliás, se comprova pelos subsequentes acórdãos *Klausner Holz*⁹⁰ e *Târšia*.⁹¹

Discordamos, assim, da tese propugnada por Alina Kaczorowska-Ireland, no sentido de entender que a jurisprudência europeia estabelece uma distinção fundamental entre as situações em que haja uma decisão administrativa e judicial transitadas em julgado, e as situações em que haja *apenas* uma decisão judicial transitada em julgado, caso em que é mais provável o afastamento do princípio da autoridade do caso julgado pelo TJUE para garantir o primado do direito europeu, constituindo-se todavia como decisões excepcionais e casuísticas.⁹²

O que somos levados a concluir, da análise precedente, é que pese embora o TJUE ressalve, em certos casos, o princípio da autoridade do caso julgado, da segurança jurídica e da autonomia processual dos Estados-Membros, a evolução jurisprudencial tem sido no sentido de, paulatinamente, “estabelecer limites, excepções e derrogações aos mesmos”⁹³, dando prevalência ao primado do Direito Europeu, e aos seus corolários, nomeadamente ao princípio da equivalência e da efetividade,

⁸⁸ QUADROS, op. cit., p. 380.

⁸⁹ Ibidem.

⁹⁰ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 11 de novembro de 2015, *Klausner Holz*, C-505/14, EU:C:2015:742.

⁹¹ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Grande Secção), Acórdão de 6 de outubro de 2015, *Târšia*, C-69/14, EU:C:2015:662.

⁹² KACZOROWSKA-IRELAND, Alina. *European Union Law*, New York: Routledge, 2016. p. 678.

⁹³ LANCEIRO, op. cit., p. 488.

acompanhando Rui Tavares Lanceiro quando refere a “progressiva «erosão» do princípio da segurança jurídica, nas vertentes de caso decidido e de caso julgado, no âmbito da aplicação do Direito da EU.”⁹⁴

Podemos concluir, igualmente, que a decisão, e respetiva norma, decorrentes do acórdão *Pizzarotti*, resultam de uma evolução jurisprudencial do TJUE, no sentido de pugnar pelo difícil equilíbrio entre o princípio da autoridade do caso julgado e da autonomia processual dos Estados membros, por um lado, e o primado do Direito Europeu, e seus corolários, nomeadamente os princípios da equivalência e da efetividade, por outro, com paulatina prevalência para estes; assim, “a «erosão» verificada, à semelhança do fenômeno geológico, não é uniforme – desgastando mais o valor do princípio da segurança jurídica em determinadas matérias do que em outras – mas é inegável.”⁹⁵

Contudo, esta “erosão” não deverá, quanto a nós, vista como intrinsecamente negativa, antes pelo contrário. Ela reflete a natural ocorrência de um dos princípios estruturantes da União Europeia – o princípio do gradualismo, que se encontra consagrado em diversos preceitos do Tratado da União Europeia⁹⁶, constituindo um parâmetro essencial do projeto Europeu.

3 ANÁLISE CRÍTICA

O princípio do gradualismo assume duas vertentes:

Por um lado, ele quer dizer que o processo de integração europeia deve ser paulatino e progressivo, ou seja, não deve saltar sobre fases, o que poderia pôr em risco todo o processo da integração; mas, por outro lado, ele pretende significar também que a integração não deve parar ou não se deve interromper. Ou seja, ela é, por definição, um processo dinâmico e evolutivo.⁹⁷

Nestes termos, entendemos que a evolução jurisprudencial do TJUE acerca da derrogação do princípio da autoridade do caso julgado, face ao primado do direito europeu, deverá ser considerada como uma decorrência natural do processo de integração europeia, ao invés de uma eventual

⁹⁴ LANCEIRO, op. cit.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ QUADROS, op. cit., p. 132.

⁹⁷ Ibidem, p. 131.

interferência abusiva do TJUE na autonomia processual dos Estados membros – desde que, bem entendido, se preserve o equilíbrio da sua intervenção, que será necessariamente mais delicado em relação a um assunto tão caro aos Estados Membros, como corolário da segurança e estabilidade jurídica, como o caso julgado.

No entanto, neste, como noutras casos, urge “não confundir a árvore com a floresta”, de molde a não perder de vista que o tratamento jurisprudencial do caso julgado constitui uma consequência da almejada integração europeia; assim, evocando Constantinesco: “a integração europeia não é um *ser* mas um *fazer-se*; ela não é uma situação acabada, mas um processo; ela não é um resultado, mas a ação que deve conduzir a um resultado.”⁹⁸

Todavia, não existe, na comunidade científica da União Europeia, uma unanimidade de avaliação da atuação do TJUE, nem sequer da sua motivação. Fausto de Quadros, a este propósito, refere:

Acerca do âmbito de jurisdição dos Tribunais da União e do modo como eles têm vindo a interpretar a função que os Tratados lhe conferem, tem-se discutido, quase desde o início da integração europeia e, concretamente, em relação ao TJ, se não vivemos numa União feita pelos juízes. É a concepção da *Europa dos Juízes*. Esta expressão tem tido duas interpretações opostas: uma serve-se dela para fundamentar o trabalho da jurisprudência da União na elaboração do Direito da União e, portanto, para louvar o esforço do TJ no sentido de fazer progredir a integração jurídica na União ao ritmo da integração económica, monetária e política, outra, utiliza aquela expressão (ou, em sentido pejorativo, a de *governo de juízes*, ou a de activismo judicial) para verberar o comportamento dos juízes, que acusa de exorbitarem das suas funções e de se substituírem ao *legislador* da União.⁹⁹ (grifos do autor)

Não sendo o escopo do presente artigo a análise critica deste tema, pese embora a sua importância ao nível da legitimidade e legitimação da atuação do TJUE, e, diríamos, da própria União Europeia, consideramos que face ao contexto do caso julgado, e da suscetibilidade que o seu tratamento pelo TJUE necessariamente causa em relação à sua própria legitimidade e legitimação, apresentamos seguidamente, e de forma esquemática, uma breve exposição das principais teorias que animam o debate científico europeu em relação à atuação do TJUE:

98 QUADROS, op. cit.

99 Ibidem, p. 378 - 379.

I Legalismo¹⁰⁰

Postulados:

- Lógica legal e raciocínio judiciário como o motor da integração legalista ou pretoriana;
- A lei comunitária tem uma lógica legal inherente, que cria a sua própria dinâmica interna de expansão, compelindo o TJUE a emanar decisões que promovem a integração, e compelindo os tribunais nacionais a aplicar a jurisprudência do TJUE.

Principais Autores

- Doutrina maioritária na União Europeia (Pierre Pescatore, Clarence Mann, Hjalte Rasmussen, entre outros).

II Neo-realismo¹⁰¹

Postulados

- Interesse nacional como o motor da integração legalista;
 - As decisões legais comunitárias, e as decisões dos tribunais nacionais em relação ao direito comunitário, são moldadas por cálculos e consequentes pressões derivadas do interesse nacional afetado.
- *Principal autor:* Geoffrey Garrett.¹⁰²

III Neo-funcionalismo¹⁰³

Postulados

- Interesse próprio dos litigantes, juízes e académicos como o motor da integração legalista;
- O sistema legal europeu tem-se expandido e prosperado porque cria incentivos individuais para motivar atores dentro da União

100 Cfr. ALTER, Karen. Explaining National Court Jurisprudence: a Critical Evaluation of Theories of Legal Integration. In: SLAUGHTER, Anne-Marie *et al.* *The European Courts & National Courts, Doctrine and Jurisprudence*, Oxford: Hart Publishing, 1998. p. 230 – 234.

101 Ibidem, p. 234 – 238.

102 Cfr. GARRETT, Geoffrey. The politics of legal integration in the European Union. *International Organization*, Cambridge, v. 49, n. 1, p. 171-181, Winter 1995.

103 Cfr. ALTER, op. cit., p. 238 – 241.

Europeia, e dentro dos sistemas jurídicos nacionais, para promover a integração; assim, o TJUE criou uma estrutura que estimula diversos atores nacionais da comunidade jurídica a promover a integração legalista, o que lhes providencia benefícios financeiros e políticos.

Principais autores

- Anne-Marie Burley, Walter Mattl, Ernst Haas e Alec Stone Sweet.

Como resulta desta breve exposição esquemática, a comunidade científica não é unânime nem quanto à atuação do TJUE, nem quanto às respetivas motivações. Quanto a nós, propugnando por uma visão conforme à teoria do legalismo (acompanhando, de resto, a maioria da doutrina portuguesa), sempre diremos que, mesmo no seio desta corrente científica maioritária, alguns dos seus defensores realçam que a atuação do TJUE, *vis à vis* com o processo de integração europeu, terá de se dotar de cautelas, de forma a evitar resvalar para um ativismo judicial que poderá pôr em causa a legitimidade da sua atuação.

Um dos prestigiados autores que adverte para esta cautela é Hjalte Rasmussen, que realça o papel fundamental que o TJUE teve na integração europeia, e que, nesta perspetiva, o seu ativismo, no sentido proactivo, foi essencial e necessário:

The Court of Justice assumed the role, at a nearly stage of development of the Community experiment, as one of its chief architects. If it had not done so, that experiment might have crumbled under the weight of growing parochialism. It is reasonable to hypothesize that the authority of the Community's judiciary will in the future likewise be needed for the defence of the *acquis communautaire*; and it may perhaps even be needed for further cementing of the federalist and centralist values. From this perspective, judicial activism may be considered a public good.¹⁰⁴

Todavia, refere o autor, este ativismo terá de ser gradual, fundamentado, e necessário, sob pena de se erodir a coesão social europeia: “If activism is not, on the other hand, prescribed in nicely calculated doses, it may become that dangerous social evil of which Griffith spoke, not only for the concerned court itself”¹⁰⁵; consequentemente, o TJUE terá de ser sensível à percepção pública europeia, de modo a acompanhar o próprio

¹⁰⁴ Cfr. RASMUSSEN, Hjalte. *On Law and Policy in the European Court of Justice: A Comparative Study in Judicial Policymaking*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1986. p. 8-16.

¹⁰⁵ RASMUSSEN, op. cit..

processo de integração: “Societies declining taste for a precipitated process of integration cannot have passed unnoticed by European judicial minds. It failed, nonetheless, to leave much impact on European judicial decision.”¹⁰⁶

Finalmente, o autor adverte para o perigo que pode existir para a legitimidade e fundamentação jurídica das decisões do TJUE, quando as ideias federalistas, ou de uma certa União Europeia, perfilhada pelos juízes europeus, se sobrepõe à fundamentação jurídica essencial das suas decisões:

It is tenable to assume that the Judges had a certain idea (intimately associated, as it is, with the visions of the Founding Fathers) of their own, different from the ideas of the society surrounding them. Pierre Pescatore candidly observes that the Court and its Judges had *une certaine idée de l'Europe* of their own. In crucial situations of choice this idea was made decisive *and not arguments based on the legal technicalities of the matter.*¹⁰⁷(grifos do autor)

Outro prestigiado autor europeu, Trevor C. Hartley, inserido na corrente do legalismo, analisa o próprio processo de criação jurisprudencial do TJUE, através da sua “*policy theorie*”.¹⁰⁸

Assim, “one of the distinctive characteristics of the European Court is the extent to which its decision-making is based on policy. By policy is meant the values and attitudes of the judges – the objectives they wish to promote”¹⁰⁹ – ou seja, para o autor, o processo de tomada de decisão dos juízes do TJUE é influenciado pelos seus objetivos institucionais – as “policy”.

Ora, estes objetivos têm diversas linhas de ação, mas podem ser resumidos num objetivo fundamental – a promoção da integração europeia:

The policies of the European Court are basically the following:

1 Strengthening the Community (and especially the federal elements in it);

2 Increasing the scope and effectiveness of Community law;

3 Enlarging the powers of Community institutions.

106 Ibidem.

107 Ibidem.

108 HARTLEY, Trevor. *The Foundations of European Community Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994. p. 86 – 90.

109 Ibidem.

They may be summed up in one phrase: the promotion of European integration.¹¹⁰

Como vimos anteriormente, a promoção da integração europeia é assumida como objetivo de todas as instituições europeias, nas quais se inclui o TJUE, pelo que o seu papel nessa promoção resulta clarificado nesta classificação científica, pese embora, não constituir, por si, um fator original.

Aquilo que se assume como claramente original na doutrina deste prestigiado autor, é a identificação de uma “tática” utilizada pelo TJUE, para introduzir, através da sua jurisprudência, uma nova doutrina que sirva para o desiderato do aprofundamento da integração europeia:

A common tactic is to introduce a new doctrine gradually: in the first case that comes before it, the Court will establish the doctrine as a general principle, but suggest that it is subject to various qualifications; the Court may even find some reason why it should not be applied to the particular facts of the case. The principle, however, is now established. If there are not too many protests, it will be re-affirmed in latter cases; the qualifications can then be whittled away and the full extent of the doctrine revealed.¹¹¹

Nestes termos, o autor identifica, exemplificando com vários casos jurisprudenciais, como o TJUE introduz paulatinamente, e por fases, alternadas entre a expansão e a retração, a doutrina subjacente, promovendo a integração jurídica europeia, de modo a garantir que a aceitação e discussão da nova doutrina se realize sem sobressaltos, e se consolide. Ora, no caso do presente artigo, e no âmbito desta análise evolutiva da derrogação da autoridade do caso julgado para garantir o primado e efetividade do direito europeu, o método apresentado por Trevor C. Hartley é aplicável, o que nos pode levar, por um lado, a confirmar a presença da introdução e consolidação de uma nova doutrina do TJUE que fomenta a integração europeia, e por outro, a confirmar da aplicabilidade da própria teoria, para efeito de posteriores análises; assim, e esquematicamente, podemos associar as etapas da teoria aos seguintes acórdãos:

- a) “the doctrine as a general principle, but subject to various qualifications”: Acórdãos *Kühne & Heitz* e *Lucchini*;

¹¹⁰ HARTLEY, op. cit..

¹¹¹ Ibidem.

- b) “reason why it should not be applied to the particular facts of the case”: Acórdão *Kapferer*;
- c) “principle re-affirmed in latter cases”: Acórdãos *Olimpiclub* e *Pizzarotti*;
- d) “full extent of the doctrine revealed”: Acórdão *Pizzarotti* e seguintes.

Ora, apesar de partilharmos das preocupações manifestadas Hjalte Rasmussen, e de perfilharmos que a criação de novas doutrinas se reconduz, com extrema acuidade, à “*policy theorie*” de Trevor C. Hartley, entendemos que a atividade do TJUE se tem de reconduzir à *ratio* da integração europeia, e, consequentemente, que a própria evolução originada pelo TJUE, no sentido de aprofundar a aplicação do Direito Europeu, é não só necessária para garantir o sucesso do projeto europeu, como justificada e imposta pelo princípio da integração europeia, e do seu gradualismo, enquanto substrato essencial da ideia de União Europeia.

Destarte, e acompanhando Fausto de Quadros:

As Comunidades, e hoje, a União, devem ao TJ ele ter assumido, muito cedo, o papel de locomotiva da integração jurídica (e, portanto, da criação da já referida *União de Direito*) e de, dessa forma, ter suprido, com o seu labor – repete-se: sem se substituir ao legislador –, a inéria e a paralisia dos órgãos políticos das Comunidades, e, depois, também da União.¹¹² (grifo do autor)

4 CONCLUSÕES

O Acórdão *Pizzarotti* resulta dos seguintes factos, aqui sucintamente explanados: a *Comune di Bari* lançou um procedimento para a construção de uma nova cidade judiciária de Bari, tendo sido selecionada a proposta da empresa *Pizzarotti*; em resultado da progressiva diminuição dos recursos públicos disponíveis para a construção, a *Pizzarotti* foi alterando a sua proposta em função dessa redução, sendo que a proposta final previa a construção dos edifícios para arrendamento da *Comune di Bari*. Ora, não tendo obtido resposta da *Comune di Bari* à sua proposta, a *Pizzarotti* instaurou um processo

¹¹² QUADROS, op. cit., p. 380.

no *Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia*, visando compelir a *Comune di Bari* a agir, ação essa que foi julgada improcedente; em sede de recurso para o *Consiglio di Stato*, foi dado provimento ao recurso interposto pela *Pizzarotti*.

O *Consiglio di Stato* deliberou que a *Comune di Bari* devia adjudicar a obra à empresa *Pizzarotti*, caso estivessem reunidas a condições de realizar a obra dentro dos limites do quadro económico alterado. Contudo, em sede de execução do acórdão, o litígio perdurou, o que levou o tribunal superior a suspender a instância, submetendo ao TJUE duas questões prejudiciais, das quais se destaca a atinente à possibilidade de afastamento do princípio do caso julgado de modo a garantir a aplicação conforme do direito europeu.

Antes de nos termos debruçado sobre a referida questão prejudicial, ou seja, da relação do princípio do caso julgado dos Estados membros com o cumprimento do direito europeu, analisámos uma questão intimamente conexa, e naturalmente prévia a esta, que concerne à própria admissibilidade processual de pedido prejudicial que verse sobre caso transitado em julgado, analisando, para o efeito, anteriores decisões do TJUE sobre o assunto, nomeadamente os acórdãos *Foglia Novello*, *Pardini* e *Zabala Erasun*; aquilo que para nós resultou implicitamente da argumentação do TJUE, e que deveria ter sido vertido de forma mais clara no acórdão, foi a consideração que o litígio não estaria ainda encerrado, dado que o tribunal de reenvio manifestara a disponibilidade e possibilidade legal de poder corrigir o seu acórdão anterior, através do instituto do “caso julgado de formação progressiva”, o que implicava que poderia ainda tomar em consideração o acórdão prejudicial, nos termos do acórdão *Pardini*, e que, assim, seria, à luz da jurisprudência do TJUE e por força do princípio da efetividade e equivalência, admissível o pedido de decisão prejudicial, tendo extraído a seguinte norma:

Hipótese de Norma (interpretação conforme) – O caso julgado não constitui uma exceção de incompetência ou uma questão prévia de inadmissibilidade do pedido prejudicial, desde que o órgão jurisdicional de reenvio tenha a possibilidade legal de corrigir ou revogar decisão judicial com força de caso julgado, para tomar em consideração a decisão do TJUE.

Quanto à referida questão prejudicial, relativa à relação do princípio do caso julgado dos Estados membros com o cumprimento do direito europeu, e à decisão do TJUE que, se as regras processuais internas aplicáveis previrem,

em determinadas condições, a possibilidade de o tribunal nacional revogar uma decisão judicial que tenha adquirido a autoridade de caso julgado, para tornar a situação compatível com o respetivo direito nacional, essa possibilidade deve prevalecer, quando estejam em causa a aplicação de normas europeias, para garantir o primado do direito europeu, em conformidade com os princípios da equivalência e da efetividade.

Desta decisão, entendemos ser possível extrair uma norma do acórdão *Pizzarotti*, quanto à questão da revogação ou alteração de uma decisão judicial nacional, com força de caso julgado, no âmbito de uma decisão prejudicial interpretativa do TJUE que se debruce sobre o objeto da decisão judicial transitada em julgado, estabelecendo para o efeito a seguinte composição esquemática:

Norma

Injunção

O órgão jurisdicional nacional deve:

- 1 Completar o caso julgado com a sua decisão que levou a uma situação incompatível com a legislação da União,

Ou

- 2 Revogar essa decisão, para ter em conta a interpretação dessa legislação feita posteriormente pelo Tribunal de Justiça.

Condições de aplicabilidade

- 3 Na medida em que as regras processuais internas aplicáveis o permitam;

E

- 4 Órgão jurisdicional nacional ter decidido em última instância, sem que tivesse submetido ao Tribunal de Justiça um pedido de decisão prejudicial, nos termos do artigo 267.^º do TFUE.

Concluímos que a decisão, e respetiva norma, decorrentes do acórdão *Pizzarotti*, resultam de uma evolução jurisprudencial do TJUE, no sentido de pugnar pelo difícil equilíbrio entre o princípio da autoridade do caso

julgado e da autonomia processual dos Estados membros, por um lado, e o primado do Direito Europeu, e seus corolários, nomeadamente os princípios da equivalência e da efetividade, por outro, com paulatina prevalência para estes, subsumindo-se ao método teorizado por Trevor C. Hartley - a “policy theorie”, que identifica uma tática utilizada pelo TJUE, para introduzir, através da sua jurisprudência, uma nova doutrina que sirva para o desiderato do aprofundamento da integração europeia - o que nos pode levar, por um lado, a confirmar a presença da introdução e consolidação de uma nova doutrina do TJUE que fomenta a integração europeia, e por outro, a aplicabilidade da própria teoria, para efeito de posteriores análises.

Concluímos, finalmente, que apesar de partilharmos das preocupações manifestadas pela maioria da doutrina europeia, entendemos que a atividade do TJUE se tem de reconduzir à *ratio* da integração europeia, e, consequentemente, que a própria evolução originada pelo TJUE, no sentido de aprofundar a aplicação do Direito Europeu, é não só necessária para garantir o sucesso do projeto europeu, como justificada e imposta pelo princípio da integração europeia, e do seu gradualismo, enquanto substrato essencial da ideia de União Europeia.

REFERÊNCIAS

- ALTER, Karen. Explaining National Court Jurisprudence: a Critical Evaluation of Theories of Legal Integration. In: SLAUGHTER, Anne-Marie et al. *The European Courts & National Courts, Doctrine and Jurisprudence*, Oxford: Hart Publishing, 1998.
- CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, - Volume II, Artigos 108.^º a 296^º. Coimbra: Coimbra, 2010.
- GARRETT, Geoffrey. The politics of legal integration in the European Union. *International Organization*, Cambridge, v. 49, n. 1, p. 171-181, Winter 1995.
- HARTLEY, Trevor. *The Foundations of European Community Law*. Oxford, Clarendon Press, 1994.
- KACZOROWSKA-IRELAND, Alina. *European Union Law*. New York: Routledge, 2016.
- LANCEIRO, Rui Tavares. A “Erosão” dos Princípios da Autoridade do caso Julgado e do Caso Decidido pelo Direito da União Europeia. In: VÁRIOS, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume V*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

LANCEIRO, Rui Tavares. *O Dever de Anulação do artigo 168.º, n.º 7, do novo CPA e a Jurisprudência Kühne & Heitz*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

QUADROS, Fausto de; MARTINS, Ana Maria Guerra. *Contencioso da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2007.

QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2013.

RASMUSSEN, Hjalte. On Law and Policy in the European Court of Justice: *A Comparative Study in Judicial Policymaking*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1986.

UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, Acórdão de 11 de Março 1980, *Foglia Novello*, 104/79.

UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Quinta Secção), Acórdão de 21 de Abril de 1988, *Pardini*, 338/85.

UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Quarta Secção), Acórdão de 15 de Julho de 1995, *Zabala Erasun*, C-422/93.

UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, Acórdão de 13 de Janeiro de 2004, *Kühne & Heitz*, C-453/00, EU:C:2004:17.

UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Primeira Secção), Acórdão de 16 de Março de 2006, *Kapferer*, C-234/04, EU:C:2006:178.

UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Grande Secção), Acórdão de 18 de Julho de 2007, *Lucchini*, C-119/05, EU:C:2007:434.

UNIÃO EUROPEIA, Advogado-Geral Ján Mazák, Conclusões apresentadas em 24 de Março de 2009, C-2/08, EU:C:2009:180.

UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Terceira Secção), Acórdão de 22 de Outubro de 2009, *Zurita García*, C261/08, EU:C:2009:648.

UNIÃO EUROPEIA, Advogado-Geral Nils Wahl, Conclusões apresentadas em 15 de Maio de 2014, C-213/13, EU:C:2014:335.

UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067.

UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 3 de Setembro de 2009, *Olimpiclub*, C-2/08, EU:C:2009:506.

UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Grande Secção), Acórdão de 6 de outubro de 2015, *Târsia*, C-69/14, EU:C:2015:662.

UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 11 de novembro de 2015, *Klausner Holz*, C-505/14, EU:C:2015:742.

RECEBIDO EM: 09/06/2017
APROVADO EM: 06/11/2017

PAZ, PACIFICAÇÃO SOCIAL E O DIREITO – CONTRIBUIÇÕES CONCEITUAIS PARA UMA PROBLEMATIZAÇÃO

***PEACE, SOCIAL PACIFICATION AND LAW - CONCEPTUAL
CONTRIBUTIONS TO A PROBLEMATIZATION***

Bárbara Diniz

Mestre em Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade de Brasília; Professora de Direito na Faculdade Anhanguera de Brasília; Especialista em Direito Civil pela Fundação Getúlio Vargas; advogada, mediadora de conflitos.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O problema; 2 A pacificação liberal; 3 A pacificação total; 4 A pacificação positiva; 5 Uma paz imperfeita; 6 Considerações finais; Referências.

RESUMO: A concepção de que a finalidade do Direito é a pacificação social é arraigada no meio jurídico, encontrada nas obras dos mais diversos autores, especialmente, na atualidade, entre aqueles que defendem métodos não judiciais de resolução de conflitos. Contudo, os significados de paz ou de pacificação social não são esclarecidos, constituindo-se numa “falácia não formal”. Diante disso, o objetivo geral do presente artigo é problematizar o conceito de pacificação social a partir de concepções de pazes dentro da perspectiva dos estudos para a paz. Para tanto, ele se configura numa revisão bibliográfica interdisciplinar que aborda quatro conceitos de paz: a liberal, a total, a positiva e a imperfeita, que instrumentalizam ações de pacificação social. A conclusão expressa a necessidade de se realizar pesquisas empíricas sobre essa temática.

PALAVRAS-CHAVE: Paz. Pacificação. Paz Social. Estudos para a Paz. Mediação de Conflitos. Direito.

ABSTRACT: The idea that the purpose of Law is peace or social pacification is rooted in the legal environment, found in the most diverse authors, especially nowadays, among those who defend non-judicial methods of conflict resolution. However, the meanings of peace or social pacification, the ultimate purpose of Law, are not clarified, constituting a non-formal fallacy. Therefore, the general aim of this article is to problematize the concept of social pacification as a scope of public policies involving conflict mediation. Specific objectives are a) to present conceptions of peace and social pacification; b) to analyze the need to explain the conception adopted with regard to public policies. For this, this article is configured in an interdisciplinary bibliographical review, addressing four types of peace - liberal, total, positive and imperfect. The conclusion expresses the need to carry out empirical research about that.

KEYWORDS: Peace. Pacification. Social Peace. Peace Research. Conflict Mediation. Law.

INTRODUÇÃO

No âmbito jurídico, é notória a ideia de que a finalidade do Direito é a pacificação social. Na seara dos métodos não judiciais de resolução de conflitos, em especial da mediação de conflitos, é comum a noção de que tais métodos promovem uma melhor pacificação em comparação ao processo judicial comum.

Contudo, nesse debate, pouco se fala sobre o que se pretende dizer com tais afirmações ou o que efetivamente significam paz ou pacificação social. Assim, tendo-se como base a perspectiva de uma teoria crítica do Direito, em diálogo com os estudos para a paz (*peace research*), o presente artigo tem como objetivo geral problematizar o conceito de pacificação social junto a ações de mediação de conflitos a partir de algumas concepções de pazes.

Trata-se de uma revisão bibliográfica interdisciplinar, construída a partir das discussões sobre o campo dos estudos para a paz (*peace research*), a filosofia política e a teoria dos conflitos, os quais não têm sido ainda apropriados pelo Direito, instituição social que se diz responsável pela pacificação social.

Esclareça-se que não há o objetivo de ser um debate definitivo – até porque a ausência de problematização o impede. O que se espera é despertar o interesse para outras análises sociais e jurídicas que possam clarear sobre o tema, provocar tal debate e discutir o que se está a falar quando há o desejo de se realizar uma pacificação social por meio da mediação de conflitos.

Para tanto, este artigo se organiza em cinco seções. A primeira esclarece a problemática e apresenta aspectos gerais da teoria proposta. Em seguida, as demais seções trabalham quatro concepções de pazes e de pacificação (a liberal, a total, a positiva e a imperfeita), que fundamentam ações de pacificação social. Dentro de cada seção são feitas discussões sobre as ações decorrentes de cada uma das concepções e suas relações com a mediação de conflitos.

Cabe esclarecer que as concepções apresentadas foram percebidas como possibilidades comuns nos estudos para a paz (*peace research*) e na teoria dos conflitos, conforme expresso nos autores à frente indicados, mas isso não significa que sejam as únicas. Outras percepções podem e devem existir, podendo ser consideradas a partir da discussão que se pretende realizar e de possíveis pesquisas feitas na área, inclusive de forma empírica.

Por isso, nessa perspectiva, a proposta aqui desenvolvida pode abrir espaço para que estudos posteriores, especialmente relacionados à pesquisa empírica no Direito, possam identificar qual a paz que queremos ter e, a partir disso, que tipo de mediações de conflitos poderemos promover.

1 O PROBLEMA

Desde que Cintra, Grinover e Dinamarco (1996, p. 26) disseram que, se o importante é pacificar, “torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes”, afirmações de que métodos autocompositivos de resolução de conflitos, em especial a mediação de conflitos, promovem a paz ou a pacificação social podem ser encontradas nos mais diversos autores, como Azevedo (2015), Sales (2004) e Calmon (2007) ou Gabbay (2013), Souza (2015), Six (2001), Mendonça (2006) e outros.

Esse pensamento está presente também na seara das políticas públicas, como, por exemplo, no Plano Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3, cujo eixo orientador IV, que trata sobre segurança pública, acesso à justiça e combate à violência, diretriz 17, apresenta a mediação de conflitos como ação programática para a pacificação social em diversos âmbitos: da educação em direitos humanos (EDH) até o acesso à justiça, no campo ou na cidade (BRASIL, 2010a).

Encontra-se ainda, de forma mais clara e específica, no objetivo estratégico III, da diretriz 17, que trata da promoção de um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, para o conhecimento, a garantia e a defesa dos direitos, a expressão de que a mediação de conflitos é uma ação programática que estimula “a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização” (BRASIL, 2010a, p. 177).

Além disso, a Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos no âmbito do Judiciário, estabelece “que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social [...]” (BRASIL, 2010b, p. 02). Por fim, apenas em relação ao CNJ, uma simples busca realizada no *site* da instituição utilizando-se, para tanto, as palavras “pacificação” e “paz social” traz como resultado dezenas de notícias sobre mediação de conflitos, relacionando-a diretamente àquelas palavras, ou seja, a situações de pacificação e paz social.

A questão que se apresenta é que, dentro da perspectiva de uma teoria crítica, o discurso jurídico, quando não comprehende o sistema de significações e não explica “o poder social” dessas significações (WARAT, 1982, p. 49), é visto como um sistema de simples reprodução do senso comum. Dito de outra forma, tal discurso é formado por juízos de valor que se repetem sucessiva e exaustivamente até se tornarem verdade, sem comprovação, problematização ou mesmo efetiva conceituação dos termos utilizados.

É disso que Warat (1984, p. 36) fala ao conceituar a “falácia não verbal”, isto é, “um conjunto de ‘slogans’ operacionais que permitem o reconhecimento teórico de algumas formas tradicionais de raciocínio persuasivo”, comum ao discurso jurídico e que se caracteriza por criar incerteza, ambivalência e (ou) ambiguidade quanto ao significado de certos termos.

Tratando especificamente do tema aqui trabalhado, as expressões paz e pacificação (lembrando que pacificação significa restituir ou restabelecer a paz) aparecem como um absoluto, numa apropriação da expressão de Hanna Arendt (2004, p. 36), uma vez que não carecem de justificação, de conceituação ou de problematização, o que apenas colabora para a reprodução do conceito, mas sem uma demonstração de seu significado.

Nesse sentido, ao se mostrar como reprodução do senso comum e não compreender as relações de poder existentes no sistema de significações das palavras, permitindo, assim, ambiguidades, o discurso jurídico escamoteia ideologias e concepções de mundo que podem justificar ações de dominação e de opressão, especialmente quando voltadas a grupos historicamente oprimidos.

Por isso há a necessidade de uma permanente discussão sobre as significações das palavras, especialmente aquelas defendidas de forma absoluta, como a paz ou a pacificação social. Esclareça-se, nesse ponto, que, no Brasil, Diniz (2016) já houvera feito uma reflexão sobre concepções de pazes, mas direcionadas à educação para a paz. Fora esse trabalho que, num momento de estudos e discussões sobre mediação de conflitos e teoria dos conflitos, despertou o questionamento que motivou a tecitura deste, de forma que, agora, pretende-se transferir esse debate para a seara do Direito, invocando-se algumas das concepções então apresentadas, especialmente a paz liberal, a paz total, a paz positiva e a paz imperfeita.

2 A PACIFICAÇÃO LIBERAL

O conceito de pacificação liberal decorre do trabalho de José Manuel Pureza (2011; 2000) que desenvolveu a ideia de paz liberal. Nessa

perspectiva, paz e pacificação possuem como referência sua etimologia latina, derivada de *pax* – ausência de guerra, o que remete à expressão *pax romana*.

A *pax romana* era o período sem guerras que existia no Império Romano. Contudo, conforme explica Sader (2000), era uma paz armada, obtida por meio do fortalecimento do exército e do autoritarismo nos territórios sob dominação. Na modernidade, o mesmo autor estende essa expressão para se referir à hegemonia dos países ocidentais, especialmente Inglaterra e Estados Unidos, construída a partir do colonialismo, do nacionalismo, de doutrinas racistas e do Estado-nação liberal, que justificaram a interferência dessas potências em processos e conflitos existentes nas regiões sob sua influência ou dominação.

Nessa perspectiva de paz, a sociedade normal é vista como harmoniosa e o progresso como algo natural, decorrente da evolução das ciências e das relações consensuais, obtidas por meio da obediência ao sistema dominante. Dessa forma, o conflito é uma perturbação, uma situação de anomia, cujas causas só podem ser encontradas fora da própria sociedade ou do Estado.

Por ser uma ruptura da ordem natural, o conflito torna-se uma espécie de patologia, que precisa ser eliminada por meio de uma decisão heteronômica, ou seja, um terceiro externo ao conflito, uma autoridade com força vinculante, capaz de prevenir ou resolver os conflitos e garantir a segurança e a propriedade (PASQUINO, 1995). Daí a existência de um Estado-nação forte, que, acima das tensões sociais, atue para fomentar uma paz social, chamada por José Manuel Pureza de “paz liberal”.

No modelo atual desse tipo de pacificação há dois enfoques: um externo e outro interno. Externamente, ela ocorre pela expressão da soberania e pela ausência de guerras entre nações, ainda que seja crescente o armamento (a corrida armamentista) dos países em paz e seu alinhamento em relação às potências internacionais. Internamente, fortalecem-se os modelos autoritários de distribuição ou tomada de decisões e o uso da força punitiva estatal, quando os conflitos se expressam. Esse modelo se expande e se desenvolve pelo processo de expansão hegemônica dos países ocidentais e pela globalização.

Dessa forma, a paz e a pacificação social surgem como uma construção histórica ocidental e, portanto, etnocêntrica, pautadas na reprodução de um modelo único de sociedade, baseado na democracia representativa, mas sem

efetiva participação popular; na economia de mercado e na consequente desconsideração aos modos tradicionais de vida; na pacificação interna pelo controle social de periferias e na consideração apenas às liberdades civis e individuais, ou seja, sem menção aos direitos sociais (PUREZA, 2011). Essa percepção pode ser compreendida pelas próprias palavras do autor, quando diz:

A paz liberal é, pois, uma paz construída por formas várias de intervenção internacional condicionadora. É certo que se trata de um projecto (sic) compósito, em que convergem dinâmicas de paz muito diversas, desde a paz da vitória militar à paz institucional que garante a governação, passando pela paz constitucional assente na democracia e na liberdade económica e pela paz civil fundada no respeito dos direitos e liberdades individuais (PUREZA, 2011, p. 15)

Tal paz não “assume a coerção típica do imperialismo tradicional”. Ao contrário, ela insinua “um campo normativo consensual que alimenta uma biopolítica cujas tecnologias delimitam e ordenam os sujeitos dominados por práticas discursivas e por redes de conhecimento e significado” (PUREZA, 2011, p. 16). Em outras palavras, não se tratam apenas de ações militarizadas que obrigam a uma situação de paz ou de ausência de guerra. Trata-se também (ou principalmente) de uma construção consensual que surge a partir de certos discursos, tal qual a que se desenvolve com a absorção, por países periféricos, de políticas públicas gestadas em organismos internacionais (BID, Banco Mundial, FMI etc.), processo esse chamado por Boaventura de Sousa Santos (2004, p. 246), de localismo globalizado:

[...] o processo pelo qual determinado fenómeno local é globalizado com sucesso, seja a actividade mundial das multinacionais, a transformação da língua inglesa em *língua franca*, a globalização do *fast food* americano ou da sua música popular, ou a adopção mundial das leis de propriedade intelectual ou de telecomunicações dos EUA (SIC).

Nessa exportação de práticas e de conceitos locais preconcebidos, que caracteriza o localismo globalizado, ignora-se a pluralidade de significados e de expressões locais, de cada época e cultura, produzindo, em consequência, desestruturação de sociedades, exclusão e dominação, situação que é chamada por Boaventura de Sousa Santos (2004) de globalismo localizado.

Essa construção é possível de ser observada em vários artigos e pesquisas sobre métodos não judiciais de solução conflitos. Para este artigo, optou-se por apresentar, resumidamente, os trabalhos de Vestena e Borges (2009) e de Moreira e Fragale Filho (2012).

O primeiro trabalho trata da influência do Banco Mundial na adoção das práticas de composição de conflitos como estratégias para os processos de reformas do Judiciário nos países da América Latina e Caribe. Conforme os autores, se de um lado questiona-se a eficiência do sistema judiciário, por outro se reforçam práticas jurídicas conservadoras, presas a um modelo universalizante e único, direcionadas aos interesses das grandes corporações financeiradoras da agenda.

Não é por acaso que, na atualidade, algumas das discussões sobre mediação de conflitos relacionam-se principalmente às instituições financeiras e telefônicas, grandes corporações da agenda atual, maiores litigantes perante o Poder Judiciário e tradicionalmente reconhecidas por desrespeitar direitos do consumidor, conforme indica a pesquisa “O uso da Justiça e o Litígio no Brasil”, da Associação dos Magistrados Brasileiros (2014), e o relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com os 100 maiores litigantes nacionais (2011).

Já o segundo trabalho faz uma análise dos discursos, das legislações e das matérias jornalísticas presentes no portal eletrônico do CNJ sobre mediação de conflitos. A partir dessa análise, os autores concluem ser apenas retórica a ideia de que a mediação de conflitos representaria um novo paradigma de justiça, que tornaria o Poder Judiciário “democrático, humanizado e acessível”, permitindo a pacificação social (MOREIRA; FRAGALE FILHO, 2012, p. 182).

Isso porque, além de não haver, à época da pesquisa, informações concretas sobre mediação de conflitos, há o exagero no uso de termos de propagandas comerciais (“Rápida, barra, eficaz e... pacífica!”) e a afirmação de que “toda conciliação culmina em acordo”. Além disso, não haveria debate, democratização de acesso ou interface com demandas por lutas por direito. Ao contrário, o trabalho sugere que, ao longo do tempo, teria havido um tipo de apropriação política e ideológica do instituto que “pasteuriza a prática e reduz suas possibilidades emancipatórias” (MOREIRA; FRAGALE FILHO, 2015, p. 182 e 185) à simples diminuição de número de processos judiciais.

Sendo isso verdade, há uma questão problemática quando se analisa o Mapeamento Nacional de Programas Públicos e Não Governamentais do Ministério da Justiça (BRASIL, 2005, p. 13), anterior à instituição da política pública, que desde então considera:

[...] que boa parte dos programas [de solução alternativa de conflitos] governamentais – e mesmo dos não-governamentais – é diretamente

patrocinada pelos Judiciários Estaduais e Federal, ou estabelece com eles convênios e parcerias na prestação de serviços jurisdicionais.

O problema dessa realidade, existente nos dias atuais, é que ela causa a esterilização de iniciativas sociais e promove uma visão única e conservadora, sem reforçar a emancipação social, conforme indica Nicácio (2011).

Assim, há uma expansão do Direito estatal por meio da mediação de conflitos e do argumento de se realizar uma pacificação social. Contudo, seu resultado, pode ser, ao contrário do pretendido, a diminuição do acesso à justiça. Em outras palavras, em nome da paz ou da pacificação social, promovem-se mais acordos, permite-se o alcance a programas de acesso à justiça, mas não há garantia de efetivação de direitos.

Quanto a isso, cabe trazer à baila Dahlet (2014, p. 127) que, ao analisar o eufemismo do discurso liberal, suas formas e efeitos retóricos, evidencia como o termo pacificação foi se relacionando, na verdade, à violência, especialmente quando promovida pelas forças estatais:

[...] aceitas como entidades pacificadoras (cf. a própria denominação de unidades de pacificação das favelas do Rio, relembrando estranhamente que a guerra da Argélia, para tentar conter o movimento de independência, também foi apresentada pelo governo francês da época como sendo uma guerra de pacificação).

Diante disso, o risco da existência de um conceito de pacificação social baseado nessas premissas relacionando-se com a mediação de conflitos expressa-se como um conceito que prega o controle social das periferias pelo Estado, a alienação e, ao invés de ser uma visão positiva e democrática de conflito, apresenta uma visão autoritária e negativa.

Nesse processo, as ações de mediação de conflito podem servir não para o acesso a direitos e garantias sociais, previstos na legislação, mas como forma de simples diminuição de processos judiciais. Com isso, políticas públicas que pregam a mediação de conflitos como meio de pacificação social podem surgir, em verdade, como mais uma forma de controle, de violência e de dominação, de silenciamento de dissensos e como promoção do discurso único e oficial do Estado-nação, não se constituindo, portanto, em ações de emancipação e de promoção de autonomia e de cidadania e nem de efetiva pacificação.

Apesar de apresentar uma situação dramática – que demanda conscientização, problematização e transformação social, esse modelo

não é único. Ao lado dele, uma perspectiva de pacificação total também se desenvolve.

3 A PACIFICAÇÃO TOTAL

Falar da pacificação total implica considerar termos como vigilância, normalização, cooptação, pensamento único e construção do inimigo. Isso significa pensar tanto em aspectos político-sociais, como o totalitarismo, quanto em institucionais, como as instituições totais.

Em relação ao totalitarismo, o pensamento de Hanna Arendt (2012) e de Claude Lefort (1991) trazem reflexões sobre o tema. Para esses autores, na sociedade totalitária há a produção de uma homogeneização: não há diferenciações quanto a crenças, opiniões, costumes, pois seus “membros são rigorosamente solidários uns com os outros” (LEFORT, 1991, p. 28). Em outras palavras, não há pluralidade, pois apesar de todos estarem juntos num mesmo espaço, estão impossibilitados de conviver com a diferença.

Nesse contexto, a diferença e a pluralidade são vistas como perigosas, como algo que afasta a solidariedade e a harmonia social, intrínsecas à sociedade ideal, e, dessa forma, constituem-se em inimigas, que precisam ser extintas e anuladas. Por outro lado, a construção constante do inimigo, do *Outro*, permite a união do grupo e a perpetuação da solidariedade entre seus membros contra esse mesmo inimigo (ARENKT, 2005).

No contexto jurídico, tal ideia remete ao direito penal do inimigo (JAKOBS; MELIÁ, 2007). Nesse modelo, há dois tipos de sistema jurídico, um para o cidadão, no qual vigoram todos os direitos e as garantias construídos historicamente, e outro para o inimigo, no qual há a suspensão desses mesmos direitos e garantias, podendo ser utilizado contra ele qualquer meio de punição, inclusive sua completa destruição.

O objetivo deste trabalho não é discutir o direito penal do inimigo, mas não se pode deixar de fazer algumas reflexões acerca dele quando se discute formas de pacificação. Uma das questões que devem ser consideradas é justamente o limite entre o inimigo e o cidadão, pois se inicialmente aquele pode ser identificado com os grandes terroristas ou os grandes assassinos, paulatinamente ele pode passar a ser qualquer pessoa que não respeita as leis e a ordem legal. Há, portanto, a possibilidade de um alargamento conceitual a ponto de permitir que qualquer conflito ou dissenso produza um inimigo da sociedade. Nesse ponto, a pacificação

vem com a destruição desse inimigo, do Outro, numa confirmação do total, e da homogeneização do pensamento.

Em outras palavras, a diferença, a resistência, a oposição, enfim, o conflito precisa ser excluído e eliminado, a qualquer custo. No plano internacional, permite-se a guerra, inclusive preventiva e contra o “terror” e uma situação permanente de suspense sobre qual será o próximo alvo. No plano interno, nacional, há a tentativa de construção de um discurso único, moral, de permanente controle de ações e de pensamentos e a negativa a qualquer questionamento ou debate. Não há possibilidade de diálogo: ou há a completa solidariedade entre os iguais ou a destruição do Outro, do diferente.

Não há, assim, confusão com a paz liberal, mais próxima de um modelo autoritário. Para demonstrar isso, Hanna Arendt faz a relação entre a pirâmide e a cebola. Para a autora, o autoritarismo (que produz uma paz social do tipo liberal) é uma pirâmide, na qual o poder maior é conhecido e reconhecido por todos (ou uma maioria) e encontra-se no topo:

A pirâmide, com efeito, é uma imagem particularmente ajustada a uma estrutura governamental cuja fonte de autoridade jaz externa a si mesma, porém cuja sede de poder se localiza em seu topo, do qual a autoridade e o poder se filtram para a base de maneira tal que cada camada consecutiva possua alguma autoridade, embora menos que a imediatamente superior e onde, precisamente devido a esse cuidadoso processo de filtragem, todos os níveis, desde o topo até à base, não apenas se achem firmemente integrados no todo, mas se inter-relacionam como raios convergentes cujo ponto focal comum é o topo da pirâmide, bem como a fonte transcendente de autoridade acima dela (ARENNDT, 2013, p. 135).

O totalitarismo, por sua vez, não se confunde com esse modelo. A metáfora utilizada por Arendt (2013; 1999), aqui, é a cebola: no centro, isolado, está o líder, cercado por instituições e funcionários que se sobrepõem, muitas vezes exercendo a mesma atividade, de forma a ser impossível saber de onde emana o real poder, salvo pelo fato de que todos atuam como a exata expressão da vontade do grande pai, do herói da nação, do grande irmão, do supremo líder, enfim. Não há hierarquia e as leis não se incomodam com a conduta e a organização humanas, mas apenas em expressar a completa identificação entre o povo e seu máximo governante, ao mesmo tempo em que todos agem como se estivessem no mais alto grau de normalidade:

[...] a imagem mais adequada de governo e organização totalitários parece-me ser a estrutura da cebola, em cujo centro, em uma espécie de espaço vazio, localiza-se o líder; o que quer que ele faça [...], ele faz de dentro, e não de fora ou de cima. Todas as partes extraordinariamente múltiplas do movimento: as organizações de frente, as diversas sociedades profissionais, os efetivos do partido, a burocracia partidária, as formações de elite e os grupos de policiamento, relacionam-se de tal modo que cada uma delas forma a fachada em uma direção e o centro na outra, isto é, desempenham o papel normal para um nível e o papel de extremismo radical para outro (ARENDT, 2013, p. 137).

No campo do Direito, essa situação leva a um amorfismo jurídico: qualquer relação jurídica é substituída pela fidelidade pessoal. Não há coerência, hierarquia ou inteireza do Direito, mas apenas a única vontade geral do povo, um ente uno e homogêneo, completamente identificado com a vontade de seu líder (ARENDT, 1999), que é a de destruir seus inimigos e fomentar um povo uno.

Não vivemos, atualmente, o totalitarismo. Contudo, Castoriadis (1982) alerta para os resquícios do total nas instituições da modernidade, especialmente naquelas direcionadas ao controle de corpos e de mentes, como quartéis, escolas, unidades socioeducativas, hospitais e presídios. E isso lembra Foucault e sua relação com o poder disciplinar e as instituições.

Para esse autor (1984; 1999) as instituições da modernidade atuam por meio do poder disciplinar na tentativa de controlar os que a elas se submetem, negando ou diminuindo resistências e oposições. Existente em toda a sociedade de forma difusa, esse poder tem como função a reprodução social e a manutenção do *status quo*.

Daí, ao longo da história, em seu desenvolvimento, o poder disciplinar ter substituído a punição física (sobre o corpo) pela vigilância e pelo controle (sobre a mente) por meio de uma superordenação racional dos espaços e do tempo. Em outras palavras, há uma constante preocupação com o local, a organização, a disposição das coisas e com o tempo despendido, sempre com o objetivo de “maior produtividade” e controle, anulando-se o que possa perturbar e distrair.

Nesse processo, o poder disciplinar implica uma segregação - aumentando a vigilância e a normalização e diminuindo o questionamento ou a contestação – que atua de forma a classificar e objetivar para, com isso, construir identidades conforme esse sistema. Não se trata do “poder

de alguns sobre alguns”, mas de uma relação “imediata de todos em relação a cada um” (FOCAULT, 1999, p. 149).

Ao lado dessa superordenação, o poder disciplinar também faz uso da cooptação: alguns membros recebem privilégios e a possibilidade de ascensão em troca de cooperação, isto é, da vigilância dos demais, tornando o cooptado dócil, obediente e aliado do sistema em troca de benefícios (FOCAULT, 1999).

Apesar de não se estar, na atualidade brasileira, em um regime totalitário, há resquícios do total nas mais diversas instituições, influenciando percepções de conflito e as formas de agir nesse processo.

Nesse ponto, ao retornar à questão de métodos autocompositivos de resolução de conflitos, parece não haver possibilidade de mediação de conflitos no total pela simples impossibilidade de diálogo: ou se é inimigo ou se é solidário/cooptado. Por isso é que, dentro dessa perspectiva, chama à atenção a existência de projetos de mediação de conflitos no contexto das instituições totais, como as unidades de internação socioeducativas e as escolas.

Cabe uma explicação aqui: não se está a falar da aplicação da mediação de conflitos para lidar, por exemplo, com o ato infracional, dentro do trabalho das varas de infância e de juventude do Poder Judiciário, como tratado por Vezzula (2004), em que se busca a conscientização do adolescente quanto a suas ações e a prevenção de sua internação numa instituição total ou sua saída.

A proposta mencionada aqui, ao contrário, relaciona-se aos Parâmetros de Segurança do Sistema Socioeducativo (KOZEN, s.d), que indicam a mediação de conflitos na convivência interna das unidades socioeducativas, ou seja, dentro do espaço da própria instituição total.

Quanto a isso, se de um lado Soares (2011), em trabalho sobre a atuação dos psicólogos dentro de uma unidade socioeducativa, considera que a mediação de conflitos leva a um atendimento das necessidades dos adolescentes, de outro, Silva, Melo e Lopes (2014), ao tratar sobre as relações de poder, mencionam a necessidade institucional de “saber lidar com o ser humano”. Isso porque, esse último trabalho demonstra, as relações dentro das unidades são marcadas pelo poder disciplinar e pelas tentativas de controle sobre os adolescentes a fim de manter a ordem e evitar a insurreição. Não se trata de transformação das relações ou de melhoria nos modos de socialização.

Sobre essa questão, apesar de realizado em outro contexto, dentro de uma escola, o trabalho desenvolvido por Diniz (2014), envolvendo a avaliação de um projeto de mediação de conflitos, indicou que a principal motivação da escola e dos seus profissionais para a implantação do projeto foi justamente a de facilitar o controle institucional sobre os estudantes e não de favorecer a convivência na diversidade e no conflito. Nas palavras da autora:

[...] os profissionais da escola desejam um aporte técnico que lhes auxilie na resolução de conflitos em sala de aula, mas desde que não haja uma transformação efetiva de suas práticas, com a democratização das relações, e sim uma alteração no comportamento apenas do estudante. A demanda apresentada é, de fato, “acalmar” os alunos a fim de se permitir o desenvolvimento da atividade escolar (DINIZ, 2014, p. 153).

Mais à frente, na página seguinte, a autora torna a afirmar:

[...] a escola pesquisada desejava apenas ações que promovessem um melhor comportamento dos estudantes, sem alterações em suas práticas e nas de seus profissionais, de forma que a escola busca apenas favorecer a vigilância e o controle (FOCAULT, 1984).

Esses trabalhos, apesar de serem desenvolvidos em contextos institucionais diferentes (escola e unidade de internação), sugerem que há a necessidade de pesquisas que observem se a mediação de conflitos, ao invés de fomentar o atendimento às necessidades de estudantes ou de crianças e de adolescentes, não estaria, em verdade, criando novas formas de controle, mais sutis, que, em última instância, apenas confirmariam o poder disciplinar, tornando-o mais forte. Nesse sentido, o objetivo dessas mediações de conflito não é a transformação, mas a cooptação dos envolvidos e a introjeção do discurso único, sob pena de, se não houver cooperação, tornar-se “O” inimigo.

Dentro dessa possibilidade, políticas públicas pautadas numa concepção total de pacificação podem atuar para aumentar o poder disciplinar e o controle, de um lado, ou para construir inimigos contra os quais a sociedade precisa lutar ou eliminar (como a corrupção ou a imoralidade, por exemplo), em busca de uma harmonização e de uma solidariedade que, em última instância, surge para destruir e eliminar o outro, a diferença e a diversidade.

Pensar em uma ideia de pacificação sobre esses pressupostos, contudo, parece ir justamente de encontro a uma ideia de paz. Daí a necessidade da problematização e da construção de outras perspectivas de paz.

4 A PACIFICAÇÃO POSITIVA

A construção de um modelo de pacificação positiva deve muito a Johan Galtung (1969; 1996; 2004), matemático norueguês, mediador de conflitos e um dos fundadores dos estudos para a paz.

Até a década de 1960, a paz era relacionada à ausência de guerras e, a partir daí, vários fatores contribuíram para mudanças nessa relação. Primeiramente, o conceito de paz teve de ser revisto em razão da Guerra Fria, quando não houve um conflito mundial, como as I e II Guerras, mas inúmeros conflitos locais, em países periféricos, criados e mantidos pelas então potências nucleares. Ao mesmo tempo, enquanto países ocidentais viviam uma situação permanente de tensão, outros países, periféricos, envolvidos ou não naquelas tensões, passavam por situações de desigualdade social e pelas consequências dos processos de descolonização, no caso da África, ou pelos regimes ditatoriais e contrários aos direitos humanos, no caso da América Latina (SADER, 2000).

Diante dessa realidade, Galtung (1969) ponderou que tais situações demonstravam que a paz não seria apenas a ausência de guerras ou de conflitos armados. Haveria algo mais a considerar, pois não se poderia dizer que a existência desse tipo de violência significaria paz. Ao invés disso, Galtung considerou que a guerra era, na verdade, um dos tipos de violência, organizada e orquestrada por Estados e milícias, e que outras situações também se consubstanciariam em violência e impediriam a paz. Assim surgia o conceito de paz positiva, que desconsidera a guerra e foca a violência como sua oposição.

Nessa mesma época, o conceito de violência passou por uma ampliação, englobando aspectos objetivos e subjetivos, como desenvolvido por Wiewiorka (1997). Dentro dessa perspectiva, a violência não seria apenas a destruição física de algo, mas tudo o que a sociedade atual repudia, “a marca do que é preciso recusar”, inclusive a ausência do Estado em certos ambientes, causando exclusão social e opressão (WIEVIORKA, 1997, p. 08). Essa ampliação do conceito pode ser percebida quando Galtung (2003, p. 93) diz que violência é “qualquer coisa que possa impedir a auto-realização individual, não apenas atrasando o progresso de uma pessoa, mas também o mantendo estagnado”.

Assim, passou-se a considerar as violências estruturais e simbólicas ou culturais, que vão além da violência física e direta, e incluem a injustiça social e a opressão dos povos (violência estrutural) e as imposições

arbitrarias de um grupo privilegiado sobre o que é bom, justo, certo e belo numa determinada sociedade, caracterizando a violência cultural (GALTUNG, 1969; 1996).

Como a paz passou a ser vista como contrária à violência e essa passara por um processo de alargamento conceitual, o próprio conceito de paz também passou por expansão, englobando diferentes tipos de paz, como a paz direta (a ausência de violências diretas ou o exercício da não violência), a paz estrutural (a justiça social) e a paz cultural ou Cultura de Paz (PUREZA, 2011).

Na soma matemática de Galtung (1996) a Cultura de Paz, ou paz cultural, é o resultado da soma da paz direta (ausência de agressão) e da paz estrutural (justiça social). No entanto, a expressão Cultura de Paz nasceu na Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz da Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) em 6 de outubro de 1999, consistindo no conjunto de valores, atitudes, tradições, comportamentos e estilos de vida baseados:

- a) No respeito à vida, no fim da violência e na promoção e prática da não-violência por meio da educação, do diálogo e da cooperação;
- b) No pleno respeito aos princípios de soberania, integridade territorial e independência política dos Estados e de não ingerência nos assuntos que são, essencialmente, de jurisdição interna dos Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas e o direito internacional;
- c) No pleno respeito e na promoção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais;
- d) No compromisso com a solução pacífica dos conflitos;
- e) Nos esforços para satisfazer as necessidades de desenvolvimento e proteção do meio-ambiente para as gerações presente e futuras;
- f) No respeito e promoção do direito ao desenvolvimento;
- g) No respeito e fomento à igualdade de direitos e oportunidades de mulheres e homens;
- h) No respeito e fomento ao direito de todas as pessoas à liberdade de expressão, opinião e informação;

i) Na adesão aos princípios de liberdade, justiça, democracia, tolerância, solidariedade, cooperação, pluralismo, diversidade cultural, diálogo e entendimento em todos os níveis da sociedade e entre as nações.

Em seguida, o ano de 2000 foi escolhido como o Ano Internacional por uma Cultura de Paz, sendo a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco) responsável pela coordenação das atividades de comemoração. Tais comemorações se iniciaram com o Manifesto 2000, lançado em 04 de março de 1999 e cujo objetivo era criar um senso de responsabilidade pessoal, para que cada um colocasse em prática valores e atitudes que inspirassem uma cultura de paz nos moldes da Declaração e Programa de Ação da ONU. O Manifesto 2000, assim, não era dirigido a gestores e autoridades, mas ao indivíduo, responsabilizado, então, pela construção da paz (UNESCO, 2000).

O foco no indivíduo teve o aspecto positivo de trazer para o cotidiano valores, atitudes e comportamentos que poderiam inspirar uma cultura de paz, criando oportunidades de construção de “micropazes”, reforçando a micropolítica e as ações de resistência. Contudo, ela apresenta um contexto excessivamente amplo e esquece que, para tal construção, conforme consta na própria Declaração e Programa de Ação da ONU, são necessárias ações que vão além de intenções individuais e incluem responsabilidades dos próprios Estado-nações.

Apenas a título de exemplo, a Cultura de Paz promove a solução pacífica de conflitos (o que se poderia consubstanciar na mediação de conflitos) e também o fim da violência, a garantia do direito ao desenvolvimento e a própria democracia. Contudo, esses pressupostos estão também em permanente problematização histórica e ideológica.

O fim da violência, por exemplo, não seria possível, pois, como Wieviorka (1997, p.29) menciona, ela tem suas causas nas contradições da modernidade:

[...] a modernidade implica em um dualismo sob tensão entre a razão e a cultura, entre o mundo objetivo e o mundo da subjetividade, entre a racionalização e a subjetivação. Nessa perspectiva, o mundo contemporâneo pode ser apreendido como submetido a riscos crescentes de dilaceramento entre os dois pólos que definem a modernidade. De um lado, o mundo da técnica, dos mercados, da ciência e da economia neoliberal; de outro, o das identidades comunitárias ou sectárias. De um lado, o reino do instrumentalismo, do cálculo, do poder; do outro,

o das culturas desbaratadas ou agressivas. De um lado, o sistema; do outro, os atores: a crise da modernidade e, em seu prolongamento, a tentação pós-moderna envolvem a dissociação completa desses pares cuja tensão define a modernidade.

Desse ponto de vista, a violência contemporânea pode ser analisada como um vasto conjunto de experiências que, cada uma à sua maneira, traduzem o risco de implosão pós-moderna, e mesmo seu esboço.

O direito ao desenvolvimento, por sua vez, pode ser compreendido como uma falácia a partir da argumentação de Celso Furtado (1974), que vê a relação desenvolvimento econômico de países centrais e subdesenvolvimento de países periféricos como faces de uma mesma moeda, sendo um causa do outro, não podendo ser dissociados. Por outro lado, com base na perspectiva liberal de Amartya Sen (2010), o desenvolvimento pode ser livrado dos aspectos exclusivamente econômicos e englobar outras liberdades, como saúde, educação, expectativa de vida e felicidade, e seu índice de desenvolvimento humano.

Por fim, falar em democracia pode abrir espaço para a discussão feita por Santos e Avritzer (2002): há a democracia liberal, consubstanciada na simples representação política e no voto, direto ou indireto, que passa, na atualidade, por uma crise de legitimidade, e a democracia efetivamente participativa e direta. Ou ainda se pode focar na concepção de Claude Lefort (1991) para quem a democracia é a organização social contrária à toda forma de tirania e relacionada à coexistência social que se dá em todos os seus corpos e instituições sociais.

O que se pretende dizer com isso é que a Cultura de Paz, que está presente na política nacional de tratamento adequado dos conflitos no âmbito do Judiciário, é formada por ações políticas e ideológicas tão variáveis que provocam questionamentos se todas elas realmente poderiam ser englobadas na categoria de paz. Pelo mesmo motivo, os processos de pacificação social que surgem daí podem constituir ações que tanto reforçam processos de dominação como buscam efetiva emancipação.

Essa generalização é uma importante crítica à paz positiva. Nesse sentido, Pureza (2000) e Muñoz (2006) consideram que tal paz se constitui em um conceito excessivamente amplo que funciona como um “guarda-chuva” conceitual, capaz de atender a todas as ideologias e servir a quaisquer discursos, desde uma situação que demande efetiva luta social até ações contrárias a direitos fundamentais. Isso permite a cooptação e o sequestro

do conceito por grupos hegemônicos, capazes de tornar a paz positiva apenas um modelo mais socialmente palatável.

Com base em Warat (1984), a paz positiva e a Cultura de Paz são, assim, uma falácia. Isso porque suas ambiguidades mostram-se mais fortes ao poderem se vincular a qualquer ideologia por meio de um raciocínio persuasivo exaustivamente reproduzido sobre a importância da temática e que, por isso, torna-se verdade e reforça a manutenção do *status quo*.

A pacificação positiva reveste-se, assim, de um eufemismo para justificar um discurso liberal de contenção social que nada mais é do que violência, tal como prescrito por Dahlet (2014), ou, em outras palavras, a pacificação liberal.

Outra crítica à paz positiva – e às formas de pacificação social dela decorrentes – é sua relação com a violência. Muñoz (2006) apresenta essa crítica ao considerar que, mesmo em toda a evolução do conceito, ela é sempre vista como uma negação: se no início ela era a ausência de guerra, com o tempo ela passa a ser a ausência de violências. Academicamente falando, é necessário lidar com a violência, conceituá-la, problematizá-la e, então, fazer o giro conceitual, como Galtung (1969), e encontrar a paz.

Já que se chega a pressupor que para compreender e avançar no caminho da paz é necessário, sobretudo, estudar a violência em todas as suas dimensões e complexidade e a partir daí se suporia, através de uma pirueta epistêmica, quase circense, uma capacidade “automática” para abordar a paz (MUÑOZ, 2006, p. 394, livre tradução¹)

Nessas condições, não há uma definição do que é paz, do que são situações de paz, mas do que é violência, tornando a paz academicamente impensável – uma vez que toda a reflexão dá-se apenas em relação à violência. Isso também ocorre no campo jurídico, mesmo quando se repete incessantemente que o fim do Direito é a pacificação social. No entanto, por ser uma busca eterna da humanidade é necessário reconhecer a paz como elemento constitutivo da realidade social e pensar nos seus pressupostos vivenciais, culturais e científicos nas mais diversas disciplinas (MUÑOZ, 2006). Daí a ideia da paz imperfeita.

1 No original: “Ya que se llega a presuponer que para comprender y avanzar en el campo de la paz es necesario, sobre todo, estudiar la violencia en todas sus dimensiones y complejidad y a partir de ahí se supondría, a través de una pirueta epistémica, casi circense, una capacidad “automática” para abordar la paz” (MUÑOZ, 2006, p. 394).

5 UMA PAZ IMPERFEITA

As críticas colocadas à paz positiva trouxeram questões a serem enfrentadas academicamente, especialmente dentro de grupos contrários à pacificação liberal. Uma primeira questão foi sobre a construção de um conceito próprio, positivo, que expressasse o que a paz seria, e não uma definição negativa, como contrária à guerra ou à violência. Outra questão seria a possibilidade da construção de um conceito autônomo, livre de cooptação.

Com relação à primeira questão, Dietrich (2006) analisou conceitos de paz de diferentes povos, indo além da *pax* latina e englobando *pak*, *shalom*, *friede*, *armonía*, *utziláj k'aslem*, *damai*, expressões sinônimas, mas não de forma perfeita, a fim de construir um conceito próprio.

Contudo, o autor observou que cada expressão carrega os significados da comunidade e da cultura que a desenvolveram, não havendo como adotar, hoje, um conceito de um grupo específico do passado. Em outras palavras, a paz é um construto social, histórico, não sendo possível haver uma identidade única ou uma teoria total. Há muitas pazes e qualquer conceito deve levar em conta as contradições e as especificidades de cada cultura em seu momento histórico.

Mesmo dentro de uma perspectiva histórica, a paz não pode ser uma situação definitiva. Conforme Galtung (2004) explica, considerar a paz como uma situação final, ainda que histórica, ou seja, uma circunstância que se possa um dia alcançar, cria o risco de que tal situação transforme-se na imposição de valores de grupos hegemônicos. Isso porque, tradicionalmente, são esses grupos que definem o que é bom, certo, belo, sem considerar as realidades históricas próprias de cada cultura. Diante disso, não haveria impedimento para que também definissem o que é paz, o que se constituiria em violência cultural.

É por isso que a paz, ao invés de ser uma situação final, deve ser vista como um processo. Nesse sentido, Muñoz (2006) desenvolveu o conceito de paz imperfeita, que tem como bases epistemológicas as teorias dos conflitos e que se constitui de forma independente da violência (MUÑOZ, 2006; VINYAMATA, 2015).

Relacionada à teoria do conflito, a paz é construída por Vyniamata (2015), Deustch (2004), Dietrich (2006), Muñoz (2006) e Eberhart (2001) como um processo de recepção ao conflito que surge da capacidade de

reconhecimento das partes de estarem em dissenso, de se manifestarem, de serem ouvidas e consideradas em suas necessidades.

Deutsch (2004), inclusive, considera que o reconhecimento dos conflitos de uma sociedade tem a função de integrar e estabilizar relacionamentos e grupos sociais, constituindo-se em raiz de mudança social e de formação de identidades, coletiva ou individual. Assim, desenvolve-se um mecanismo estabilizante do grupo, da comunidade ou da sociedade capaz de assegurar sua própria continuidade de forma pacífica.

Cabe esclarecer, como fez Muñoz (2006), que a palavra “imperfeita” do conceito de paz não está aqui com um sentido negativo, como algo que não é perfeito, não é bom ou que é defeituoso, e sim, como algo que não está terminado ou concluído. Ou seja, como um processo no qual a paz existe em constante construção e reconstrução, num sistema aberto e em contradição.

Nessa perspectiva é que se pode pensar na segunda questão e na possibilidade de construção de um conceito livre de cooptação. Isso porque, como não há um modelo único e sim um processo de recepção aos conflitos, variável historicamente, são as populações locais que definem seus modos de transformação a partir de suas necessidades. Em outras palavras, a simples importação de modelos globalizados ou a reprodução de políticas públicas externas em experiências locais não são paz nem pacificação. Ao contrário, a paz é “a condição em que cada cultura floresce em sua própria e incomparável forma” numa constante variação no espaço e no tempo, como diz Illich (2006, p. 317), e numa aproximação ao conceito de cosmopolitismo:

Todavia, a intensificação de interacções globais pressupõe outros dois processos, os quais não podem ser correctamente caracterizados, nem como localismos globalizados, nem como globalismos localizados. Designo o primeiro por *cosmopolitismo*. As formas predominantes de dominação não excluem aos Estados-nação, regiões, classes ou grupos sociais subordinados a oportunidade de se organizarem transnacionalmente na defesa de interesses percebidos como comuns, e de usarem em seu benefício as possibilidades de interacção transnacional criadas pelo sistema mundial. As actividades cosmopolitas incluem, entre outras, diálogos e organizações Sul-Sul, organizações mundiais de trabalhadores (a Federação Mundial de Sindicatos e a Confederação Internacional dos Sindicatos Livres), filantropia transnacional Norte-Sul, redes internacionais de assistência jurídica alternativa,

organizações transnacionais de direitos humanos, redes mundiais de movimentos feministas, organizações não governamentais (ONG's) transnacionais de militância anticapitalista, redes de movimentos e associações ecológicas e de desenvolvimento alternativo, movimentos literários, artísticos e científicos na periferia do sistema mundial em busca de valores culturais alternativos, não imperialistas, emprenhados em estudos sob perspectivas pós-coloniais ou subalternas, etc, etc (SANTOS, 2004, p. 247-248).

Diante disso, uma pacificação social efetiva significa um processo histórico de iniciativas contra a exclusão e as opressões, o que a vincula às lutas por direitos humanos, mas não aqueles atrelados a códigos ou às normatividades jurídicas e sim às necessidades humanas (VYNIAMATA, 2015). Paz, assim, é acima de tudo, um processo que nasce da possibilidade de ouvir aqueles que tradicionalmente não podem se expressar, que nasce da promoção ao conflito e na busca pelo diálogo a fim de se encontrar modos de vida que permitam ao ser humano ser aquilo que, legitimamente, tem desejo de ser.

Dessa forma, o desenvolvimento de uma proposta de paz ou de pacificação prescinde da compreensão e do estudo da violência e parte para considerar as experiências de busca e (ou) de efetivação de atendimento às necessidades humanas, o que liga a paz à discussão acerca do Direito e dos direitos humanos.

Retornando à mediação de conflitos, é uma perspectiva que dialoga com Warat (2004) e Six (2001).

Para Warat (2004), a mediação de conflitos identifica-se com os valores comunitários, e a confiança existente entre as pessoas relaciona-se a um pacto cultural, em que o mediador colabora para que a comunidade encontre-se solidária e coesa em seus valores e crenças de convivência. Nesse processo, muito mais do que discutir as relações interpessoais de pessoas que moram próximas, isto é, de vizinhos, a mediação de conflitos trata dos conflitos coletivos nos espaços de exclusão social e das possibilidades de conquistas sociais.

O pensamento de Six, por sua vez, considera que a pacificação social vai além da possibilidade de resolver burocraticamente problemas técnicos (de direito de família, de direito de consumidor etc.) e torna-se um processo de agitação e de organização social para fomentar a mudança e o

“reconhecimento do homem pelo próprio homem em seus direitos” (SIX, 2001, p. 251), num processo contínuo de conquista de direitos fundamentais.

Diante de tudo o que foi exposto, pensar a mediação de conflitos como forma de pacificação social na perspectiva da paz imperfeita significa considerá-la como um meio de sistematização de demandas, de organização de lutas por direitos e de escuta dos grupos beneficiários, ao invés da aplicação de decisões tomadas por burocracias insuladas. Trata-se de uma pacificação que perpassa a agitação política, diferente de todas as formas até o momento vistas, mas que se mostra uma possibilidade de que o fim da mediação de conflitos – e do Direito como um todo – seja verdadeiramente uma paz social.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pensar a paz possibilita problematizar conceitos, perspectivas, teorias, temas e temáticas. A construção deste trabalho permitiu esse desenvolvimento a partir das concepções de paz e de pacificação aqui apresentadas.

Assim, pode-se dizer que paz liberal relaciona-se à necessidade constante de controle, de segurança e, para tanto, utiliza discursos construídos em organismos internacionais e aplica ações sem reflexão a práticas locais. Na seara da mediação de conflitos, seu foco é a diminuição de processos, sem uma efetiva promoção de acesso à justiça e a outros direitos fundamentais.

Quanto à paz total, considera a necessidade do pensamento único e de ausência de diferença, sob pena de classificação, daquele se dissocia desse conceito, como um inimigo, a quem cabe a destruição. Nessa perspectiva, a mediação de conflito serve para facilitar o controle, sem transformação de práticas institucionais nem de verdadeiro diálogo.

Já a paz positiva relaciona-se à ausência de violências, tanto diretas quanto estruturais e culturais, e consolida a Cultura de Paz. No entanto, pelo seu discurso aberto, é uma paz que tanto justifica ações de pacificação liberal quanto de luta por direitos, o que impacta ações de mediação de conflitos nos mais diversos âmbitos.

Daí a necessidade de uma paz imperfeita, uma tentativa de construção de cosmopolitismos e de aplicação da teoria crítica à paz. Trata-se de um processo contínuo, histórico e dialético, de busca constante de ações não

violentas para a abertura do espaço público, de recepção ao conflito e de escuta de populações e grupos historicamente oprimidos sobre suas reais necessidades. Nesse contexto, a mediação de conflitos não é um conceito dado, nem as políticas públicas que a envolvem são definidas por uma burocracia insulada. Na verdade, todo o processo passa pela permanente escuta ativa dos grupos beneficiários e pelo atendimento a suas reais necessidades.

Diante de todo o exposto, é possível dizer que não existe um conceito único ou uma única concepção de paz, de paz social ou de pacificação. A paz, e seus referentes, ao ser pensada e problematizada, relaciona-se a lugares concretos, a comunidades específicas, a um período histórico e a um contexto certo. Não é possível pensar uma teoria total.

Contudo, não se pode negar a busca incessante da humanidade pela paz, o que a relaciona à condição humana, ou seja, as relações de poder e de opressão coexistem a concepções emancipadoras, numa dialética que pressupõe o constante questionamento sobre de que paz/pacificação se está a falar.

Ao se pensar políticas públicas e ações que objetivem uma pacificação social, tal como as que envolvem, na atualidade, a aplicação da mediação de conflitos, é preciso ter em mente que as palavras utilizadas denotam concepções de mundo, ideologias e objetivos que nem sempre ficam claros, escamoteados pelos usos do discurso falacioso.

É essa realidade que está apresentada neste artigo: há concepções de paz e de pacificação social que podem ser antagônicas entre si, mas que, por não serem problematizadas, passam despercebidas no discurso único de que a pacificação social é o fim objetivado. Nesse processo, o risco de se defender a pacificação é aceitar que o objetivo real pretendido seja a contenção social de periferias ou a exclusão do outro e não a conquista de direitos.

Diante dessa perspectiva, este artigo apresenta uma área possível para estudos futuros junto à pesquisa empírica no Direito: a identificação, junto a *policymakers* e *stakeholders*, bem como junto a populações “beneficiárias” de tais políticas públicas, de quais são as percepções e os sentidos dos discursos que emergem sobre a paz, o que almejam e a que se propõe, bem como situações palpáveis que apresentem processos de paz.

Conhecer e pensar sobre essa realidade pode fazer refletir sobre qual a paz que se almeja e, a partir disso, identificar que tipo de mediações

de conflitos podem ser promovidas. Em qualquer sentido, tomando-se a palavra de Gandhi para concluir (*apud* GALTUNG, 2005, p. 75): a paz não será um fim. A paz é o caminho.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hanna. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

_____. *As origens do totalitarismo: antisemitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

_____. *Da violência*. S.L, 2004. Livro em formato digital. Disponível em: <<http://www.sabotagem.revolt.org>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

_____. *Entre o passado e o futuro*. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRATOS BRASILEIROS. *O uso da justiça e o litígio no Brasil*. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://jota.info/wp-content/uploads/2015/08/O-uso-da-Justi%C3%A7a-e-o-lit%C3%ADgio-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2016.

AZEVEDO, André Gomma. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista. SOUZA, Luciane Moessa. *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

BRASIL, *Acesso à Justiça por Sistemas Alternativos de Administração de Conflitos: Mapeamento Nacional de Programas Públicos e Não Governamentais do Ministério da Justiça*. Ministério da Justiça, Brasil, 2005. Disponível em: <http://www.acessoajustica.gov.br/pub/_downloads/downloads_acesso_justica.pdf>. Acesso em: 27 out. 2016.

_____. *Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)*. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Brasília: SEDH/PR, 2010a.

_____. *Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário*. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 27 out 2016.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CASTORIADIS, Cornelius. Teoria e Projeto Revolucionário. *A instituição imaginária da sociedade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *100 maiores litigantes*. Brasília, março de 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciais/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 27 out. 2016.

DAHLET, Patrick. Apagar as divisões, celebrar o consenso: a governança discursiva na era neoliberal. *Todas as letras W*, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 125-138, maio 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.15529/1980-6914/lettras.v16n1p125-138>>. Acesso em: 27 out 2016.

DEUTSCH, Morton. A resolução do conflito. In: AZEVEDO, André G. (org). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, v. 3, 2004, p. 29-40.

DIETRICH, Wolfgang. Una llamada a muchas paces. In: DIETRICH, Wolfrang; ALVAREZ, Josefina Echavarría; KOPPENSTEINER (org.). *Schlüsseltexte der Friedensforschung. Key Texts of Peace Studies. Textos claves de la Investigación para la Paz*. Berlim: Lit, 2006. p. 435-455.

DINIZ, Bárbara Silva. *Avaliação da mediação de conflitos no contexto escolar: um estudo de caso no Distrito Federal*. 2014. 202 f, il. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos e Cidadania) Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/17843>> Acesso em: 27 out. 2016.

_____. Concepções de paz para uma educação para a paz. MATOS, Kelma Socorro Lopes de (org). *Cultura de paz, educação e espiritualidade*. Fortaleza: UECE; Imprece, 2016. p. 320-335.

EBERHARD, Christoph. *Opening up Spaces for Peace: A Dialogical and Transmodern Approach*, 2001. Disponível em: <<http://www.dhdi.free.fr/recherches/droithomme/articles/eberopeningpeace.pdf>>. Acesso em: 9 jan. 2017.

- FOCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1984.
- _____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1999.
- FURTADO, Celso. *O mito do desenvolvimento econômico*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1974.
- GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- GALTUNG, Johan. Cultural Violence. *Journal of Peace Research*, v. 27, n. 3, ago. 1990, p. 291-305.
- _____. *Direitos Humanos – uma nova perspectiva*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.
- _____. *O caminho é a meta: Gandhi hoje*. São Paulo: Palas Atenas, 2004.
- _____. Violence, Peace and Peace Research. *Journal of Peace Research*, v. 06, no. 3, set. 1969. p.167–191.
- _____. Três formas de violência, três formas de paz. A paz, a guerra e a formação social indo-europeia. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 71, junho 2005: 63-75. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/rccs/artigos/71/RCCS71-Johan%20Galtung-063-075.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2017.
- ILLICH, Ivan. Desvincular Paz y Desarollo. In: DIETRICH, Wolfrang; ALVAREZ, Josefina Echavarría; KOPPENSTEINER (org.). *Schlüsseltexte der Friedensforschung. Key Texts of Peace Studies*. Textos claves de la Investigación para la Paz. Berlim: Lit, 2006. p. 315-324.
- JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- KONZEN, Afonso Armando. Parâmetros de Segurança no atendimento socioeducativo. *Curso Núcleo Básico*. Brasília: Escola nacional de Socioeducação - SINASE, s.d. Disponível em: <http://ens.sinase.sdh.gov.br/ens2/images/Biblioteca/modulos_dos_cursos/Nucleo_Basico_2015/Eixo_6/EixoVI.pdf>. Acesso em: 15 maio 2017.
- LEFORT, Claude. *Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1991.

MENDONÇA, Rafael. *(Trans)modernidade e mediação de conflitos: pensando paradigmas, devires e seus laços com um método de resolução de conflitos.* Florianópolis: Hábitus, 2006.

MOREIRA, Rafaela Sele; FRAGALE FILHO, Roberto. Administração de conflitos e democracia: uma análise da página eletrônica do Conselho Nacional de Justiça. *Revista Debates*, Porto Alegre, 9, n. 2, p. 185-203, maio/ago. 2015.

MUÑOZ, Francisco. La Paz Imperfecta. In: DIETRICH, Wolfrang; ALVAREZ, Josefina Echavarría; KOPPENSTEINER (org.). *Schlüsseltexte der Friedensforschung. Key Texts of Peace Studies. Textos claves de la Investigación para la Paz.* Berlim: Lit, 2006. p. 392-434.

NICÁCIO, Camilia Silva. Direito e mediação de conflitos: entre a metaformose da regulação social e a administração plural da justiça. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte: UFMG, n. 59, p. 11 a 56, jul./dez. 2011. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/148/138>> Acesso em: 15 ago. 2015.

ONU (Organização das Nações Unidas). *Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz.* Resolução aprovada pela Assembleia Geral [sem remissão prévia a uma Comissão Principal A/RES/53/243, 6 de outubro de 1999. Disponível em: <<http://www.comitepaz.org.br/download/Declara%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20uma%20Cultura%20de%20Paz%20-%20ONU.pdf>> Acesso em: 27 out. 2016.

PASQUINO, Gianfranco. Conflito. In: BOBBIO, Norberto et all. *Dicionário de Política.* 8. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. p. 225–230.

PUREZA, José Manuel. Estudos sobre a Paz e Cultura de Paz. *Nação e Defesa.* n. 95/96, outono-inverno de 2000, 2. série, p. 33-42.

_____. O desafio crítico dos estudados para a paz. *Relações Internacionais.* Dezembro, 2011, n. 32, p. 005-022.

SADER, Emir. *Século XX: uma biografia não autorizada.* São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.

SALES, Lilia Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos.* Belo Horizonte, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 39-72.

_____. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. In: BALDI, Cesar (org.): *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: RENOVAR, 2004, p. 239-277.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Anderson Marques da; MELO, Marlene Catarina de Oliveira Lopes; LOPES, Ana Lúcia Magri Lopes. Relações de poder em unidades de internação para adolescentes em conflito com a lei – estudo de caso. *XXIV Jornadas Luso Espanholas de Gestão Científica*. Leiria, 6,7,8 fevereiro 2014. Disponível em: <<http://www.unihorizontes.br/mestrado2/wp-content/uploads/2013/08/teXTO-3-MCOLM.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2017.

SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOARES, Fabio Montavão. Uma experiência de intervenção em um projeto cultural: o psicólogo e a defesa dos direitos humanos nas instituições socioeducativas. *Fractal: Revista de Psicologia*, v. 23, n. 1, Rio de Janeiro: Universidade Fluminense, jan. - abr. 2011, p. 171-190. Disponível em: <<http://www.uff.br/periodicoshumanas/index.php/Fractal/article/view/401/504>>. Acesso em: 05 maio 2017.

SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional: análise histórico-crítica da legislação brasileira sobre mediação. In: *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, Cultura e Desenvolvimento). *Manifesto 2000 para uma Cultura de Paz*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/bibpaz/textos/m2000.htm>>. Acesso em: 28 out. 2016.

VESTENA, Carolina Alves; BORGES, Rosa Maria Zaia. A problemática do local e do global na mediação: a perspectiva emancipatória e a agenda do Banco Mundial para as reformas dos judiciários periféricos. *Direito & Justiça*. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul v. 35, n. 2, p. 126-136, jul./dez. 200. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/8516/6234>>. Acesso em: 28 out. 2016.

VEZZULLA, Juan Carlos. *A mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional*. 2004. 137 f., il. Dissertação (Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Serviço Social) Centro Sócio-econômico. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004. Disponível em: <<http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/86868>>. Acesso em: 20 maio 2017.

VINYAMATA, Eduard. Conflictología. *Revista de Paz y Conflictos*, Granada, ES, v. 08, n. 01, 2015, p. 9–24. Disponível em: <<http://revistaseug.ugr.es/index.php/revpaz/article/view/2717/3176>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Sequência*, Florianópolis, v. 3, n. 5, 1982. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121/15692>>. Acesso em: 03 set. 2016

_____. Técnicas argumentativas na prática judicial. *Revista Seqüencia*, n.º 9, Universidade Federal de São Carlos. Curso de Pós Graduação em Direito, Junho de 1984. p. 35-56. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/t%C3%A9cnicas-argumentativas-na-pr%C3%A1tica-judicial>>. Acesso em: 03 set. 2016.

WIEVIORKA, Michel. O novo paradigma da violência. *Tempo social*. São Paulo: USP, n. 9(1), p. 5-41, maio 1997.

RECEBIDO EM: 02/08/2017
APROVADO EM: 23/11/2017

O ACORDO DE LENIÊNCIA NA PRÁTICA SIMULTÂNEA NORTE-AMERICANA, BRITÂNICA E BRASILEIRA: O CASO ROLLS ROYCE

*DEFERRED PROSECUTION AGREEMENT IN BRAZILIAN`S,
BRITISH`S AND NORTH AMERICAN`S EXPERIENCE: ROLLS
ROYCE CASE*

Erik Noleta Kirk Palma Lima

*Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Especialista em Direito pela
Escola da Magistratura do Distrito Federal. Advogado da União - AGU*

Eliane Ferreira de Sousa

Doutora em Direito pela Universidade de Brasília

Mestre em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público

Doutora em Linguística pela Universidade de Brasília

*Mestre em Linguística pela Universidade de Brasília. Analista em Ciência e
Tecnologia, atuando na Procuradoria Federal na Capes.*

*Professora de Direito Empresarial da Faculdade Senac e do Instituto de Educação
Superior de Brasília (IESB).*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O caso Rolls Royce; 2 Acordo de leniência nos Estados Unidos da América; 3 Acordo de leniência na experiência do Reino Unido; 4 Acordo na prática brasileira; 5 Resultados diferentes no caso da Rolls Royce; 6 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente estudo busca analisar como o caso de corrupção que envolveu a empresa multinacional Rolls Royce foi tratado de maneira integrada no Brasil, Estados Unidos da América e Reino Unido. Mesmo diante de mais de vinte anos de pagamento de suborno, em cifras milionárias, e em mais de dez países, a Rolls Royce fechou três acordos de leniência com pagamento de pesadas penalidades pecuniárias para não sofrer qualquer tipo de processo judicial. A primeira parte do estudo busca identificar todas as características do caso de suborno da Rolls Royce. Com o objetivo de desvelar a sistemática que envolve o acordo de leniência, a segunda parte do presente artigo debruça-se sobre as características desse importante mecanismo nos três países. Por fim, a pesquisa se prestou a identificar a aplicação prática de cada um dos acordos de leniência firmado pela Rolls Royce envolvendo os fatos enunciados.

PALAVRAS-CHAVES: Acordo de leniência. Lei Anticorrupção. Suborno. Multa. Programa de conformidade.

ABSTRACT: The present study aims to analyze how the corruption case that involved the multinational company Rolls Royce was treated in an integrated way in Brazil, United States of America and United Kingdom. Even after paying bribes for more than twenty years, more than million, and in more than ten countries, Rolls Royce has closed three deferred prosecution agreement by paying huge financial penalties to avoid judicial prosecution. The first part of the study seeks to identify all the features of the Rolls Royce bribery case. In order to unveiling the systematics that involves the leniency agreement, the second part of this paper focuses in every characteristics of this important tool on the three countries. Finally, the paper identify how was the practical application of each deferred prosecution agreement signed by Rolls Royce involving the facts stated.

KEYWORDS: Deferred Prosecution Agreement. Anticorruption Act. Bribery. Financial Penalty. Compliance.

INTRODUÇÃO

Com o cada vez mais amplo e ambicioso fenômeno da globalização, não apenas os benefícios se multiplicam, mas também as mazelas. Várias instituições passaram a ampliar suas atuações com o fornecimento de produtos em mercados dos mais diversos países. E para garantir o sucesso na exploração do mercado internacional, não raras vezes, as multinacionais lançaram mão de práticas espúrias de pagamento de suborno.

Nesse contexto, o presente artigo apresenta o emblemático caso da Rolls Royce (RR). Na qualidade de empresa atuante em mais de vinte países, a RR institucionalizou o pagamento de milhões em propinas para garantir contratos com instituições estatais, em sua maioria. Durante anos a fio a referida empresa não mediou esforços para lograr êxito em aliviar seus estoques e dominar o mercado em que atuava com seu portfólio.

Diante da situação descrita e após alguns anos de investigação no Brasil, Reino Unido e Estados Unidos, a RR viu-se diante da delicada situação de ser processada civil, criminal e administrativamente. Considerando a gravidade das condutas, uma condenação poderia ensejar o fim da empresa. Dessa feita, a solução encontrada para garantir o interesse público e particular foi um instrumento denominado acordo de leniência.

Os acordos de leniência são geralmente utilizados quando o efeito colateral provocado pela persecução pode ser maior do que apenas a punição dos responsáveis. Isso porque a condenação de empresas acaba por afetar terceiros inocentes, por exemplo, os empregados, os fornecedores, os produtores, os consumidores, os acionistas e o mercado como um todo. Considerando que os entes jurídicos são instituições importantes para a sociedade e com tendência à perenização, os acordos de leniência procuram preservar a existência da instituição, mas sem deixar de puni-la pela irregularidade.

Tendo por base esses dados, resta entender como cada um dos três países aplicam o instituto do acordo de leniência, de maneira geral, e como conseguiram dar solução conjunta para o caso RR.

1 O CASO ROLLS ROYCE

Inicialmente, é imperativo estabelecer as balizas do caso em análise. Em apertada síntese, é possível descrever a empresa Rolls Royce (RR) como uma multinacional britânica que atua em mais de cinquenta países.

Dentre outras áreas, a RR realiza produção de motores para diversos segmentos (energia, terrestre, aéreo e náutico).

Na qualidade de empresa atuante em áreas sensíveis, a RR efetuou contratos de grande monta vários países ao longo dos anos. Conforme revelaram recentes investigações, no intuito de garantir amplo domínio no mercado de seu portfólio, a RR decidiu por lançar mão de meios escusos. Em grande parte, o sucesso da RR é atribuído ao pagamento de propinas na Indonésia, Tailândia, Índia, Rússia, Nigéria, China e Brasil¹.

Entre 1989 e 1998, a RR concordou em pagar mais de dois milhões de dólares a agentes estatais na Indonésia para entabular acordo relacionado ao fornecimento de motores de aeronaves.

Nos anos de 1991/1992 e 2004/2005, a RR também realizou pagamento de propinas no importe de mais de US\$ 38 milhões a agentes públicos e empregados da empresa Thai Airways, na Tailândia, de modo a garantir a venda de motores para aeronaves.

Na Índia a RR, durante os anos de 2005 e 2009, realizou uma série de contratos fraudulentos e pagamento de propinas que garantiram a manutenção de pactos com o governo indiano, bem como para evitar investigações sobre as atividades suspeitas realizadas.

Entre 2008 e 2009, a RR também utilizou do mecanismo da propina para garantir sucesso no mercado de gás natural liquefeito na Rússia. A RR forneceu equipamentos de compressão de gás para um projeto chamado Portovaya, em parceria com a empresa estatal russa Gazprom.

A propina na Nigéria ocorreu entre os anos de 2011 a 2013, oportunidade em que a RR, em conjunto com a estatal chamada Companhia Nigeriana, subornaram agentes públicos visando obter vantagens comerciais em dois projetos em curso na Nigéria (Projeto Adanga e Projeto Egina).

Os subornos na China ocorreram entre 2011 e 2013. A RR pagou cerca de US\$ 5 milhões para a Companhia Aérea da China Oriental (CES) visando garantir a compra de motores para aeronaves A330.

1 Dados que constam do Relatório do Acordo de Leniência (DPA) do Escritório de Combate à Fraude no Reino Unido (SFO), páginas 4/5, item 14. Disponível em: <<https://www.sfo.gov.uk/download/deferred-prosecution-agreement-statement-facts-sfo-v-rolls-royce-plc/?wpdmdl=14778>>. Acesso em 05.jul.2017.

Os pagamentos de subornos no Brasil, por parte da RR, tiveram investigações no bojo da chamada operação Lava-Jato, que investiga crimes cometidos contra a empresa estatal Petrobras. Os atos praticados pela RR ocorreram entre 2003 e 2013, totalizando cerca de US\$ 9,32 milhões em propinas. O início do esquema ocorreu por volta de abril de 2003. Na oportunidade a RR teve desqualificado, por critérios técnicos, seu lance em licitação promovida pela Petrobras para o fornecimento de geradores de energia para as plataformas offshores P-51 e P-52.

Por volta de junho de 2003, a RR contratou uma espécie de intermediário para agir como consultor técnico para auxílio junto à licitação promovida pela Petrobras. Referido consultor foi responsável por intermediar negociações paralelas entre a RR e empregados da Petrobras, além de fornecer informações competitivas confidenciais de outros participantes, bem como os lances dados por estes.

Foi então que, de maneira anormal, por volta de 11 de julho de 2003, a Petrobras cancelou o lance anterior ofertado pela RR e reabriu a licitação, o que permitiu que a RR adequasse os projetos e negociasse diretamente com a Petrobras. Nesse sentido, no dia 29 de agosto de 2003, a Petrobras adjudicou os contratos de ambas as plataformas à RR.

O mesmo sistema de pagamento de intermediário para garantir sucesso em licitações da Petrobras ocorreu, dentre outros os projetos, para as plataformas P-53, P-56 e PRA-1².

Conforme se observou, por mais de duas décadas, a RR repetidamente recorreu a subornos para garantir contratos e obter uma vantagem competitiva em países de todo o mundo³. Conscientemente a RR agiu fora da lei conspirando para subornar funcionários estrangeiros de modo a obter alguma vantagem injusta.

Diante de todo o contexto descortinado, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América (DOJ), o Escritório Britânico de Combate à

² Todas as informações podem ser consultadas do relatório do DPA firmado entre a Rolls Royce e o Departamento de Justiça dos EUA. UNITED STATES OF AMERICA. Deferred Prosecution Agreement, USA v. Rolls Royce PLC. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/press-release/file/927226/download>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

³ Restou comprovado que a RR, entre 2000 e 2013, também realizou o mesmo esquema de suborno no Cazaquistão, Azerbaijão, Angola e Iraque, conforme relatório do DPA, firmado entre a Rolls Royce e o Departamento de Justiça dos EUA. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/press-release/file/927226/download>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

Fraude (SFO) e o Ministério Pùblico Federal (MPF) brasileiro coordenaram acordos de leniència com a RR visando à resolução do caso de maneira global.

2 ACORDO DE LENIÈNCIA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Os acordos de leniència, de maneira geral, são pactos entabulados entre empresas e/ou indivíduos com governos, de modo a evitar ações judiciais em âmbito criminal e/ou civil. Dentre as condições estabelecidas, em regra, as empresas e/ou indivíduos submetem-se ao pagamento de multas e certas condições, por exemplo, ações de *compliance*, por um período determinado, depois de aceitar a responsabilidade por irregularidades.

O antecedente mais remoto que trata sobre acordos de leniència é a Lei Americana Anticorrupção no Exterior (Foreign Corrupt Practices Act – FCPA ..., 2012), editada em 1977. Referida legislação norte-americana foi promulgada no contexto em que, à época, mais de 400 empresas admitiram fazer pagamentos questionáveis ou ilegais. Tais empresas, a maioria voluntariamente, informaram que pagaram bem em mais de US\$ 300 milhões em fundos corporativos para funcionários de governo estrangeiro, políticos e partidos políticos.

Nesse sentido e visando manter a imagem de sério combate à corrupção nos Estados Unidos, o principal objetivo da FCPA foi tornar ilegal que determinadas pessoas e entidades pudessesem realizar pagamentos a funcionários de governos estrangeiros com o escopo de obter/assegurar negócios.

O sistema norte-americano de acordos de leniència, também conhecido como pré-julgamentos, são baseados em duas concepções: 1 - acordos de persecução diferidos (DPA); 2 - acordos de não persecução (NPA).

O DPA constitui-se em um acordo que envolve, diante do cumprimento das condições impostas, o arquivamento ou não ajuizamento de ações criminais contra os responsáveis pelo ato ilícito⁴. Diferentemente, ainda que a NPA também preveja o cumprimento de certas obrigações pelo indivíduo ou empresa para afastar punições, todavia, não abarca o arquivamento de persecução criminal, restringindo-se ao âmbito cível.

⁴ A título de exemplo, conferir o DPA estabelecido entre o DOJ e o HSBC no ano de 2012. Disponível em: <<https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/83246/000119312512499980/d453978dex101.htm>>. Acesso em 11 jul 2017.

Ambos os acordos, a nível federal, podem ser administrados por órgãos diferentes. Se de um lado, na seara criminal, somente o Departamento de Justiça dos EUA (DOJ) é responsável por realizar as negociações, por outro lado, no que envolve títulos mobiliários, os acordos são entabulados pela Comissão de Valores Mobiliários dos EUA (Securities and Exchange Commission – SEC). Somente o DOJ tem a prerrogativa de entabular tanto DPA quanto NPA, quanto ao referido departamento, não dispensa a acusação criminal (RADMORE; HILL JUNIOR, 2014).

No DPA há uma participação limitada do Poder Judiciário⁵. Além da responsabilidade de aprovar o acordo estabelecido, o Judiciário tem o papel de arquivar as investigações ou do processo já em curso, mesmo que não tenha elevada ingerência sobre o acordo em si. Por sua vez, o NPA, por ser um acordo somente entre o governo e o envolvido, não é arquivado judicialmente, razão pela qual não depende de aprovação do Poder Judiciário, considerando que não envolve a parte criminal.

O DOJ não tem obrigação de dar publicidade aos acordos realizados, ao passo que a SEC tem obrigação de publicar o acordo em seu site. Em regra, considerando que o DPA é arquivado perante a justiça, acaba por se tornar um documento público, ao passo que o NPA não necessariamente é público, considerando que não conta com a participação judicial. As duas agências celebraram pelo menos 290 acordos, sendo que mais metade a partir de 2010 (AUSTRALIAN GOVERNMENT, 2016, p. 11). O total arrecadado em multas somam mais de US\$ 42,5 bilhões, entre 2000 a julho de 2014. Desde 2010, 86% das ações levadas a efeito com base na FCPA envolveram um NPA ou DPA.

Tanto os DPA como os NPA foram inicialmente concebidos para indivíduos. Não obstante, são agora cada vez mais utilizados em assuntos envolvendo organizações empresariais em um amplo espectro de possíveis crimes federais. Em um passado mais longínquo o DPA e NPA eram utilizados para investigações que envolviam fraude e a aplicação da FCPA. Hoje em dia pode ser articulado no contexto de violação de sigilo bancário, antitruste dentre outros. Sendo assim, ao invés de articular a lista de infrações penais para as quais o DPA pode ser usado, o DOJ define requisitos que tornam o responsável não elegível para um DPA.

⁵ Alguns autores chegam a afirmar que o escrutínio judicial nos termos da DPA tem sido “essencialmente inexistente” (KOEHLER, 2015).

A política do DOJ proíbe o uso de DPA (Manual do Procurador-Geral dos EUA (USAM)..., título 9-22.100): 1 – para acusados em assuntos envolvendo segurança nacional ou relações exteriores; 2 – em casos nos quais o indivíduo tenha duas ou mais condenações por crime anterior; 3 – na hipótese que envolva funcionário público ou antigo funcionário público acusado de uma infração decorrente de uma alegada violação da confiança pública; 4 – para acusados que, por diretrizes políticas do DOJ, deve ter o desvio combatido pelo Estado.

Para a celebração do acordo de leniência o infrator deve aderir ao pacto de maneira voluntária, concordar com um julgamento rápido do caso, e, por fim, estar acompanhado de um advogado ou defensor nomeado (Manual do Procurador-Geral dos EUA (USAM)..., Título 712, Prejulgamento do desvirtuador).

Os maiores objetivos do acordo de leniência são evitar futuras atividades criminosas entre certos infratores; poupar recursos judiciais para a concentração em casos maiores; garantir, quando apropriado, um meio célere de restituição a comunidades e vítimas de delitos, assim como evitar as consequências colaterais da condenação de uma corporação (desemprego, instabilidade da economia e etc.).

Os NPA e DPA contam, geralmente, com quatro elementos (ALEXANDER; COHEN, 2015, p. 2): 1 - a admissão de fatos; 2 - um acordo de cooperação; 3 - um prazo específico para o acordo; 4 - um acordo para sanções monetárias e não monetárias. No que diz respeito à admissão dos fatos, o contratante deve expressamente determinar as condutas praticadas em detalhes. O acordo de cooperação prevê a entrega de documentos e esclarecimentos que plenamente identifiquem as irregularidades cometidas. As sanções comuns incluem restituição, multas, liberdade condicional, nomeação de monitores e rescisão com os indivíduos responsáveis.

O período de supervisão sob a égide do acordo não deve exceder 18 meses, podendo haver redução. A parte não precisa admitir qualquer culpa. Caso o participante do acordo complete os termos entabulados não haverá persecução ou, caso haja um processo em curso, haverá o arquivamento.

O acompanhamento do acordo é realizado pelo Diretor-Geral dos Serviços Pré-julgamento (Chief Pretrial Services Officer). Na hipótese de não cumprimento do acordo, ou não aceitação dos termos, referida autoridade comunicará ao Procurador-Geral que, levando em conta sua discricionariedade, poderá optar por dar prosseguimento às investigações,

propor uma ação judicial ou prosseguir em um processo suspenso, podendo a parte utilizar de todos elementos produzidos durante o acordo de leniência.

3 ACORDO DE LENIÊNCIA NA EXPERIÊNCIA DO REINO UNIDO

Lastreado na prática norte-americana, o Reino Unido introduziu o acordo de leniência (DPA) em seu ordenamento jurídico no dia 24 de fevereiro de 2014, por meio do Anexo 17 à Lei de Crimes e Tribunais de 2013 (UNITED KINGDOM, Crime and Courts Act 2013).

Diferente da forma como é feito nos EUA, o DPA no Reino Unido somente abrange organização comercial, incluindo empresas, parcerias e associações não incorporadas. Isso significa que, nas hipóteses em que há o cometimento de infrações por parte de corporações e indivíduos, enquanto as pessoas jurídicas podem realizar acordo de leniência as pessoas físicas não gozam do mesmo benefício.

Na experiência britânica o DPA é passível de utilização para uma variedade de infrações. Em regra, o acordo pode ser entabulado quando envolver crimes como fraude, conspiração, lavagem de dinheiro, suborno e outros crimes de natureza econômica. O governo tem o poder para mudar a lista de crimes elegíveis, para adicionar ou retirar.

Atualmente, o Diretor de Procuradores Públcos (DPP) e o Diretor do Escritório de Sério Combate à Fraude (SFO, na sigla em inglês) são os responsáveis por levar a efeito o DPA. Todavia, o Governo britânico tem o poder de designar outras autoridades para executar tal mister, por exemplo, a Autoridade de Conduta Financeira (FCA).

Não há uma obrigatoriedade em se entabular um DPA. A autoridade responsável tem discricionariedade para avaliar o cabimento do acordo de leniência, de modo que a própria delação não garante necessária vantagem⁶. Nesse sentido, o Código de Práticas para DPA (UNITED KINGDOM, 2014) prevê que dois estágios sejam satisfeitos em ordem a se fechar um acordo de leniência: 1º) deve haver evidências mínimas de que a organização cometeu alguma infração abarcada pelas normas que regem o DPA; 2º)

⁶ Nesse sentido, foi o que ventilou o diretor substituto da SFO: "The most vocal UK enforcement agency is the SFO. Its former chief, Richard Alderman, had often intimated that firms concerned about potential bribery issues should come and talk to it. However, his replacement, David Green, has been at pains to stress the SFO is an enforcement agency, and not an advisor to businesses. He has also said on a number of occasions that self-reporting will not guarantee preferential treatment, and that the SFO will still prosecute where it thinks it is appropriate to do so". (RADMORE; Stephen, 2014).

o interesse público seja melhor protegido por um acordo de leniência ao invés do processo judicial.

Há dois tipos de fatores levados em conta no momento de decisão sobre o cabimento do DPA (UNITED KINGDOM, 2014, p. 5-6). Os fatores que desaconselham a realização de um DPA são:

- a) histórico de condutas similares: a empresa não pode ser reincidente, o que inclui ações no âmbito cível, criminal ou administrativo;
- b) prática comum: a conduta fazia parte de prática comercial estabelecida pela empresa;
- c) ausência de programa de conformidade (*compliance*): a instituição não conta com controle interno e/ou externo que visa manter a observância ao ordenamento jurídico;
- d) não correção: mesmo que tenha sido objeto de avisos, a instituição falhou em adequar suas condutas;
- e) falha de notificação: a empresa deixou de relatar, em tempo hábil, a conduta irregular descoberta;
- f) falta de correta apuração: em que pese a organização comunicar a irregularidade, não procede a verificações ou informa sem ter completa certeza do ocorrido e sua proporção;
- g) impacto: nível significativo de danos que uma condenação pode acarretar na economia local, regional ou global.

Por outro lado, a presença dos seguintes fatores milita a favor da celebração do acordo:

- a) cooperação efetiva: o beneficiado deve oferecer, em tempo razoável, informações suficientes e completas para identificar as irregularidades com todos os dados e testemunhas possíveis;
- b) ato isolado: a irregularidade representa uma ação isolada de um indivíduo determinado da corporação;
- c) conduta da organização: a ofensa causada ocorreu em uma realidade diferente da empresa, de modo que houve alteração dos padrões e punição dos responsáveis;

- d) consequências da condenação: as consequências desproporcionais de uma condenação para a instituição em relação a sanções aplicáveis sob a égide de outra jurisdição (exemplo da legislação local e da União Europeia);

A SFO convida, por meio de carta, a instituição envolvida em irregularidade para iniciar as tratativas visando entabular um DPA. Dentre os termos que podem constar do acordo, de forma exemplificativa, podem ser citados: compensação das vítimas; pagamento de uma penalidade financeira; pagamento das custas do órgão responsável pelo acordo; doações para instituições de caridade que apoiem as vítimas da ofensa; abrir mão de parte dos lucros. Não há necessidade de incluir todos ou quaisquer desses termos, todos os quais são uma questão de negociação com a organização e o órgão responsável, tudo sujeito à supervisão judicial.

Outros termos, que podem ser considerados acessórios, pode incluir a proibição de realizar determinadas atividades; obrigação de reportar relatórios financeiros; obrigação de instalar um programa efetivo de *compliance* ou monitoração; e cooperação com investigação sobre todos os possíveis setores em que se instalaram irregularidades.

Uma das características marcantes do DPA britânico é a possibilidade de designação de um monitor para fiscalizar o cumprimento do acordo de leniência. Em seu papel de fiscal, cabe ao monitor avaliar os controles internos da instituição, aconselhar as melhorias de conformidade necessárias, de modo a reduzir o risco de reincidência futura, e denunciar uma possível má conduta ao órgão responsável. Cumpre ressaltar que todos os custos envolvidos ao monitor (recrutamento, remuneração e etc.) são pagos pela empresa envolvida no acordo.

No Reino Unido os DPA enfrentam um nível muito maior de escrutínio judicial, exigindo aprovação do Tribunal. A aprovação do tribunal só é concedida se estiver convencido de que os termos de um DPA são justos, razoáveis e proporcionados, e no interesse da justiça.

Diferente da forma como o DPA é realizado nos EUA, no Reino Unido o DPA está sujeito a um exame judicial contínuo por meio de duas audiências judiciais para determinar se o DPA é do interesse da justiça, bem como se seus termos estão em conformidade com a legislação. No caso de o Judiciário aprovar o DPA, haverá uma audiência pública com declaração nesse sentido, de modo que será publicado o DPA e a decisão da Corte no site do órgão responsável por entabular o acordo de leniência.

No caso de quebra dos termos do acordo não há que se falar em rescisão automática. Para cada caso deverá ser observada a proporção da violação contratual. Em hipóteses em que o não cumprimento de algum aspecto do acordo seja de menor importância, basta o órgão responsável solicitar que a empresa corrija a falha. Entretanto, quando se tratar de descumprimento qualificado, o órgão responsável pelo acordo deverá submeter a questão para julgamento do Poder Judiciário, pelo tribunal que aprovou o DPA.

Perante o Poder Judiciário, dentre as possíveis soluções para reparar a violação, as partes podem acordar com repactuação, suspensão ou mesmo a rescisão do DPA. Vale ressaltar que, na hipótese em que há a rescisão contratual, a empresa não poderá ser reembolsada dos valores já pagos (com multa ou custas do monitoramento). Caso já estejam presentes as condições necessárias o órgão responsável poderá proceder à persecução em âmbito criminal – ou retomar a persecução que eventualmente estava em curso.

Entre 2015 e 2017, a SFO realizou três DPA. O valor total gerado por tais acordos são de US\$ 16,7 milhões de dólares, £\$ 503,88 milhões de libras e £\$ 6,5 milhões de libras⁷.

4 ACORDO DE LENIÊNCIA NA PRÁTICA BRASILEIRA

No Brasil, o acordo de leniência tem o seu primeiro antecedente com a Medida Provisória nº 2.055-4/2000, posteriormente convertida na Lei nº 10.149/2000, responsável por incluir os artigos 35-B e 35-C na Lei nº 8.884/94 (Lei de Defesa à Concorrência). Hoje a referida legislação foi revogada pela Lei nº 12.529/2011 (Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC).

Ainda no que tange ao SBDC, em atos que envolvam infração à ordem econômica o acordo de leniência é firmado pelo Conselho Administrativo de Defesa Económica (CADE), por intermédio da Superintendência-Geral. O acordo pode ser estabelecido com pessoas físicas ou jurídicas, com a possibilidade de redução de um a dois terços da penalidade aplicável.

Nos mesmos moldes do que ocorre nos EUA e no Reino Unido, o acordo de leniência realizado no âmbito do CADE (seara administrativa)

⁷ Dados que constam do site do SFO. Disponível em: <<https://www.sfo.gov.uk/publications/guidance-policy-and-protocols/deferred-prosecution-agreements/>>. Acesso em 19 jul. 2017.

tem influência sobre o processo criminal⁸. A celebração do referido acordo tem o condão de suspender persecução penal em trâmite, impede o início do processo penal e, além disso, enseja a extinção da punibilidade quando cumprido o acordo⁹.

Por outro lado, com espectro maior de aplicação, foi editada a Lei nº 12.846/2013, também conhecida como Lei Anticorrupção. Referida lei aplica-se a pessoas jurídicas e entes congêneres¹⁰ pela prática de atos lesivos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Sendo assim, é possível observar que qualquer ato lesivo cometido na seara administrativa ou civil, envolvendo as instituições alinhavadas, pode sofrer responsabilização com base na Lei Anticorrupção.

Dentre as diferenças já perceptíveis com a prática norte-americana e britânica, é possível perceber que o acordo de leniência pela Lei Anticorrupção não abrange o âmbito penal. Aliás, sequer no âmbito cível há o perdão de todas as condutas. As sanções aplicadas com base na mencionada lei não afetam os processos de responsabilização e aplicação de penalidades por:

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e

II - atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de

8 Desde o revogado art. 35-C da Lei nº 8.884/94, que previa: “Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia”.

9 Nos termos do art. 87, parágrafo único, da Lei nº 12.529/2011: “art 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo”.

10 Conforme previsão do Parágrafo único, do Art. 1º, também estão sob a égide da Lei Anticorrupção as “sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente”.

Contratações Públícas - RDC instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011¹¹.

As investigações sobre atos lesivos devem, preferencialmente, ocorrer no bojo de um processo administrativo de responsabilização (PAR)¹². Referido processo tem por objetivo apurar a ocorrência de ilícitos e garantir o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, à instituição investigada. O PAR pode culminar no reconhecimento do ilícito e necessidade da empresa infratora reparar o dano causado e receber demais penalidades. Todavia, antes de chegar a tal ponto, é possível que seja entabulado um acordo de leniência no bojo do PAR com redução em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável, a depender dos resultados.

Não há exclusividade na instauração e condução de um PAR, de modo que cabe à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário referido desiderato. Não obstante, no que tange a atos praticados contra o Poder Executivo federal ou administração pública estrangeira, a competência para instauração e condução do PAR cabe ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU).

Considerando que os acordos de leniência podem ser celebrados no bojo de um PAR, a Lei Anticorrupção dotou as mesmas autoridades com competência para celebração de acordos de leniência. Diferente da forma como ocorre nos EUA e no Reino Unido, no Brasil o acordo não conta com qualquer participação do Poder Judiciário.

Como consectários, o acordo de leniência deve resultar na identificação dos demais envolvidos na infração e, quando couber, a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. Ademais, para fazer jus ao acordo, a pessoa jurídica deve ser a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito, cessar o envolvimento na infração investigada, admitir a participação no ilícito e cooperar com as investigações. Todavia, no que diz respeito ao último requisito, caso a proposta de acordo de leniência seja rejeitada não importará no reconhecimento do ilícito.

Não há parâmetros estanques para os termos estabelecidos em um acordo de leniência. As cláusulas são definidas pelas partes e podem

¹¹ Nos termos do art. 30, incisos I e II, da Lei Anticorrupção.

¹² Cf. artigos 8º a 15 da Lei Anticorrupção.

prever uma série de obrigações de ambos os lados como, por exemplo, multa, prestação social, estabelecimento de programa de *compliance* etc.

De toda forma, um acordo de leniência pode ser vantajoso para a instituição infratora ante as variadas penalidades previstas. Dentre as sanções aplicáveis na esfera administrativa, as pessoas jurídicas podem sofrer multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício, além de publicação extraordinária da decisão condenatória.

Na seara cível pode ocorrer o perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente, obtidos da infração, suspensão ou interdição parcial de suas atividades, dissolução compulsória da pessoa jurídica e proibição de contratar com o poder público por prazo determinado. Todas as penalidades são aplicáveis, isoladas ou cumulativamente, e sem prejuízo do resarcimento do dano.

5 RESULTADOS DIFERENTES NO CASO DA ROLLS ROYCE

O DOJ, em conjunto com o Escritório da Procuradoria de Ohio, foi responsável por entabular nos EUA o DPA com a RR. O acordo foi homologado por um Tribunal localizado no estado de Ohio. Após aceitar que violou as previsões da FCPA, a RR aceitou pagar uma penalidade pecuniária no valor de US\$ 169.917.710,00, além de outras determinações como, por exemplo, criar programa de controles internos e *compliance*.

Para estabelecer o montante da penalidade pecuniária, o acordo utilizou as Diretrizes de Condenação nos Estados Unidos da América (USSG, 2015). Essa espécie de manual estabelece parâmetros para determinar o nível de ofensa e, com base em um cálculo matemático, o valor da multa a ser aplicada. Na presente hipótese, o cálculo foi realizado da seguinte forma (DPA, USA v. Rolls Royce PLC, p. 8):

b. Offense Level. Based upon USSG § 2C1.1, the total offense level is 44, calculated as follows:	
(a)(2) Base Offense Level	+12
(b)(1) Multiple Bribes	+2
(b)(2) Value of benefit received more than \$ 150,000,000	+26
(b)(3) High-level Official Involved	+4
TOTAL	44

c. Base Fine. Based upon USSG § 8C2.4(a)(2), the base fine is \$162,914,074 (as the pecuniary gain exceeds the fine in the Offense Level Fine Table)

d. Culpability Score. Based upon USSG § 8C2.5, the culpability score is 8, calculated as follows:

(a) Base Culpability Score	+5
(b) (1) the organization had 5,000 or more employees and an individual within high-level personnel of the organization participated in, condoned, or was willfully ignorant of the offense	+5
(g)(2) The organization fully cooperated in the investigation and clearly demonstrated recognition and affirmative acceptance of responsibility for its criminal conduct	- 2
TOTAL	8

Calculation of Fine Range:

Base Fine	\$162,914,074
Multipliers	1.6(min)/3.2 (max)
Fine Range	\$260,662,518/\$521,325,037

Em que pesa a penalidade variar entre o mínimo de US\$ 260.662.518,00 e o máximo de US\$ 521.325.037,00, o valor final foi de US\$ 169.917.710,00. Isso porque foi concedido desconto de 25% sobre a penalidade, bem como foi concedido um crédito para a RR no valor de US\$ 25.579.179,00, referente ao acordo que a empresa fechou com o MPF, que tratava de parte da mesma conduta em apuração nos EUA. O pagamento deveria ser feito ao Tesouro Norte Americano em até dez dias úteis após a homologação do acordo pelo Poder Judiciário.

O acordou previu a não abertura/arquivamento de processos cíveis e criminais pelas autoridades norte-americanas, envolvendo os fatos apurados. Entretanto, o acordo expressamente excluiu previsão de proteção contra processos judiciais por qualquer conduta futura da RR, bem como de qualquer isenção em favor dos indivíduos envolvidos nos casos (UNITED

STATES OF AMERICA, Deferred Prosecution Agreement, USA v. Rolls Royce PLC. Conditional Release from Liability, p. 10).

Por sua vez, o acordo de leniência estabelecido entre a SFO e a RR foi aprovado por um tribunal localizado em Southwark. As partes concordaram que os lucros advindos das condutas irregulares praticadas pela RR totalizaram um montante de £258.170.000,00. Outrossim, foi estabelecida uma multa no importe de £239.082.645,00, além da obrigação da RR pagar os custos da investigação no valor de £12.960.754,00, dispendidos pela SFO (que durou quatro anos).

O valor da multa obtida foi construído por meio das diretrizes emitidas pelo Conselho de Diretrizes de Condenação¹³. Conforme consta do julgamento, o valor calculado para a multa sem desconto foi de £478.165.290,00. No entanto, a colaboração da RR foi considerada tão extraordinária que foi concedido um desconto de 50%, chegando ao valor final da multa em £239.082.645,00¹⁴.

O cronograma de pagamento das penalidades pela RR foi estabelecido em quatro parcelas: £119 milhões até 30 de junho de 2017; £100 milhões até 31 de janeiro 2019; £130 milhões até 31 de janeiro de 2020; e £148,252,645 até 31 de janeiro de 2021.

No Brasil o acordo de leniência foi entabulado entre a RR e o Ministério Pùblico Federal (MPF), em que pese este órgão não constar na Lei Anticorrupção como competente para celebrar tal tipo de acordo. Segundo o que consta, foi acordado o pagamento de multa, resarcimento ao ente lesado e a instituição de programa efetivo de conformidade de conduta com o ordenamento jurídico¹⁵.

¹³ As diretrizes funcionam como uma espécie de guia para aplicação das penalidades. Disponível em: <http://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Fraud_bribery_and_money_laundering_offences_-_Definitive_guideline.pdf>. Acesso em 20 jul. 2017.

¹⁴ É o que se extrai da seguinte passagem: "In order to take account of this extraordinary cooperation, I repeat the views which I expressed above and confirm that a further discount of 16.7% is justified taking the total discount of the penalty to 50%. This gives a total penalty figure of £239,082,645.00 to which must be added the disgorgement of £258,170,000 being the gross profit (as defined for the purposes of this case) that Rolls-Royce has obtained as a result of its criminal misconduct, making £497,252,645 in all. In the circumstances, I conclude that it is fair, reasonable and proportionate to assess the overall financial penalty in this sum". Disponível em: <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2017/01/sfo-v-rolls-royce.pdf>>. Acesso em 20 jul. 2017.

¹⁵ Informações extraídas do site do MPF. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/mpf-firma-acordo-de-leniencia-com-rolls-royce>>. Acesso em: 20 jul 2017.

No que tange ao ressarcimento, o valor calculado corresponde à devolução integral dos lucros líquidos obtidos pela empresa em seis contratos mantidos com a Petrobras (valor de R\$ 39.720.100,00). Além disso, também foi adicionado a quantia paga a título de comissão aos intermediários contratados para atuar perante a estatal (R\$ 20.731.800,00).

Além disso, foi somado ao valor de ressarcimento o pagamento de multa prevista na Lei de Improbidade (8.429/92), equivalente a uma vez o valor das comissões dos intermediários (R\$ 20.731.800,00).

No fim, o valor total pago pela RR chegou ao montante de R\$ 81.183.700,00. Desses valores, aqueles que foram destinados diretamente à Petrobras, a RR deveria integralizar o pagamento no prazo de 90 dias contados a partir da homologação do acordo.

Além das penalidades pecuniárias e da colaboração com as investigações, o acordo estabelece a necessidade da RR criar mecanismos efetivos de integridade¹⁶, conhecidos como programas de *compliance*, também conhecida por autorregulação regulada¹⁷.

Considerando que o MPF sequer é a autoridade legalmente autorizada para realizar acordo de leniência, a RR não está isenta de responder a um PAR e sofrer outras penalidades.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese o berço comum, as legislações brasileira e britânica se afastaram sensivelmente do modelo norte-americano. Ainda que mantenham algumas similitudes, como as penalidades, percebe-se que a abrangência em cada modelo constitui um forte ponto de distinção. Mesmo diante da questionável iniciativa do MPF, o traço marcante do caso Rolls Royce foi a interação internacional para combate coordenado aos ilícitos.

A própria dimensão dos acontecimentos denota a necessidade de se encetar uma coalização de autoridades para o adequado tratamento

16 Nos termos dos artigos 41 e 42 do Decreto 8.420/2015, responsável por regulamentar a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção).

17 Conforme ensina Renato de Mello Silveira, “As noções de autorregulação regulada, síntese maior da percepção de compliance, tem, de modo geral, uma ampla proximidade com o Direito Penal. Ela gera um sistema de enforcement particular que tem, por sua vez, um emparelhamento às noções de due diligence exigidas pelo mundo econômico” (SILVEIRA, 2014, p. 157).

das irregularidades identificadas. Coalização que, no Brasil, deveria ter ocorrido não apenas em âmbito internacional, mas nacional também.

Em primeiro lugar, observando que o acordo de leniência no Brasil teve por base a Lei Anticorrupção, o MPF deveria ter se preocupado com a segurança jurídica do pacto. Isso porque a legislação não confere legitimidade ao MPF para, sozinho ou em conjunto com outra autoridade, entabular acordo de leniência. Como decorrência da ação solitária do MPF, o acordo da Rolls Royce no Brasil se mostrou acanhado e frágil.

Como instrumento multifacetado, com consequência em diversas áreas, o acordo de leniência revelou-se uma tendência de solução global para as malfadadas ações irregulares que não respeitam limites geográficos. As instituições atuam em cada vez mais em países, de modo que qualquer condenação por práticas espúrias pode afetar economias em vários locais. No atual cenário de globalização, em que as fronteiras físicas já foram ultrapassadas, a resolução de problemas merece uma resposta pensada em conjunto, de modo que, conforme o mantra britânico, encontre-se um parâmetro que seja justo, razoável e proporcional entre a irregularidade, a repressão e a prevenção.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Cindy R.; COHEN, Mark A. *Trends in the use of non-prosecution, deferred prosecution, and plea agreements in the settlement of alleged corporate criminal wrongdoing*. Law & Economics Center George Mason University School of Law. Abril 2015. p. 2. Disponível em <http://masonlec.org/site/rte_uploads/files/Full%20Report%20-%20SCJI%20NPA-DPA%2C%20April%202015%281%29.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017.

AUSTRALIA. AUSTRALIAN GOVERNMENT. *Attorney's General Department. Improving enforcement options for serious corporate crime: Consideration of a Deferred Prosecution Agreements scheme in Australia Public Consultation Paper*. março 2016. Disponível em: <<https://www.ag.gov.au/Consultations/Documents/Deferred-prosecution-agreements/Deferred-Prosecution-Agreements-Discussion-Paper.pdf>>. Acesso: em 10 jul. 2017.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei Federal nº 8.884, de 11 de junho de 1994. *Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 21 jul. 2017.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. *Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 21 jul. 2017.

HILL JUNIOR., Stephen L; RADMORE, Emma. *Deferred Prosecution Agreements: the US experience and the UK potential.* July 2014. Disponível em: <<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4f0cc529-bfd8-49c3-ac8d-e989e87fc84a>>. Acesso em: 19 jul. 2017

KOEHLER, Mike. *Measuring the Impact of Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements on Foreign Corrupt Practices Act Enforcement.* University of California. Davis Law Review. Vol 49:497. December 10, 2015. p. 505.
Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2701836>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção. *Revista dos Tribunais*, v. 947/2014, set/2014.

UNITED KINGDOM. *Crime and Courts Act 2013.* Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/22/pdfs/ukpga_20130022_en.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2017.

UNITED KINGDOM. THE CROWN PROSECUTION SERVICE (CPS). *Deferred Prosecution Agreements Code of Practice: Crime and Courts Act 2013.* Disponível em: <https://www.cps.gov.uk/publications/directors_guidance/dpa_cop.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2017.

UNITED STATES OF AMERICA. *United States Sentencing Commission, Guidelines Manual (USSG).* Nov. 2015. Disponível em: <<https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2015/GLMFull.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

UNITED STATES OF AMERICA. *Foreign Corrupt Practices Act of 1977 (FCPA).* Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>>. Acesso em: 8 jul. 2017.

UNITED STATES OF AMERICA. *Deferred Prosecution Agreement, USA v. Rolls Royce PLC.* Disponível em <<https://www.justice.gov/opa/press-release/file/927221/download>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

UNITED STATES OF AMERICA. UNITED STATES ATTORNEYS. *U.S. Attorneys' Manual (USAM).* Disponível em: <<https://www.justice.gov/usam/usam-9-22000-pretrial-diversion-program>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

RECEBIDO EM: 01/06/2017
APROVADO EM: 06/07/2017

FEDERALISMO À BRASILEIRA: ALGUMAS REFLEXÕES QUANTO À FORMA DE ESTADO NO BRASIL APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

**A BRAZILIAN STYLE OF FEDERALISM: SOME REFLECTIONS
ABOUT THE STATE MODEL IN BRAZIL AFTER THE 1988
CONSTITUTION**

Gabriel Dolabela de Lima Raemy Rangel

Doutorando em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense, Mestre em direito pela Universidade Gama Filho, Pós-graduado (LLM) em Litigation pela Fundação Getúlio Vargas, Graduado em direito pela Universidade Cândido Mendes.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breve considerações sobre o contexto histórico da Assembleia Nacional Constituinte de 1987; 2 Dos Municípios como Entes da Federação; 3 Princípio da Simetria e Federalismo de cooperação; 4 Da ADI 33671 DF e a questão do Conselho Nacional de Justiça. 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho visa a trazer reflexões quanto ao modelo de federação estabelecido no Brasil sob a égide da Constituição de 1988, em especial no que diz respeito à autonomia dos Municípios, ao princípio da simetria e à concepção de federalismo de cooperação. Com isso, busca-se estabelecer ponderações sobre a forma de interpretação do texto constitucional, estabelecendo perspectivas.

PALAVRAS-CHAVE: Federação. Municípios. Autonomia.

ABSTRACT: The purpose of this essay is to bring some views on the federation model adopted by the Brazilian constitution of 1988, particularly on the autonomy of Brazilian municipalities, the symmetry principle and the concept of federalism of cooperation. As a result, considerations are made about how to interpret the constitutional text, bringing about new perspectives.

KEYWORDS: Federation. Municipalities. Autonomy.

INTRODUÇÃO

Conceitualmente, federação é a coexistência de uma pluralidade de entes autônomos em um só país soberano. Como cita Sahid Maluf, é:

O fato de, sobre o mesmo território e sobre as mesmas pessoas, se exercer, harmônica e simultaneamente, a ação pública de dois governos distintos: o federal e o estadual (MALUF, 2013, p. 197).

Trata-se de modelo que “busca conciliar a unidade com a diversidade” (NETO, 2014, p. 303), fortalecendo, inclusive, o arranjo democrático, já que coíbe concentrações excessivas de Poder, em uma repartição espacial. Hodernamente, a federação está presente em todos os continentes. Há aproximadamente 25 Estados federais, que representam 40% da população mundial (CLÉVE et alii, 2016). Todavia, é certo que cada país adota um modelo federativo diferente. Em alguns casos é conferida ampla autonomia aos entes. Em outros países há um perfil mais centralizador. Em algumas experiências há uma simetria entre os entes, em outras há uma assimetria.

O Brasil, como é sabido, desde a proclamação da república, adota como forma de Estado a Federação. No período Imperial, sob a égide da Constituição de 1824, existia um Estado unitário, marcado por uma centralização desmedida. No entanto, os grandes nomes da proclamação da nossa república, inspirados no modelo aparentemente bem-sucedido dos Estados Unidos da América, optaram por verter, antes mesmo da promulgação da Constituição de 1891, o modelo de Estado em federação (FERREIRA, 2013). Daí uma possível explicação para o modelo federal brasileiro não conferir tanta autonomia aos entes da federação como o modelo norte-americano. É que, enquanto o modelo brasileiro estabeleceu-se por um movimento centrífugo, partindo de um estado unitário, dispersando-se em federação. Nos EUA ocorreu um movimento centrípeto, em que estados, até então independentes e soberanos, uniram-se em um só estado soberano.¹

Embora a disposição vitoriosa na proclamação da república brasileira, de viés liberal inspirada no paradigma americano, tenha buscado estabelecer um arranjo de autonomia dos entes, a verdade é que o país, diante de sucessivas crises, foi caminhando para um modelo

1 Como explica Leandro Karnal, após a independência das 13 colônias, a maior dificuldade foi conseguir estabelecer um governo central forte e unido, sem que fosse retirada a autonomia das antigas 13 colônias. Assim, durante vários meses na Convenção de Filadélfia foi discutido o texto da nova Constituição, destacando-se nomes como James Madison, chegando a uma redação final onde o federalismo foi um ponto central, sendo garantida ampla autonomia aos Estados (KARNAL, et alii, 2016, p. 92-84.).

centralizador e hierarquizado, notadamente após a revolução de 1930 e as Cartas Constitucionais da Era Vargas (MARRAFON, 2014). Também após o golpe de 1964, sob a égide das Constituições de 1967 e 1969, o país tornou-se uma “pseudofederação” (MARRAFON, 2014, p. 106), sendo que a tese predominante era de que o federalismo seria meio para buscar um desenvolvimento do país e garantir a segurança nacional a partir da vontade do poder central. Nesse contexto, sem dúvida, foi dada enorme força à União, em especial ao Poder Executivo.

Assim, é forçoso aceitar que, ao longo de todos esses anos de experiência federal, o Brasil viveu uma série de mudanças, tal qual um péndulo, passando por momentos mais centralizadores e momentos de mais autonomia dos entes, até desaguarmos na Constituição de 1988 promulgada em um contexto histórico de redemocratização após 21 anos de ditadura militar. Foi amplamente reestruturado o modelo federal brasileiro. Dentro de um ideal democratizante, como observa Rosangela Mariana Luft, “a descentralização política foi (também) uma escolha de aproximação do processo decisório às particularidades locais e um caminho para a efetiva participação dos cidadãos na realização de políticas públicas” (LUFT, 2014, p 46). Uma possível prova de que ocorreu uma descentralização e distribuição do Poder em nível local é que, em 1988, existiam no Brasil 4.128 Municípios. Hoje já há 5.561 (IBEGE, 2016).

O presente trabalho buscará traçar os contornos do modelo federativo brasileiro instituído a partir da Constituição de 1988, que trouxe inovações como a elevação dos Municípios ao nível de ente federativo. Tentar-se-á fazer uma radiografia de relevantes pontos distintivos do modelo brasileiro, aplicando um olhar crítico.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTEXTO HISTÓRICO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987

Quando da instauração da Assembleia Nacional Constituinte encarregada de criar uma nova Carta Constitucional em 1987 presidia o Brasil José Sarney, que, malgrado tenha sido o primeiro presidente civil após a ditadura, não tinha amplo apoio popular. É que, entre 1983 e 1984, inconformados com o regime ditatorial que já durava anos, milhares de pessoas encheram as ruas de São Paulo e do Rio de Janeiro com amplo entusiasmo, no movimento conhecido como “diretas já”. Contudo, a proposta de emenda conhecida como “Emenda Dante de Oliveira” tramitada no Congresso para o estabelecimento das eleições diretas foi derrotada. Estabeleceu-se enorme frustração popular (FAUSTO, 2011).

Nesse passo, a decisão de quem seria o próximo presidente do Brasil ficou a cargo do colégio eleitoral, que, como um alento para o povo, elegeu Tancredo Neves, sendo símbolo emblemático da chegada da oposição civil ao Poder. Entretanto, algo inesperado aconteceu, criando enorme choque na população brasileira. Tancredo não tomou posse em 15 de março de 1985 como previsto, por problemas de saúde, que, mais adiante, fizeram com que falecesse. Assumiu a presidência seu vice José Sarney, tendo sido, como dito, em seu governo, instaurada a Assembleia Nacional Constituinte.

A Assembleia acabou sendo formada num momento em que o presidente, na segunda metade de seu mandato, estava sobremaneira enfraquecido, não só pelo déficit democrático de sua ascensão à presidência, mas também em razão do malogro do Plano Cruzado, criado por ele em 1986 em uma frustrada tentativa de estabilização da economia (REGIS, 2009). Por outro lado, os governadores dos Estados desfrutavam de força política e elevado grau de legitimidade democrática, já que eleitos diretamente pelo povo em 1982.

Esse contexto, somado aos desgastados 21 anos de ditadura militar com ampla centralização do Poder no Executivo Federal, contribuiu, inexoravelmente, para o estabelecimento na Constituição de 1988 de uma tendência menos centralizadora no país. Contudo, em que pesce o cenário que favorecia o fortalecimento dos Estados, o federalismo brasileiro acabou tomando rumo no sentido de fragilização dos Estados (REZENDE, 2013) e uma dispersão nas figuras dos Municípios, que, inclusive, foram elevados a entes da federação, como é explorado no capítulo que se segue, instituindo-se um nítido reforço ao Poder Local, sendo reservadas aos Estados as competências residuais que não lhe forem vedadas pela Constituição (artigo 25, da Carta Constitucional).

No ponto de vista fiscal, ficou claro que os Estados caminharam para um enfraquecimento. É que a regulamentação de novos direitos sociais na Constituição importaram em impacto no orçamento da União, que acabou suprimindo esse problema com a instituição de uma série de contribuições sociais. Nesse aspecto, parece ter ocorrido uma progressiva ocupação pelo governo federal do campo tributário abrangido pela tributação de mercadorias e serviços, através das aludidas contribuições (REZENDE, 2013). E, em paralelo, ocorreu uma apropriação do bolo pelos Municípios, com o melhor uso dos impostos incidentes sobre a propriedade e o aumento de sua participação nas receitas aferidas pelos Estados. Isso ainda foi somado à prática da guerra fiscal entre os Estado, gerando um desequilíbrio e enfraquecimento de alguns deles.

2 DOS MUNICÍPIOS COMO ENTES DA FEDERAÇÃO

Já no artigo 1º, da Carta Magna de 1988, encontra-se a previsão de que o país constitui uma República Federativa, formada “pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e Distrito Federal”. Neste dispositivo a palavra “união” aparece com letra minúscula, o que poderia levar à falsa sensação de que não existiria a “União” enquanto ente de federação. No entanto, é necessária a leitura da Constituição como um todo e o artigo 18 é mais claro ao destacar que os entes da federação brasileira são União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Nesse sentido, bem ensina Pedro Lenza:

Dizer que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal não é diverso de dizer que ela compreende União, Estados, Distrito Federal e Municípios, porque a união indissolúvel (embora com a inicial minúscula) do artigo 1º é a mesma União (com inicial maiúscula) do art. 18. Repetição inútil, mas que não houve jeito de evitar, tal o apego à tradição formal de fazer constar do art. 1º essa cláusula que vem de constituições anteriores, sem levar em conta que a metodologia da Constituição de 1988 não comporta tal apego destituído de sentido. (LENZA, 2009. p. 292)

Optou o Constituinte, portanto, por estabelecer um modelo federativo em três níveis de autonomia, tentando, de um lado, manter a significativa abrangência de competências desfrutadas pela União e, de outro, atribuir maior autonomia aos demais entes, a exemplo dos Estados, que passaram a ser titulares do ICMS como seu principal tributo (MARRAFON, 2014). E, ainda, elevou o Município à condição de ente da federação, o que, para muitos, se mostra, com as devidas ponderações, algo artificial, a ponto de alguns autores negarem essa condição (SILVA, 2008).

É que algumas características fundamentais importam em estabelecer uma limitação na autonomia municipal, gerando uma possível compreensão de que seriam, em verdade, desdobramentos dos Estados e não entes da federação.²

Primeiramente, não é possível, na forma dos artigos 34 e 35, da Constituição, a intervenção federal nos Municípios, mas tão-somente intervenção estadual.² Some-se ainda o fato de que, para criação,

² A União poderá intervir diretamente em Municípios localizados dentro de Territórios. No entanto, malgrado haja a previsão na Constituição, hoje não existem Territórios no Brasil.

incorporação, fusão e desmembramento dos Municípios, há necessidade de lei estadual (artigo 18, §4º, da Constituição da República). E mais: os Municípios não têm Poder Judiciário próprio, o que faz com que litígios de seu interesse desemboquem no Poder Judiciário dos Estados. Ou seja, falta ao Município um dos Poderes clássicos da tripartição do Poder.

Outrossim, os Municípios não têm representação no Congresso Nacional, que, por sua vez, conta com representantes dos Estados e do Distrito Federal. Isto é, nosso Poder Legislativo em âmbito federal, que visa a editar as leis que serão aplicadas em todo território nacional e em todas as esferas da federação, não contam com representantes dos Municípios. Nesse aspecto é de se ressaltar que o modelo bicameral do Congresso Nacional representa um arranjo fortalecedor do equilíbrio federativo. No senado federal os Estados têm igual número de representantes (três senadores), com mandatos de oito anos. Por outro lado na Câmara dos Deputados, órgão representante do povo, os membros são escolhidos pelo sistema proporcional em cada Estado e no Distrito Federal, na forma do artigo 45, da Constituição da República, de maneira que o número de deputados dos Estados será proporcional à sua população, ressalvado que nenhum Estado terá menos que oito deputados ou mais que setenta. Contudo, é de se repetir, o Congresso Nacional não conta com representantes dos Municípios.

Portanto, há argumentos razoáveis para se sustentar que os Municípios, malgrado sejam previstos como entes da federação, seriam meros desdobramentos dos Estados. Não obstante, repita-se, o Constituinte expressamente elevou os Municípios à categoria de entes da federação. Fê-lo por considerá-los possuidores de autonomia, uma vez que possuem auto-organização, competências legislativas específicas e geram suas próprias receitas. São organizados por suas leis orgânicas e, a despeito de não contarem com seu próprio Judiciário, têm Poderes Executivo e Legislativo próprios.

No que diz respeito à capacidade de os Municípios terem recursos para custear suas atividades, é mister destacar a ponderação feita por Rosangela Marina Luft (LUFT, 2014). Com efeito, além da arrecadação direta por intermédio de seus tributos como o ITBI e IPTU, os Municípios recebem transferências de recursos da União e dos Estados³. Ocorre que somente os repasses obrigatórios previstos na Constituição e a arrecadação direta, em geral, não permitem aos Municípios suprir todos os seus deveres impostos pelo texto da Constituição. Fazem-se necessárias transferências voluntárias,

³ Os artigos 158 e 159, da Constituição da República, estabelecem repasses obrigatórios.

definidas na Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Para tanto, todavia, aderem, como regra, às políticas nacionais, através de convênios e outras formas de parceria. Como consequência prática, têm sua autonomia prejudicada por exigências dos outros entes. Ora, ficam sujeitos aos sabores das políticas nacionais e estaduais, precisando nelas se enquadrar para obter os recursos indispensáveis às suas atividades.

Na esteira do até aqui exposto, é de se aceitar que, em que pesa sua previsão como ente da federação, a autonomia dos Municípios é mitigada, trazendo um caráter anômalo ao modelo federativo brasileiro. Houve, sim, um deslocamento e fortalecimento do Poder local com a Constituição de 1988, mas, decerto, há traços atípicos na autonomia municipal.

Já no tocante ao Distrito Federal pouca dúvida pode gerar relativa à sua natureza jurídica de ente federativo. Tem autonomia, regendo-se através de lei orgânica própria (artigo 32, da Constituição de República) e possuindo seus próprios Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Entretanto, sua autonomia é, nas palavras de Pedro Lenza, “parcialmente tutelada pela União” (LENZA, 2009, p. 317), já que seu Ministério Público, Defensoria Pública, Poder Judiciário, Polícia Civil, Corpo de Bombeiros e Polícia Militar são mantidos pela União (artigo 21, XIII e XIV, e 22 XVII, da Constituição da República).

Não é o Distrito Federal a capital do país, que, na forma do artigo 18, §1º, é Brasília, situada dentro do território do Distrito Federal. Brasília, além de capital da República, é a sede do governo do Distrito Federal. O Distrito Federal, ao contrário dos Estados, não pode ser dividido em Municípios (artigo 32, da Constituição da República).

3 PRINCÍPIO DA SIMETRIA E FEDERALISMO DE COOPERAÇÃO

Fruto da manifestação do Poder Constituinte Derivado Decorrente, é conferido aos Estados membros da federação, enquanto entes autônomos, a possibilidade de se organizarem por suas próprias Constituições e leis que adotarem. O art. 11, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, trouxe a previsão de que as Assembleias Legislativas dos Estados exercerão Poder Constituinte, por meio do qual “elaborarão a Constituição do Estado, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta”. Em paralelo, o artigo 25, da Constituição da República, também trouxe a previsão de os Estados serão organizados por suas Constituições e leis, em estrita obediência aos princípios estabelecidos pela Constituição da República.

Nesse passo, é de se perceber que as Constituições estaduais já nascem possuindo, prefixados pela Constituição Federal, os seus elementos orgânicos, sócio ideológicos e limitativos (AMORIM, 2016). Deve seguir, portanto, uma simetria em relação aos parâmetros estabelecidos pela Constituição da República.

Por outro ângulo, a ideia de simetria reporta ao fato de todos os entes da federação em mesmo nível terem o dever de se organizar da mesma maneira, com competências idênticas. Nesse sentido, asseveraram Clémerson Merlin Cléve e Pedro Henrique Gallotti Kenicke:

Num Estado federal simétrico, todas as coletividades de um mesmo nível exercem idênticas competências, organizando-se da mesma maneira. Por seu turno, no Estado Federal assimétrico as diferenças econômicas, sociais e demográficas e culturais entre os entes federados (Estados, Departamentos, Províncias etc), justificam, do ponto de vista constitucional, a existência de singularidades no pacto federativo, especialmente naquilo que envolve a organização ou a distribuição de competências (CLÉVE et alii, 2016, p. 77).

Em países como o Canadá e a Bélgica, em que as diferenças culturais entre os entes componentes são muito acentuadas - chegando-se até mesmo a existirem línguas distintas - opta-se por um modelo federal com assimetrias acentuadas, sem a exigência de que haja igual organização entre os componentes da federação.

Nesse ponto, contudo, o Brasil consagra um abismo entre o plano normativo e o plano prático. É que o Brasil é país de dimensões continentais, com acentuadas diferenças culturais, econômicas, físicas, climáticas etc. Trata-se, portanto, de um país com assimetrias fáticas acentuadas (BONAVIDES, 2010). No plano normativo, de outra ponta, repise-se, há estabelecida a simetria como paradigma. E, dada a existência de amplo aparato de controle de constitucionalidade, qualquer tentativa normativa de manobra estadual no sentido de buscar maior autonomia em relação aos parâmetros fixados em plano federal terá grande chance de ser considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

O federalismo moderno, na ótica das assimetrias socioeconômicas de fato brasileiras, deve ir para além de uma mera divisão espacial do Poder em esferas autônomas e deve se debruçar em um modelo de cooperação. Parece ser desejável o estabelecimento de políticas assimétricas, para

que um ente da federação seja tratado desigualmente na medida de sua desigualdade, minimizando as diversidades (MARQUES, 2016). E, ao mesmo tempo, é necessária a cooperação, que importa em alcançar o desenvolvimento conjunto dos entes da federação, mitigando desigualdades indesejáveis e franqueando a oportunidade de todos os entes participarem do jogo econômico e do Poder.

É bem verdade que, como chama a atenção Michel Temer, a concepção de cooperação já se encontra na própria etimologia da palavra “federal”:

A relação entre federalismo e cooperação já se encontra na etimologia da palavra ‘federal’, que deriva de *foedus*: pacto, ajuste, convenção, tratado, e essa raiz entra na composição de laços e amizade, *foedus amicitiae*, ou de união matrimonial, *foedus thalami*. Em termos de prospectiva, é razoável presumir que a evolução prosseguirá na linha do desenvolvimento e da consolidação do federalismo cooperativo, para modernizar a estrutura do Estado Federal (TEMER, 2012, p. 75).

No entanto, em contexto prático, por vezes os entes da Federação ingressam em disputas dos mais variados tipos. Tome-se como exemplo a chamada “guerra fiscal”, que é conceituada por Ricardo Calciolari como “a exacerbação de práticas competitivas entre entes de uma mesma federação em busca de investimentos privados” (CALCIOLARI, 2006, p. 5).

É que, como é óbvio, os empresários buscam sempre menores custos produtivos no exercício de suas atividades, sendo certo que a tributação é um dos elementos que compõem o custo global da produção. Hoje, por sinal, com a enorme carga tributária brasileira, o pagamento de tributos têm enorme peso na cadeia produtiva. Assim, é possível que, por melhores condições de tributação em determinado Estado ou Município, a iniciativa privada procure instalar suas sedes e estruturas nesses locais, o que importa em investimentos.

Essa situação é antitética ao cooperativismo federativo. O cooperativismo federativo busca uma colaboração entre os entes para a realização de projetos comuns. Bem conceitua Janice Morbidelli:

O federalismo cooperativo de concepção contemporânea pode ser definido como um conjunto de técnicas e instrumentos para a efetivação de acordos, que não alteram necessariamente a repartição constitucional de competência, mas ampliam, na prática política, a gestão comum,

a autonomia e a interdependência entre governos federais e regional (MORBIDELLI, 1999, p. 60/61)

Assim, é necessário um esforço para além dos meros parâmetros literais do federalismo estampado na Constituição, para se buscar de um lado uma cooperação entre os entes e, de outro, políticas que respeitem as individualidades e peculiaridades dos entes.

A aplicação do princípio da simetria talvez mereça uma análise exegética maior do que a simples ideia de tratamento igual entre os entes em mesmo nível. Tome-se como exemplo as competências municipais. Diz a Constituição, no artigo 30, que compete aos Municípios legislar sobre assuntos de “interesse local” e “suplementar a legislação estadual e federal no que couber”. Ora, é necessário um esforço interpretativo para se compreender o que é englobado pela ideia de “interesse local”. Será que é possível se chegar a um *standard* para todos os Municípios do Brasil com todas as suas peculiaridades? Parece razoável crer que a concepção de interesse local deve atender, caso a caso, as demandas dos Municípios, com suas características. Nesse aspecto, diz Gustavo Sampaio Telles Ferreira:

Conceituá-lo unicamente com base no que pertine à cidade, ou mesmo ao campo, torna empobrecida a sua definição, como se possível fosse asfixiar um standard único e válido para todos os Municípios de todos os 26 Estados da União. O território abrangido pelo interesse local não se exaure nos contornos redacionais conferidos pela dogmática. Deflui, isto sim, dos indicadores sociais e econômicos do lugar, sua evolução histórica e, acima de tudo, dos elementos culturais que alicerçam a identidade do seu povo. (FERREIRA, 2013, p. 252/253)

Sucede que se se pautar por um modelo de simetria rígida, que consagra um tratamento igualitário a todos os Municípios, sob uma espécie de crença que todos residem no mesmo espaço de demanda normativa, seria impossível que um Município com peculiaridades socioeconômicas pudesse legislar à frente dos demais. Optou-se por uma federação juridicamente simétrica, mormente para se reconhecer o mesmo grau de autonomia a Municípios com diferentes graus de avanço econômico, sendo resguardada a mesma autoridade política que desfrutam grandes centros urbanos a pequenas cidades com pouca expressão econômica. No entanto, isso não ilide que uma cidade com grande densidade demográfica, com complexidade econômica, tenha um

tratamento legislativo para interesses locais diversos de um Município pequeno e pacato (FERREIRA, 2013).

4 DA ADI 3367-1 DF: A QUESTÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Ainda no que diz respeito ao pacto federativo e à autonomia dos entes, merece um destaque suscito no que tange ao Poder Judiciário. É que, a autonomia dos entes pressupõe que cada um deles tenha seus próprios Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, exercendo suas atividades na sua parcela de competência com independência. Como já destacamos, os Municípios não têm Judiciário próprio, ponto de anomalia em nossa federação. No entanto, os Estados e o Distrito Federal têm seu próprio Judiciário encarregado de analisar os litígios que não sejam de interesse da União.

Com a criação do Conselho Nacional de Justiça através da Emenda Constitucional 45 de 2004, no entanto, foi ajuizada a ADI 3367-1DF em que se discutiu a constitucionalidade do novo órgão. Dentre outros argumentos, foi alegado pela Associação de Magistrados Brasileiros (AMB), autora da ação, que o CNJ ofenderia o pacto federativo, já que um órgão da União ficaria encarregado de realizar uma supervisão administrativa, financeira e orçamentária, dos Poderes Judicários dos Estados, ofendendo a autonomia dos entes e a própria estrutura da federação.

Analisando a questão, contudo, o STF asseverou que o Poder Judiciário, não obstante a divisão entre Judiciário Estadual e Federal, seria uma coisa só, um todo único e indivisível. Vale transcrever trecho do voto do Ministro Cezar Peluso:

[...] A divisão de estrutura Judicial brasileira, sob tradicional, mas equivoca denominação, em Justiças, é só o resultado da repartição racional do trabalho da mesma natureza entre distintos órgãos jurisdicionais. O fenômeno é corriqueiro de distribuição de competências pela malha de órgãos especializados, que, não obstante portadores de esferas próprias de atribuição jurisdicionais e administrativas, integram um único e mesmo Poder. Nesse sentido, fala-se em Justiça Federal e Estadual, tal como se fala em Justiça Comum, Militar, Trabalhista, Eleitoral etc, sem que com essa nomenclatura ambígua se enganem hoje os operadores jurídicos. [...] (STF, 2006)

Assim, foi julgada por maioria improcedente a ação, com o reconhecimento, portanto, da constitucionalidade do CNJ. Com essa decisão,

o STF parece ter reconhecido que a autonomia dos entes não importa na autonomia do Poder Judiciário dos Estados, que integrariam um único Poder Judiciário. Essa decisão nos parece equivocada e caminhou para uma negação da autonomia Estadual. Não parece correta a tese vencedora de que a divisão em Judiciário Estadual e Federal.

5 CONCLUSÕES

Os Estados federais estão espalhados pelo mundo em todos os continentes. Cada país que opta por essa forma de Estado, contudo, a coloca em prática a sua maneira, que varia consoante elementos culturais, socioeconômicos e históricos, sendo certo que o modelo federativo tende a ser dinâmico, variando em tempo e espaço. Trata-se, em outras palavras, de conceito dotado de certo grau de elasticidade. A experiência brasileira, por sua vez, é marcada por alternância entre momentos de maior centralização e autoridade política e momentos de maior descentralização. Contudo, é lógico que, se comparado com modelos federativos formados por movimento centrípeto - a exemplo do modelo norte-americano -, pouca autonomia é conferida aos entes da federação.

A Constituição de 1988, trazendo mudanças abruptas no país em vários aspectos, rompendo com o governo ditatorial militar até então vigente, trouxe enorme mudança estrutural no sistema federativo, notadamente no arranjo de três planos de autonomia, com a elevação dos Municípios a entes da federação. Assim, a ideia de federação como atuação de dois planos de governos distintos (o federal e o estadual) sofre uma releitura, com a inserção do governo municipal. Há uma marcha, assim, para o fortalecimento do Poder Local.

Essa reestruturação federativa reconhecendo os Municípios já no artigo 1º, da Carta Constitucional, como entes componentes da federação, entretanto, é objeto de críticas, já que a própria Constituição nega representatividade municipal no Congresso Nacional, nega a existência de um Poder Judiciário dos Municípios, nega, como regra, a possibilidade de intervenção federal nos Municípios, dentre outros aspectos que, inexoravelmente, ecoam questionamentos sobre a plenitude de autonomia municipal. Vozes, assim, sustentam que os Municípios não passariam de desdobramentos da autonomia dos Estados.

O Federalismo brasileiro instalado sob a égide da Constituição de 1988 sofre, pois, um questionamento estrutural no que diz respeito

à autonomia dos Municípios, notadamente diante de um fortalecimento do Poder Local.

Além disso, o modelo de simetria, que busca um tratamento igualitário e de cooperação entre os entes também parece malograr em certo aspecto. Não só por conta de desvios que surgem, a exemplo da guerra fiscal, mas também diante das próprias diferenças regionais. É que, sendo o Brasil um país de assimetrias fáticas grandes entre as regiões, com partes muito pobres e outras muito prosperas, com Estados populosos e outros pouco densos, estabelecer simplesmente um tratamento igualitário entre todos os entes pode acirrar as assimetrias. Desse modo, parece razoável ser revisitado o modelo federativo, para se aceitar em certas hipóteses tratamentos desiguais entre os entes, fortalecendo-se o modelo de cooperação. Vale repisar: tratar de forma igual os desiguais decerto pode gerar descompassos econômicos e sociais, ao invés de o desejado desenvolvimento.

Em outro giro, o estabelecimento de assimetrias não pode gerar uma quebra da unidade. Trata-se, assim, de uma linha tênue, que deve ser trabalhada com cautela. O modelo federativo brasileiro desde a promulgação da Carta de 1988, sem dúvida, percebeu e percebe uma enorme evolução. Todavia, em muitos aspectos é necessária uma releitura. Não se pode conceber o federalismo hodiernamente como simples existência de esferas autônomas. Deve-se usar o federalismo como instrumento de integração nacional, de fortalecimento da democracia e mitigação de desigualdades.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Rafael Botelho de Castro. *O Princípio da Simetria na Atual Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://documents.jdsupra.com/54b60c8f-db02-4ae8-bf97-4de33d1cb693.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CALCIOLARI, Ricardo Pires. Aspectos Jurídicos da Guerra Fiscal no Brasil. *Cadernos de Finanças Públicas*. n.7, p. 5-29, dez. 2006 Disponível em:<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33493-43238-1-PB.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

CLÉVE, Clemerson Merlin; KENICKE, Pedro Henrique Gallotti. Federalismo, Centralização e Princípio da Simetria. In: Strck, Lênio Luiz (Coordenador). *Ontem os Códigos! Hoje, as Constituições!* - Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2016

FAUSTO, Boris. *História Concisa do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011

FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles. *Federalismo Constitucional e Forma Federativa: Poder Local e Cidade-Estado*. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2013

KARNAL, Leandro; MORAIS, Marcus Vinicius de; FERNANDES, Luiz Estevam. PURDY, Sean. *História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI*. São Paulo: Contexto, 2016

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. São Paulo. Saraiva, 2009.

LUFT, Rosangela Mariana. Os Municípios na Constituição de 1988. In: CLÉVE, Clémerson Melin (coordenador), *Direito Constitucional Brasileiro: Organização do Estado e Dos Poderes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 31. ed. São Paulo. Saraiva. 2013.

MARQUES, Mauro Luiz Campbell. (As) Simetrias no Federalismo Brasileiro. In: LEITE; STRCK, Lênio Luiz (Coordenador). *Ontem os Códigos! Hoje, as Constituições!* - Homenagem A Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2016.

MARRAFON, Marco Aurélio. Federalismo brasileiro: reflexões em torno da dinâmica entre autonomia e centralização. In: CLÉVE, Clémerson Melin (coordenador), *Direito Constitucional Brasileiro: Organização do Estado e dos Poderes*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2014.

MORBIDELLI, Janice Helena Ferreri. *Um novo Pacto Federativo para o Brasil*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, história e Métodos de Trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

REGIS, André. *O Novo Federalismo Brasileiro*. Rio de Janeiro. Forense, 2009.

REZENDE, Fernando. *O Federalismo Brasileiro em Seu Labirinto: Crise e Necessidade de Reformas*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo. Malheiros, 2008.

TEMER, Michel. *Elementos De Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indicadores_sociais_municipais/tabela1a.shtml>. Acesso em: 10 out. 2016.

Disponível em: ><http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

RECEBIDO EM: 21/09/2017
APROVADO EM: 25/10/2017

O PROCESSO UNIFICADO DE ESCOLHA DOS MEMBROS DO CONSELHO TUTELAR: UMA ANÁLISE A PARTIR DA LEI N. **12.696/2012**

***THE UNIFIED PROCESS OF CHOICE OF GUARDIANSHIP COUNCIL
MEMBERS: AN ANALYSIS FROM LAW N. 12.696/2012***

*Gilson Freire da Silveira Júnior
Especialização em Economia e Gestão de Empresas pela Universidade Estadual do Rio Grande do Norte, Brasil. Professor de Economia e Administração do Centro de Estudos Avançados de Pós Graduação e Extensão.*

*Rafael Lamera Giesta Cabral
Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília - UnB. Advogado. Professor Adjunto no Curso de Direito e do Mestrado Profissional em Administração Pública (PROFIAP) da UFERSA.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Evolução das instituições de proteção à Criança e ao Adolescente no Brasil; 2 A inovação da Lei Federal n. 12.696/2012: o processo unificado de escolha dos membros do Conselho Tutelar; 3 A experiência local no município de Mossoró/RN; 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente estudo trata do processo unificado de escolha dos membros do Conselho Tutelar de acordo com as alterações promovidas pela Lei nº 12.696/2012, que alterou os arts. 132, 134, 135 e 139 do Estatuto da Criança e do Adolescente. As alterações conferiram direitos sociais aos conselheiros tutelares e determinaram que a escolha dos conselheiros seria realizada em data unificada, em todo o território nacional. A pesquisa realizou-se nos anos de 2015-16, em acompanhamento ao pleito realizado na cidade de Mossoró-RN, no oeste potiguar, e teve como método de pesquisa análise de fontes judiciais, a partir do ajuizamento de ações do Ministério Público Estadual do Rio Grande do Norte e ampla revisão bibliográfica. Identificou-se que a realização do processo unificado de escolha carece de estrutura e apoio por parte do Poder Público, havendo a necessidade de realização de alterações legislativas com o objetivo de aperfeiçoar a execução do pleito.

PALAVRAS-CHAVE: Conselho Tutelar. Processo Unificado de Escolha. Estatuto da Criança e do Adolescente.

ABSTRACT: This study deals with the unified process of choosing the Guardianship Council members in accordance with the changes introduced by Law n. 12.696/2012, which amended the articles 132, 134, 135 and 139 of Law n. 8.069/1990, as well as the weaknesses observed in its execution, focusing on the city of Mossoró-RN. The alterations itself granted social rights to guardianship counselors and determined that election of council members would be at the same date all over the country. The research was made from 2015 to 2016, and had judicial sources and literature review as data collecting method. There was an establishment that the unification of the election process lacks structure and support from the government, that shows the need of legislative changes in order to improve the election's implementation.

KEYWORDS: Guardianship Council. Unified Process of Choice. Child and Adolescent Statute.

INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição da República de 1988 trouxe inovação basilar na defesa aos direitos das crianças e dos adolescentes no Brasil. A redação do art. 227 da Carta Magna criou o que se reconhece como princípio da prioridade absoluta no que tange aos interesses da infância e juventude. Tal novidade, além de reconhecer as crianças e os adolescentes como sujeitos de direito e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, estabeleceu-os como verdadeiro foco para o desenvolvimento e a aplicação de políticas públicas, bem como para a proteção por parte da própria sociedade civil.

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90, houve o detalhamento da norma constitucional, indicando que menores possuem preferências de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, na formulação e na execução das políticas públicas, bem como destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Ao lado dessas esferas de proteção, o Conselho Tutelar tornou-se fundamental para a concretização de novos direitos e diretrizes protetivas, tendo sua finalidade indicada no art. 131 da Lei nº 8.069, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente. No entanto, as experiências que marcam sua institucionalização no Brasil eram descontínuas, precárias e refletiam tensões que trafegavam em áreas desde desafios econômicos aos problemas políticos locais.

O objetivo deste trabalho foi analisar, a partir de um estudo de caso, o impacto que as modificações trazidas pela Lei n. 12.696/2012 promoveu no âmbito dos Conselhos Tutelares, com destaque ao processo unificado de escolha de conselheiros municipais em todos os municípios do país, realizado em 04 de outubro de 2015, após edição da Resolução n. 170/2014 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA).

A realização da escolha unificada em 2015 envolveu uma série de ações judiciais em inúmeros municípios. As denúncias caminhavam desde às repetições de práticas eleitoreiras comuns ao sistema de escolha de vereadores e prefeitos quanto a crimes mais graves.

Nesse aspecto, caso existam vícios no processo unificado de escolha do Conselho Tutelar, restará fragilizado o aspecto democrático do órgão

colegiado, porquanto o instrumento do pleito tornar-se-á defectivo, prejudicando o exercício do direito ao sufrágio universal por parte da sociedade. Se não bastasse tais fatos, a fragilidade no processo de escolha poderia proporcionar sérios danos ao cumprimento das disposições estatutárias.

Ademais, levando em consideração o princípio da municipalidade que orienta as políticas de assistência social, foi necessário o enfoque da pesquisa a partir de um estudo de caso, realizado no município de Mossoró/RN, a fim de refletir acerca dos vícios e fragilidades identificados pelos atores participantes do processo unificado de escolha na comunidade local.

Para tanto, realizou-se pesquisa bibliográfica, analisando-se autores do direito da criança e do adolescente, bem como de áreas relacionadas ao direito eleitoral. Outrossim, fez-se extenso levantamento documental de resoluções, jurisprudências, artigos científicos e editais que tratam do processo de escolha, antes e depois da inovação trazida pela Lei nº 12.696/12. Baseou-se o presente trabalho, ainda, na realização de entrevista com a autoridade responsável pela fiscalização do processo de escolha unificado em Mossoró/RN, que acompanhou, durante todo o ano de 2015, os preparativos do certame, bem como atuou em campo no dia 04 de outubro do ano em questão.

Assim, o corrente estudo visa a realizar ponderações acerca das indagações supra, a fim de fomentar uma discussão na comunidade jurídica, bem como nas diversas instâncias da sociedade, no que tange à viabilidade, alternativas e possibilidades para a adequação do pleito unificado ante os eventuais problemas apresentados em sua efetivação.

1 EVOLUÇÃO DAS INSTITUIÇÕES DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE NO BRASIL

O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069 estabeleceu uma série de garantias e instituições voltadas ao desenvolvimento das crianças e dos adolescentes no Brasil. É cediço que as mudanças advindas do dispositivo em questão visaram à modificação da vivência dos infantes, tudo isso alavancado pelos preceitos estabelecidos com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Historicamente, entretanto, aqueles que eram pejorativamente conhecidos por “menores” não gozaram da mesma proteção. Nessa sorte, se admite que seu passado foi eivado de abusos e infortúnios, amargando

violências e situações de extremo risco, dominadas pelo autoritarismo de seus pais e de instituições como a igreja católica¹ (DEL PRIORE, 1991).

Durante o período colonial, muitas vezes as câmaras municipais prestavam um irrisório auxílio financeiro para que amas de leite cuidassem dos lactentes durante seus primeiros três anos de vida (ALMEIDA, 2013). No entanto, maior reconhecimento às instituições de proteção à criança no Brasil se deu ao final do século XVIII, com as instituições das Santas Casas de Misericórdia. Esta popularizou a Roda dos Expostos, embora tal instrumento tenha existido, parcamente, na colônia (DEL PRIORE, apud LEITE, 1991). De tal sorte, as Santas Casas tinham o papel de cuidar dos doentes e órfãos, e a roda era utilizada para receber tanto recém-nascidos quanto para doá-los às famílias substitutas. Todavia, era marcante a carência da instituição em relação à higiene e aos cuidados para com as crianças, ensejando em uma taxa de mortalidade alarmante (MARCHESOTTI, 2013; ARAÚJO; COUTINHO, 2008).

Com o crescimento populacional no sudeste brasileiro, viu-se a necessidade de institucionalizar a situação das crianças e adolescentes carentes e sem família estruturada. Dividiu-se esse grupo populacional entre aqueles abandonados e os chamados delinquentes, estes responsabilizados pela prática de crimes e contravenções penais.

Em 12 de outubro de 1927 foi promulgado o Decreto nº 17.943-A, que instituiu o primeiro Código de Menores no país. A novidade legislativa afastava a Roda dos Expostos e colocava crianças e adolescentes sob a proteção estatal. Para tanto, houve a criação da figura do Juiz de Menores, que era a autoridade responsável por determinar a aplicação das medidas cabíveis e pela destinação dos infantes. Daí nasceu o termo Menor, que estigmatiza, até hoje, os indivíduos com idade abaixo de 18 anos (AMIN, 2013).

A norma dividiu crianças e adolescentes entre menores abandonados e menores delinquentes, prevendo medidas protetivas diferentes para cada grupo, de acordo com a vontade do juízo de menores, que poderia usar de coerção para buscar a reeducação dos infantes. Também conhecido por Código Melo Mattos, o decreto dispôs instituições de assistência e disciplina diretamente sob a autoridade do Juiz de Menores. É cediço, entretanto, que o poder do magistrado visava a alcançar, de maneira

1 Embora a igreja tenha trazido certo avanço em relação à proteção dos infantes, sabe-se que a instituição apoiava castigos corporais para com as crianças e impunha a doutrinação religiosa. Ainda, por conta das casas de recolhimento existente, o Estado transferia suas responsabilidades para as instituições católicas (AMIN, 2013).

opressiva, os jovens carentes, de modo a promover certa higienização nas ruas das grandes cidades (AMIN, 2013).

Com uma maior politização da população brasileira no início da década de 1960, o Serviço de Assistência a Menores passou a sofrer severas críticas, considerado desumanizador e repulsivo.

O golpe militar ocorrido em 1964 deu sequência a uma série de modificações legislativas sem, contudo, remodelar o caráter repressivo da legislação destinada aos infantes abarcados pela doutrina da situação irregular, que:

Compreendia o menor privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, em razão da falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; as vítimas de maus-tratos; os que estavam em perigo moral por se encontrarem em ambientes ou atividades contrárias aos bons costumes; o autor de infração penal e ainda todos os menores que apresentassem ‘desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária’ (AMIN, 2013, p. 54).

A primeira das citadas alterações foi a criação, por intermédio da Lei nº 4.513/64, da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, que extinguiu o Serviço de Assistência a Menores.² Embora seu nome denote atenção em relação à assistência de crianças e adolescentes, viu-se, na realidade, que o modelo de contenção opressiva da juventude marginalizada não havia sofrido mudanças significativas. Ademais, existia a autoridade severamente imposta pelos militares, que viam na internação, o único meio de proteger uma dita segurança nacional (AMIN, 2013). Percebe-se, assim, que as instituições do período seguiram a mesma linha do Serviço de Assistência a Menores. O segundo fato significativo do período foi a publicação do novo Código de Menores – Lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979. Este oficializava a doutrina da situação irregular³ e, na prática, manteve a linha segregacionista das normas anteriores (LOPES; FERREIRA, 2010).

² A alínea “a” do Art. 4º da Lei nº 4.513 definiu que o acervo do Serviço de Assistência a Menores constituiria o Patrimônio da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor. Já o parágrafo único do referido diploma definiu que as atribuições do Serviço de Assistência a Menores passam à competência da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor.

³ O Art. 2º da Lei n. 6.697/79 considerava em situação irregular o menor: privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória; vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; em perigo mortal devido a encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes ou em exploração de atividade contrária aos bons costumes; privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; autor de infração penal.

Nota-se que o aparelho estatal se voltava a uma parcela das crianças e dos adolescentes, não atingindo aqueles mais abastados, que eram controlados por seus pais.

Com a Constituição Federal de 1988 houve uma reorganização legislativa e principiológica do ordenamento brasileiro sobre crianças e adolescentes. A redação do art. 227 da Carta Magna criou o que se conhece por princípio da prioridade absoluta no que tange aos interesses da infância e juventude. Tal novidade, além de reconhecer as crianças e os adolescentes como sujeitos de direito e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, estabeleceu-os como verdadeiro foco para o desenvolvimento e a aplicação de políticas públicas, bem como para a proteção por parte da própria sociedade civil. Aqui já não prevalecia a doutrina da situação irregular, mas sim da proteção integral, que abarca todas as crianças e os adolescentes, independentemente de suas condições financeiras ante a sociedade. Nesse sentido, a doutrina da proteção integral, canalizada no referido artigo da Constituição Federal, vem para assegurar que os infantes tenham seus direitos e garantias fundamentais assegurados, tornando-se uma espécie de metaprincípio para a legislação que viria a ser produzida a partir daí (CARDOZO, 2011; ISHIDA, 2015).

A Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor logo foi renomeada como Fundação Centro Brasileiro para Infância e Juventude – CBIA,⁴ em 1990. Perceptível, neste espaço, a quebra de paradigmas na tentativa de inibir a utilização do termo Menor, passando a se tratar da criança e do adolescente como sujeitos de direitos (AMIN, 2013).

A maior inovação do início da década de 1990 se deu, entretanto, com a promulgação da Lei nº 8.069, em 13 de julho de 1990, incluindo no sistema protetivo o avançado Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Este, em conjunto com os arts. 203 e 204 da Constituição Federal, apresenta uma espécie de descentralização administrativa e, em especial, municipalização dos serviços de assistência social.

Na esfera Federal, foi instituído o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Conanda, que é regulamentado pela Lei nº 8.242/91. Esse regramento avançou para a derrocada da política instituída pela Fundação Nacional do Bem Estar do Menor, que se concentrava na esfera federal e baseava-se no poder de decisão dos juízes de menores (RAMOS, 2003).

⁴ A Lei nº 8.029/90 determina a mudança de denominação em seu Art. 16. O objetivo da fundação, conforme parágrafo único do citado artigo, é normatizar e coordenar a política de defesa dos direitos da criança e do adolescente, prestando assistência técnica a órgãos e entidades que venham a executar essa tarefa.

A partir do princípio da municipalização, o legislador infraconstitucional previu a criação do Conselho Tutelar, que:

[...] é o órgão formado por pessoas escolhidas pela sociedade e encarregado de adotar em âmbito municipal providências concretas destinadas à tutela dos direitos individuais de crianças e adolescentes. (TAVARES, 2013, p. 461).

Nasce, também, um conceito de participação popular no âmbito do poder executivo. A própria sociedade seria encarregada de executar e garantir a implantação das normas estatutárias. Assim, os conselhos tutelares personificariam, na visão de Soares (2003), o dever abstratamente imposto na Constituição Federal à sociedade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente destina seu Título V para tratar do Conselho Tutelar, determinando sua estrutura, suas atribuições, competência, bem como a forma de escolha dos conselheiros.

Em 2013, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República publicou o programa do Cadastro Nacional de Conselhos Tutelares, que disponibilizou dados gerais acerca do órgão em todo o país. Identificou-se, no censo, a existência de 5.906 Conselhos Tutelares estruturados no Brasil.

Em síntese, então, tem-se o Conselho Tutelar como órgão colegiado que tem por base o princípio da democracia participativa, de modo a permitir que a população se torne peça fundamental na proteção dos direitos da infância e da juventude (TAVARES, 2013).

2 A INOVAÇÃO DA LEI FEDERAL N° 12.696/2012: O PROCESSO UNIFICADO DE ESCOLHA DOS MEMBROS DO CONSELHO TUTELAR

O art. 131 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre o Conselho Tutelar como órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente. A relevância do órgão dentro do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente,⁵ bem como sua

⁵ O Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente constitui-se na articulação e integração das instâncias públicas governamentais e da sociedade civil, na aplicação de instrumentos normativos e no funcionamento dos mecanismos de promoção, defesa e controle para a efetivação dos direitos humanos da criança e do adolescente, nos níveis Federal, Estadual, Distrital e Municipal.

abrangência nos municípios de todo o país, faz com que se perceba a importância que a norma estatutária confere aos conselheiros tutelares.

A fim de dar eficácia à democracia participativa que norteia e fundamenta a atuação do órgão, a atual redação do art. 132 do Estatuto da Criança e do Adolescente indica a existência de um órgão colegiado, composto por cinco membros, cujos integrantes serão definidos por escolha da população local.

Assim, dando início a uma série de mudanças normativas, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Conanda editou a Resolução nº 139, de 17 de março de 2010. O instrumento visou a estabelecer parâmetros para a criação e o funcionamento dos Conselhos Tutelares no Brasil, determinando diretrizes para sua atividade e exteriorizando a importância de uma remuneração ao cargo, além de garantia de percepção de vantagens e direitos sociais assegurados aos demais servidores dos municípios, conforme denota o art. 38 da referida norma.

Além desse avanço, a Resolução destacou a necessidade de eleição mediante sufrágio universal para a escolha dos Conselheiros Tutelares. Manteve-se o mandato de 3 anos estabelecido na redação do art. 132 do ECA, permitindo-se uma recondução, conforme a lei nº 8.242 de 1991, entretanto, mediante novo processo de escolha, como se observa no art. 6º, 1§, da Resolução nº 139/2010.

Apesar disso, notou-se que ainda havia certa relutância dos municípios em prover uma melhor estrutura ao órgão colegiado e diversas Prefeituras Municipais permaneceram inertes em relação ao funcionamento deficiente dos Conselhos Tutelares (SILVEIRA, 2014).

A norma estatutária e a Resolução nº 139 ainda se mostravam insuficientes no sentido de regularizar a situação do órgão colegiado a nível nacional. O legislador municipal possuía liberdade em demasia, e raramente tratavam o tema com uniformidade, gerando situações que fugiam à vontade estatutária, como o provimento da função de Conselheiro Tutelar como cargo em comissão em algumas localidades (TAVARES, 2013).

Some-se a isso o fato de o sistema existente até então, com três anos de mandato para o cargo de Conselheiro Tutelar, enfraquecia a execução de medidas sociais de longa duração.⁶ A modificação legislativa

⁶ O Conselho Tutelar é encarregado também de executar as medidas deliberadas pelo COMDICA, por quanto este deve participar da política de atendimento, controlando suas ações em todos os níveis, conforme art. 88, inciso II da Lei nº 8.069/90. Tais ações podem ser planejadas a curto, médio ou longo prazo.

foi significativa, obrigando os municípios à concessão obrigatória de diversos direitos sociais aos conselheiros tutelares, como elencado no art. 134 e incisos do ECA, além de majorar seu mandato, que antes durava três anos, para quatro, conforme art. 132. Ainda, a nova redação do art. 135 determinou que o exercício efetivo da função de conselheiro constitui serviço público relevante, estabelecendo presunção de idoneidade moral.

Embora não se possa falar em vinculação trabalhista do conselheiro ao Poder Público (TAVARES, 2013), é cediço que a lei nº 12.696/2012 foi responsável por regularizar a precária situação dos conselheiros tutelares, equiparando-os a agentes públicos. Outrossim, a referida lei trouxe inovação ímpar ao Sistema de Garantias e Direitos: determinou-se, pela primeira vez, a realização de um processo unificado de escolha para os membros do Conselho Tutelar.

Anteriormente, cada município era responsável por colocar em prática seu processo de escolha. Assim, definiam-se diversos formatos para o pleito, porquanto este deveria se adequar à realidade comunitária como forma de atenção ao princípio da municipalização.

Nessa sorte, o art. 139 da norma estatutária passou a prever que o processo de escolha dos membros do Conselho Tutelar, estabelecido em lei municipal, deveria ser realizado sob a responsabilidade do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, bem como fiscalizado pelo Ministério Público. Nesse sentido, o pleito ocorreria em data unificada em todo território nacional a cada quatro anos, no primeiro domingo do mês de outubro do ano subsequente ao da eleição presidencial, com posse designada até o dia 10 de janeiro do ano subsequente ao pleito.

Como havia uma discrepância entre o mandato de três anos para a função de Conselheiro Tutelar e a nova redação dada ao ECA pela Lei nº 12.696/2012, surgiu a necessidade de regulamentação do período de transição para o novo processo unificado de escolha. Para tanto, o Conanda encarregou-se de expedir a Resolução nº 152/2012, que estabeleceu diretrizes de passagem entre os modelos de processo. Como cada município realizava o processo de escolha em datas diferentes, os mandatos nem sempre findavam no mesmo ano.

A normativa definiu uma série de pressupostos para regularização dos mandatos estabelecendo, inclusive, que alguns conselheiros teriam seu mandato prorrogado sem a necessidade de um novo processo de

escolha, como aqueles empossados nos anos de 2011 e 2012,⁷ com o objetivo de assegurar a participação de todos os municípios no pleito. Nesse sentido, indicou-se o dia 04 de outubro de 2015 para a realização do primeiro processo unificado de escolha dos membros do Conselho Tutelar, vigorando, a partir daí o mandato de quatro anos para a função de conselheiro.

Assim, cada Conselho Municipal ou do Distrito Federal dos Direitos da Criança e do Adolescente deveria, na forma do art. 7º da Resolução nº 170/2014 do Conanda, necessitaria publicar edital do processo de escolha com antecedência mínima de seis meses, devendo este prever uma série de disposições relacionadas ao certame e elencadas no dispositivo em questão, como a criação e composição de comissão especial⁸ encarregada de realizar o pleito.

Nota-se, já aqui, preocupação com a vedação de condutas ilícitas, levando-se em consideração a amplitude do processo de escolha unificado, como se extraí do art. 8º da resolução. Todavia, o dispositivo determina que seja seguido o disposto na legislação local, sem oferecer uma base para a aplicação de sanções relativas à prática de eventuais abusos do poder político, econômico, religioso, institucional, bem como dos meios de comunicação e afins.

Destaca-se, ainda, a relevância do certame e a necessidade de sua divulgação e de movimentação da população, sendo uma das diretrizes da política de atendimento do Estatuto da Criança e do Adolescente a mobilização da opinião pública para a indispensável participação dos diversos segmentos da sociedade.⁹ Outro ponto importante foi a previsão de obtenção, junto à Justiça Eleitoral, de empréstimo de urnas eletrônicas e do respectivo software para que fosse conduzida a votação, conforme art. 9º, § 2º da resolução nº 170/2014 do Conanda. A nível nacional, o empréstimo de tais ferramentas está regulamentado na Resolução nº 22.685/2007 do Tribunal Superior Eleitoral.

⁷ De acordo com o art. 2º, inciso III, da Resolução nº 152/12 do Conanda, os conselheiros tutelares empossados nos anos de 2011 ou 2012 tiveram, excepcionalmente, o mandato prorrogado até a posse daqueles escolhidos no primeiro processo unificado.

⁸ Comissão constituída de modo paritário entre conselheiros representantes do governo e da sociedade civil, a fim de se conduzir o processo de escolha unificado, cujas atribuições estão elencadas no art. 11 da Resolução nº 170 do Conanda.

⁹ Como disposto no art. 88, inciso VII da Lei nº 8.069 e no caput do art. 9º da Resolução nº 170/2014 do Conanda.

É certo que o dispositivo em tela não é obrigatório, levando em consideração que pode haver a impossibilidade de obtenção das urnas, como bem aduz o § 3º do referido artigo, especialmente quando se trata de municípios pequenos. Todavia, destaque-se novamente que a fiscalização e o acompanhamento do pleito são de responsabilidade do Ministério Público, cabendo à Justiça Eleitoral apenas orientação, treinamento e apoio técnico no que tange a utilização das urnas.

3 A EXPERIÊNCIA LOCAL NO MUNICÍPIO DE MOSSORÓ/RN

A cidade de Mossoró/RN possui aproximadamente 300 mil habitantes e se encontra no oeste potiguar. Segunda maior cidade do Estado do Rio Grande do Norte, o primeiro processo de escolha em data unificada para membros do Conselho Tutelar foi realizado pelo Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente – Comdica de Mossoró/RN no dia 04 de outubro de 2015, como previsto nas resoluções do Conanda.

A legislação municipal determinou a criação de dois Conselhos Tutelares, os quais atuam, respectivamente, junto à 33^a e à 34^a Zona Eleitoral do município, conforme art. 10 do referido diploma, totalizando, assim, 10 vagas para conselheiros no total, vinculando os conselheiros à Secretaria Municipal do Desenvolvimento Social e Juventude. Anteriormente, tal previsão não era expressa, de modo a tratar da relação do Conselho Tutelar com o Poder Executivo de maneira silente, indicando apenas que os vencimentos do conselheiro seriam equivalentes ao do cargo comissionado de Diretor de Classe IV do quadro de servidores da Prefeitura Municipal de Mossoró, conforme antigo art. 27, § 1º.

Assim, o Comdica de Mossoró/RN, no uso de suas atribuições, expediu o Edital nº 001/2015, que abriu inscrições para o processo de escolha com data unificada dos membros do Conselho Tutelar do município para o quadriênio de 2016 a 2019. Conforme previsto no item “6.1” do instrumento editalício em voga, mediante Resolução nº 17/2015 do Comdica, efetivou-se a criação da Comissão Especial de composição paritária entre representantes do governo e da sociedade civil, para organização e condução do processo de escolha, observando o que preceitua a Resolução N° 170/2014 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente em seu art. 7º, §1º, “d” e art. 11.

No que se refere à fiscalização e acompanhamento do certame, tal responsabilidade ficou a cargo do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, por intermédio da 12^a Promotoria de Justiça da

Comarca de Mossoró/RN, com atribuição para a defesa dos direitos da infância e da juventude, inclusive na fiscalização, judicial e extrajudicial, e acompanhamento das atividades dos conselhos tutelares da Comarca em questão. Para tanto, a 12º Promotoria de Justiça instaurou Inquérito Civil Público com o objetivo de fiscalizar os atos preparatórios do processo de escolha dos membros dos Conselhos Tutelares de Mossoró/RN¹⁰, decorrência de sua responsabilidade estabelecida em lei, já que o prazo para inscrições feria a determinação legislativa.

De maneira similar, verificou-se que o calendário referente ao Edital n. 01/2015 do Comdica de Mossoró estabelecia, em seu item 14, que a divulgação dos locais de votação se daria no dia 21 de setembro de 2015, duas semanas antes da eleição do processo de escolha unificado, que ocorreu no dia 04 de outubro de 2015. Havendo prazo de apenas duas semanas para a referida publicização, ter-se-ia lapso temporal muito curto para que pudesse atingir sua finalidade, ferindo, de maneira desarrazoada o princípio da publicidade e da transparência dos atos públicos e, cumulativamente, o direito à igualdade de condições entre os candidatos, porquanto estes poderiam ter suas campanhas prejudicadas ante a falta de informação acerca dos locais.

O Comdica de Mossoró/RN, em atendimento à recomendação do Ministério Público, expediu, no dia 31 de julho de 2015 o Edital nº 004/2015, em que foram divulgados dois locais de votação para cada Zona Eleitoral. De tal sorte, a população elegeu, no domingo do dia 04 de outubro de 2015, os Conselheiros Tutelares que deveriam atuar junto às Zonas Eleitorais 33^a e 34^a no município de Mossoró/RN. Em número expressivo, aproximadamente 12 mil eleitores participaram do pleito, devendo se levar em consideração que se trata de eleição comunitária facultativa, ao contrário das eleições gerais.

O resultado foi divulgado no dia 05 de outubro de 2015 mediante publicação do Edital nº 006/2015 do Comdica, que listou os dez candidatos mais votados de cada Zona Eleitoral, havendo cinco titulares e cinco suplentes em cada uma das circunscrições.

Todavia, no dia 08 de outubro do ano em questão, o Fórum Nacional de Membros do Ministério Público da Infância e Adolescência – ProInfância

¹⁰ Inquérito Civil Público nº 06.2015.00001415-2, instaurado por intermédio da Portaria nº 0003/2015/12^a PJM.

publicou moção de repúdio diante de aparente descaso do poder público em relação ao processo unificado de escolha no Brasil. A entidade destacou que:

Em razão do absoluto descaso com que se trata a infância e juventude no Brasil, não é exagero dizer que o último 04 de outubro também marcou a pior eleição já realizada na história do país: despreparo e insuficiência das equipes de mesários; logística inadequada para atender os eleitores; subdimensionamento da demanda esperada; longas e intermináveis filas de espera; pessoas expostas, por horas a fio, ao sol do meio-dia em pleno sertão nordestino; candidatos fraudando descaradamente as regras de conduta eleitoral que deles esperavam obediência; transporte irregular de eleitores aos borbotões; boca de urna desavergonhada dos candidatos e seus cabos eleitorais; falta de sanção penal para as condutas vedadas; votações ocorrendo, em pleno século XXI, mediante urnas de lona - no que se incluem muitas capitais (João Pessoa/PB, São Luís/MA, Vitória/ES etc); eleições não realizadas ou anuladas em quatro dos maiores municípios do país: São Paulo/SP, Salvador/BA, Belém/PA e Rio de Janeiro/RJ; apurações que adentraram a madrugada em virtude da necessidade de se “cantar” o voto; os promotores de justiça da infância e juventude praticamente sozinhos no combate ao mar de irregularidades em que soçobravam, dentre outras. (PROINFÂNCIA, 2015).

Destarte, fez-se necessário estudar a situação a nível municipal, de modo a sopesar possível existência de fragilidades no processo unificado de escolha tal qual estabelecido pela redação da Lei nº 12.696/2012, na esfera local.

Foi realizada, em 06 de maio de 2016, entrevista com o representante do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte titular da 12ª Promotoria de Justiça da Comarca de Mossoró/RN, Sr. Sasha Alves do Amaral¹¹, responsável pela fiscalização e o acompanhamento do certame. Questionado acerca dos obstáculos enfrentados pelos promotores de justiça, a nível nacional, aduziu que o maior deles foi a inexistência, na prática, da efetivação do princípio da prioridade absoluta para a criança e o adolescente por parte do Poder Público.

¹¹ Sasha Alves do Amaral é Promotor de Justiça titular junto à 12ª Promotoria de Justiça de Mossoró/RN, coordenador do Fórum Nacional de Membros do Ministério Público da Infância e Juventude – ProInfância e ex-coordenador do Centro de Apoio Operacional às Promotorias da Infância Juventude e Família – CAOPIJF do Rio Grande do Norte. Entrevista realizada no dia 05 de maio de 2016, na Sede das Promotorias de Justiça de Mossoró/RN.

Acrescentou que os problemas se iniciaram desde a esfera Federal, na qual o Governo apenas teria fixado data específica para o processo unificado, deixando de contribuir, por exemplo, nas distribuições de material aos municípios e estados, bem como realizou orientações de forma tímida e nutriu frágil articulação junto à Justiça Eleitoral.

Já o Governo Estadual teria realizado uma participação quase nula no processo, sem destaque em ponto algum da pauta de realização do certame. Tais fatos renderam um sobrecarregamento das tarefas a serem realizadas pelos municípios, encarregados de realizar pleito altamente complexo, que exige preparo, porquanto se trata de verdadeira manifestação democrática. Tinha-se um órgão já fragilizado, como o Comdica, que precisava conduzir uma eleição e decidir questões delicadas como impugnações de candidaturas e outras ocorrências que surgiram ao longo do dia de realização do processo de escolha, como flagrantes de situações irregulares vedadas no edital. Continuou-se a elucidar que, no país, municípios pequenos sofreram com a falta de pessoal e capacitação tal como nas grandes localidades. Referiu-se a São Paulo e Rio de Janeiro, dentre outras capitais que tiveram suas eleições canceladas por não terem um contingente preparado para receber a quantidade de votantes que compareceram no dia.

Questionado acerca da estrutura do Comdica em Mossoró/RN, respondeu que, assim como em outros municípios do país, percebeu-se um subdimensionamento em relação ao processo unificado de escolha, sendo este visto como uma espécie de eleição menos importante para o Poder Público. O próprio Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente não recebeu estrutura e pessoal suficientemente qualificado por parte da municipalidade. Desse modo, a inércia do Comdica se somou à ausência de conhecimento jurídico, apoio, preparo e logística para realização do pleito, que necessitava de amparo da estrutura administrativa do município.

Em relação às fragilidades verificadas no dia 04 de outubro de 2015, aduziu o representante do Ministério Público que questões logísticas e a insuficiência de mesários, além da pouca quantidade de locais de votação e má distribuição dos eleitores, que teriam sido distribuídos de acordo com a ordem alfabética de nomes, foram pontos recorrentes durante o certame.

Desse modo, nomes de grande apelo popular como Maria, José e João geraram filas imensas ante o já citado dimensionamento errôneo feito pela organização. Cite-se, ainda, a falta de planejamento por parte do Comdica, evidenciando a carência de apoio e logística já referidos.

Indagou-se, então, se, em decorrência de sua atribuição para fiscalização do pleito, teria o *Parquet* observado condutas fraudulentas por parte dos candidatos no dia 04 de outubro de 2015. Em resposta, o promotor de justiça opinou, de pronto, que a eleição deveria ficar a cargo da Justiça Eleitoral, por possuir estrutura e trato necessários para realizar certames. Além disso, o processo de escolha precisaria ser definido em Lei Eleitoral, e não por intermédio de resoluções e editais do Comdica. A partir dessas fragilidades, a equipe ministerial observou, no dia, que diversas condutas fraudulentas foram realizadas por alguns candidatos.

As irregularidades mais recorrentes, somadas à falta de estrutura do certame, foram aquelas relacionadas ao transporte irregular de eleitores, em que candidatos chegaram a alugar vans e ônibus, remetendo a claro abuso do poder econômico. Mesmo não havendo suporte do município no que se refere às linhas coletivas de transporte público, aos candidatos deve ser vedada a conduta de conceder gratuitamente transporte para eleitores, sendo cabível, por analogia, a aplicação da legislação eleitoral.

Destaque-se que os acontecimentos do dia 04 de outubro de 2015 levaram o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte a oferecer, junto à Vara da Infância e Juventude da Comarca de Mossoró, três ações civis públicas¹² com pedido de antecipação dos efeitos da tutela no sentido de questionar a idoneidade moral dos candidatos eleitos flagrados realizando condutas vedadas e, consequentemente, suspender sua posse para, ao final, determinar-se a cassação dos referidos mandatos e a destituição do cargo dos Conselheiros Tutelares em questão.

Por fim, questionou-se acerca da existência de alternativas para o saneamento dessas falhas. O entrevistado afirmou que existem tanto paliativos quanto opções efetivas em relação aos pontos fragilizados. No que diz respeito à corrupção eleitoral observada, medida paliativa para a próxima eleição seria a mobilização do Comdica, bem como do Ministério Público, no sentido de arregimentar mais pessoal para a fiscalização e repressão de tais condutas, como a solicitação de apoio de mais policiais militares e da própria Polícia Rodoviária Federal. Contudo, fez questão de esclarecer que tais operações seriam meras soluções momentâneas e locais, permanecendo a problemática a nível nacional. Para que haja efetiva mudança do quadro observado ao longo do ano de 2015, aduziu que é

¹² Os processos tramitam sob os números 0107140-15.2015.8.20.0106, 0107138-45.2015.8.20.0106 e 0107139-30.2015.8.20.0106.

necessária verdadeira alteração legislativa em direção a prever a Justiça Eleitoral como responsável pela realização do processo unificado de escolha.

Defendeu o entrevistado, inclusive, que o certame poderia ocorrer junto do calendário de eleições municipais. Isso em decorrência do alto custo de uma eleição desse tipo. Declarou, entretanto, que tal alternativa deve ser sopesada pela possível influência política que o certame pode vir a sofrer caso ocorra tal mudança. Aqui, abriu novo parêntese para indicar que o processo unificado de escolha já havia sido contaminado pelas forças políticas do município, havendo apoio ilícito por parte dessas frentes. Destaque-se, aqui, que tal opinião é produto da experiência do promotor de justiça, podendo-se apurar os fatos em juízo posteriormente.

Junto da realização do processo pela Justiça Eleitoral, seria necessário sensibilizar o poder judiciário para que encaminhasse projeto de lei no sentido de se editar legislação eleitoral que, por conseguinte, teria sanções penais correspondentes aos crimes eleitorais praticados. Opção que também poderia se mostrar efetiva seria a realização de concurso público para a nomeação dos membros do Conselho Tutelar, investindo o conselheiro em cargo efetivo, obedecendo ao art. 37, inciso II da Constituição Federal.

E, nesses termos, o Promotor de Justiça ilustrou que, no que toca as demais questões, faz-se necessária a mobilização diária do Ministério Público e do Comdica para que se sensibilize a população e o Poder Público, dando visibilidade para a pauta da infância e estabelecendo a política relacionada à infância e juventude como prioritária, em respeito aos preceitos constitucionais. Cabe, então, analisar as fragilidades enfrentadas no processo unificado de escolha e a viabilidade das alternativas apresentadas. De fato, houve subdimensionamento em relação ao comparecimento dos eleitores. Enquanto o Comdica guardava a expectativa de cerca de oito mil votantes, no dia 04 de abril de 2015, compareceram, aproximadamente, doze mil eleitores.

O Poder Público ainda parece considerar o certame em tela prescindível. Não se percebeu, ainda, a dimensão e a significância das mudanças realizadas pela lei nº 12.696. Em certos municípios do país, o comparecimento dos eleitores, mesmo se tratando de eleição facultativa, cresceu dez vezes em relação aos certames anteriores, conforme anunciava os jornais locais. A própria instância administrativa do Ministério Público ofereceu parco apoio às Promotorias de Justiça atuantes durante a eleição, revelando certo descaso com o pleito, além da falta de empenho demonstrada por alguns de seus membros.

Uma alternativa apresentada é a nomeação dos conselheiros tutelares mediante concurso público. Nesse sentido, há precedente acerca da existência de municípios que aderiram a tal modalidade no passado (ISHIDA, 2015).¹³ Tal medida diminuiria de sobremaneira custo e tempo necessários à capacitação dos conselheiros tutelares, tendo em vista que, investidos em cargos efetivos, estes não seriam substituídos periodicamente. Isso também viria a minimizar problemas geralmente decorrentes da falta de preparo dos conselheiros após cada eleição (TAVARES, 2013). Existem, inclusive, diversos projetos de lei no sentido modificar o Estatuto da Criança e do Adolescente e tornar obrigatório o certame público de provas e títulos para a investidura em cargo de conselheiro tutelar, tal como o PL n. 7.452/2014, de autoria do Deputado Onyx Lorenzoni.

Entretanto, a visão supramencionada não apresenta respaldo da doutrina majoritária a respeito do tema. Tavares (2013) aduz que isso viria a enjeitar a participação social, de modo a não permitir a efetivação do art. 227 da Carta Magna, no que se refere à sociedade. Já Digiácomo (2012) entende que a função de conselheiro tutelar é política e, desse modo, não poderiam haver exigências técnicas em demasia, conforme a vontade legislativa em voga.

Em outro aspecto, quanto à possibilidade de alteração legislativa para que o processo de escolha passe a ser conduzido pela Justiça Eleitoral, deve-se ter em mente, de início, que tal previsão já foi feita antes pelo próprio Estatuto da Criança e do Adolescente. A redação original do art. 139 da norma estatutária determinava que o certame seria estabelecido por Lei Municipal e realizado sob a presidência de Juiz Eleitoral (ISHIDA, 2015), bem como fiscalizado pelo Ministério Público.

A norma logo foi revogada em virtude de ter sido considerada inconstitucional. Naquele momento, o argumento era que não poderia o município legislar acerca de matéria privativa da União, ferindo-se os arts. 22, inciso I, e 121 da Constituição Federal (MILANO FILHO; MILANO, 2004). Em seu lugar, a Lei nº 8.242/1991 alterou a redação do ECA de modo a prever que o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente ficaria responsável pela realização do certame.

Todavia, com a instituição do novo processo unificado de escolha, é perceptível a visibilidade que a candidatura ao cargo de Conselheiro Tutelar alcançou, como já afirmado anteriormente. O pleito, agora transformado em

¹³ TJSP, Apelação n.º 928904.5/0, j. 10 nov. 2009.

uma eleição realizada a nível nacional, carece de profissionais capacitados para sua execução. O Poder Público, em todas as instâncias, deve se encarregar de preservar e escudar os direitos e garantias basilares da infância e da juventude (AMIN, 2013). Destarte, pode-se incutir que o poder legislativo, no uso de suas atribuições, elaboraria leis e políticas no sentido de dar cumprimento ao texto constitucional.

Com as reflexões feitas, demonstra-se a relevância do processo unificado de escolha dos membros do Conselho Tutelar, o qual necessita de tratamento adequado por parte do Poder Público, para que não se torne eivado de vícios, de modo a ferir a democracia participativa estabelecida na Constituição Federal, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A novidade legislativa trazida pela Lei Federal nº 12.696/2012, que provocou amplas modificações no cerne do processo de escolha para membros do Conselho Tutelar, gerou repercussões e efeitos além daqueles previstos pelo legislador e por estudiosos da área.

Este trabalho realizou reflexões acerca dos apontamentos observados na pesquisa, bem como em entrevista e levantamento documental. Nesse sentido, foi possível, de início, verificar a história das instituições de proteção aos direitos da criança e do adolescente até o Conselho Tutelar, como órgão colegiado pertencente à administração pública local.

Demonstrou-se, então, as alterações realizadas pela Lei nº 12.696/90, de modo a se explanar o processo de escolha unificado e como ele viria a dar visibilidade e novo fôlego ao Conselho Tutelar frente à sociedade. Seus membros ganhariam o devido reconhecimento com a população, enquanto esta se faria presente votando e legitimando seus candidatos junto ao órgão colegiado, abraçando uma unidade a nível nacional.

Entretanto, a visibilidade dada ao certame ocasionou, por outro lado, a exteriorização de um sistema de garantias de direitos que já era frágil em seu núcleo. No município de Mossoró/RN, restou evidenciada a inérvia das esferas administrativas Federal, Estadual e Municipal, traduzindo-se em uma parca estrutura disponibilizada para a realização das eleições.

Verificou-se que o próprio Ministério Público, responsável pela fiscalização do certame, embora tenha auxiliado o Comdica ao longo do ano de 2015, viu-se de mãos atadas durante a realização das eleições. Contando

com pouco ou quase nenhum suporte das instâncias superiores, não pôde atuar de maneira eficaz ante a quantidade de fraudes observadas no dia 04 de outubro de 2015. Entretanto, colheu-se evidências suficientes para requerer, mediante ações civis públicas protocoladas na Vara da Infância e Juventude, a impugnação de três candidatos ao certame.

Ante o exposto, verificou-se que se faz necessária a mobilização dos setores da sociedade e dos órgãos do Sistema de Garantias de Direitos da Criança e do Adolescente, a fim de que os entes governamentais forneçam a estrutura necessária para que o processo unificado de escolha dos membros do Conselho Tutelar alcance as expectativas depositadas pelos doutrinadores da área, como Murillo José Digiácomo e Patrícia Silveira Tavares.

Outrossim, na última sessão do estudo apontou-se a possibilidade de alterações legislativas, de modo a fortalecer o certame como um todo e dar a possibilidade de combate às ações fraudulentas com maior efetividade. Resta, então, à comunidade jurídica e ao legislador, a ponderação das informações apresentadas, de modo a contemplar a solução mais adequada à problemática.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, J. da S. G. Um estudo sobre o ensino ministrado nas casas dos expostos em educação, às crianças identificadas como pobres, desamparadas e ou abandonadas na cidade do Salvador (1847-1862). *VII Congresso Brasileiro de História da Educação*. Disponível em: <<http://sbhe.org.br/novo/congressos/cbhe7>>. Acesso em: 02 mar. 2016.
- AMIN, A. R. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. (Coord.) *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ARAÚJO, Denílson C. de; COUTINHO, Inês J. S. Santos. *80 anos do Código de Menores*. Mello Mattos: a vida que se fez lei. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10879>>. Acesso em: 30 nov. 2015.
- BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação nº 928904.5/0*. Julgamento: 10 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.mpsp.mp.br>>. Acesso em: 10 abr. 2016.
- CARDOZO, Antônio Carlos Bittencourt. *Conselho Tutelar como instrumento de participação da população e de efetivação da política social de atendimento da criança e do adolescente*. Trabalho de conclusão de Curso. Faculdade de Direito. Porto Alegre: UFRGS, 2011.

DIGIÁCOMO, Murillo José. *Conselho Tutelar: Parâmetros para a interpretação do alcance e sua autonomia e fiscalização de sua atuação.* Disponível em: <www.mppsp.mp.br>. Acesso em: 31 jan. 2016.

_____. *O Conselho Tutelar em perguntas e respostas.* Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1082>>. Acesso em: 03 maio 2016.

Fórum Nacional de Membros do Ministério Públco da Infância e Adolescência - PROINFÂNCIA. *Moção de repúdio: Proinfância.* Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1868>>. Acesso em: 01 fev. 2016.

ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência.* 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LOPES, Jacqueline Paulino; FERREIRA, Larissa Monforte. *Breve histórico dos direitos das crianças e dos adolescentes e as inovações do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 12.010/09.* Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/RFD/article/view/1967/1972>>. Acesso em: 04 maio 2016.

MARCHESOTTI, Ana Paula Almeida. *Santa Casa de Misericórdia: história e desafios.* Disponível em: <<http://tremdahistoria.blogspot.com.br/2013/05/santa-casa-de-misericordia-historia-e.html>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

MILANO FILHO, Nazir David; MILANO, Rodolfo César. *Estatuto da Criança e do Adolescente: comentado e interpretado de acordo com o novo Código Civil.* 2. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2004.

PRIORE, Mary Del. *História das Crianças no Brasil.* São Paulo: Contexto, 1991.

RAMOS, Maria Elisabeth de Faria. Do Conselho Tutelar. In: CURY, M. (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais.* São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVEIRA, Mayra. *Conselho Tutelar e as mudanças introduzidas pela Lei nº 12.696/12.* Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28294/conselho-tutelar-e-as-mudancas-introduzidas-pela-lei-n-12-696-12>>. Acesso em: 04 maio 2016.

SOARES, Judá Jessé de Bragança. Do Conselho Tutelar. In: CURY, Munir. (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: Comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

TAVARES, Patrícia Silveira. O Conselho Tutelar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. (Coord.) *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RECEBIDO EM: 25/06/2017
APROVADO EM: 10/08/2017

ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DO PENSAMENTO DE BAUMAN E SANDEL

*CRITICAL ANALYSIS OF THE JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL
SUPREME COURT IN LIGHT OF THE THOUGHT OF BAUMAN
AND SANDEL*

Leonardo Vizeu Figueiredo

Doutorando em Justiça Administrativa com ênfase em relações econômicas pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho, com ênfase em Ordem Econômica Internacional. Especialista em Direito do Estado pelo CEPED/UERJ, com ênfase em Sistemas de Saúde. Especialista em Direito Público pela UNESA/RJ, com ênfase em Direito Constitucional.

Edson Alvisi Neves

Doutor em História Social pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Professor Titular de Direito Comercial, por concurso, da Universidade Federal Fluminense.

Sergio Gustavo de Mattos Pauseiro

Doutor em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense. Professor do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais - IBMEC. Pós-graduação em Contencioso Administrativo (Petrobrás)

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Pensamento de Zigmunt Bauman; 2 O Pensamento de Sandel; 3 Da Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.512-6; 4 Do Recurso Extraordiário (Re) Nº 597.854; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo se propõe a analisar dois julgados específicos da Suprema Corte Federal do Brasil à luz da filosofia e dos entendimentos de Zygmunt Bauman e Michael J. Sandel sobre à influenciação e à incorporação da lógica e da sistemática de uma economia de mercado às relações intersociais humanas.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade. Economia. Hermenêutica Constitucional.

ABSTRACT: This article proposes to analyze two specific Brazilian Supreme Court judgments in light of the philosophy and understandings of Zygmunt Bauman and Michael J. Sandel on the influence and the incorporation of the logic and the systematics of a market economy to the intersocial relations Human beings.

KEYWORDS: Society. Economy. Constitutional Hermeneutics.

INTRODUÇÃO

Pretende-se, no presente artigo, analisar os julgamentos de duas decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal. Assim, tanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.512-6, que, por maioria, declarou constitucional a Lei estadual nº 7.735, de 2004, que institui a doadores regulares de sangue no Estado do Espírito Santo o direito a meia entrada em todos os locais públicos de cultura, esporte e lazer mantidos pelas entidades e órgãos da administração direta e indireta, quanto o Recurso Extraordinário (RE) nº 597.854, de repercussão geral reconhecida, que entendeu pela possibilidade de cobrança de contraprestação pecuniária no oferecimento de cursos de pós-graduação *lato sensu* por parte de Instituições Públicas de Ensino Superior, serão analisados, em suas fundamentações e motivações, de acordo com o pensamento e às críticas de Zygmunt Bauman e Michael J. Sandel no que se refere ao pensamento construída pelos referidos autores em se permear a sociedade, a conduta e as escolhas de seus indivíduos por uma axiologia inerente a uma economia de mercado.

Para tanto, serão expostas, ementadamente, a síntese do pensamento de Bauman e Sandel, sob forma de resenha crítica em relação às obras:

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 2008;

SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

Ato contínuo, serão apresentadas as razões e fundamentos que embasaram os dois julgados objeto de análise do presente artigo, acima mencionados.

Por fim, far-se-á o cotejo dos motivos que guiaram os julgadores acima, face ao pensamento dos autores retro, a fim de verificar a presença e a influência, ainda que inconsciente, dos mesmos em nossa mais autorizada jurisprudência.

1 O PENSAMENTO DE ZYGMUNT BAUMAN

Zygmunt Bauman, nascido em 1925 e falecido em 2017, foi um sociólogo polonês, autor de diversas obras na qual analisa as mutações das relações sociais, mormente em face do avanço da economia de mercado, como força motriz de sustentação e manutenção da sociedade. Valendo-

se de uma narrativa muito original, desenvolve, observando as relações consumistas, uma crítica sobre a sociedade contemporânea muito própria, que caracteriza todas as suas obras.

Assim, demonstra que, por meio da necessidade de manutenção de um sistema econômico fundado em compras e vendas, a lógica da economia de mercado, que se baseia em produção, circulação e consumo, passou a permear e dominar as relações sociais. Tal fenômeno, segundo a visão de Bauman, gerou uma sociedade em que todo o processo de interação entre os indivíduos se faz mimetizando as relações econômicas e consumistas, dentro de uma perspectiva de satisfação e atendimentos das necessidades privadas. Assim, formula o conceito de liquefação dos liames entre as pessoas nos atos da vida sócio-civil, no qual as afinidades que aproximam os sujeitos não se baseiam mais em valores sólidos e permanentes, mas em preceitos líquidos e perenes, que escoam e escapam pelas mãos, tal qual água.

Em seu livro “Vida para Consumo”, o autor, dentro de uma visão trágica e pessimista, divide a obra em três análises fundamentais do que considera a modernidade líquida: o consumismo, a sociedade de consumo e a cultura consumista. Introduz sua visão crítica, a partir de situações apresentadas na mídia, que abordam o vício dos indivíduos em expor sua vida privada em ambientes virtuais abertos ao público, o processo de seleção adversa para consumidores por critérios majoritariamente tecnológicos e escolha de profissionais por requisitos meramente econômicos. Assim, afirma que a sociedade contemporânea estimula comportamentos sociais com base em preceitos mercadológicos em detimentos de outros valores de cunho moral e ético.

Nos tempos atuais, Bauman defende que a estrutura axiológica do mercado de consumo substituiu o sistema de valores que, até então, permeava o espaço em que eram travadas as relações intersociais. Aponta que as relações entre os seres, nas sociedades contemporâneas, tendem a ser menos frequentes e duradouras. O conceito de liquidez social do referido autor pretende criticar a transformação social que ocorreu após a expansão do consumismo capitalista, a partir da Revolução Industrial até a atualidade, apontando que, hoje, os sujeitos apresentam-se no meio mais como mercadorias a serem consumidas pelo seu próximo, do que como seres humanos, membros de uma sociedade solidária e coletiva, que se preocupam com o meio em que vivem. Nessa linha, Bauman afirma que:

[...] o destino final de toda mercadoria colocada à venda é ser consumida por compradores; que os compradores desejarão obter mercadorias

para consumo se, e apenas se, consumi-las por algo que prometa satisfazer seus desejos; que o preço que o potencial consumidor em busca de satisfação está preparado para pagar pelas mercadorias em oferta dependerá da credibilidade dessa promessa e da intensidade desses desejos¹.

O primeiro capítulo, denominado de “Consumismo versus Consumo”, o autor trabalha a ideia de que a sociedade atual promoveu uma guindada de consumo, que seria a busca pela satisfação das necessidades, característica de uma sociedade de produtores regida por valores de trabalho, duradouros e sólidos, para consumismo, que se caracteriza por uma busca por desejos hedonistas, efêmeros e líquidos, os quais não conseguem ser plenamente satisfeitos. Assim, o consumismo, segundo Bauman leva os indivíduos a um constante estado de frustração, conduzindo-o a uma busca sem fim por novas e inusitadas demandas.

No segundo capítulo, intitulado “Sociedade de Consumidores”, o autor afirma que a busca por satisfação de desejos, leva a um condicionamento comportamental dos indivíduos como mercadorias, não mais como sujeitos. Assim, a pessoa passa por um processo inconsciente de objetivação como qualquer bem vendável e aquilatável por meio de critérios de precificação de mercado. Sustenta que: “É preciso se tornar uma mercadoria para ter uma chance razoável de exercer os direitos e cumprir os deveres de consumidor”².

Especificamente, no terceiro capítulo, intitulado “Cultura Consumista”, o qual vamos nos ater mais detidamente, Bauman desenvolve o conceito de síndrome da cultura consumista, que leva à rapidez, ao excesso e ao desperdício. Quanto mais se tem, mais se deseja ter e nunca se alcança a realização, levando a um constante estado de insatisfação. Assim, o consumidor aceita a curta duração da vida útil das coisas, descartando-as com a mesma velocidade com a qual as adquire. Tal padrão de comportamento influencia, segundo o autor polonês, as formas de interações sócio afetivas, gerando uma gama de indivíduos que descartam as pessoas com a mesma velocidade com a qual se desfazem de bens e produtos que consideram ultrapassados no mercado.

Para tanto, abre o referido capítulo destacando a seguinte propaganda:

¹ BAUMAN, Zigmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 18.

² IBIDEM, p. 89.

Meia dúzia de visuais chaves para os próximos meses, [...] que vão colocar você à frente da tendência de estilo³. A partir desta notícia, desenvolve o conceito de síndrome da cultura consumista, que seria a “[...] negação enfática da virtude da procrastinação e da possível vantagem de se retardar a satisfação”⁴.

Isto porque, o esquecimento da necessidade de outrora passa a ser essencial para se garantir o interesse pelas satisfações que são criadas para o presente e para o futuro. Assim, a sociedade consumista, em sede axiológica, “[...] degradou a duração e elevou a efemeridade”⁵. Conclui, parcialmente, que:

[...] uma sociedade de consumo só pode ser uma sociedade do excesso e da extravagância – e, portanto, da redundância e do desperdício pródigo. Quanto mais fluidos seus ambientes de vida, mais objetos de consumo potenciais são necessários para que os atores possam garantir suas apostas e assegurar suas ações contra as trapaças do destino⁶.

A sociedade de consumo gera nos indivíduos um constante estado de emergência que leva a uma enfreada busca por satisfação efêmera e um alívio ilusório no exercício da liberdade de aquisição. Todavia, o sofrimento passa a fruto do excesso de possibilidades de escolhas, não de uma profusão de proibições. Bauman sustenta, portanto, que a liberdade das escolhas para o alcance da felicidade na sociedade de consumo passou a desmantelar o sistema abrangente de regulação normativa da conduta humana. Tal espaço sócio consumista pede um ambiente social desregulamentado e privatizado na qual a responsabilidade é individualizada no consumidor, guiados de forma hedonista na busca da satisfação de seus prazeres.

Afirma, ainda, que o espaço social para exercício dos atos da vida política foi transferido por ambientes virtuais de interação social, nos quais a personalidade dos indivíduos são substituídas por perfis previamente concebidos, dentro de um modelo padrão de aceitação, venda e compra. Destarte, segundo o sociólogo polonês, a rapidez de acesso à informação levou à mediocrização de interesses na sociedade de consumo, dada a liquidez com as quais escorrem. O anfiteatro foi substituído por redes sociais, nas quais as pessoas constroem avatares para se apresentar. O

³ BAUMAN, op.cit., p. 107.

⁴ Ibidem, p. 111.

⁵ Ibidem, p. 111.

⁶ Ibidem, p. 112.

interesse público é substituído pelo interesse do público; o conteúdo da personalidade é substituído pela imagem de sucesso pré-fabricada; as interações sociais e as escolhas de relacionamentos são feitas com base em perfis construídos de forma a tornar os avatares mais interessantes, ainda que não correspondam à realidade fática de seus donos; expõe-se a vida privada, em detrimento de ideias sólidas. A construção da identidade individual segue os valores publicitários do marketing, sendo muito mais fruto de padrões de aceitação impostos por um mercado social, do que das escolhas pessoais de cada um. Constrói-se uma imagem para se tornar mais atrativo e, consequentemente, consumível. A vida político-social torna-se um grande concurso de popularidade em ambiente virtual, no qual os participantes, protegidos pelo anonimato da rede podem descartar facilmente quem consideram “fora do mercado” em um processo livre de riscos, desonerando-se de qualquer dever de socialização.

Bauman enfatiza a relação existente entre o indivíduo e a mercadoria, numa relação onde o primeiro depende do segundo, oferecendo uma espécie de segurança ao sujeito. Relaciona isso com a contemporaneidade que ele designa como sociedade líquida e pontilhista, ou seja, efêmera, favorecendo ao processo cíclico do consumo. Esta relação é devida à correlação existente entre a questão consumista e a produtivista, negando a satisfação pelo uso do comum e do duradouro. Assim surge a moda, descartável e passageira, mas sempre a serviço do ciclo do capital.

Para se autossustentar, portanto, necessita formar uma cultura de descarte rápido, o qual necessita do esquecimento como força motriz. Assim, a velocidade do consumo está diretamente relacionada com a capacidade de se entediar e esquecer de novidades com a mesma celeridade que estas aparecem e surpreendem. O esquecimento é a ferramenta necessária para o descarte, uma vez que a satisfação levaria a estagnação. Logo, o consumidor satisfeito não é uma meta a se alcançar, mas uma ameaça a ser evitada a todo o custo. Vivencia-se a antecipação do futuro e a desabilitação do passado - tirania do momento.

Por isso, a satisfação do consumidor nunca será completa, pois o consumo depende desta negação e do não atendimento de suas necessidades. No consumismo, o tempo da mercadoria e sua duração são condições para a manutenção das economias das empresas, tornando o tempo volátil, inclusive sendo favorecido pela virtualidade como modo de vida e engajamento político. Neste sentido, ressalta Bauman, as pessoas desejam se exibir como uma necessidade, mudando sua identidade conforme as demandas sociais, ou seja, as pessoas assumem a forma de mercadorias,

numa busca constante de encontrar o seu eu estabelecido pela sociedade numa fuga da incerteza.

No quarto capítulo (“Baixas Colaterais do Consumo”), Bauman critica de forma muito veemente o esvaziamento dos interesses dos indivíduos na condução da vida política da Nação, em virtude do avanço do que ele conceitua ativismo de consumo.

[...] em vez devê-la como a grande mentira da política totalitária em comparação com a verdade perfeita que se busca na política democrática liberal, uma verdade baseada nessa busca por transparência e clareza de linguagem que foi endossada por Orwell e seus convictos seguidores, seria mais aconselhável encarar a política como a luta sem fim entre montes de meias-verdades, omissões maliciosas e narrativas conflitantes que podem se contrabalançar mas nunca produzir um consenso único⁷.

Assim, Bauman defende que o ativismo de consumo é resultado do desencantamento do indivíduo com a política, que seria resultado do processo de sentimento de indiferença gerado como efeito colateral da síndrome da cultura consumista nos seres. Quanto mais se foca o interesse em si próprio e na busca infinita por satisfação consumista, cada vez menos as atenções se voltam para o espaço público de se preocupar com o meio em que se vive e se coexiste. Portanto, na visão do sociólogo polonês, o consumismo desviou as zonas de interesses dos indivíduos unicamente para sua esfera de domínio privado, fazendo-os se preocupar cada vez menos com as questões coletivas e sociais.

O autor conclui o livro com uma série de questões, abrindo-as ao debate sobre os contornos axiológicos da sociedade contemporânea:

Quais os limites de negociação e comercialização dos valores subjetivos da vida humana em sociedade?

Como a lógica de mercado pode influenciar a condução da vida em sociedade?

Como filtrar e preservar a solidez e durabilidade dos valores subjetivos da vida na sociedade?

⁷ BAUMAN, op.cit., p. 151.

Destarte, sem apresentar nenhuma conclusão ou solução, Bauman só convida os leitores para a democratização dos debates no que se refere às mutações da sociedade atual.

2 O PENSAMENTO DE SANDEL

Michael J. Sandel é um dos mais influentes e notórios filósofos da atualidade. Seu curso *Justice*, ministrado na cátedra de filosofia política da Universidade de Harvard, já foi assistido por milhares de alunos, sendo transformado em série da televisão aberta nos Estados Unidos da América.

Na obra, *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*, Sandel faz uma análise sobre o avanço da mercantilização na vida moral, pontuando as vantagens e desvantagens que as regras de mercado trazem para as relações sociais.

Tomando por base observações de comportamentos humanos na atualidade, pondera sobre como as regras que regem a dita economia de mercado estão exercendo forte influência axiológica sobre as interações interpessoais, transmutando o meio em que se vive em uma sociedade de mercado. Pondera e debate como os valores éticos, quando analisados sob uma perspectiva econômica, assumem novos prismas no que tange à lógica mercadológica, na qual passam a ser objeto de novos estudos. Assim, na atualidade, todos os valores tornam-se passíveis de precificação e comercialização, havendo um crescente avanço predatório dos interesses financeiros sobre as demais áreas da vida civil.

No primeiro capítulo, Sandel faz um estudo exemplificativo sobre as regras éticas que regem a ordem nas filas de espera, permeadas pela lógica da economia de mercado. Em determinados setores, a comercialização de acesso mais rápido a atendimento, mediante pagamento de taxas extras, é uma realidade, como é praxe em companhias aéreas e parques de diversão. Assim, a ética da fila, ordem cronológica de chegada, sede espaço para a ética de mercado, compra de locais especiais sem se respeitar qualquer critério temporal de comparecimento entre os clientes. Segundo o autor, a compra de vagas e a espera por elas, são formas distintas de se distribuir o bem que se busca, a saber, o atendimento. Todavia, ao se especificar os lugares na fila de espera, independentemente da ordem de chegada, cria-se um sistema excludente dos menos favorecidos, uma vez que, não obstante o horário em que cheguem, serão preteridos pelos clientes de maior poder aquisitivo. Destarte, os critérios éticos de mercado e de chegada, na visão de Sandel, não são equânimes, tampouco complementares entre si.

Em relação ao segundo capítulo, o autor analisa as práticas de bonificações e punições para incentivo de comportamentos desejados, bem como para servirem de mecanismos substitutivos de sanção. Na visão de Sandel, a ausência de critérios morais como parâmetros de conduta subjetivos poderá, em longo prazo, gerar nos indivíduos um sentimento de substituir a responsabilidade pessoal por critérios de estímulo monetário. Assim, os indivíduos menos favorecidos, sobre aspectos de poder aquisitivo ou de menor capacidade de entendimento, seriam incentivadas a comercializar o que, em tese, não deveria ser precificado, sendo que, os de maior poder econômico, substituiriam a responsabilização jurídica de seus atos por consequências meramente pecuniárias.

O autor traz seu juízo crítico sobre a lógica de mercado que permeia as relações sociais especificamente no terceiro capítulo, fazendo duas observações, a saber, a desigualdade que podem comprometer a equidade nas escolhas individuais e a corrupção que a precificação de valores pode acarretar sobre os atos da vida civil. Sandel constata, todavia, que as regras de mercado, por si só, não corrompem a natureza dos bens que circulam na sociedade. Podem, contudo, influenciar a natureza moral dos juízos de escolha dos indivíduos, bem como nas práticas sociais dos governantes. Assim, alerta para os riscos de se permear algumas das esferas de vida socialmente governadas, mormente as de caráter afetivo e familiar, com regras e lógicas de mercado, sem uma perspectiva moral pré-estabelecida, que podem acarretar em juízos de condutas equivocadas.

No quarto capítulo, questiona o processo de desumanização da mão de obra por meio da exposição da indústria multibilionária de seguros de vida que as empresas fazem para seus funcionários, muitas vezes sem o conhecimento destes. O autor afirma que a adoção das regras de mercado nas relações de trabalho pode transmutar o ser humano em mero ativo financeiro da empresa, o qual poderá ter muito mais valor morto, do que vivo. Assim, em caso de acidente de trabalho e eventual falecimento do empregado, a empresa lucraria com o pagamento do valor acordado na apólice, enquanto a família deste nada receberia. Sandel observa que a celebração de uma apólice de seguro, em si, é um ato louvável. Todavia, a ausência de uma perspectiva moral sobre a finalidade da mesma, desnatura o instituto.

Encerrando sua análise sobre a influência do mercado na sociedade, o autor estuda o avanço dos valores econômicos na seara dos esportes, em práticas como venda de autógrafos por parte de atletas, comercialização de outros artigos esportivos, bem como a abertura de investimentos privados em estádios e campeonatos esportivos, alterando-se os marcos cívicos

dos mesmos. Contudo, aponta que os investimentos privados aumentam o campo de atuação do mercado de desporto, não desnaturando, por si, seus elementos essenciais.

Portanto, ementando o raciocínio e a visão de Sandel sobre a sociedade contemporânea, este se propõe a levar os leitores a uma profunda reflexão sobre a influência das regras do mercado no cotidiano, apresentando as vantagens e desvantagens que a visão econômica e financeira pode ter nas relações pessoais.

Por meio de situações práticas e atuais, o autor faz suas críticas e reflexões. Exemplificando a metodologia adotada por Sandel, este cita, ao longo de sua obra, que:

- a) em algumas unidades carcerárias nos EUA, os presos podem pagar para desfrutar de acomodações melhores;
- b) casais estadunidenses podem pagar por uma barriga de aluguel na Índia, onde tal prática é permitida;
- c) na União Europeia, uma empresa pode pagar treze euros pelo direito de lançar uma tonelada métrica de gás carbônico na atmosfera.

Assim, convida a uma ponderação sobre como as escolhas morais da vida são permeadas cada vez mais por uma lógica econômica de mercado. Em um mundo onde quase tudo está mercantilizado e a venda, determinados bens passam a ser passíveis de aquisição por meios comerciais. Para tanto, apresenta em linhas gerais dois argumentos a favor:

- a) um é a liberdade individual, segundo o qual as pessoas são livres para comprar e vender o que quiserem;
- b) outro, de caráter utilitário, afirma que as trocas de bens, baseadas na lógica do mercado beneficiam tanto compradores como vendedores.

Todavia, argumenta que a lógica de mercado fica incompleta sem uma perspectiva moral. O que o dinheiro pode e não pode comprar? Um exemplo: a amizade (afeto). Um amigo comprado, conforme Sandel afirma, não é a mesma coisa que um amigo verdadeiro, uma vez que as relações afetivas não são aquilatáveis pelos valores que regem o mercado.

Assim, o autor defende que a lógica mercadológica não deve ser totalmente afastada. Em certas relações sociais, a comercialização de um bem não o desnatura. O dinheiro, por si, não corrompe, e as relações de mercado não sobrepujam normas alheias a ele. Ao contrário, o mercado aumenta a utilidade da qual as pessoas podem desfrutar. Outrossim, o comportamento ético é uma mercadoria que precisa ser economizada. Não se deve contar sempre com altruísmo e atitudes semelhantes, pois são bens escassos que se esgotam com o uso. Se as pessoas forem pagas para oferecer sangue, os impulsos altruístas estarão disponíveis para quando precisarmos.

Todavia, Sandel defende que o contexto da desigualdade gera condições injustas de barganha. Trata-se do argumento da equanimidade. Comprar um rim, por exemplo, não compromete seu valor, mas esse mercado explora os pobres, cuja decisão de vender um rim pode não ser inteiramente voluntária. Some-se a isso o argumento da corrupção, que se centra no caráter dos bens e nas normas que devem governá-los, pois mesmo que as relações sejam justas, há coisas que o dinheiro não deve comprar ou estimular, por estarem imbuídas de valores alheios ao mercado, tais como as relações afetivas e familiares.

O autor critica a propaganda, que estimula as pessoas a satisfazerem seus desejos, ao contrário da educação que instiga a refletir criticamente sobre seus desejos para contê-los ou aprimorá-los. Aduz que está difícil formar cidadãos com capacidade crítica em relação ao mundo que os rodeia. Conclama a discutir abertamente o significado de bens e práticas sociais que merecem ser valorizados, para que o mercado não passe a tomar decisões em nosso lugar. Mister se faz refletir a sociedade de forma integral em suas relações interpessoais. Assim, chegamos a seguinte indagação: podemos colocar tudo à venda ou preservamos certos valores por seu caráter infungível? Conforme o autor norte-americano pondera⁸:

A era do triunfalismo de mercado coincidiu com uma época em que o discurso público se esvaziou consideravelmente de qualquer substância moral ou espiritual. Nossa única esperança de manter o mercado em seu devido lugar é discutir aberta e publicamente o significado dos bens e das práticas sociais que valorizamos. [...] E assim, no fim das contas, a questão de mercado significa na verdade tentar descobrir como queremos viver juntos. Queremos uma sociedade onde tudo esteja à venda? Ou será que existem certos bens morais e cívicos que não são honrados pelo mercado e que o dinheiro não compra?"

⁸ SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 201-202.

Sandel, assim, aceita que a lógica de mercado aumenta a utilidade de determinados bens, por estimularem sua circulação e aumentar o acesso à fruição dos mesmos. Determinados comportamentos morais e éticos somente tem valor quando são fruto de uma conduta espontânea do indivíduo, tais como caridade e solidariedade. Impor um padrão de comportamento aos indivíduos, negando aos mesmos à escolha sobre o momento e a oportunidade para satisfazerem suas necessidades consumistas, é afastar a população de seu estado de bem estar econômico/social, o que leva à instabilidade política nas instâncias de poderes constituídos.

3 DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N° 3.512-6

No ano de 2004, o Estado do Espírito Santo promulgou a Lei nº 7.737, que instituiu a meia entrada em locais públicos de cultura, esporte e lazer para doadores de sangue e órgãos.

Em linhas gerais, a lei, com redação consolidada, estabelece que:

Art. 1º Fica instituída a ½ (meia) entrada para doadores regulares de sangue em todos os estabelecimentos mantidos pelas entidades e órgãos da administração pública e privada do Estado do Espírito Santo (NR) (Nova redação dada pela Lei nº 10.396/2015)

Art. 2º A ½ (meia) entrada corresponde a 50% (cinquenta por cento) do valor do ingresso cobrado, sem restrição de data e horário.

Art. 3º Para efeitos desta Lei, são considerados doadores regulares de sangue aqueles registrados no hemocentro e nos bancos de sangue dos hospitais do Estado, identificados por documento oficial expedido pela Secretaria de Estado da Saúde - SESA.

Art. 4º A SESA emitirá carteira de controle das doações de sangue, comprovando a regularidade das doações.

Parágrafo único. A carteira de controle das doações de sangue terá validade de 01 (um) ano após sua emissão (NR) (Acrescentado pela Lei nº 10.396/2015)

Art. 5º Os estabelecimentos de que trata esta Lei são os que realizam espetáculos musicais, artísticos, circenses, teatrais, cinematográficos, atividades sociais recreativas, de artes plásticas e quaisquer outros que proporcionam lazer e entretenimento (NR) (Nova redação dada pela Lei nº 10.396/2015)

Parágrafo único. Deverão ser afixadas nas áreas de ingresso dos locais públicos designados no caput informações com a frase “Doador de sangue paga ½ (meia) entrada, Lei Estadual nº 7.737/04”, com o objetivo de dar publicidade ao benefício em favor dos doadores de sangue, nos termos e condições presentes nesta Lei.” (NR)

Art. 6º O Poder Executivo regulamentará a presente Lei no prazo de 90 (noventa) dias, a contar da data de sua publicação.

Art. 7º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

A referida norma teve sua constitucionalidade questionada no Supremo Tribunal Federal mediante ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.512-6, de autoria do respectivo Governador Estadual.

Como causa de pedir, sustentou que a referida norma padece de:

- a) vício formal de inconstitucionalidade, por violar o art. 61, §1º, II, e⁹, combinado com o art. 84, II e VI, a¹⁰, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil, uma vez que invade esfera de iniciativa legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo ao criar obrigações à Administração Pública para emitir a carteira de doador via Secretaria Estadual de Saúde; e
- b) vício de inconstitucionalidade material, por estar em conflito com o art. 199, §4º¹¹, da Carta Magna, que proíbe qualquer tipo

9 Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: [...]

II - disponham sobre: [...]

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

10 Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...]

II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal; [...]

VI – dispor, mediante decreto, sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

11 Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. [...]

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

de comercialização de tecido humano, bem como de qualquer forma de benefício financeiro como recompensa indireta para doação de material biológico humano.

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela procedência parcial do pedido, uma vez que entendeu que não poderia a Assembleia Legislativa Estadual criar obrigações em lei para órgão do executivo, nos termos do art. 4º da norma impugnada¹². Todavia, aduziu que a finalidade da lei é preservar o bem estar social do doador e a saúde de quem necessite de sangue.

A Procuradoria-Geral da República opinou pela improcedência total do pleito, uma vez que entendeu que a lei hostilizada promove o incentivo à doação de sangue, não sua comercialização.

Por fim, a Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, em sede de informações, reconheceu que o art. 4º impugnado poderia ser de constitucionalidade duvidosa, manifestando-se no sentido de que houve respeito ao regular processo legislativo.

Na fundamentação constante no voto condutor, de relatoria no Ministro Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o legislador constituinte de 1988 optou, inegavelmente, pelo sistema capitalista como determinante em nossa Ordem Econômica. Todavia, ponderou que isso na significa que o Estado não possa intervir no processo de geração de rendas e circulação de riquezas. Ao contrário, afirmou categoricamente que o Estado pode e deve intervir na economia para reduzir riscos, tanto para os indivíduos, quanto para as empresas. Assim, reconheceu que “(...) a chamada intervenção do Estado no domínio econômico é não apenas adequada, mas indispensável à consolidação e preservação do sistema capitalista de mercado”.

Afirma que o mercado, por si, é uma instituição jurídica, que nasce em virtude de reformas institucionais promovidas pelo Estado. Todavia, por ser um ambiente naturalmente competitivo e excludente, o mercado não pode ser deixado, tão somente, ao livre arbítrio de suas próprias regras, necessitando de um conjunto normativo que garanta que a persecução de resultados econômicos se traduza em benefícios socialmente desejáveis.

¹² Art. 4º A SESA emitirá carteira de controle das doações de sangue, comprovando a regularidade das doações.

Parágrafo único. A carteira de controle das doações de sangue terá validade de 01 (um) ano após sua emissão (NR) (Acrecentado pela Lei nº 10.396/2015)

Assim, o princípio da livre iniciativa, sob o qual a República Federativa do Brasil se assenta e se funda, a teor do disposto no art. 1º da Carta Magna, não deve ser entendido como uma liberdade ampla e irrestrita. Ao contrário, deve ser interpretado de forma sistemática com os demais dispositivos da Constituição. Assim, nos termos do art. 170, *caput*, da Constituição da República, a livre iniciativa está no mesmo patamar de importância axiológica que o trabalho humano, devendo ser conjugado de forma a complementá-lo, nunca a suplantá-lo.

Ao caso *sub judice*, a Corte Suprema entendeu que, em que pese o art. 199, §4º, da Lei Maior, vedar expressamente a comercialização de sangue humano, ele admite, concomitantemente, o estímulo a sua coleta. Sendo saúde matéria de competência legislativa concorrente e atribuição executiva comum, podem e devem editar normas que versem sobre o tema, bem como implementar ações governamentais que visem operacionalizar políticas públicas para tanto. Assim, concluiu que o objetivo da lei capixaba “[...] é estimular as doações de sangue, atuando sob o chamado domínio econômico por indução”.

Adiante, aduz que:

A lei estadual hostilizada é expressiva de intervenção por indução, em perfeita coerência com o preceito veiculado no §4º do artigo 199 da Constituição. Nela não visualizo, destarte, qualquer máculo que a comprometa.

Todavia, no que se refere aos aspectos de inconstitucionalidade formal orgânica, a Corte Suprema entendeu que falece ao Legislativo a iniciativa de dispor sobre atribuições e serviços à Administração Pública, mormente no que tange às regras previstas no art. 4º da lei *sub judice*, bem como em relação ao art. 6º da citada norma.

Assim, manifestou-se pela procedência parcial da ação direta, para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 4º e 6º da Lei nº 7.737, de 2004, restando ementado da seguinte forma:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.737/2004, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. GARANTIA DE MEIA ENTRADA AOS DOADORES REGULARES DE SANGUE. ACESSO A LOCAIS PÚBLICOS DE CULTURA ESPORTE E LAZER. COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E O DISTRITO

FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ECONÔMICO. CONTROLE DAS DOAÇÃOES DE SANGUE E COMPROVANTE DA REGULARIDADE. SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE. CONSTITUCIONALIDADE. LIVRE INICIATIVA E ORDEM ECONÔMICA. MERCADO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. ARTIGOS 1º, 3º, 170 E 199, § 4º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Muito ao contrário. 2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. 3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da “iniciativa do Estado”; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. 4. A Constituição do Brasil em seu artigo 199, § 4º, veda todo tipo de comercialização de sangue, entretanto estabelece que a lei infraconstitucional disporá sobre as condições e requisitos que facilitem a coleta de sangue. 5. O ato normativo estadual não determina recompensa financeira à doação ou estimula a comercialização de sangue. 6. Na composição entre o princípio da livre iniciativa e o direito à vida há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 7. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

4 DO RECURSO EXTRAORDIÁRIO (RE) Nº 597.854

A prática recorrente de cobrança de contraprestação pecuniárias em cursos de pós-graduação *lato sensu* foi objeto de questionamento perante a Corte Suprema Federal, percorrendo um longo *iter* até a análise de seu mérito. Inicialmente, o Órgão Pleno do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário (RE) nº 597.854, interposto pela Universidade Federal de Goiás (UFG) em face de decisão prolatada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) que declarou inconstitucional a cobrança de mensalidade em um curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Constitucional, reconheceu a existência de repercussão geral na matéria suscitada.

Ao caso *sub judice*, após o processo seletivo que consistia em realização de prova discursiva, eram cobradas das aprovados taxas de matrícula e celebrados contratos de prestação de serviços, com cláusula de cobrança de mensalidades.

Um dos alunos, embora tivesse celebrado a matrícula, questionou na Justiça Federal da 1^a Instância a legalidade da contraprestação pecuniária, em face do disposto no art. 206, IV, da Constituição Republicana, que assegura a gratuidade do ensino em instituições públicas. Assim, obteve decisão favorável a seu pleito, a qual foi, *a posteriori*, confirmada pelo TRF-1.

Em sua defesa, a Universidade Federal de Goiás, por intermédio da Procuradoria-Geral Federal (PGF), órgão vinculado à Advocacia-Geral da União (AGU), afirmou que a oferta de cursos de pós-graduação *lato sensu* visam apenas o aperfeiçoamento técnico de profissionais, via de regra, já inseridos no mercado, sem um viés acadêmico, no que se refere a ensino e pesquisa. Assim, não estariam compreendidos dentro das regras dos dispositivos constitucionais que tratam da gratuidade do direito social à educação.

Assim, sustentou que a interpretação dada ao art. 206, IV, da Constituição Republicana, pela Corte Federal da 1^a Região não se coaduna com a melhor técnica hermenêutica, devendo o dispositivo ser analisado de forma sistemática, juntamente com o inciso I do referido dispositivo, bem como com os arts. 205, 208, I, II, VII e §1º, e 212, §3º, todos da *Lex Magna*.

Em seu apelo excepcional, a AGU/PGF/UFG sustentou que a matéria em tela tem notório interesse geral uma vez que “a repercussão econômica exsurge inconteste em face da quantidade de feitos em que esta mesma tese vem sendo discutido, o que, a toda prova, acaba por impossibilitar a oferta de ensino superior de qualidade”.

Ao reconhecer a repercussão geral a Suprema Corte Federal se baseou nos precedentes do Recurso Extraordinário nº 567.801/MG, que versava sobre cobrança de taxa de matrícula por instituição de ensino superior, bem como no julgamento do Recurso Extraordinário nº 500.171, que, por unanimidade, que a taxa de matrícula por universidades públicas viola o art. 206, IV, da Constituição da República.

Todavia, *in casu*, houve a peculiaridade de se analisar a sistemática financeira de autogestão dos cursos de pós-graduação *lato sensu*, e sobre esse prisma ainda não havia pronunciamento da Suprema Corte. Reconheceu-se, assim, a repercussão geral, uma vez que a matéria ia além do interesse subjetivo dos litigantes.

Antes de analisar o mérito do recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal franqueou a palavra aos recorrentes.

A AGU/PGF/UFG sustentou que: a) os cursos de pós-graduação *lato sensu* não contam com aportes financeiros por parte do Poder Público, uma vez que objetivam, tão somente, o aprofundamento de estudos feitos na graduação; b) tais cursos se distanciam da esfera social da garantia da gratuidade do ensino por se tratarem de interesse individual para desenvolvimento do participante; c) os cursos de especialização não conferem graus acadêmicos a quem os conclui e destinam-se ao aperfeiçoamento profissional dos seus estudantes e não, como mestrado e doutorado, às atividades de pesquisa e docência, estas sim, sempre dependentes de apoio do Estado; d) o vocábulo ensino público, constante no texto constitucional, designa apenas os cursos regularmente oferecidos pelas universidades; e) toda e qualquer interpretação contrária tem como consequência obrigar a sociedade a custear cursos dessa natureza.

Ato contínuo, passou-se à sustentação dos *amicus curiae* admitidos nos autos: a) a União Educacional de Cascavel (Univel) afirmou que, se não houver possibilidade de convênios de entidades privadas com universidades públicas e a consequente contraprestação desse serviço, os estudantes no interior do país serão prejudicados, uma vez que tais cursos só estão disponíveis nos grandes centros; b) o Conselho Nacional das Fundações de Apoio às Instituições de Ensino Superior e de Pesquisa Científica e Tecnológica (Confies) defendeu que a capacitação que se oferece nos cursos *lato sensu* não estão relacionadas necessariamente à formação, mas muito mais ao preparo de profissionais para uma intervenção na dinâmica social, uma vez que apenas o ensino público gratuito oferecido na universidade pública brasileira, seja na graduação, no mestrado e doutorado, tem previsão orçamentária, não havendo tal provisionamento para a extensão e a pós-graduação *lato sensu*; c) o Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior (Andes), por sua vez, afirmou que a Constituição da República é clara e cristalina ao determinar que a gratuidade do ensino não traz nenhuma distinção em relação aos diversos níveis da educação, se fundamental, média ou superior, bem como que não há distinção qualquer entre as várias modalidades de curso, a saber ensino, pesquisa ou extensão, sustentando que tal cobrança careceria de emenda constitucional para ser possível; d) a Federação de Sindicatos de Trabalhadores das Universidades Brasileiras (Fasubra), defendeu que tanto a graduação, quanto os cursos de pós-graduação *lato sensu*, tem a finalidade de preparar profissionais para o mercado de trabalho, sendo juridicamente impossível se cobrar por tais atividades, uma vez que, os termos do art. 207 da Constituição da República, as atividades de ensino, pesquisa e extensão são indissociáveis.

Apreciando o mérito da causa, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, reconheceu ser materialmente compatível com o texto constitucional a cobrança de mensalidades em cursos de especialização por parte de universidades públicas cobrarem os ministros e deu provimento ao Recurso Extraordinário nº 597.854.

A tese que restou vencedora e aprovada pelo Órgão Pleno da Suprema Corte Federal destacou, conforme trechos extraídos da leitura do voto do relator, Ministro Edson Fachin, que “*a garantia constitucional da gratuidade de ensino não obsta a cobrança, por universidades públicas, de mensalidades em cursos de especialização*”. Apontou que, na *Lex Magna*, há nítida e perceptível diferenciação entre as atividades de ensino, pesquisa e extensão, bem como que há expressa previsão de um percentual da receita das unidades da federação para a manutenção e desenvolvimento do ensino público.

Todavia, reconheceu que o art. 213 da Constituição da República permite que as universidades e as instituições públicas de ensino captem recursos privados para pesquisa e extensão, à luz do disposto no §2º do referido artigo. Conforme expresso em trechos extraídos da leitura do voto condutor e vencedor: “*É impossível afirmar a partir de leitura estrita da Constituição Federal que as atividades de pós-graduação são abrangidas pelo conceito de manutenção e desenvolvimento do ensino, parâmetro para destinação com exclusividade dos recursos públicos*”.

Ao fundamentar seu voto, o Ministro Relator desenvolveu uma profunda análise do modelo de educação superior delineado na Lei nº 9.394, de 1996, traça uma linha bem delineada entre as atividades de ensino, voltadas à preparação para o magistério e as tarefas de capacitação para o mercado. Assim, reconheceu que os cursos de pós-graduação *stricto sensu*, que são direcionados para o desenvolvimento do ensino e para a preparação para a docência, deverão ser gratuitos e mantidos, precipuamente, com recursos públicos. Todavia, os cursos de extensão e de pós-graduação *lato sensu*, que objetivam capacitação para o mercado de profissionais já inseridos na iniciativa privada ou no setor público de prestação de serviços, podem ser remunerados, uma vez que não dependem exclusivamente do orçamento.

Conforme destacado em trechos extraídos da leitura do voto condutor e vencedor:

É possível depreender pela lei que os cursos de pós-graduação se destinam à preparação do exercício do magistério superior, por isso são indispensáveis

para manutenção e desenvolvimento das instituições de ensino. No entanto, apenas esses cursos é que são financiados pelo poder público. [...] Nem todas as atividades potencialmente desempenhas pelas universidades se referem exclusivamente ao ensino. A função desempenhada por elas é muito mais ampla do que as formas pelas quais obtêm financiamento. Assim, o princípio da gratuidade não as obriga a perceber exclusivamente recursos públicos para atender sua missão institucional. O princípio, porém, exige que, para todas as tarefas necessárias para a plena inclusão social e o direito fundamental à educação, haja recursos públicos disponíveis para os estabelecimentos oficiais.

Assim, segundo o raciocínio formulado pelo Ministro Relator, é juridicamente compatível com a Constituição da República que as universidades, no âmbito da sua autonomia didático-científica, regulamentem, com estrita observância da legislação vigente, as tarefas e as atividades voltadas, preponderantemente, à extensão universitária, sendo possível, nessas condições, a instituição de tarifa e cobrança de prestação pecuniária.

Cumpre destacar, sendo fiel aos métodos de pesquisa científica ora adotados no presente artigo, que houve divergência nos debates da Suprema Corte Federal. Assim, o Ministro Marco Aurélio, discordando do entendimento esposado no voto condutor e vencedor, afirmou que, na sua visão, não se pode estabelecer, por meio de exercício de hermenêutica constitucional, distinção entre os planos e níveis de ensino, entendendo que a regra de gratuidade estabelecida no art. 206, IV, da Constituição da República, é uma garantia inafastável. Isto porque, a seu ver, as instituições de ensino oficiais são públicas e não híbridas, bem como que a Constituição fixa a igualdade de condições de acesso e de permanência na escola.

Assim, a decisão foi disponibilizada, nos termos a seguir ementados, estando pendente de publicação oficial, até o fechamento do presente artigo:

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, indeferiu pedido de sustentação oral do advogado do amicus curiae Associação Nacional dos Pós-Graduandos - ANPG. Em seguida, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 535 da repercussão geral, deu provimento ao recurso para denegar a segurança pleiteada, e fixou a seguinte tese: “A garantia constitucional da gratuidade de ensino não obsta a cobrança por universidades públicas de mensalidade em cursos de especialização”, vencido o Ministro

Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidiu o julgamento o Ministra Cármem Lúcia. Plenário, 26.4.2017.

5 CONCLUSÃO: ANÁLISE DOS JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DO PENSAMENTO DE ZIGMUNT BAUMAN E DE MICHAEL J. SANDEL

Da leitura das razões e motivos que fundamentaram os votos condutores e vencedores *sub examine*, objeto do presente artigo científico, depreende-se que há forte presença dos valores que norteiam a economia de mercado, mormente no que se refere a uma análise de economicidade e eficiência no que se refere à maximização de resultados e incentivos à circulação de bens.

Observe-se que eficiência e economicidade são princípios constantes no texto constitucional, conforme expresso nos arts. 37, *caput*, e 70, *caput*, a seguir transcritos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Assim, em uma leitura sistemática do Constituição da República, tendo-se em mente que a livre iniciativa é um dos princípios fundantes da Nação e norteador de nossa Ordem Econômica, nos termos expressos do art. 1º, IV, *in fine*, e do art. 170, *caput*, a seguir transcritos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

[...]

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

Resta claro, por óbvio, que a incorporação dos valores da economia de mercado na Lei Maior foi uma clara, nítida e inafastável opção do legislador constituinte originário. Isto não quer dizer que o texto constitucional esta descontextualizado de uma perspectiva social. Observe-se que o vocábulo social aparece 146 vezes ao longo de toda a Constituição da República, sendo, amiúde, de observação obrigatória por parte do operador do direito, em exercício de exegese e hermenêutica constitucional.

Tal foco de análise interpretativa encontra-se presente nos julgados *sub examine*.

Observe-se que, na fundamentação do julgado referente à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.512-6, o Supremo Tribunal Federal, em que pese reconhecer que o texto constitucional veda a comercialização de material orgânico humano, admite que sejam criados, por parte do legislador infraconstitucional, mecanismos de estímulo à coleta e circulação de sangue, como forma de se incentivar comportamentos socialmente desejáveis, ainda que não oriundos de uma espontaneidade individual.

Assim, entendeu A Corte Suprema brasileira que a criação de mecanismos de fomento e impulsos a comportamentos socialmente desejáveis são materialmente compatíveis com o espírito hermenêutico da Constituição da República, ainda que permeados e sob forte inspiração das regras em que se fundam a economia de mercado.

Por sua vez, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 597.854 o Supremo Tribunal Federal, em que pese à expressa determinação de gratuidade nas atividades de ensino público oficial, constante no art. 206, IV, da Constituição da República, entendeu que o sistema de autogestão financeira, com captação de recursos privados mediante cobrança de contraprestação pecuniária em cursos de pós-graduação *lato sensu* e de extensão, esta em consonância com o texto constitucional, à luz do art. 213, §2º, da *Lex Magna*.

Outrossim, houve reconhecimento expresso que as instituições públicas oficiais de ensino podem oferecer cursos de especialização para capacitação de profissionais para o mercado privado, podendo, para tanto, cobrar mensalidades dos discentes como forma de se autofinanciar.

Assim, a atual jurisprudência constitucional da Suprema Corte Federal brasileira, nos julgados analisados, encontra-se fortemente permeada e influenciada pelo pensamento do filósofo estadunidense Michael J. Sandel, uma vez que reconhece um utilitarismo benéfico ao indivíduo e à coletividade em se permitir a maximização de resultados por meio da adoção de regras da economia de mercado nas relações interpessoais da sociedade contemporânea.

Na visão da atual composição do Supremo Tribunal Federal brasileiro, o texto constitucional reconhece que os valores da economia de mercado estão presentes na sociedade moderna e erigiu à categoria de princípios normativos preceitos fundamentais como a livre iniciativa, a eficiência e a economicidade.

Assim, a persecução de resultados economicamente eficazes para se obter metas socialmente desejáveis são perfeitamente compatíveis com a materialidade do texto constitucional, sendo norte na exegese constitucional efetuada pela Corte Suprema.

Em que pese a relevância da obra de Zygmunt Bauman e sua influência sobre a academia, não se encontra traços de influenciação de seu pensamento sobre a hermenêutica do Egrégio Tribunal Constitucional brasileiro, ao menos nos julgados *sub examine*.

Isto porque, a visão crítica dos aspectos negativos que a sociedade de mercado, em que pese fornecer precioso manancial de pesquisa para a academia científica, não afasta seus nítidos efeitos benéficos e positivos, no que se refere ao incentivo de comportamentos socialmente desejáveis, ainda que condicionados por parte do Estado e não espontâneos por parte dos indivíduos.

Nessa linha, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro segue uma linha que mais se coaduna com a visão otimista de Michael J. Sandel, uma vez que reconhece que, dotados de uma perspectiva valorativa ética e meritória, as regras da economia de mercado conduzem os indivíduos a condutas dignas e apreciáveis, permitindo que o crescimento econômico se traduza em desenvolvimento social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3512/ES*. Relator: GRAU, Eros. Publicado no DJ de DJ 23-06-2006, PP-00003, EMENT VOL-02238-01 PP-00091, RTJ VOL-00199-01 PP-00209, LEXSTF v. 28, n. 332, 2006, p. 69-82, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3512%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EA CMS%2E+ADJ2+3512%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c2kdyvs>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Recurso Extraordinário nº 597.854/GO*. Relator: FACHIN, Edson. Pendente de publicação, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=89&dataPublicacaoDj=02/05/2017&incidente=2666225&codCapitulo=2&numMateria=13&codMateria=4>>. Acesso em: 20 jul 2017.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição e aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva. 1999.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. 2. ed. São Paulo: Renovar. 2004.

BAUMAN, Zigmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Madras, 2005.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos interpretes da Constituição.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade.* Tradução de Flávio Beno Sieneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, H. L. A. *O conceito do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito.* 19. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado.* Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

RECEBIDO EM: 22/08/2017
APROVADO EM: 03/10/2017

O ACESSO À SAÚDE DOS POVOS ORIGINÁRIOS: A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS ATRAVÉS DE TUTELAS JURÍDICAS

ACCESS TO INDIGENOUS HEALTH: THE REALIZATION OF RIGHTS THROUGH LEGAL ACTIONS

Marcos Alcará

Doutorando pela ITE em Bauru/SP.

Mestre em Processo Civil pena UNIPAR de Umuarama/PR. Professor do curso de Direito da UEMS em Dourados/MS.

Sérgio Tibiriça Amaral

Doutor e Mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino – ITE de Bauru. Professor do Mestrado e Doutorado da mesma instituição.

Mestre em Direito das Relações Sociais pela Unimar. Especialista em interesses difusos pela Escola Superior do Ministério Público-SP. Coordenador da Faculdade de Direito de Presidente Prudente / FDPP da Associação Educacional Toledo e professor titular da disciplina de Teoria Geral do Estado e Direito Internacional e Direitos Humanos da FDPP.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direito Fundamental à Saúde - Evolução Constitucional; 2 O Acesso à Saúde do Indígena; 3 A Concretização de Direitos Por Meio de Tutelas Jurídicas de Acesso à Saúde Para os Povos Originários; 4 O Poder Judiciário e a Concretização do Direito à Saúde aos Povos Originários; 5 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: Referido artigo aborda o direito à saúde enquanto direito fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988 aos brasileiros, o qual é estendido às populações indígenas, o dever do poder público em propiciar o atendimento devido para concretizar o direito fundamental à saúde e o uso de tutelas jurídicas coercitivas e a intervenção judicial nos casos de omissão.

PALAVRAS-CHAVE: Saúde Pública. Indígena. Tutela Jurídica.

ABSTRACT: This article addresses the right to health as a fundamental right guaranteed by the Federal Constitution of 1988 to Brazilians, which is extended to indigenous populations, the duty of the public power to provide due care to realize the fundamental right to health and the use of legal guardians And judicial intervention in cases of omission.

KEYWORDS: Public Health. Indigenous. Legal Protection.

INTRODUÇÃO

A saúde é um direito de todos, garantido na Constituição Federal de 1988, assim, estende-se às populações dos povos originários ou indígenas no Brasil, devendo o Estado propiciar o atendimento devido à referida minoria, no anseio de concretizar o direito previsto na Carta Constitucional de universalização do atendimento à saúde. Além de grupos minoritários de várias etnias, esses povos que habitavam a América pré-colombiana também são vulneráveis e precisam de ações afirmativas do Estado.

Apesar de constar na citada norma fundamental, como um direito de todos e um dever do Estado, em diversas situações o atendimento referente à saúde não tem sido oferecido espontaneamente, ou, quando fornecido, não tem sido a contento, sendo necessário que, aos que forem negado este direito, ou no caso de negligência, que procurem efetivá-lo por meio de tutelas jurídicas, visando o fornecimento de remédios, cirurgias, exames, consultas entre outros procedimentos.

Lastreado no princípio fundamental constante na Constituição que determina a universalização do atendimento à saúde, esse norma programática apresenta problemas de eficácia jurídica e social. O mandamento constitucional culminou com a implantação do Sistema Único vigente no Brasil, e que prevê a inclusão de todos os cidadãos ao sistema, propõe-se a discussão do tema atinente à evolução constitucional do direito à saúde vivenciada com o advento da CF/88.

Será abordada ainda, a extensão deste direito aos povos originários indígenas e a busca de tutelas jurídicas em caso de não atendimento ou de não acesso à saúde e assistência a esta minoria como previsto no texto Constitucional. Por fim, será abordada a atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde, quando provocado em casos concretos.

1 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE – EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL

O direito à saúde, previsto como direito fundamental na Constituição Federal de 1988, juntamente com outros direitos essenciais ao cidadão desporta como um dos grandes avanços desta Carta Republicana, que culmina com o momento social e democrático vivido pelo país. São direitos prestacionais, de segunda dimensão, que exigem condutas positivas por parte do Estado. Segundo a doutrina são direitos ligados à igualdade, que vem complementar os direitos de liberdade. Norberto Bobbio chamava de segunda geração de direitos na sua obra “A era dos direitos” (BOBBIO, 2004, p. 13).

Os direitos fundamentais da chamada segunda geração vieram complementar os da primeira geração, conforme a lição de Celso Lafer:

Daí a complementaridade [...] entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. (LAFER, 2006, p. 127)

Os direitos humanos correspondem ao conjunto de direitos, tidos como inerentes ao ser humano, que têm como objetivos principais: a proteção do homem contra o arbítrio do poder estatal e a garantia de condições mínimas de vida e de desenvolvimento ao ser humanos, incluindo à saúde.

Para Antonio Enrique Pérez Luño os direitos humanos são definidos como:

[...] un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional” (LUÑO, 2003, p. 43).

Assim, os Direitos Humanos correspondem aos “pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana” (BONAVIDES, 2003, p. 514) em um determinado momento histórico da humanidade. Isso porque se as próprias noções de vida, liberdade e dignidade variam de acordo a evolução do pensamento humano, há de variar também o conteúdo dos direitos que buscam protegê-las.

Para Norberto Bobbio, “os direitos ditos humanos são o produto, não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação” (BOBBIO, 2004, p. 32). Portanto, o conteúdo dos direitos fundamentais é, portanto, resultado de um processo histórico ainda em construção, por meio do qual novos direitos são criados em resposta às novas necessidades e às novas maneiras de se compreender a condição humana, sempre com o objetivo de propiciar melhores condições para uma vida humana digna, incluindo o direito a estar vivo, que passa pela saúde.

Tanto os direitos humanos, como os direitos fundamentais portanto possuem essa mesma característica de valorização da dignidade da pessoa humana, através do reconhecimento de direitos a ela inerentes. Diferem

contudo na origem de sua positivação, pois enquanto os direitos humanos constam de documentos de direito internacional, os direitos fundamentais encontram-se positivados através das Constituições.

O Constituinte alocou esse direito em um local específico (Seção II, no Título VIII, da CF/88), onde estabelece as diretrizes e a organização do Sistema Único de Saúde, evidenciando sua relevância em relação aos seus destinatários.

Acerca do direito à saúde, estabelece a Constituição vigente:

Art. 196. 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.

Conforme preconiza o texto constitucional, o dever em garantir a todos os cidadãos o direito à saúde vincula os órgãos públicos, os quais atuam como gestores da coletividade (PANSIERI, 2012, p. 206).

Mas o panorama anterior à CF/88 não era tão explícito assim no tocante à saúde, tanto que nas Constituições que antecederam à vigente, a proteção do direito à saúde era restrito a algumas normas e regras direcionadas ao público de um modo geral, a exemplo do art. 179, XXXI, da Constituição de 1834, que previa a garantia de socorro público.

Já a Constituição de 1934, dispunha no art. 113, *caput*, garantia a inviolabilidade do direito à subsistência, demonstrando a evolução política legislativa vivida no momento em prol do desenvolvimento e proteção do ser humano.

Acerca da Constituição de 1934, destaca-se os dizeres de Bonavides:

Trouxe por conseguinte a Constituição de 1934 a admirável marca social dos direitos do homem. Posto que efêmera, foi a confirmação, mais uma vez de nossa capacidade de transplantar para o direito público brasileiro princípios e instituições já abonadas pela experiência política de outros povos. (BONAVIDES, 2002, p. 330)

A Constituição de 1937, por sua vez, no art. 16, XXVII, e art. 18, “c” e “e”, previam normas de proteção à saúde do trabalhador e normas sobre a garantia de assistência social.

Na Constituição de 1946, no art. 5º, XV, “b” e no art. 6º, continham regras destinadas à saúde do trabalhador; o que também se observa na Constituição de 1967, que no art. 8º, XIV, e XVII, “c”, tutelavam a saúde do trabalhador e dispunham sobre a assistência social.

O texto atual da CF/88 apresenta normas que preveem proteções direcionadas diretamente à saúde, demonstrando a preocupação do legislador em abranger todos os cidadãos brasileiros, tendo sido destacado tal assunto, que antes era atrelado com outros temas, em especial a assistência social; evidenciando-se o avanço da Carta atual em relação à saúde pública.

Esta elevação do direito à saúde como norma constitucional, desvinculada da assistência social, verificada na CF/88, que ultrapassou o previsto nas constituições anteriores, veio a atender às necessidades da coletividade e coadunar-se com o desenvolvimento legislativo ordinário vivenciado no país, que foi antecedida pela Lei nº 6.229/1975, que tratava do Sistema Nacional de Saúde; e, em 1987, pelo Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde – SUDS (O Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde – SUDS, que antecedeu o INAMPS, foi instituído por ocasião da 8º Conferência nacional de Saúde Realizada em março de 1986, em Brasília).

Sendo que referidas normas foram superadas com o advento da CF/88, que refletindo a redemocratização vivida em 1988, que moldou o direito à saúde na nova Carta, desvinculando-o de outros institutos, demonstrando a evolução social vivenciada, já que evidente a preocupação com o ser humano, no tocante à saúde.

Observe-se, que o direito à saúde apresenta-se com um direito social fundamental tratado não só por sua essência, mas também pela maneira como foi positivado na Constituição Federal, eis que encartado no Título II que trata “dos direitos e garantias fundamentais”.

A este respeito Sarlet ressalta que:

A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas Cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social, sendo-lhes, ao menos em princípio e, ressalvadas algumas exceções, reconhecido caráter meramente programático. (SARLET, 2010, p. 66)

Assim, marcado pela nota da fundamentabilidade, seja pela forma como foi positivada em nossa Carta Maior, seja pelo conteúdo que encerra – pressuposto da própria vida, o direito à saúde apresenta-se com uma garantia constitucional que não pode ser relegada a um segundo plano, notadamente quando a questão vier a se tratar de minoria, qualquer que seja.

2 O ACESSO À SAÚDE DO INDÍGENA

Não obstante o processo civilizatório da América do Sul, que acabou por dizimar boa parte da população dos povos originários ou indígenas, observa-se que no Brasil os primeiros habitantes foram protegidos por legislações ordinárias (O Código Civil de 1916, tutelava o índio como relativamente incapaz, o qual deveria ser protegido por órgão estatal. A Lei federal nº 6001/73, dispõe sobre o Estatuto do Índio, regulando as relações do Estado e da sociedade brasileira com os índios) e pelo Constituinte de 1988, onde constam determinações legais que protegem os povos originários.

A Lei n.º 6001, de 19 de dezembro de 1973 definiu esses grupos originários “os povos que habitavam a América Pré-Colombiana”. Na verdade são 206 ou 240 povos ou etnias(mais de mil nações), com cerca de 170 a 180 línguas, que podem ser divididos em quatro grupos, levado em conta o idioma: Caraíba ou Cariba, Naruaki ou Naipure, tronco macro “G” e Tupy-Guarani. Além disso, existem línguas isoladas que não fazem parte desse grupo, como os Ianomâmis, que estão numa reserva de 9,4 milhões de hectares, maior que Portugal. Sessenta por cento está na Amazônia Legal e ocupam 12,33 do território nacional. Alguns guardam afinidades comuns entre si.

São 547 áreas demarcadas, algo em torno de 94,3 milhões de hectares, ocupando cerca de 11 por cento do território brasileiro, com uma população estimada pelo IBGE em 380 mil pessoas.

O amparo aos povos originários ou indígenas, que num primeiro momento foi feito por missões religiosas; e, posteriormente (na primeira metade do século passado) passou a ser feita pelo Serviço de Proteção ao Índio (SPI), a qual apresentava-se como Agência Governamental que atuou entre 1910 a 1967, evidenciando que Estado brasileiro tinha uma preocupação com tal minoria, não os deixando apenas aos cuidados de entes não governamentais.

Neste sentido:

O SPI não tinha uma estrutura organizada e abrangente de assistência à saúde e atendia basicamente às situações de surtos epidêmicos advindos da perda do isolamento. Ainda em sua época surgia a experiência pioneira de Noel Nutels, através de Unidades Sanitárias Aero-transportadas, ligado ao Ministério da Saúde. Este, embora se propondo inicialmente apenas a controlar a tuberculose em áreas indígenas, na prática ampliou o espectro das ações de saúde desenvolvidas. (COSTA, 1986, p. 388-401)

A atuação de órgãos governamentais ligados à saúde do índio, em especial a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) que sucedeu o SPI, à partir de 05/12/1967 e a Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), criada em outubro de 2010, bem como Organizações não governamentais ligadas à proteção dos índios, entre outros deram continuidade a defesa estatal dos interesses dos povos originários aqui residentes, na busca de melhorias e a implantação de políticas públicas em seu favor.

João Pacheco De Oliveira explica como essas duas concepções distintas repercutem na noção que se tem do que eram chamados de “índios” e hoje devem ser nominados como povos originários:

Na primeira acepção, ‘índio’ constitui um indicativo de um estado cultural, claramente manifestado pelos termos que em diferentes contextos o podem vir a substituir – ‘silvícola’, ‘íncola’, ‘aborígene’, ‘selvagem’, ‘primitivo’, entre outros. Todos carregados com um claro denotativo de morador das matas, de vinculação com a natureza, de ausência dos benefícios da civilização. A imagem típica, expressa por pintores, ilustradores, artistas plásticos, desenhos infantis e chargistas, é sempre de um indivíduo nu, que apenas lê no grande livro da natureza, que se desloca livremente pela floresta e que apenas carrega consigo (ou exibe em seu corpo) marcas de uma cultura exótica e rudimentar, que remete à origem da história da humanidade. (OLIVEIRA, 1995, p. 78)

Sobre a concepção antropológica, o mesmo autor afirma que:

[...] o que conta efetivamente ‘é que uma dada coletividade se auto-identifique como indígena, sendo índios todos os indivíduos que são por ela reconhecidos enquanto membros desse grupo étnico’ (vide Oliveira, 1994:126). Para essa conceituação, que se reflete no plano jurídico-administrativo, não tem importância alguma saber se tal população apresenta características ‘primitivas’, se mantém os traços físicos ou a carga genética de populações pré-colombianas, ou ainda se preserva os elementos de sua cultura original. Não se trata portanto

de resgatar um uso ‘adequado’ (no sentido do dicionário) da palavra ‘índio’, mas exclusivamente de verificar a aplicação de um ‘status jurídico’. O qual, por sua vez, não se articula com critérios biológicos nem com a persistência de padrões culturais, mas tão somente com a continuidade de uma auto-definição coletiva. (OLIVEIRA, 1995, p. 79)

O que também estendeu-se quanto à saúde, demonstrando-se que ao longo do tempo, referida minoria tem sido protegida, conduzindo-se tais condutas numa melhoria significativa às populações aborígenes, traduzindo-se como num respeitar coletivo a tais comunidades, que passaram a ser menos agredidas e protegidas pelo Estado, apresentando-se tais proteções em diminuição de transgressão aos povos originários aqui residentes.

Acerca desta melhoria de conduta do ser humano com seu semelhante, destaca-se o disposto por Steven Pinker:

Dois aspectos do declínio da violência têm implicações profundas para nosso entendimento da natureza humana: 1) a violência; 2) o declínio. A violência se encontra ao longo da história e da pré-história de nossa espécie, sem dar sinais de ter sido inventada em determinado lugar, difundindo-se para os outros. (PINKER, 2013, p. 650)

Observe-se que essa melhoria de tratamento ou proteção a comunidade indígena decorre da evolução do processo civilizatório da humanidade, sob a ótica dos direitos humanos descritos por Lynn Hunt (HUNT, 2009, p. 53), assim, observa-se a preocupação do ente público com esta minoria, em especial com sua permanência do em sua terra originária e com seu bem estar, o que estendeu-se à saúde desta minoria, pois o Sistema Único de Saúde (SUS – Lei nº 8.080/90) brasileiro direciona-se também a esta parte da população.

O SUS, por determinação da CF/88, possui a responsabilidade de organizar e implementar à saúde pública brasileira, direcionada a todos os cidadãos brasileiros que habitam o país, incluindo-se os indígenas, os quais tem amplo acesso à saúde pública, atenuando-se as desigualdades vividas por tal população, bem como a dominação e as consequências desta ocorrida por eras.

Cita-se o descrito por Homi K. Bhabha, acerca do tema dominação:

A perspectiva pós-colonial nos força a repensar as profundas limitações de uma noção “liberal” consensual e conluuada de comunidade

cultural. Ela insiste que a identidade cultural e a identidade política são construídas através de um processo de alteridade. (BHABHA, 2003, p. 281)

O acesso à saúde dos povos originários, quando inserido na sociedade passou então a ser feita pelo SUS, onde aquele, enquanto beneficiário, deve buscar o atendimento à demanda que tenha, junto à rede pública de saúde no local mais próximo em que resida; sendo que nos casos em que não encontre respaldo quanto ao devido atendimento, poderá buscar via judicial, o mandamento para que tenha acesso ao procedimento que necessário.

3 A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS POR MEIO DE TUTELAS JURÍDICAS DE ACESSO À SAÚDE PARA OS POVOS ORIGINÁRIOS

A Constituição Federal de 1988 define a saúde como um direito fundamental social, ao tempo que prevê mecanismos jurídicos aptos a viabilizar coercitivamente sua execução e aplicação em face de eventual omissão ou negativa de atendimento por parte do Poder Executivo.

Dentre as tutelas processuais existentes à disposição dos jurisdicionados, destaca-se a ação de mandado de segurança, ação de obrigação de fazer, a ação coletiva, a ação civil pública, entre outras, as quais, após intentadas serão analisadas pelo Poder Judiciário, de modo a atender ao jurisdicionado que precise de determinado procedimento na área da saúde que lhe tenha sido negado pelo ente responsável.

Oportuno é colacionar as palavras de Kildare Gonçalves Carvalho acerca da exigibilidade do direito à saúde:

São direitos de *status positivus*, já que permitem ao indivíduo exigir determinada atuação do Estado, como o objetivo de melhorar suas condições de vida, garantindo os pressupostos materiais para o exercício da liberdade. Envolvem a melhoria de vida de vastas categorias da população, mediante a instituição e execução de políticas públicas. (CARVALHO, 2010, p. 749-750)

Referidas medidas interventivas ao serem intentadas pelos legitimados em favor dos beneficiários, em especial para que o poder público forneça remédios, exames, tratamentos médicos, cirurgias, internações, enfim, para que faça o determinado pelo constituinte, atendem o ideal maior da Constituição, pois concretizam direitos que, apesar de existentes, não foram

atendidos espontaneamente pelo Poder Público; os quais são aplicáveis aos cidadãos como um todo, abrangendo assim, os indígenas.

A concretização de direitos violados, mesmo que pelo uso de ações judiciais coercitivas, traduz-se no respeito ao contido na Constituição de um estado, destacando-se aqui, o respeito à saúde para os cidadãos; que deve atender e visar o ser humano, compreendido este ser humano, como sendo todos os integrantes do país, sejam os povos originários ou os demais habitantes que tenham chegado posteriormente e que também tem direito à efetiva saúde.

Cita-se a doutrina de Luís López Guerra:

Confrontado com a constituição, enquanto norma cuja validade deriva de uma decisão de poder constituinte, todos os outros membros regras de direito são regras secundárias, porque a sua validade é baseada na própria Constituição, a ser preparadas de acordo com os requisitos da isso tanto em relação ao com método com conteúdo material. (GUERRA, 2000, p. 44)

Nas situações em que os indígenas não conseguirem atendimento por parte do poder público, no tocante à saúde, seja pelo não fornecimento de remédio, de consultas médicas, cirurgias, internações, estes devem socorrer-se da falha do próprio Estado na busca do atendimento necessário e concretização do direito à saúde; isso, por determinação do legislador ordinário e Constitucional.

Neste caso de não atendimento espontâneo do procedimento necessário à recuperação da saúde dos povos indígenas, este poderá acessar o Poder Judiciário pleiteando medida coercitiva em desfavor do ente violador, para conseguir o atendimento devido.

O que se dará, no caso dos membros dos grupos originários, em especial pela atuação da Defensoria Pública da União onde esteja instalada, ou, por meio de advogados dativos onde àquela não exista, os quais encaminharão a ação judicial necessária para a busca da tutela necessária ao fornecimento do atendimento não fornecido espontaneamente.

Nesse sentido, cabe destaque à crítica tecida por Dirley da Cunha Júnior:

Num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente excluídos [...] os direitos sociais não podem ficar reféns

de condicionamentos do tipo da reserva do possível. Não se trata de desconsiderar que o Direito não tem a capacidade de gerar recursos materiais para sua efetivação. Tampouco negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe. Não é este o caso, pois aquele “algo” existe e sempre existirá só que não se encontra – este sim, é o caso – devidamente distribuído! Cuida-se, aqui, de se permitir ao Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do poder público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas (fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviço da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas,seguranças desnecessárias, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex-Presidentes da República; gastos em publicidade, etc.) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-o das condições mínimas de existência. (CUNHA, 2009, p. 734-735)

O Poder Judiciário, diante da pretensão apresentada, apreciará a demanda deduzida em juízo nos moldes do artigo 5º, XXXV, da CF/88, devendo agir ao ser provocado e constatar que o Estado deixou de observar seu dever de adotar políticas públicas capazes de viabilizar o acesso igualitário e universal aos atendimentos na esfera da saúde, deverá o fazer coercitivamente, em especial, se tratar-se de minoria, proporcionando o acesso à saúde no caso em concreto.

4 O PODER JUDICIÁRIO E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE AOS POVOS ORIGINÁRIOS

As diferenças de paradigmas contribuem para o distanciamento entre o indígena e a sociedade atual, os quais vivem a mercê do mundo capitalista, que por vezes são privados da saúde pública, ou acabam por não ter o devido atendimento, pois, apesar de constar na Norma Constitucional que a saúde pública é em favor de todos, muitos ficam a mercê do sistema excludente.

Nos casos de não atendimento ou atendimento deficitário, a concretização do direito à saúde se materializará por medidas coercitivas advindas do Poder Judiciário que, em verdade, acabam por concretizar o direito à saúde desta minoria, mesmo que em situações pontuais, atenuando as consequências e distâncias entre os paradigmas culturais.

Anthony Giddens, trata deste descompasso de mundos modernos:

Em vários aspectos fundamentais, as instituições modernas apresentam certas descontinuidades com as culturas e modos de vida pré-modernos. Uma das características mais óbvias que separa a era moderna é um “mundo em disparada”: não só o ritmo da mudança social é muito mais rápido que em qualquer sistema anterior; também a amplitude e a profundidade com que ela afeta práticas sociais e modos de comportamento preexistentes são maiores. (GIDDENS, 2002, p. 22)

Destaque-se que a concretização de direitos, tal qual prevista na Constituição Federal de 1988, há de ser feita com a implementação de políticas públicas em favor das minorias e grupos vulneráveis, visando equilibrar as distorções advindas do tempo, da exploração do homem pelo homem, de terras, de povos, de riquezas e culturas, isso, para que esta Constituição seja considerada efetivamente válida e geradora de direitos concretizados.

Entretanto, apesar do atuar do poder público para minimizar as diferenças entre a população considerada normal e que atende aos comandos do mundo moderno e as minorias que por vezes são excluídas da sociedade, a exemplo dos indígenas, quando o Estado não propiciar o devido atendimento (que deve ser oferecido por órgãos públicos vinculados ao Poder Executivo), ocorrerá a intervenção do Poder Judiciário para corrigir as falhas, que determinará a implementação de atendimentos específicos ou mesmo a implementação de ações afirmativas para solucionar determinadas situações.

Sobre a sanção no caso de não atendimento espontâneo, colaciona-se a doutrina:

Mas o que é mais importante do que os direitos humanos ou se a pessoa quer todos os direitos de todos os homens, cada um direito de cada homem. Diz-se então, por que este direito de direitos humanos dissociação-fundamental. Os direitos humanos que redutíveis, por considerações técnicas ou legais, só para constitucionalmente direitos ou direitos protegidos cujos violação podem ser objeto de uma sanção. (AMOR, 1996, p. 31)

O agir positivo do Estado, em especial na área da saúde, atendendo as determinações constitucionais de amparo a uma minoria, especialmente no que dizem respeito à vida, à saúde, à dignidade da pessoa humana, visam a garantir o já mencionado mínimo existencial, cuja efetivação deve ser alvo prioritário dos gastos públicos e da atuação estatal, sob pena de intervenção de um poder no outro, para a correção de eventual desrespeito.

Acerca do direito à saúde, Germano Schwartz esclarece que:

A saúde, como direito público subjetivo e fundamental do ser humano, quando lesionada, não pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Essa é, no constitucionalismo contemporâneo, a tarefa mais elevada do Poder Judiciário: garantir a observância e cumprimento dos direitos fundamentais do homem. (SCHWARTZ, 2001, p. 163)

Nessa quadra, considerando que a ação é um direito garantido a todos e sendo o direito à saúde um direito social constitucionalmente assegurado (art. 6º, da CF/88), conferindo-se a ele, ainda, um caráter universal (art. 196 do Texto Maior), pode-se concluir simplesmente pela absoluta liberdade de atuação do Poder Judiciário na efetivação desse direito.

O fundamento da judicialização da saúde reside no reconhecimento de que trata-se de um direito subjetivo do cidadão, o qual pode exigir do Poder Público ações no sentido de efetivar o acesso a esse direito em casos excepcionais, em que não se possa esperar a fila normal de atendimento do sistema público, ou nos casos em que este não tenha sido fornecido a contento.

Acerca da judicialização da saúde:

Não há discricionariedade para não agir. A não ação discricionária resulta em omissão inconstitucional, tendo o Judiciário, como um dos poderes vinculados à efetivação dos direitos fundamentais sociais prestacionais, obrigação de agir [...]. (QUEIROZ, 2011, p. 144)

Apresentam-se vários argumentos em favor do Estado, na tentativa de se atenuar a intervenção dos cidadãos junto ao Poder Judiciário almejando soluções pontuais, entre eles, o da limitação orçamentária do Estado, o qual tem sido rechaçado por não ter força equiparativa em relação ao direito à vida, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.

Neste sentido, Boaventura de Souza Santos comenta:

O conceito de direitos humanos assenta-se em um bem conhecido conjunto de pressupostos, todos eles tipicamente ocidentais: existe uma natureza humana universal que pode ser conhecida racionalmente; a natureza humana é essencialmente diferente e superior à realidade restante; o indivíduo possui uma dignidade absoluta e irredutível que tem de ser defendida da sociedade ou do Estado. (SANTOS, 2001, p. 16)

Sob tal orientação é que o Estado deve agir, de modo que, embora haja liberdade de conformação do legislador e discricionariedade do gestor público, esta não deve ser ilimitada, pois o acesso à saúde deve ser oferecido, espontaneamente, ou pela intervenção de um Poder do Estado em outro, para garantir o mínimo tutelado pela Constituição.

A comunidade indígena ou o indígena interessado, acaso não tenha o tratamento médico atendido pelos órgãos pertinentes (de regra vinculados ao Poder Executivo), poderá socorrer-se perante o Poder Judiciário, que, intervirá quando provocado, atenuando pontualmente o direito à saúde violado, determinando o procedimento adequado a ser implementado pelo ente violador.

Na abordagem do referido tema, recorre-se à Constituição Federal vigente, que no artigo 5º, inciso XXXV, dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Observa-se que sempre que houver violação de direitos, o Poder Judiciário poderá ser provocado no intuito de tutelar e garantir o direito da parte lesada; sem que essa intervenção de um poder em outro, seja considerada ilegal ou prejudicial a coexistência do outro.

Acerca do tema, destaca-se o entendimento do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso:

Aqui se chega ao ponto crucial do debate. Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão. (BARROSO, 2007, p. 61)

Observa-se a colisão de valores ou interesses que contrapõem-se no enfrentamento do interesse do particular, que apresenta-se a mercê do serviço público, já que o Estado vê-se na obrigação ou não de fornecer o medicamento, ou tratamento solicitado em face do risco de prejudicar o regular desenvolvimento das demais atividades estatais.

Tal discussão apresenta-se diante da confrontação de interesses, onde não há um consenso ou solução singela, por envolver questões de magnitude constitucionalmente protegidas, seja enquanto direito fundamental do ser

humano (por exemplo, direito à saúde), seja por envolver a organização e estruturação do Poder Público (programação do orçamento público); mas, que ao serem enfrentadas pelo Poder Judiciário, representam a efetivação de direitos em casos concretos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na busca de efetivar o direito de acesso à saúde, o Brasil tem utilizado de práticas consistentes em implementar políticas públicas por meio de ações afirmativas que tendem a diminuir as desigualdades entre as minorias e também dos chamados grupos vulneráveis.

Esses povos são duplamente titulares das ações afirmativas, que visam levar ao princípio da igualdade ao extremo, buscando a inclusão dos hipossuficientes. A saúde é direito de toda a população como um dever prestacional do Estado Democrático e Social de Direito. Cabe ao poder público, em especial ao grupo citado, prover à saúde por meio do Sistema Único de Saúde.

É dever do Estado à adequação ao disposto na CF/88 que prevê o acesso de todos à saúde e a proteção das minorias, em especial a indígena como aqui tratada, fornecendo o devido atendimento ou procedimento à saúde.

Sendo que nos casos de omissão no atendimento ou fornecimento de procedimento médico, deverá o interessado intentar perante o Poder Judiciário a medida necessária visando a compelir o Poder Público a proceder ao atendimento devido, a fim de garantir o mínimo existencial ao cidadão, corrigindo a deficiência da atuação estatal na concretização de sua missão constitucional.

O Poder Judiciário, ao analisar os casos concretos que lhe forem apresentados na área da saúde, em especial no concerne ao desrespeito de acesso à saúde de minorias, tem a oportunidade de balizar o eventual desvirtuamento à Constituição, ajustando-o ao ideal pretendido pelo legislador originário.

REFERÊNCIAS

AMOR, Abdelfattah. *Les droits fondamentaux*. Bruxelas/Bélgica: Bruylant, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Interesse Público*, 2007; 46:31-61. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BHABHA, Homi K. *O local da cultura.* tradução de Myriam Avila, Eliana Lorenço de Lima Reis, Glauzia Renate Gonçalves. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil.* Brasília: OAB, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988.* Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.* Institui o Sistema Único de Saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo.* 16. ed. revisada, atualizada e ampliada. Del Rey, 2010.

COSTA, D.C. *Política indigenista e assistência à saúde.* Cad. Saúde Pública. 4 (3), 1986.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional.* Salvador: JusPODIVM, 2009.

GIDDENS, Anthony; tradução: Plínio Denzien. *Modernidade e Identidade.* Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

OLIVEIRA, João Pacheco. Muita terra para pouco índio? Uma introdução (crítica) ao indigenismo e à atualização do preconceito. In: SILVA, Aracy L. da, GRUÍ\PIONI, Luís D. B. (Orgs.). *A temática indígena na escola: novos subsídios para professores de 1º e 2º graus.* Brasília: MEC: MARI: UNESCO, 1995.

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. *Judicialização dos Direitos Sociais Prestacionais: A efetividade pela Interdependência dos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira.* Curitiba: Juruá, 2011.

GUERRA, Luís López. et. al. *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos.* v. I. 4. ed. Valencia. Espanha: Tirant lo Blanch, 2000.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos.* São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.* São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.* 8. ed. Madri: Tecnos, 2003.

PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais: reflexões a partir do direito de moradia.* São Paulo: Saraiva, 2012.

PINKER, Steven; tradução de Bernardo Joffily e Laula Teixeira Motta. *O anjos bons da nossa natureza: Porque a violência diminuiu.* São Paulo: companhia das Letras, 2013.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma concepção multicultural dos direitos humanos. *Revista Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, Jan./jun. 2001, p. 7-34.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.* 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RECEBIDO EM: 31/07/2017
APROVADO EM: 26/09/2017

CRIME E EDUCAÇÃO: A ATUAÇÃO DO PATRONATO MUNICIPAL PARANAENSE NA (RES)SOCIALIZAÇÃO DO DELINQUENTE

***CRIME AND EDUCATION: THE ROLE OF THE MUNICIPAL REENTRY
ORGANIZATION FROM PARANA IN THE (RE) SOCIALIZATION OF
THE OFFENDER***

Matheus Conde Pires

*Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).
Pesquisador bolsista da Fundação Araucária.*

Rogério Cangussu Dantas Cachichi

*Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.
Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
- PUC/SP. Graduado em Filosofia pela Universidade Estadual de Londrina – UEL.*

Ednilson Donisete Machado

*Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Mestrado em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho.
Professor titular do Centro Universitário Eurípides de Marília-UNIVEM e da
Universidade Estadual Norte do Paraná, na graduação e na pós- graduação.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Pena e Suas Funções: Um Mal Necessário; 2 As Penas Alternativas Como Mecanismo de (Res)Socialização; 3 O Patronato Municipal Como Política Pública de (Res)Socialização Pela Educação; 4 Programas Adotados Pelo Patronato Municipal no Estado do Paraná: Educação Para (Res) Socializar; 4.1 Programa Basta; 4.2 Programa Saiba; 4.3 Programa Pro Labor e Programa E-Ler; 4.4 Programa Blitz; 5 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: A presente pesquisa busca uma reflexão acerca da aplicação concreta da lei penal no Brasil, notadamente sobre o prisma dos modernos escopos da pena. Dessa forma, o estudo parte da análise da atual concepção de função social da pena. Por meio desta análise se faz possível definir se a aplicação da pena na prática vai ao encontro ou não de suas finalidades. A partir do método interpretativo baseado no exame textual da bibliografia especializada, incluindo obras filosóficas e técnico-jurídicas, a pesquisa dedica atenção especial tanto à vocação (res)socializadora das penas alternativas, quanto à atuação do Patronato Municipal, órgão de execução penal previsto em lei, que muito pode contribuir para efetivação dessa vocação, sobretudo na seara da educação. No contexto das políticas públicas educacionais e de sua respectiva gestão, a aludida atuação estatal deveria proporcionar não só retribuição ao injusto praticado pelo indivíduo e prevenção contra novos injustos, senão também - e principalmente - condições emancipatórias para o delinquente compreender o mal praticado e (re) integrar-se à sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Patronato. Inclusão Social.

ABSTRACT: The present research seeks to reflect about the practical application of the criminal law in Brazil, notably on the perspective of modern scopes of the sentence. This way, this study begins from the analysis of the current conception of the sentence's social function. Through this analysis, it is possible to decide whether the application of the sentence meets its purposes or not. Using the interpretive method based on textual examination of specialized bibliography, including philosophical and legal-technical works, this research devotes special attention to both the (re) socialization ability of alternative sentences, and the performance of the Municipal Reentry Organization, a criminal enforcement agency provided by law, that may contribute to the effectuation of this ability, especially in the education field. In the

context of educational public policies and their respective management, the above mentioned State role should provide not only retribution to the offense practiced by the individual and prevention against further offense, but also - and especially - emancipatory conditions for the offender to understand the evil practiced and (re) integrate into society.

KEYWORDS: Criminal Law. Municipal Reentry Organization. Social Inclusion.

INTRODUÇÃO

O Brasil apresenta uma população carcerária extremamente alarmante. Diante disto, é de suma importância o estudo e pesquisa nesta área, para que possam ser focados os reais problemas e encontradas as providências que pelo menos amenizem-nos.

Destarte, o presente estudo realiza uma análise do conjunto normativo das penas brasileiras com ênfase nas funções que esta possui em vista da devida proteção da sociedade e recuperação do apenado.

Para tanto, e dentro da temática das políticas educacionais e respectiva gestão, releva dedicar-se ao estudo acerca das atividades desempenhadas pelos Patronatos Municipais do Estado do Paraná, programa esse implementado pelo governo estadual no norte dessa Unidade da Federação em parceria com a Secretaria de Estado da Justiça e Cidadania e Direitos Humanos (SEJU), que busca a (res)socialização do apenado por meio de acompanhamentos especializados na aplicação de penas alternativas, realizando acompanhamentos individuais, cursos voltados para o delito praticado e cursos profissionalizantes para o ingresso no mercado de trabalho.

Para o desenvolvimento do artigo, fez-se mister, em um primeiro momento, compreender a concepção moderna da pena. Após essa contextualização a pesquisa analisa como se desenvolve a atuação dos Patronatos Municipais. Por fim, analisam-se os programas desenvolvidos pelo Patronato Municipal no Paraná.

O referido instituto possui como objetivo central a integração do assistido à sociedade, respeitando sua condição humana. Para tanto são realizados acompanhamentos específicos para cada recuperando, a fim, de que este, possa refletir sobre o delito cometido e tenha condições de viver em sociedade.

Justifica-se a presente pesquisa na importância de se demonstrar alternativas para o sistema carcerário tradicional, objetivando efetivar a função social da pena e sua eficácia.

Em suma, o estudo apresentado busca uma abordagem pelo método interpretativo a partir da análise bibliográfica de livros e artigos pertinentes ao tema da pesquisa.

1 A PENA E SUAS FUNÇÕES: UM MAL NECESSÁRIO

Motivo de infindáveis discussões doutrinárias, a função social da pena é palco nuclear das discussões sobre a criminalidade. A pena constitui a consequência jurídica mais drástica do delito, sendo constituída pela privação ou restrição de bens jurídicos, de forma impositiva pelos órgãos jurisdicionais competentes em relação aos indivíduos que cometem algum tipo de infração penal (PRADO, 2009, p.488).

Para Jeremy Bentham, o punir constitui a parte da missão do governo objeto da norma penal. Quando ele pune, fá-lo no dever de punir proporcionalmente na medida em que a ação perturba a felicidade da comunidade: “A obrigatoriedade ou necessidade de punir uma ação é proporcional à medida que tal ação tende a perturbar a felicidade e à medida que a tendência do referido ato é perniciosa” (BENTHAM, 1974, p.25).

Na obra “Novas Penas Alternativas”, Cesar Roberto Bitencourt (2006, p.41) compara a função social da pena ao princípio da adequação social. Em seu estudo explica que esta função sugere tal princípio, ou seja, as condutas tipificadas pelo Direito Penal possuem relevância social graduada em níveis diversos; sendo assim, nem todo comportamento é qualificado como crime. E, de fato, Bentham sugere alguns casos em que a punição é até mesmo desnecessária. A punição por si só já causa um mal; ou seja, por natureza a punição atenta contra a felicidade da comunidade, logo só deve punir para evitar um mal maior e, ao fazê-lo, até onde for necessário:

...toda punição constitui um ato pernicioso; toda punição constitui, em si mesma, um mal. Por conseguinte, com base no princípio da utilidade – se tal princípio tiver de ser admitido –, uma punição só pode ser admitida na medida em que abre chances no sentido de evitar um mal maior. (BENTHAM, 1974, p.65).

Vale lembrar que o utilitarismo de Bentham apregoa um princípio maior pelo qual ações e condutas podem ser julgadas: o princípio de que,

para o maior número de pessoas, a maior felicidade para elas (princípio maior da utilidade geral). Para Bentham (1974, p. 15), “o que se espera de um princípio é que ele aponte algum critério externo, o qual permita garantir e orientar as convicções internas de aprovação ou desaprovação”.

Isso está exatamente naquilo que ele mesmo diz, numa clara alusão ao ponto fixo de Arquimedes: “É possível a um homem mover a Terra? Sim, porém para isso é necessário antes encontrar uma outra Terra que sirva como ponto de apoio” (BENTHAM, 1974, p.12). Para Bentham, princípio da utilidade é esse ponto.

À evidência que o utilitarismo tem recebido muitas críticas. Entre elas é conhecida a de John Rawls, para quem a teoria utilitarista descarta desejos e inclinações que, se incentivados ou permitidos em determinadas situações, trariam menor grau efetivo de satisfação geral (RAWLS, 2008, p. 39). Desconsidera-se, assim, o valor moral das preferências e desejos de cada um. Por conseguinte, vem a ser compatível, *verbi gratia*, com a violação de direitos de minorias em favor do bem-estar da maioria. Cumpre registrar, entretanto, que a “tirania da maioria” foi objeto de preocupação também dos utilitaristas (LIMA, 2009, p.3; MILL, 2000). Mas não é o caso de aqui desenvolver por completo a teoria utilitarista quer de Bentham, quer de Mill (2000), quer mais atualmente de Peter Singer (2002). O objetivo da menção nesse texto à doutrina de Bentham decorre da consideração de premissas como a pena como um mal em si (i), mas um mal necessário (ii) a ser aplicado na medida da necessidade (iii).

Todos esses postulados encontram-se nas dobras dos modernos objetivos das sanções penais. Analisando a função não só da pena, mas sim do sistema penal, Zaffaroni (2004, p. 76) explica:

É muito difícil afirmar-se qual a função que o sistema penal cumpre na realidade social. A Criminologia e a Sociologia do direito penal contemporâneo assinalam diferentes funções. Para uns, por exemplo, o sistema penal cumpre a função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas dos setores sociais mais humildes, criminalizando-as, para indicar aos demais os limites do espaço social.

Em síntese, o sistema penal cumpre uma função substancialmente simbólica perante marginalizados ou próprios setores hegemônicos (contestadores e conformistas). A sustentação da estrutura do poder social através da via punitiva é fundamentalmente simbólica.

Na concepção moderna da pena, ela assume funções para além da retribuição e da prevenção; é também socializante a sanção, no que “se convencionou chamar de pluridimensionalismo, ou *mixtum compositum*” (COSTA JR, 2000, p. 119): a pena como retributiva, preventiva e ressocializadora.

Vale o destaque neste momento a deliberada opção na pesquisa pela utilização de termos “socializante”, “socialização”, ao invés “ressocializante”, “ressocialização”. Percebe-se que o termo ressocialização pressupõe um indivíduo que já estivesse integrado à sociedade, enquanto o termo socialização não impõe tal entendimento. Tem-se que na prática, devido à desigualdade social e a realidade em que se encontrava o apenado, este nunca realmente esteve socializado.

Esclarecido isso, de rigor considerar que o escopo da pena admite um caráter punitivo e educativo, visando a diminuição de práticas de reincidentes e a (re)inserção do delinquente no meio social. Tal é concepção que reside nas dobras do princípio da dignidade da pessoa humana com endereço na Constituição Federal de 1988 e em inúmeros documentos internacionais.

Reforçando esta ideia, Luis Regis Prado (2009, p. 522) esclarece:

A pena- espécie de gênero sanção penal- encontra sua justificação no delito praticado e na necessidade de evitar a realização de novos delitos. Para tanto, é indispensável que seja justa, proporcional à gravidade do injusto e à culpabilidade de seu autor, além de necessária à manutenção da ordem social.

Assim como a proporcionalidade, para a pena alcançar sua essência e estrita observância legal deve atender a outros imperativos: legalidade, personalidade e inderrogabilidade. Todos esses elementos são indispensáveis para que não haja nenhuma ofensa aos direitos humanos e integridade da justiça

Nessa perspectiva as penas alternativas são colocadas em pauta, pois é uma medida que pode ser adotada pelo Estado, por meio de políticas públicas, como ferramenta de otimizar a socialização dos apenados.

Deste modo, a Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos do Paraná (SEJU) desenvolveu o programa do Patronato Municipal, responsável pela fiscalização das medidas alternativas aplicadas em meio aberto, como forma de potencializar a socialização dos assistidos à sociedade.

Para promover ações como essas, resguardando os direitos daqueles que estão sob sua jurisdição, se faz necessária a conscientização não só da sociedade, mas também do infrator, tornando as penas humanas e educativas, por meio de projetos, para que dessa maneira haja realmente a possibilidade de integração à sociedade devidamente. Sobre penas alternativas tratará o próximo tópico.

2 AS PENAS ALTERNATIVAS COMO MECANISMO DE (RES)SOCIALIZAÇÃO

O art. 59 do Código Penal brasileiro possibilita a conversão da pena privativa de liberdade em penas alternativas. Tal possibilidade é oferecida, em regra, a condenados por crimes cujas penas privativa de liberdade não é superior a 4 anos, sendo necessária a análise de certos requisitos. De acordo com Bitencourt (2006, p. 81-82) deve ser considerada a quantidade de pena aplicada, a não reincidência em crime doloso, a natureza do crime, entre outros requisitos.

Vale retomar, por oportuno, que no alto índice de reincidência criminosa repousa o motivo primordial da infecácia da pena privativa de liberdade para socialização do indivíduo, gerando assim o ciclo vicioso do sistema carcerário brasileiro (BITENCOURT, 2006, p. 89).

Aplicadas penas alternativas, os apenados por elas encontram-se em melhores condições para reinserção no mercado de trabalho e realizações de serviços comunitários.

Não se pode deixar de estimar o valor das penas alternativas e os programas voltados para a recuperação de egressos, haja vista o problema de superlotação e a desestrutura pedagógica do sistema carcerário tradicional, a fomentar cada vez mais a reincidência criminal.

Neste contexto, o Patronato Municipal toma um grande destaque, atuando na fiscalização do cumprimento de penas alternativas e aplicando métodos educacionais, sendo, deste modo, instrumento de transformação do embraço que se encontra o atual Direito Penitenciário Brasileiro.

Para se conceber a real relevância dos métodos de socialização do indivíduo tido como delinquente pela sociedade comum média, se faz oportuno o diagnóstico de Kant (1996, p. 11), o qual em seus estudos afirma que “o homem é a única criatura que precisa ser educada”. Completando tal afirmação o filósofo ainda expõe “o homem não pode tornar-se um verdadeiro homem se não pela educação. Ele é aquilo que a educação dele fez” (Kant, 1996, p. 15).

Pelo que se depreende das considerações enunciadas por Kant, um infrator é também, e sobretudo, um revérbero da educação por ele absorvida. Deste modo, necessário é um mecanismo para educar o infrator e impedir a ocorrência de novos delitos.

Por meio da educação será possibilitado o ingresso no mercado de trabalho e consequentemente a agregação deste à sociedade. Dessa forma:

Para que o efetivo à educação possa ser preservado após a segregação, ou seja, para que o encarcerado tenha acesso àquele direito após integrar o sistema carcerário, o Estado deve oferecê-lo mediante a elaboração de um plano de ensino específico, sob pena de promover um afastamento das lições prestadas à percepção de mundo detida por cada encarcerado-educando, o que tornaria o processo educacional inócuo ao fim ressocializador. (GOTTENS *et al* 2011, p. 115)

Com o hodierno contexto em que se desenha o sistema carcerário no Brasil, fica explicitado a inércia do Estado para o fomento do estudo ao detendo no período do cumprimento da pena.

Neste ínterim os Patronatos Municipais apresentam função fundamental, sendo essenciais para constituir planos de ensino, tornando as ações afirmativas do Poder Público mais eficazes.

Segundo Zacarias (2006, p.129):

O Patronato é órgão da execução, incumbido de ajudar o preso no processo de reinserção social, em especial no momento em que lhe é concedida à liberdade. Tem como função principal auxiliar o egresso, na sua nova vida, eliminando obstáculos, suprimindo sugestões delituosas, assistindo e auxiliando-o a superar as dificuldades iniciais principalmente de caráter econômico, familiar ou de trabalho.

Para cumprir a incumbência referida, o Patronato propicia atividades e trabalhos aos seus educandos, assim:

[-]; evita a ociosidade; evita o pensamento excessivo; dá oportunidade para que o reeducando possa realizar alguma tarefa e, cria uma expectativa de ressocialização, de ter o apenado uma vida normal, trabalhando e sustentando seus familiares. (MARCON, 2008, p. 19)

Como se denota, as penas alternativas apresentam grande importância no processo de socialização de indivíduos.

3 O PATRONATO MUNICIPAL COMO POLÍTICA PÚBLICA DE (RES)SOCIALIZAÇÃO PELA EDUCAÇÃO

Na última pesquisa disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça em (CNJ, 2014, p. 15-16) é relatada a situação carcerária brasileira. Destarte, é cristalina a gravidade da situação vivenciada no Brasil, que segue na quarta posição dentre os países com a maior população carcerária do mundo. Isso sem levar em consideração aqueles que estão cumprindo pena em regime domiciliar, o que levaria o país à terceira colocação.

A atualidade da discussão salta aos olhos até pela crise carcerária noticiada nesse ano de 2017 pela grande mídia, a qual com exaustão noticiado tristes episódios de aguda e permanente violação de direitos humanos pelo sistema tradicional. Cadeias e presídios normalmente superlotados com péssima estrutura e quantidade de funcionários insuficiente. Locais onde campeiam organizações criminosas de enorme influência, fazendo com que os índices de (res)socialização sejam baixos, inversamente proporcionais aos da reincidência que alcançam níveis alarmantes.

Tal perspectiva evidencia a necessidade de debates aprofundados sobre o sistema carcerário, levando em consideração não somente a população carcerária, mas também os instrumentos pelos quais o Estado utiliza para o necessário encaminhamento dos indivíduos segregados a programas de recuperação e inserção social.

O indivíduo preso no sistema carcerário tradicional é colocado a um desajuste social tão grande, que acaba se adaptando a uma realidade totalmente diversa daquela da sociedade comum, fazendo com que sua integração posteriormente fique comprometida. (GIACÓIA *et al.*, 2011, p. 145)

Neste sentido Goffman (1973, p. 8-17) explica que a prisão é uma instituição de aspecto essencialmente total, materializando impeditivos do contato para com a sociedade. Assim, a inserção deste indivíduo à sociedade se mostra dificultada, já que a instituição total acaba absorvendo completamente a vida do preso. Nesse sentido, Mario Ottoboni (1997, p. 22):

O delinquente é condenado e preso por imposição da sociedade, ao passo que recuperá-lo é um imperativo de ordem moral, do qual ninguém deve se escusar. A sociedade somente se sentirá protegida quando preso for recuperado. A prisão existe por castigo e não para castigar, é a afirmação cujo conteúdo não se pode perder de vista. O Estado, enquanto persistir e ignorar que é indispensável cumprir a sua

obrigação no que diz respeito à recuperação do condenado, deixará a sociedade desprotegida. Como é sabido, nossas prisões são verdadeiras escolas de violência e criminalidade.

Nas sinuosidades deste incontestável problema do sistema carcerário, prenhe de superlotação e de grande distanciamento da aplicação dos direitos humanos, paradoxalmente há também uma tendência da sociedade por um sistema penal cada vez mais inchado (KAZMIERCZAK, 2010, p. 69).

Nessa lógica é incontestável a necessidade de ser desenvolvidos métodos alternativos, que busquem, não só diminuir a superlotação carcerária, mas também integrar o indivíduo à sociedade à luz dos direitos humanos. Tudo indica que por meio da socialização do egresso há a tendência da diminuição da reincidência e por consequência o esvaziamento do sistema carcerário.

Nesta conjuntura a figura dos Patronatos Municipais tomam uma proporção maior. Tendo respaldo na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), os Patronatos são vocacionados a oferecer alguma perspectiva de socialização dos apenados com o fim de diminuir a reincidência.

Projetado tendo como base a ideia de corresponsabilidade entre os Poderes Públicos: Estadual, Municipal, Judiciário e Instituições de Ensino Superior, o Patronato Municipal, por imperativo legal (LEP, art.61, VI), é órgão de execução penal instituído pelo Governo Estadual, no Paraná junto à SEJU (Secretaria de Estado e Justiça, Cidadania e Direitos Humanos). Possui a finalidade de promover socialmente indivíduos que por algum motivo foram apenados em regime aberto, orientando os condenados à pena restritiva de direitos, fiscalizando o cumprimento das penas de prestação de serviço à comunidade e de limitação de fim de semana e colaborado na fiscalização do cumprimento das condições da suspensão e do livramento condicional (LEP, art.79).

Quanto à organização, Patronatos Municipais seguem instruções do Patronato Central de cada Estado, sendo formado por uma equipe multidisciplinar que abrange o âmbito do Direito, Psicologia, Serviço Social, Administração e Pedagogia.

Vale o destaque de que as incumbências da equipe multidisciplinar não se restringem à fiscalização das penas alternativas, pois possui a função de fomentar uma reflexão ao apenado (denominado “assistido”), acerca dos atos por ele praticados.

Enfim, a finalidade do instituto é desenvolver a integração do assistido à sociedade respeitando sua condição humana, garantindo desse modo, sua cidadania e seus direitos.

Cinco diretrizes principais regem os Patronatos Municipais: respeito à dignidade da pessoa humana; promoção e garantia da cidadania e dos direitos humanos; universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; transversalidade das dimensões de gênero, orientação sexual, deficiência, origem étnica ou social, procedência, raça e faixa etária nas políticas públicas; promoção da participação da comunidade nas atividades ligadas à execução das alternativas penais (SEJU, 2013, p.3).

Pode-se dizer, ainda, que objetivo primordial de um Patronato é a socialização do indivíduo à sociedade, por meio de um trato digno e cuidados educacionais. O nível de escolaridade possui um vínculo íntimo com as variadas formas de desigualdade social (ARANÃO, 2008, p. 224).

É consenso no papel emancipador da educação, porquanto o processo de apreendizagem é fator determinante do grau de maturidade e na capacidade de reflexão na contemporaneidade. De molde, nesse exato quadrante, o Superior Tribunal de Justiça editou, no ano de 2007, a Súmula 341, pacificando a possibilidade da remição da pena por meio do estudo formal. A propósito, a Lei 12.433/11, alterando dispositivos da LEP, passou a admitir expressamente a remição de parte do tempo de execução da pena por estudo.

Por conta de tamanha importância da educação na recuperação do ser humano, o Patronato Municipal, por seu turno, efetiva socialização por métodos educativos, mediante vários programas de atendimento, como se verá adiante.

4 PROGRAMAS ADOTADOS PELO PATRONATO MUNICIPAL NO ESTADO DO PARANÁ: EDUCAÇÃO PARA (RES)SOCIALIZAR

Conforme já assinalado, os Patronatos possuem cinco bases principiológicas: respeito à dignidade da pessoa humana; promoção e garantia da cidadania e dos direitos humanos; universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; transversalidade das dimensões de gênero, orientação sexual, deficiência, origem étnica ou social, procedência, raça e faixa etária nas políticas públicas; promoção da participação da comunidade nas atividades ligadas à execução das alternativas penais.

Sob a égide dos referidos princípios são desenvolvidos programas visando não só a reflexão do assistido acerca do delito praticado, mas também qualificá-lo para ingressar ao mercado de trabalho, fazendo com que a pena exerça seu dúplice caráter, o punitivo e o recuperativo.

Tais programas preparam o indivíduo para seu retorno à sociedade. Para isso, se faz um acompanhamento individualizado e especializado para cada egresso. Dessa forma:

Os internos de estabelecimentos prisionais devem ser vistos nas individualidades e peculiaridades de sua situação, motivando a partir de então, a elaboração de um plano de ensino que lhes assegure, além da possibilidade de assimilação de valores sociais adequados à reintegração na sociedade, uma formação técnica apta ao seu pleno desenvolvimento como pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação de trabalho. (GOTTENS; ROCHA, 2011, p. 115)

No Estado do Paraná, Patronatos desenvolvem certos programas, dentre eles podem-se ressaltar: Basta, Saiba, Pro Labor e E-ler e Blitz. Cada programa atua em uma área específica, oferecendo uma assistência de qualidade aos educandos.

4.1 PROGRAMA BASTA

O Programa Basta é voltado aos egressos que possuem históricos de violência doméstica. Mesmo que o assistido seja penalizado por outra infração, não relacionada diretamente à violência doméstica, caso a equipe multidisciplinar identifique esse histórico o assistido será então encaminhado ao programa.

De forma geral, no Estado do Paraná, o Basta funciona da seguinte maneira:

Com relação à duração e às temáticas abordadas, cada grupo participou de oito reuniões semanais, com duração média de uma hora cada. As temáticas compreenderam a legislação pertinente aos direitos da mulher, família, sociedade, violência de gênero, dentre outros temas. As reuniões foram coordenadas e desenvolvidas pelos técnicos de serviço social e psicologia, que realizaram planejamento prévio, considerando as particularidades de cada grupo. (SOUZA *et al*, 2016, p. 159)

Nota-se que há a preocupação de ser analisadas as peculiaridades de cada grupo, para que assim a dinâmica seja mais efetiva e consiga alçar seus objetivos.

No decorrer dos encontros os profissionais relataram uma “mudança significativa no comportamento dos assistidos para com os temas debatidos [...] mostraram-se mais receptivos e, além disso, reconheceram suas falhas de conduta” (SOUZA et al, 2016, p. 163). Essas mudanças no comportamento dos assistidos que passaram pelo programa, demonstraram reações práticas, não tendo havido reincidentes (SOUZA et al, 2016, p. 163).

À vista disto é manifesta a importância do emprego de penas alternativas como mecanismo de prevenção criminológica. Por meio de tal política pública é possibilitada a deflação do sistema carcerário e, por conseguinte, do ciclo vicioso mencionado alhures.

Verifica-se, destarte, que os Patronatos Municipais atuando na execução penal, aplicando medidas alternativas, proporcionam grande contribuição para o Direito Penitenciário como um todo.

Por meio dos Patronatos há um real respeito à pessoa humana, tratando-a com dignidade e se lhe possibilitando novas oportunidades. Deste modo há a valorização do indivíduo, antes visto tão somente como um marginal, agora (re)integrado convívio social.

4.2 PROGRAMA SAIBA

O Programa Saiba é desenvolvido visando assistir àqueles que apresentam problemas vinculados às drogas. Neste caso, o indivíduo que for usuário ou demonstrar contato intrínseco com as drogas será encaminhado para referido programa.

De maneira geral é concebido por meio de encontros semanais deliberados pelo Juízo da causa, assim, a equipe multidisciplinar faz um acompanhamento com cada assistido, desenvolvendo uma série de reflexões sobre a droga (ALVES et al, 2015, p. 127-129).

Há uma preocupação com um ambiente adequado, em que sejam possíveis as reflexões necessárias, para que assim o programa tenha uma real efetividade. Essa preocupação se mostra perceptível no trabalho apresentado pelo Patronato Municipal de Jacarezinho/PR:

Os encontros são realizados semanalmente no Centro de Ciências Sociais Aplicadas (CCSA) da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), cuja estrutura apresenta um contexto desprovido de julgamentos morais, para que os assistidos possam se sentir acolhidos, facilitando, desta forma, a instauração de vínculo e a concretização dos objetivos almejados. (ALVES *et al*, 2015, p. 126)

Na cidade de Jacarezinho foi realizado um levantamento, entre os anos de 2013 e 2014, informando que 50% dos assistidos que passaram pela instituição e não tinham emprego, foram reinseridos no mercado de trabalho, sendo contratados (ALVES *et al*, 2015, p. 129-130).

Observa-se desse modo a efetividade das medidas alternativas, proporcionando a qualificação e o preparo de assistidos para ingressar de fato ao mercado de trabalho e, por conseguinte a verdadeira inserção do indivíduo à sociedade.

4.3 PROGRAMA PRO LABOR E PROGRAMA E-LER

Todos os assistidos que não possuem uma devida escolaridade ou não possuem trabalho são direcionados a um programa específico para qualificá-los e prepará-los para o mercado de trabalho, o Pro Labor e E-Ler.

Como já analisado na presente pesquisa o nível de estudo possui ligação intrínseca às variadas formas de desigualdade (ARANÃO, 2008, p. 224).

Nesta ótica o Patronato municipal possui a função de qualificar o assistido, buscando, por conseguinte, a diminuição da desigualdade e da criminalidade.

Destarte, de acordo com a instrução da SEJU (Secretaria de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos) o programa E-Ler tem como função a inserção dos assistidos ao desenvolvimento educacional (SEJU, 2013, p. 28). Por sua vez, o programa Pro Labor possui como função a inserção dos assistidos ao mercado de trabalho (SEJU, 2013, p. 29).

Assim, os programas comumente são realizados em conjunto, tendo em vista a conexão entre os dois. Logo aquele é um meio para a efetivação deste, pois somente por meio da concretização da estrutura educacional do assistido é que ele terá condições de ser inserido no mercado de trabalho, e deste modo (res)socializar-se efetivamente.

Perfaz-se necessário a efetivação de mecanismos que promovam o acesso à educação aos assistidos. O Programa Pro Labor e E-Ler nada mais é que a efetivação deste acesso e a orientação para que esta seja aplicada proporcionando também acesso ao trabalho.

4.4 PROGRAMA BLITZ

Tendo em vista a prática de delitos praticados no trânsito é desenvolvido o Programa Blitz. A metodologia dos encontros semanais segue a mesma dos demais programas. O foco é possibilitar aos assistidos uma reflexão sobre o ato praticado e sua consequência social.

Para tanto é proporcionado um espaço aberto e informal, onde a oportunidade de manifestação e expressão é garantia a todos com o escopo de facilitar a contribuição de cada assistido não só em prol do próprio desenvolvimento, mas também em favor do desenvolvimento dos demais.

Nas preleções, busca-se demonstrar diversas questões acerca do trânsito, sobretudo relacionadas com os atos praticados pelos assistidos. Outrossim, noções sobre legislação e assuntos conexos são objeto das reuniões. (SEJU, 2013, p. 23)

Destarte, por meio destes programas, objetiva-se impedir a reincidência e maior educação no trânsito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal Brasileiro sob o manto da Constituição Federal de 1988 adota a teoria mista, objetivando também a (res)socialização do apenado, além da simples retribuição pela sanção penal. No entanto, tem-se que na prática por muitas vezes o único olhar que se tem da sanção é seu caráter punitivo, fomentando cada vez mais um ciclo de violência.

A pena aplicada sem qualquer estrutura educacional faz com que o apenado seja colocado cada vez mais em uma posição “marginalizada” diante da sociedade, inviabilizando qualquer perspectiva de reflexão sobre o delito cometido. Além desta inviabilidade, a referida falta de estrutura gera também a ausência de capacitação de estudo do apenado. Vale o destaque, que como visto no decorrer do trabalho, o grau de escolaridade possui ligação intrínseca para com a criminalidade.

Não obstante, embora seja manifestamente indispensável o caráter retributivo da pena, não deve esta característica sobrepor-se ao caráter preventivo e (res)socializador desta. Tal ocorrência, que acentua demasiadamente o caráter punitivo, faz com que a sociedade não mais encare o apenado como seu par, impondo um grande impasse para a socialização deste.

Para fazer com que a pena atue, manifestando todos seus imprescindíveis escopos, a função desenvolvida pelo Patronato Municipal se mostra extremamente importante.

Tal instituto de execução penal, previsto na Lei de Execução Penal, busca promover a efetiva função social da pena, por meio de um processo multidisciplinar, atuando em áreas como: direito, pedagogia, assistência social, psicologia, serviço social e administração. Dessa maneira, visa objetivar a inserção do indivíduo à sociedade, por meio de estudos, capacitações e reflexões; de modo que não torne a cometer delitos novamente.

À vista disto, não se pode deixar de levar em consideração que o desenvolvimento dos programas de prevenção admitidos pelos Patronato trabalha sob o aspecto da necessidade de recuperar o apenado, mas não só. O Patronato atua igualmente na percepção da sociedade, considerando-a parte integrante do processo de integração do assistido, pois aquela deve proporcionar a este, condições para que possa efetivamente a ela integrar-se.

Como uma alternativa de política pública que vise exercer o caráter ressocializador das penas, o Patronato Municipal mostra-se como uma alternativa eficaz. Por meio de cursos profissionalizantes e educacionais o instituto atua na área da prevenção.

Conclui-se que a implementação do Patronato nas cidades afigura-se efetiva rota para a concretude da real função da pena, de maneira que esta vem a atingir seu caráter social. Neste contexto, as funções desenvolvidas pelo instituto já apresentam resultados no âmbito da reincidência.

Diante disso, a atuação do Patronato encontra guarida entre aquelas emancipadoras em contraposição ao tradicional sistema carcerário, evitando a prática de novos delitos e sendo um mecanismo de penas alternativas.

Em suma, a função social da pena é regada por um aspecto humano para assim atender as condições mínimas de prevenção. Destarte os Patronatos Municipais se mostram como um instrumento eficaz para a concretização das múltiplas finalidades da pena.

REFERÊNCIAS

ARANÃO, Adriano. Estado democrático de direito, criminalidade e violência: o desrespeito aos direitos fundamentais e o papel da educação. *Argumenta Revista Jurídica*, Jacarezinho, n. 8, 2008.

BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. In: Col. 'Os pensadores', v. 34. São Paulo: Abril Cultural, 1974. p. 7-74.

BINTENCOURT, César Roberto. *Novas Penas Alternativas*. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2006.

BRASIL. CNJ - Conselho Nacional de Justiça. Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil. Brasil: Brasília – DF, 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf> Acesso em: 16 abr. 17.

_____. Lei 12.433, de 29 de junho de 2011 - Altera a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a remição de parte do tempo de execução da pena por estudo ou por trabalho. Brasil: Brasília – DF, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12433.htm>. Aceso em: 16 abr. 17.

_____. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 - Institui a Lei de Execução Penal. Brasil: Brasília – DF, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Aceso em: 16 abr. 17.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 314. A freqüência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semi-aberto. Brasil: Brasília – DF, 2007. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/elettronica/stj-revista-sumulas-2012_29_capSumula341.pdf>. Aceso em: 16 abr. 17.

COSTA JR, Paulo José da. *Direito Penal Curso Completo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisadas*. São Paulo: RT, 1999.

GIACOIA, Gilberto. Justiça e Dignidade. *Argumenta Revista Jurídica*, Jacarezinho, n. 2, 2002.

GOFFMAN, Erving. *Internados*; ensayo sobre la situación social de los enfermos mentales. Argentina: Amorrortu, 1961.

GOTTEMS, Claudinei; ROCHA, Thiago de Barros. O processo educacional como instrumento para a ressocialização do encarcerado. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito (Org.). *Políticas públicas: da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos*. Birigui: Boreal, 2011.

KANT, Immanuel. *Sobre a Pedagogia*. Tradução de Francisco Cock Fontanella. Piracicaba: Unimep, 1996.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito penal constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

LIMA, Rafael Lucas de. Individualidade, excentricidade e plenitude de si mesmo. In: SEMANA DE HUMANIDADES, XVII, 2009. Natal. Anais. Natal: UFRN, 2009. Disponível em: <<http://www.cchla.ufrn.br/humanidades2009/Anais/GT10/10.1.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2011.

MARCON, Danieli Cristina. Segregação, Sistema Carcerário e Democracia. *Argumenta Revista Jurídica*, Jacarezinho, n. 9, 2008.

MILL, John Stuart. *A Liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

OTTOBONI, Mario. *Ninguém é irrecuperável*: APAC: a revolução do sistema penitenciário. São Paulo: Cidade Nova, 1997.

PRADO, Luis Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. Tradução de Jussara Simões. Revisão técnica da tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SEJU - Secretaria de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos do Estado do Paraná. *Municipalização da execução das penas alternativas*. Disponível em: <http://www.justica.pr.gov.br/arquivos/File/Patronato/cartilha_patronato_SEJU_29.pdf> Acesso em: 16 jul. 2016.

SINGER, Peter. *Ética prática*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SOUZA, José Ricardo; ALMEIDA, Ana Beatriz Baggio; ALVES, Silvia Okabe; EKUNI, Roberta; GARCIA, Lucyellen Roberta Dias; LOPES, Soraya Saad; TAKAHARA, Erica Akemi. Programa basta: relatos e reflexões sobre a violência contra a mulher. *Revista Conexão UEPG*, Ponta Grossa, v. 12, n. 1, 2016.

SOUZA, José Ricardo; ALMEIDA, Ana Beatriz Baggio; ALVES, Silvia Okabe; EKUNI, Roberta; GARCIA, Lucyellen Roberta Dias; LOPES, Soraya Saad; TAKAHARA, Erica Akemi. Programa saiba (patronato municipal de jacarezinho): processo reflexivo em relação às drogas. *Extensio UFSC*, Florianópolis, v. 12, n. 20, 2015.

ZACARIAS, Andre Eduardo de Carvalho. *Execução Penal Anotada*. 2. ed. Leme: Tend Ler, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Rául. Manual de Direito Penal Brasileiro. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RECEBIDO EM: 20/10/2017
APROVADO EM: 18/06/2018

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: SUPRESSÃO DOS EFEITOS NEGATIVOS ATRAVÉS DA PARTICIPAÇÃO ADMINISTRATIVA E DO ESTREITAMENTO DAS RELAÇÕES ENTRE OS PODERES JUDICIÁRIO E EXECUTIVO

HEALTH JUDICIALIZATION: ELIMINATION OF NEGATIVE EFFECTS THROUGH THE ADMINISTRATIVE PARTICIPATION AND THE CLOSER RELATIONS BETWEEN THE JUDICIARY AND EXECUTIVE

Patricia Araujo Lima

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe - UFS, Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Integrada de Jacarepaguá - FIJ e em Direito e Processo do Trabalho, pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE, Professora do Curso de Graduação em Direito da Faculdade Estácio-Aracaju.

Henrique Ribeiro Cardoso

Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos (IGC – Universidade de Coimbra); Doutor em Direito, Estado e Cidadania (UGF/Rio). Mestre em Direito, Estado e Cidadania (UGF/Rio); Pesquisador em Estágio Pós-doutoral em Direito Humanos e Desenvolvimento (PPGCJ/UFPB).

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Sus – Sistema Único de Saúde – Padrão de Integralidade de Atenção a Saúde - Construção Através da Participação Administrativa. 2 Judicialização da Saúde – Aspectos Jurisprudenciais; 3 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: Na forma como vem sendo conduzida, de fato, a judicialização para a prestação efetiva da política pública da saúde vem gerando mais injustiça social do que justiça. Essa intervenção do Poder Judiciário possui diversos reflexos negativos. Os magistrados não reconhecem, nas suas decisões, as Leis que regem o Sistema Único de Saúde, proferindo determinações judiciais alheias ao seu sistema de protocolo. O objetivo deste estudo é demonstrar esses efeitos negativos sendo possível afastá-los mediante a utilização do padrão de integralidade de atenção à saúde, devidamente legitimado pela participação administrativa. Para isso, faz-se necessário o estreitamento das relações entre os Poderes Judiciário e Executivo, para que o sistema de justiça conheça as políticas públicas de saúde, seu sistema e legislação. O Poder Judiciário só deve interferir nas decisões do Poder Executivo quando este não cumpre com o seu dever constitucional de oferecer políticas públicas de promoção, proteção e recuperação da saúde ou quando é omissivo na execução destas.

PALAVRAS-CHAVE: Saúde. Judicialização. Participação Administrativa. Poder Judiciário. Poder Executivo.

ABSTRACT: In the way it's being conducted, in fact, the judicialization for the effective provision of public health policy has been causing more social injustice than justice. This intervention from the Judiciary has several negative repercussions. The judges, in their decisions, don't recognize the laws from SUS, giving judicial decisions outside its protocol system. The objective of this study is to demonstrate these negative effects and that is possible to eliminate them by using the integrality attention standard from health attention, duly legitimized by the administrative participation. For this, it's necessary to strengthen the relationship between the Judiciary and Executive, so that the justice system will know the public health policies, its system and legislation. The Judiciary should only interfere in the Executive decisions when it fails to comply the constitutional duty to offer public policies for the promotion, protection and recovery of health or when it's absent in its execution.

KEYWORDS: Health. Judicialization. Administrative Participation. Judiciary. Executive.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 qualifica a saúde como um direito fundamental, garantido pela interação dos três entes federativos: União, Estado, Distrito Federal e Municípios, estando expresso no artigo 6º, como um direito social.

Em seu Título VIII, Capítulo II, Seção II, artigos 196 a 200, extraem-se importantes diretrizes a respeito do direito à saúde, como regulamentação, financiamento e atribuições. Mas é em seu artigo 196¹, que é apresentado seu conceito, estabelecendo a implementação deste direito.

O Supremo Tribunal Federal, na decisão do Ministro Gilmar Mendes, na Suspensão de Tutela Antecipada 175 (STA 175)², trouxe a interpretação do artigo 196 da CF, com o fim de uniformizar o entendimento.

¹ Artigo 196 da Constituição Federal. 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.

² Decisão STA 175. [...] O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) “direito de todos” e (2) “dever do Estado”, (3) garantido mediante “políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos”, (5) regido pelo princípio do “acesso universal e igualitário” (6) “as ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”. Examinemos cada um desses elementos. (1) direito de todos: É possível identificar, na redação do referido artigo constitucional, tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde. [...] Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. [...] Assim, a garantia judicial da prestação individual de saúde, prima facie, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), o que, por certo, deve ser sempre demonstrado e fundamentado de forma clara e concreta, caso a caso. (2) dever do Estado: O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). [...] (3) garantido mediante políticas sociais e econômicas: A garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas. É incontestável que, além da necessidade de se distribuírem recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada. (4) políticas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos: Tais políticas visam à redução do risco de doença e outros agravos, de forma a evidenciar sua dimensão preventiva. (5) políticas que visem ao acesso universal e igualitário: O constituinte estabeleceu, ainda, um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde. Nesse sentido, a Ministra Ellen Gracie, na STA 91, ressaltou que, no seu entendimento, o art. 196 da Constituição refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo (STA 91-1/AL, Ministra Ellen Gracie, DJ 26.02.2007). [...] (6) ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde: [...] A Constituição brasileira não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (artigo 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I do Título II) e os direitos sociais (capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, CF/88). Vê-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais [...]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

O Direito à saúde sempre foi objeto de diversas discussões, pela importância refletida na qualidade de vida de uma sociedade.

Se já era importante discutir a saúde, suas condições e reflexos, com o empobrecimento da sociedade, oriundo das várias crises econômicas pelas quais o país enfrentou e enfrenta, o agravamento e aumento no número de pessoas doentes e o avanço tecnológico e sua exploração econômica, que diariamente oferece inovações, sem garantias de resultado, mas com altos custos, aliado à integralidade e universalidade do Sistema Único de Saúde³, impõem ao Estado maiores cobranças, que não vem sendo solucionadas à contento, principalmente pela complexidade do tema saúde pública.

Nesse desiderato, diante de um amplo e facilitado acesso à justiça, a sociedade passou a pleitear a intervenção do Poder Judiciário na execução das políticas públicas, através da judicialização de direitos, especificamente, para este estudo, a judicialização da saúde⁴.

Atualmente, existem milhares de ações judiciais em andamento, ajuizadas em todo o país, com o fim de impor ao Estado o custeio de medicamentos, tratamento de saúde e insumos terapêuticos, previstos ou não na Rename⁵ e Renases⁶, liberados ou não pela ANVISA⁷.

3 O Sistema Único de Saúde (SUS) é um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo. Ele abrange desde o simples atendimento ambulatorial até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país. Amparado por um conceito ampliado de saúde, o SUS foi criado em 1988, pela Constituição Federal Brasileira, para ser o sistema de saúde dos mais de 180 milhões de brasileiros. Informação disponível em: <<http://portalsaudade.saude.gov.br/index.php/cidadao/entenda-o-sus>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

4 O Ministro Gilmar Mendes na STA 175, afirmou que “o fato é que o denominado problema da judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática, que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias.”

5 A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename) é uma lista de medicamentos que deve atender às necessidades de saúde prioritárias da população brasileira. Deve ser um instrumento mestre para as ações de assistência farmacêutica no SUS. Relação de medicamentos essenciais é uma das estratégias da política de medicamentos da Organização Mundial da Saúde (OMS) para promover o acesso e uso seguro e racional de medicamentos. Foi adotada há mais de 25 anos, em 1978, pela OMS e continua sendo norteadora de toda a política de medicamentos da Organização e de seus países membros. Esta Relação é constantemente revisada e atualizada. Disponível em: <<http://www.cff.org.br/pagina.php?id=140>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

6 A RENASES, conforme prevista no Decreto 7.508, de 2011, é a relação de todas as ações e serviços públicos que o SUS garante para a população, no âmbito do SUS, com a finalidade de atender a integralidade da assistência à saúde. Disponível em: <<http://blogs.bvsalud.org/ds/2012/09/19/direito-a-saude-e-a-renases-%E2%80%93-relacao-nacional-de-acoes-e-servicos-de-saude/>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

7 Criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro 1999, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) é uma autarquia sob regime especial, que tem sede e foro no Distrito Federal, e está presente em todo o território

Como bem asseverado por Cardoso (2017, p. 131), “a atuação do Judiciário resulta da inafastabilidade da jurisdição, e sua atuação deve servir para reconduzir a Administração aos ditames postos pela Constituição.”

Entretanto, na forma como vem sendo conduzida, a judicialização para a prestação efetiva da política pública da saúde, de fato, vem gerando mais injustiça social do que justiça.

O Judiciário ao conceder o direito, satisfazendo um interesse individual específico, mas fugindo dos critérios técnicos e planejamento da Administração Pública, fere o direito da sociedade como um todo, principalmente os que se encontram em idêntica situação ao do tutelado e que estão seguindo os protocolos instituídos pelo Estado.

Além disso, o Judiciário, no afã de fazer justiça com celeridade e de satisfazer o interesse individual do requerente, por desconhecer os procedimentos da Fazenda Pública⁸e seus protocolos, concede direitos, utilizando equivocadamente as ferramentas inerentes à política pública de saúde, já disponibilizadas pela Administração à sociedade, ferindo subitamente sua organização e gerando déficits no atendimento à população.

O Judiciário, assim, vem demonstrando não conhecer a organização do SUS, dificultando o planejamento e a organização deste.

Essa intervenção do Poder Judiciário na execução da política pública da saúde, sem a devida conexão com o Poder Executivo, possui diversos reflexos negativos, em razão da dificuldade de determinar o grau e a abrangência de sua atuação, criando, o Judiciário, por vezes, um sistema de regulação e de protocolo próprios para a concessão de medicamentos e tratamento médicos, aquém do já existente.

nacional por meio das coordenações de portos, aeroportos, fronteiras e recintos alfandegados.Tem por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e consumo de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos, fronteiras e recintos alfandegados. Informação disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/institucional>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

8 Leonardo Carneiro da Cunha, em sua obra *A Fazenda Pública em Juízo*, página 05, nos ensina que “o uso frequente do termo Fazenda Pública fez com que se passasse a adotá-la num sentido mais lato, traduzindo a atuação do Estado em juízo; em Direito Processual, quando se alude à Fazenda Pública em juízo, a expressão apresenta-se como sinônimo do Poder Público em juízo, ou do Estado em juízo, ou do ente público em juízo, ou, ainda, da pessoa jurídica de direito público em juízo. Na verdade, a palavra Fazenda Pública representa a personificação do Estado, abrangendo as pessoas jurídicas de direito público.”

Esse estudo pretende mostrar que é possível afastar esses efeitos negativos mediante a participação administrativa na construção do padrão de integralidade de atenção à saúde, através da Rename e da Renases, e a utilização dessas normas e protocolos pelo Judiciário como base para suas decisões, determinando a readequação, quando necessária, de acordo com a realidade, necessidade da população e as normas constitucionais.

Tratar-se-iam, então, de decisões judiciais que atenderiam uma demanda individual, sem ferir o direito de toda uma sociedade, pois ocasionaria a mudança de um protocolo e não a concessão individual de um direito.

Para tal finalidade, serão tecidas algumas considerações sobre o Sistema Único de Saúde, a construção do padrão de integralidade de atenção à saúde e o necessário estreitamento das relações entre os Poderes, Judiciário e Executivo.

Será mostrado, ainda, que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça vem, nos últimos anos, enfrentando essas questões e suas decisões mais significativas.

Logo, é certo que a excessiva judicialização na forma como hoje é aplicada, não gerou e não gerará uma melhora na saúde pública do Brasil. Ao contrário, vem ampliando as desigualdades existentes quando privilegia um em detrimento de todos.

A metodologia utilizada neste trabalho pautou-se no método dedutivo, através da pesquisa bibliográfica em livros e artigos científicos e análise da jurisprudência.

1 O SUS – SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – PADRÃO DE INTEGRALIDADE DE ATENÇÃO A SAÚDE - CONSTRUÇÃO ATRAVÉS DA PARTICIPAÇÃO ADMINISTRATIVA

Para garantir o acesso às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação à saúde, a Constituição Federal⁹ previu uma estrutura pública, o Sistema Único de Saúde (SUS), composto por todos os entes federativos, os quais devem se organizar sob a forma de uma rede interfederativa de

⁹ Art. 198 da Constituição Federal. 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: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.

serviços, estabelecendo suas atribuições no artigo 200¹⁰, devendo ser capaz de garantir ao cidadão o seu direito à saúde.

O artigo 4º da Lei 8080, de 19 de setembro de 1990, Lei Orgânica da Saúde, disciplina que o SUS constitui um conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público.

Ao SUS compete atuar em todos os campos definidos pelo art. 3º da Lei Complementar nº 141/2012, observadas as disposições do artigo 200 da Constituição Federal, do artigo 6º da Lei nº 8080/1990 e o artigo 2º da Lei Complementar nº 141/2012.

Cabe ao Poder Público definir as ações e serviços de saúde capazes de garantir a integralidade da assistência à saúde, conforme disposições na Constituição Federal¹¹, Lei nº 8080/1990 e a Lei Complementar nº 141/2012¹², compatibilizando essas ações e serviços com as necessidades de saúde da população e seu financiamento.

A Constituição Federal determina que os serviços públicos de saúde garantam o atendimento universal e integral a todos os seus usuários, e que o SUS é mantido economicamente com recursos públicos.

Logo, cuida-se de um sistema mantido pela sociedade, para uso de todos os cidadãos, dentro de parâmetros de isonomia e equidade.

10 Art. 200 da Constituição Federal. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015) VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

11 Artigo 198, § 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

12 Art. 5º A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual.

Como Sistema de Saúde, buscando atingir o atendimento democrático e ordenado, o SUS organiza-se através de protocolos, com ações preventivas e curativas. Há portas de entrada disciplinadas e regulamentadas; sistema de regulação de acesso aos serviços de saúde, como leitos hospitalares, tratamento fora do domicílio (TFD), transplantes; hospitais credenciados por tipo e gravidade da enfermidade; padrão de integralidade; protocolos específicos de pesquisa e teste de novos tratamentos, entre outros.

Ferir as regras de funcionamento deste Sistema, SUS, gera impacto no acesso igualitário estabelecido pela Constituição Federal.

Neste desiderato, a medicina, atualmente, demonstra não ter limites. A todo o momento surgem novos medicamentos, tratamentos experimentais com altos custos, propagando verdadeiros milagres, novas tecnologias. Infelizmente, por vezes, há, na verdade, a exploração do sofrimento de pacientes acometidos de doenças graves e a busca incessante por lucro.

De um lado, cidadãos que lutam pela vida ou pela sua qualidade e, impulsionados pela propaganda da indústria farmacêutica, através dos médicos influenciados por esta, que os incentiva a acreditar ter o direito a todo e qualquer recurso criado por esta indústria. E do outro lado, os gestores públicos, que tem a obrigação de zelar pelo direito à saúde de forma coletiva, universal e integral.

Neste cenário, WEICHERT (2010, p. 122) afirma que:

o sistema público de saúde deve se proteger da ingerência das indústrias farmacêuticas e de insumos, as quais tentam - em diversos casos - impor incorporações de novas tecnologias e esquemas terapêuticos sem comprovada eficiência ou utilidade, lastreados em estudos ainda não maduros ou realizados sem a devida imparcialidade.

Para maior compreensão pode-se fazer analogia com as novas tecnologias de telefonia ou de entretenimento, que a cada dia apresentam aparelhos com promessas de facilidade e melhora de sua qualidade de vida, mas que, na verdade, apresentam grau de eficiência minimamente superior.

Em que pese o SUS deva prestar serviços em todos os níveis de especialidades e complexidade, na existência de alternativas terapêuticas ofertadas por este sistema, ou de custo mais acessível, com eficácia comprovada, não é razoável que sejam sacrificados recursos para esse propósito. Os recursos estatais devem ser utilizados para disponibilizar

assistência eficaz e universal. Assim, necessária se faz a limitação e definição dos tratamentos padrões oferecidos, pois impossível acompanhar a velocidade e diversidade da oferta dos produtos terapêuticos. Além do mais, trata-se de recursos com fontes limitadas.

Para isso, o SUS possui um padrão de integralidade definido através da Rename e Renases. Padrão de integralidade de atenção à saúde é uma escolha que a sociedade e o Poder Público devem fazer, conjuntamente, em relação aos serviços de saúde que vão compor o rol de serviços que o SUS vai garantir à sociedade como um todo. Essa decisão tem que ser democrática, altamente participativa através da atuação dos Conselhos de saúde, movimentos comunitários, populares, que definirão quais tratamentos e tecnologias padrões serão ofertados para aquela específica enfermidade. Serão ofertados tratamento no exterior, exames sofisticados de prevenção, medicamentos não reconhecidos pela Anvisa? São escolhas na uniformização dos tratamentos oferecidos e das tecnologias utilizadas para a prevenção, diagnóstico e tratamento das enfermidades, que diante do crescimento das demandas e a escassez, limitados recursos, requer cada vez mais seriedade nas definições.

Trata-se de um oferecimento padrão. Mas é certo que a medicina não é ciência exata, e algumas vezes, a situação concreta do paciente impõe alterações no tratamento, não previstas no protocolo. Mas nesses casos, tem que haver a prova concreta da não eficácia do tratamento oferecido pelo SUS e a possibilidade de manifestação da Administração Pública e de uma instância técnica. A mera opinião do médico que acompanha o paciente não deve ser suficiente para ordenar à Administração Pública o oferecimento de um tratamento não padronizado, pois feriria a isonomia e a universalidade previstas constitucionalmente como princípios do SUS.

Para esta definição conjunta, pelo Estado e pela comunidade, do padrão de integralidade, o SUS, através da CONITEC, Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, que tem a atribuição de assessorar o Ministério da Saúde nas atribuições relativas à incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias em saúde pelo SUS, bem como na constituição ou alteração de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT, possui já na constituição do seu plenário, representantes de cada Secretaria do Ministério da Saúde, do Conselho Federal de Medicina, do Conselho Nacional de Saúde¹³, do CONASS (Conselho Nacional das Secretarias de

¹³ O Conselho Nacional de Saúde (CNS) instância máxima de deliberação do Sistema Único de Saúde – SUS - de caráter permanente e deliberativo, tem como missão a deliberação, fiscalização, acompanhamento e monitoramento das políticas públicas de saúde. O CNS é um órgão vinculado ao Ministério da Saúde composto por representantes de entidades e movimentos representativos de usuários, entidades

Saúde), CONASEMS (Conselho Nacional das Secretarias Municipais de Saúde), ANS (Agência Nacional de Saúde) e ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). Todas as recomendações emitidas pelo Plenário são submetidas a consulta pública. Qualquer pessoa ou instituição pode solicitar a análise da CONITEC em respeito à incorporação, alteração e exclusão de tecnologias no elenco do SUS.¹⁴

Além de constar na constituição do plenário da CONITEC uma diversificada participação técnica na constituição ou alteração do PCDT, através do Conselho Nacional de Saúde¹⁵, há o controle social, trazendo a sociedade para a discussão, legitimando a atuação administrativa.

Baptista (2003, p. 120) defende que o déficit de legitimidade democrática da função administrativa e a redefinição do papel da Administração Pública em função da dignidade da pessoa humana foram propulsores da construção dessa nova vertente do fenômeno participativo.

A participação da sociedade nas decisões administrativas possibilita um aperfeiçoamento, na medida em que, a partir desta, o administrador reúne uma quantidade maior de informações, sugestões, adquirindo uma visão mais abrangente dos fatos e necessidades da sociedade, concedendo o

representativas de trabalhadores da área da saúde, governo e prestadores de serviços de saúde, sendo o seu Presidente eleito entre os membros do Conselho. É competência do Conselho, dentre outras, aprovar o orçamento da saúde assim como, acompanhar a sua execução orçamentária. Também cabe ao pleno do CNS a responsabilidade de aprovar a cada quatro anos o Plano Nacional de Saúde. Disponível em: <<http://www.conselho.saude.gov.br/apresentacao/apresentacao.htm>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

14 Informações obtidas no site da CONITEC, disponível em: <<http://conitec.gov.br/entenda-a-conitec-2> e <http://conitec.gov.br/perguntas-frequentes>>. Acesso em: 08 jul. 2017.

15 O Conselho Nacional de Saúde é formado por 48 conselheiros titulares e seus respectivos primeiros e segundos suplentes, representantes de entidades e movimentos sociais de usuários do Sistema Único de Saúde (SUS), entidades de profissionais de saúde, incluída a comunidade científica, entidades de prestadores de serviço, entidades empresariais da área da saúde e governo federal. De acordo com o Regimento Interno do CNS, a composição do Conselho é definida da seguinte forma: I - cinquenta por cento dos membros representantes de entidades e dos movimentos sociais de usuários do SUS, escolhidos em processo eleitoral direto; e II - cinquenta por cento dos membros representantes de entidades de profissionais de saúde, incluída a comunidade científica da área de saúde, entidades de prestadores de serviços de saúde, entidades empresariais com atividade na área de saúde, todas eleitas em processo eleitoral direto; os representantes do governo, do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems) são indicados pelos seus respectivos dirigentes. A fim de manter equilíbrio dos interesses envolvidos, a distribuição das vagas é paritária, ou seja, 50% de usuários, 25% de trabalhadores e 25% de prestadores de serviço e gestores. O último processo eleitoral do Conselho Nacional de Saúde foi realizado em 5 de novembro de 2015, quando foram eleitas as entidades para compor o CNS, com posse no dia 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://www.conselho.saude.gov.br/apresentacao/composicao.htm>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

direito aos administrados de defenderem seus posicionamentos, assegurando, assim, um resultado mais justo e equânime.

A participação administrativa resolve o problema do déficit de legitimidade da Administração Pública na determinação do plano de integralidade da saúde, mas também, o torna mais apto a atender a demanda da sociedade, tornando o processo administrativo mais eficiente e atendendo aos princípios constitucionais do SUS da universalidade e isonomia, ao determinar tratamentos padrões oferecidos para cada enfermidade.

É inviável esperar que todos os atos administrativos sejam vinculados na lei, hoje na Constituição Federal, após a constitucionalização do Direito Administrativo. Mas os atos discricionários podem ser legitimados através da participação administrativa.

Através do Conselho Nacional de Saúde que participa ativamente da construção e alteração do padrão de integralidade, este é legitimado, não havendo razão para a sua não aceitação pelo Poder Judiciário.

Inobstante isso, não se deve conduzir a atuação estatal à pretensão do paciente ou à exclusiva opinião do médico que assiste o usuário sem que haja uma avaliação técnica de sua verdadeira efetividade. Por que obrigar a administração pública a fornecer um tratamento quando outro é disponibilizado pelo SUS e não há comprovação de não eficácia para o caso específico daquela enfermidade, naquele paciente? Por que determinar um exame não oferecido pelo SUS quando outro é eficiente para o diagnóstico da enfermidade existente e é oferecido por este? Determinar técnica de cirurgia diversa da ofertada pelo SUS não havendo nenhuma contra-indicação para esta ser aplicada no paciente? Por que deferir a realização de um tratamento ou fornecimento de uma medicação quando não existe comprovação de ter o requerente seguido os protocolos instituídos pela Administração Pública, de entrada no sistema, de perícia, fila de espera...?

O Judiciário vem ferindo esses protocolos, criando um sistema diverso do existente e por vezes, injusto, no intuito de fazer justiça de forma imediata. Liminarmente, confere direitos ao suplicante sem oportunizar o contraditório ao Estado, baseado em provas produzidas unicamente pelo demandante, que na maioria das vezes, reduzem-se em um relatório e uma prescrição médica. Com essa decisão o Judiciário realoca, sem conhecimento do planejamento e necessidades do sistema de saúde, recursos de uma pasta para atender ao produto desta judicialização, sem criar novos recursos ou fontes de custeio. Impacta negativamente todo o sistema, por não avaliar

sua decisão judicial como uma forma de atender a todos isonomicamente, mas a um indivíduo, que por vezes, utiliza o Judiciário para concretizar um tratamento não dispensado pelo seu plano de saúde privado, por ser mais cômodo buscar o Judiciário do que as portas de entrada do Sistema Único de Saúde, por burlar a fila existente, em que pese não haja urgência ou emergência no seu tratamento.

Cardoso (2017, p. 59), citando Rui Cunha Martins, sustenta que:

o desamor ao contraditório atenta contra o Estado Democrático de Direito, e que a evidência corresponde a uma satisfação demasiada rápida perante indicadores de mera plausibilidade. A prova tem que provar, e o processo é o ambiente em que essa deverá ser produzida. A prova deverá trabalhar a verdade de modo não alucinatório, e deverá retirar a verdade do albergue da evidência, libertando-a. Mas, ainda: a verdade da prova é diferente da verdade da evidência, por essa se dar alheia ao processo.

Acrescenta, ainda, (2017, p. 136 e 137) que:

nenhum juiz aceita a culpa de ter decidido pela morte de quem não viu, decorrente de negativas de tratamento, embora suporte, de bom grado, a culpa abstrata e difusa por eventual morte decorrente do mal funcionamento do sistema, não atribuível isoladamente a ele, mas ocorrida longe de sua consciência, longe de sua visão, longe de seus processos judiciais. A morte e o caos administrativo que não estão nos autos, também não estarão no mundo. O juiz de primeiro grau, servindo-se unicamente da linguagem da evidência, com sua vontade alucinada de fazer justiça – no visível – produzirá ainda mais injustiça – no invisível.

Os pré-conceitos de falta, baixa qualidade, de ineficiência do serviço público e de não limite para a concessão de direitos na esfera da saúde estão tão enraizados, que, por vezes, essa “evidência”, em que pese não tenha sido provada no processo, é utilizada como prova para a concessão do direito.

Os juízes de primeiro grau, em sua maioria, acreditam tão veemente nessa inverdade e nas prescrições médicas inseridas isoladamente nos processos judiciais, ao ponto de não buscarem informações acerca dos fármacos ou tratamentos requeridos e das alternativas oferecidos pelo Poder Público.

Enquanto isso, o Poder Público, através da CONITEC, nas atribuições de incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias em saúde no âmbito

do SUS, bem como na constituição ou alteração de Protocolos clínicos e Diretrizes Terapêuticas - PCDT, trabalha com a medicina baseada em evidências, levando em consideração aspectos como eficiência, eficácia, acurácia e segurança da tecnologia, além da avaliação econômica dos benefícios e custos em relação às tecnologias já existentes.¹⁶

A Medicina baseada em evidências fundamenta-se na prática da medicina pautada na experiência clínica, com o fim de melhorar a qualidade da assistência médica. EL DIB (2018, pág 01) conceitua a medicina baseada em evidências (Evidence-Based Medicine, EBM ou BEM), como “o elo entre a boa pesquisa científica e a prática clínica”, ou seja, a MBE utiliza provas científicas válidas, aplicando seus resultados na prática clínica. Ela se baseia na efetividade, eficiência, eficácia e segurança.

Para ATALLAH (2018, pág. 01) a MBE tem o compromisso da busca explícita e honesta das melhores evidências científicas da literatura médica, excluindo a prática com base apenas na intuição, na experiência clínica não sistematizada e nas teorias fisiopatológicas, concentrando-se na análise apurada dos métodos.

Assim, mais discussões sobre Medicina Baseada em Evidências em julgamentos envolvendo saúde pública são necessárias.

2 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE – ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS

Importantes questões estão sendo postas à análise do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, e através da vinculação aos precedentes, vincularão o próprio Tribunal, seus órgãos e os Tribunais e juízos a eles subordinados.

Os recursos extraordinários REs 566471 e 657718, que tiveram repercussão geral reconhecida, tratam do fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema único de Saúde (SUS) e de medicamentos não registrados na Anvisa. O julgamento das matérias teve início em 15 de setembro de 2016 e ainda não foi concluído. O relator, ministro Marco Aurélio, manifestou-se no sentido de negar provimento aos dois recursos, por entender que nos casos de remédios de alto custo não disponíveis no sistema, o Estado pode ser obrigado a fornecê-los desde que comprovadas a imprescindibilidade do medicamento e a incapacidade financeira do paciente e sua família para aquisição, e que o Estado não pode

¹⁶ Disponível em: <<http://conitec.gov.br/entenda-a-conitec-2>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

ser obrigado a fornecer fármacos não registrados na agência reguladora. Posteriormente, o ministro Marco Aurélio manteve o voto, mas o aditou, reformulando a tese inicialmente proposta, apresentando novo texto para análise pelo Plenário: o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custear o medicamento, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil, e assegurado o direito de regresso. O ministro Luís Roberto Barroso apresentou o voto-vista relatando que a questão central de seu voto está relacionada à judicialização da matéria e avaliou ser necessário desjudicializar o debate sobre saúde no Brasil. Para o ministro, o Poder Judiciário não é a instância adequada para a definição de políticas públicas de saúde, ao entender que a justiça só deve interferir em situações extremas. De acordo com ele, já existe um modelo instituído sobre o tema, que consiste na relação nacional de medicamentos, bem como no órgão técnico – Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS (Conitec), criada pela Lei 12.401/2011 – cujo papel é estudar quais medicamentos potencialmente podem entrar na lista e, por critérios técnicos de custo-benefício, incorporá-los ao sistema. Quanto à hipótese de demanda judicial por medicamento não incorporado pelo SUS, inclusive aqueles que forem de alto custo, o ministro entende que o Estado não pode ser obrigado a fornecê-lo, como regra geral. Para ele, não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas. Ele também destacou a necessidade de realização de diálogo entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área de saúde, como as câmaras e núcleos de apoio técnico, profissionais do SUS e Conitec. Tal diálogo, conforme o ministro, deverá ser exigido em um primeiro momento para verificar a presença dos requisitos de dispensação do medicamento. Em um segundo momento, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes – Conitec e o Ministério da Saúde – avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS mediante manifestação fundamentada. Dessa forma, o ministro Luís Roberto Barroso desproveu o RE 566471 – sobre fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) – e formulou a seguinte tese de repercussão geral: o Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de

custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos. Já em relação ao RE 657718 – fornecimento de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) –, o ministro proveu parcialmente o recurso a fim de determinar o fornecimento do medicamento solicitado, tendo em vista que, no curso da ação, o remédio foi registrado perante a Anvisa e incorporado pelo SUS para dispensação gratuita. Em seu voto, o ministro considerou que, como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Anvisa por decisão judicial. Que o registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços. Ele propôs a seguinte tese de repercussão geral: o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas, em nenhuma hipótese. Já em relação a medicamentos não registrados na Anvisa, mas com comprovação de eficácia e segurança, o Estado somente pode ser obrigado a fornecê-los na hipótese de irrazoável mora da agência em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias), quando preenchidos três requisitos: 1) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; 2) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e 3) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União. Em seguida, votou o ministro Edson Fachin pelo provimento parcial do RE 566471. Ele considerou que há direito subjetivo às políticas públicas de assistência à saúde, configurando-se violação a direito individual líquido e certo a sua omissão ou falha na prestação, quando injustificada a demora em sua implementação. Quanto ao RE 657718 (medicamentos sem registro na Anvisa), o ministro Edson Fachin votou pelo total provimento do recurso para determinar, no caso concreto, o fornecimento imediato do medicamento solicitado, tendo em vista que durante o trâmite do processo tal remédio foi registrado e incluído no âmbito da política de assistência à saúde. O ministro propôs a seguinte tese: no âmbito da política de assistência à saúde, é possível ao Estado prever, como regra geral, a vedação da dispensação, do pagamento, do resarcimento ou do reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa.¹⁷ Pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki. Impedido o Ministro Dias Toffoli.

¹⁷ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275&caixaB_usca=N>. Acesso em: 12 jul. 2017.

Já no âmbito do Superior Tribunal de Justiça destaca-se a seguinte decisão: o Recurso Especial nº 1.657.156, julgado em 24/04/2018. Neste, o STJ firmou tese para fins do artigo 1036 do CPC/2015. A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; existência de registro na ANVISA do medicamento.¹⁸

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse é um momento de reflexão e de ação. Além dos milhares de processos judiciais em andamento relativos à judicialização da saúde, em virtude da retração econômica a qual o país se encontra, mais pessoas buscarão do Poder Executivo a efetiva garantia dos seus direitos sociais. Mais pessoas vão adentrar no serviço público de saúde, por estarem mais pobres e mais doentes, em razão dos efeitos da crise. As conquistas não devem retroceder, com uma falência do Sistema Único de Saúde previsto constitucionalmente em 1988.

É certo que a Administração Pública, através da União, dos Estados e dos Municípios, deve estruturar e capacitar o Sistema Único de Saúde, o SUS. Mas é certo também que não cabe ao Judiciário adentrar no procedimento administrativo, infringindo os protocolos existentes, realocando recursos sem criação de novos, determinando compra de medicamento ou realização de tratamentos não previstos no padrão de integralidade sem fontes de custeio, sem conhecimento do planejamento do Poder Executivo para a área da saúde e da real necessidade da população, sem foco na medicina baseada em evidências.

Ao conceder uma medida judicial individual que afeta o funcionamento do sistema, atingindo terceiros não integrantes no processo, o juiz permite que mais injustiça ocorra, pois esta decisão alcançará pessoas não vistas em sua sentença.

¹⁸ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.657.156. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. DJe 04/05/2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=SAUDE&repetitivos=REPETITIVOS&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

Como o Sistema único de Saúde é universal, necessário se faz que o juiz ao proferir sua sentença, concedendo um direito individual, visualize a possibilidade de concessão da medida a todos que estejam em situação semelhante, evitando assim a garantia de privilégios e a não distribuição equânime dos serviços públicos de saúde.

Para isso, o SUS possui um padrão de integralidade definido através da Rename e Renases, legitimado através da participação administrativa do Conselho Nacional de Saúde, representante do controle social do SUS no plenário da CONITEC. Estamos a falar de um oferecimento padrão baseado na MBE.

É previsível que existirão casos especiais que o padrão de integralidade não alcançará, necessitando de uma atenção especial do Poder Público. Mas para que essas alterações sejam custeadas pelo SUS deve ser exigido o atendimento de requisitos como: prova concreta da não eficácia do tratamento oferecido pelo SUS e do tratamento requerido e a possibilidade desse tratamento ser oferecido para os demais assistidos que estejam em situação semelhante.

A mera opinião do médico que acompanha o paciente não deve ser suficiente para ordenar à Administração Pública o oferecimento de um tratamento não padronizado, pois feriria a isonomia e a universalidade previstas constitucionalmente como princípios do SUS.

Além disso, necessário se faz que sejam criados mecanismos de diálogo e atuação conjunto entre os poderes, Executivo e Judiciário, para que o sistema de justiça conheça a política pública de saúde, para que, assim, possa pensar em qualificá-la.

Ações conjuntas através do CNJ, CONASS e do Ministério da Saúde estão sendo implementadas.

A atuação do Poder Judiciário deve servir para reconduzir a Administração aos ditames postos pela Constituição e não para interferir e desorganizar as suas políticas públicas. Estamos a falar de uma ingerência desproporcional e inconstitucional.

O Poder Judiciário só está legitimado a interferir no Poder Executivo quando este não cumpre o dever constitucional de oferecer políticas públicas de promoção, proteção e recuperação da saúde ou quando é omissão na execução destas.

A judicialização da saúde como hoje é disseminada traz prejuízos inigualáveis à população, gerando mais caos no sistema de saúde. E os mais prejudicados com essa atuação são os que menos têm acesso a justiça e os que mais precisam das políticas públicas de saúde, os mais necessitados.

REFERÊNCIAS

ATALLAH, Alvaro Nagib. *Medicina baseada em evidências: o elo entre a boa ciência e a boa prática clínica*. Disponível em: <http://www.centrocochranedobrasil.org.br/apl/artigos/artigo_516.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Pedido de Providências 0002150-61.2012.2.00.0000*. Decisão proferida em 06 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam;jsessionid=B40A6543F52C3BA2D7ABE7A72B7DC6BA?jurisprudenciaIdJuris=46531&indiceListaJurispрудencia=1&firstResult=4975&tipoPesquisa=BANCO>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

_____. *Recomendação nº 31, de 31 de março de 2010*. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

_____. *Recomendação nº 107, de 06 de abril de 2010*. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=173>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. *Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF, 20 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 08 jul. 2017.

_____. *Lei Complementar nº 141, de 31 de janeiro de 2012*. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e

Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF, 16 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm>. Acesso em: 08 jul. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1474665*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. DJe 22/06/2017. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1474665&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

_____. *Recurso Especial nº 1.657.156*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. DJe 03/05/2017. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1657156&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão da Tutela Antecipada nº 175*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. *Recurso Extraordinário nº 566471*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2565078>. Acesso em 13 de julho de 2017.

_____. *Recurso Extraordinário nº 657718*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4143144>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPOS, Thiago Lopes Cardoso Campos. *Judicialização na Saúde*: para sair da superficialidade é preciso enfrentá-la. Disponível em: <<http://www.idisa.org.br/img/File/DOMINGUEIRA%202016/Domingueira%20da%20Sa%C3%BAde%20-%20026%202016%20-%2004%2009%202016%20ANEXO%20JUDICIALIZAC%C3%A3O%20%20%20PARA%20SAIR%20DA%20SUPERFICIALIDADE%20C3%89%20PRECISO%20ENFRENT%C3%81-LA.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O Paradoxo da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde no Brasil. Um ponto cego do Direito?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo.* 13. ed. São Paulo: Forense, 2016.

EL DIB, Regina Paolucci. *Como praticar a medicina baseada em evidências.* Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/jvb/v6n1/v6n1a01.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the Brazilians lessons.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SANTOS, Lenir. *Direito à saúde e a RENASES – Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde.* Disponível em: <<http://blogs.bvsalud.org/ds/2012/09/19/direto-a-saude-e-a-renases-%E2%80%93-relacao-nacional-de-acoes-e-servicos-de-saude/>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

_____. Direito à saúde e qualidade de vida. Um mundo de corresponsabilidades e fazeres. *Direito da Saúde no Brasil.* Campinas, SP: Saberes, 2010.

SIMON, Letícia Coelho. Desafio: concretização do Direito à saúde pública no Brasil. *Direito à Saúde. Para entender a Gestão do SUS.* Brasília: CONASS, 2015.

SOUZA, André Evangelista de; MEDICI, André; SOUZA, Carmino Antônio de; COVAS, Dimas Tadeu; AITH, Fernando; CARVALHO, Gilson; GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SANTOS, Lenir; CARVALHO, Marcelo Addas; WEICHERT, Marlon Alberto; BARIONE, Samantha Ferreira. *Direito da Saúde no Brasil.* Campinas: Saberes, 2010.

WEICHERT, Marlon Alberto. *O direito à saúde e o princípio da integralidade.* *Direito da Saúde no Brasil.* Campinas, SP: Saberes, 2010.

RECEBIDO EM: 01/06/2017
APROVADO EM: 17/07/2017

**JUDICIALIZAÇÃO DESNECESSÁRIA OU
DESJUDICIALIZAÇÃO NECESSÁRIA?
REVISITANDO A JURISDIÇÃO
ADMINISTRATIVA NA PERSPECTIVA DOS
EQUIVALENTES JURISDICIONAIS**

***UNNECESSARY JUDICIALIZATION OR NECESSARY DISCHARGE?
REVIEWING ADMINISTRATIVE JURISDICTION IN THE
PERSPECTIVE OF NON-JURISDICTIONAL ALTERNATIVES***

Paulo Fernando de Mello Franco

Doutorando em Direito e Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO. Pós Graduado em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes - UCAM Centro.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Demandismo Exacerbado x Acesso à Justiça: Solução Homeopática?; 2 Jurisdição Administrativa e Políticas Públicas: Imparcialidade Imprescindível à Solução Consensual; 3 A (In) Eficiência da Adoção dos Equivalentes Jurisdicionais: Prescrições e Proscrições; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O trabalho visa a enfrentar o problema da morosidade do Poder Judiciário a partir da correlação desta com questões de contencioso administrativo, de jurisdição administrativa e de justiça administrativa que, a despeito de vernacularmente semelhantes, entre si não se confundem. Pretende-se, para tanto, apreciar a (im)possibilidade e, principalmente, a (in)eficiência dos equivalentes jurisdicionais em questões que envolvam a Administração Pública tendo em vista que esta é, segundo os dados apresentados ao longo do estudo, protagonista, em termos quantitativos, do sem número de processos que aguardam julgamento e abarrotam o Judiciário. Defende-se, pois, a fuga da jurisdição à noção de justiça, o que pode ou não coincidir com decisões judiciais.

PALAVRAS-CHAVE: Contencioso Administrativo. Jurisdição Administrativa. Justiça Administrativa. Mediação. Conciliação. Arbitragem.

ABSTRACT: The present study aims to overcome the matter of the slowness of the judiciary system from the correlation with administrative litigation, administrative jurisdiction and administrative justice that, despite conceptually similar, among themselves must not be confused. The intend, therefore, is to appreciate the (im)possibility and especially the (in)efficiency of the judicial equivalent in matters involving Public Administration with a view that this is, according to the data presented throughout the paper, the quantitative protagonist in the countless reasoning processes which awaits its trial. The paper stands, then, the escape of the jurisdiction to a notion of justice, which may or may not coincide with judicial decisions.

KEYWORDS: Administrative Litigation. Administrative Jurisdiction. Administrative Justice. Mediation. Conciliation. Arbitration.

INTRODUÇÃO: PRIMEIRAS LINHAS

Precisamos falar sobre a Administração Pública. Mais precisamente acerca dos conflitos nos quais a Administração figura como parte. Aquelas contendas em que o Estado – em sentido amplo – esqueceu-se que, outrora vilão, é ou deve ser *amigo dos direitos fundamentais*¹. Trataremos, pois, de uma questão de jurisdição administrativa.

Desde a Constituição Republicana de 1891, a jurisdição administrativa segue vigendo no Brasil como sistema monista de jurisdição civil una, o que se deu em substituição ao “*modelo dualista de jurisdição Frances então vigente entre nós*”². A relevância do tema é diretamente proporcional aos esforços que a comunidade acadêmica vem empreendendo para, enquanto *transplante jurídico*³ que é, acoplá-la⁴ à ordem jurídica interna e promover adequadamente o debate a seu respeito⁵.

Antes de iniciar a investigação propriamente dita, porém, é imprescindível que se defina o que é essa jurisdição administrativa mencionada pelo trabalho. E, para tanto, parece mandatório distinguir as expressões *contencioso administrativo; jurisdição administrativa e; justiça administrativa* que, a despeito de vernacularmente semelhantes, entre si não se confundem. Têm, portanto, conceitos peculiares e notadamente diferenciados.

Com esteio na abalizada doutrina especializada de Ricardo Perlingeiro, o contencioso administrativo quer significar o feixe de

1 GOMES, Ana Cláudia Nascimento; MORAIS, Roberta Jardim. De uma Visão Jurídico-Constitucional a uma Proposta Pragmático-Económica dos Direitos Sociais: Cooperação e cooperativa. In: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (Coord.). *O Direito a Vida Digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p.198.

2 Para maiores informações a respeito do tema v. PERLINGEIRO, Ricardo; BLANKE, Hermann-Josef; SOMMERMANN, Karl-Peter (Coords.). In: *Código de jurisdição administrativa: o modelo alemão*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

3 TAVARES, Ana Lucia de Lyra. O Estudo das Recepções de Direitos. In: *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Haroldo Valladão*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1983.

4 Impõe-se o devido temperamento epistemológico porquanto nossa experiência de jurisdição administrativa, notadamente híbrida, ao mesmo tempo em que se inspirou no sistema anglo-saxão de enfrentamento do contencioso administrativo, nutriu-se, outrossim, da experiência franco-germâncica.

5 Destaquemos, por oportuno, os programas de Mestrado e de Doutorado em Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense – UFF que orgulhosamente fazemos parte e que têm como propósito primordial a “*formação de profissionais aptos a contribuir para o desenvolvimento e aperfeiçoamento do sistema judicial de proteção do cidadão em face da Administração Pública*”. Para maiores informações quanto aos mencionados programas de Pós-Graduação v. <<http://www.nupej.uff.br/informa%C3%A7%C3%B5es>> e; <http://doutoradoja.sites.uff.br/?page_id=234>

“reclamações ou impugnações de uma pessoa privada contra comportamentos de uma autoridade administrativa”⁶.

A jurisdição administrativa, de acordo com o mesmo autor, designa *“a prestação jurisdicional destinada à solução de um contencioso administrativo”*⁷.

E, finalmente, a justiça administrativa se compõe dos *“órgãos estatais responsáveis por essa atuação jurisdicional”*⁸.

Em outras palavras, jurisdição administrativa é prestada pela justiça administrativa que, a seu turno, visa a solucionar contenciosos administrativos. É na órbita dessa interdependência conceitual que se insere o presente artigo. A quem incumbe a resolução de conflitos administrativos? Incumbiria exclusivamente à jurisdição estatal? A quem cabe a prestação da jurisdição administrativa? Caberia apenas ao Estado-juiz? Qual a composição da justiça administrativa? Somente se compõe de órgãos de índole judicial?

Mais poderia ser questionado: como racionalizar essa justiça administrativa? Seria recomendável a formação, expansão ou até mesmo a criação de políticas públicas que se disponham a estimular a jurisdição administrativa? O aperfeiçoamento do contencioso administrativo teria o condão de produzir impactos positivos e gerais no Poder Judiciário? É dizer, seria eficiente, eficaz e efetiva a propagação da utilização de meios alternativos de resolução de conflitos em questões administrativas?

É o que nos propusemos a analisar. Sigamos a abordagem a partir dos questionamentos propostos.

1 DEMANDISMO EXACERBADO X ACESSO À JUSTIÇA: SOLUÇÃO HOMEOPÁTICA?

Reclamar em juízo é, hoje, muito mais fácil do que já foi um dia. Isto, porém, não torna verdadeira a afirmação de que o acesso à justiça é, agora, melhor do que antes. Muito pelo contrário⁹.

⁶ PERLINGEIRO, Ricardo. A Justiça Administrativa Brasileira Comparada. *Revista CEJ*, Brasília, ano XVI, n. 57, p. 6-18, maio/ago., 2012, p. 7. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1646/1593>>. Acesso em: 11 ago.16.

⁷ Ibidem.

⁸ Ibidem.

⁹ Confira-se, por exemplo, BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial. In: NETO,

O acesso à justiça pressupõe muito mais do que simplesmente abrir as portas do Poder Judiciário à população. Garantir o acesso à Justiça exige que a jurisdição seja orientada para viabilizar decisões fundamentadas, justas e, principalmente, que sejam prolatadas em tempo razoável. Infelizmente não é isso o que se vê por aí.

Dia após dia, infindáveis demandas repetitivas são apresentadas ao Poder Judiciário brasileiro. Questões idênticas deduzidas em processos diferentes ocupam e assoberbam os gabinetes de Magistrados que, se não estivessem tão atribulados tratando destas questões, poderiam se dedicar ao julgamento, com maior acurácia, de demandas cujas temáticas se mostrem coletivamente mais relevantes. A crítica é também comum à jurisdição administrativa:

Na realidade, um dos maiores desafios do direito administrativo contemporâneo é a falta de uniformidade das decisões administrativas em relação a interessados na mesma situação fática, alimentando a pluralidade de demandas repetitivas, principalmente na esfera jurisdicional, com o potencial de abalar a segurança jurídica¹⁰.

Advirta-se que o problema não está na (des)importância dessas ou daquelas questões. Longe disto. As partes que deduziram o conflito em juízo têm igual dignidade humana e merecem e têm o direito de obter uma resposta do Estado-juiz. Ocorre que, contra fatos não há argumentos: existem muitos processos. Tantos que, sejamos coerentes, há mais processos do que os juízes têm capacidade de apreciar com detida atenção. E, da aparente solução de ampliar o acesso à justiça, surgem mazelas ainda maiores. Compromete-se, com isto, a um só tempo, a eficiência, eficácia e efetividade do acesso à justiça que, no mais das vezes, de célebre nada tem.

Há demandas que, não tão urgentes, podem esperar. Mas o que fazer em relação àquelas cuja morosidade pode fulminar os direitos e interesses em jogo? Como concretizar o núcleo duro do acesso à justiça nas situações em que nem mesmo as tutelas de urgência e de evidência propiciam sua efetividade?

Impõe-se, portanto, racionalizar a entrega da justiça. E isto pode ou não coincidir com a otimização da prestação jurisdicional. Explica-se.

Cláudio de Souza; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

10 Ibidem, 2012, p. 11.

Entregar a quem é de direito aquilo que lhe é de direito não é exclusividade dos Magistrados. É perfeitamente possível pensar em um modelo de acesso à Justiça que não implique a prolação de decisões judiciais. A jurisdição é monopólio do Estado; a justiça, não. E é neste ponto que queremos tocar.

Pretendemos concentrar nosso trabalho na investigação de alternativas à jurisdição estatal. E, para que consigamos fazê-lo, direcionaremos nosso estudo à análise da (im)pertinência da adoção de meios alternativos de resolução de conflitos (*i.e.*, mediação, conciliação e arbitragem) em litígios que envolvam contenciosos administrativos.

Para tanto, adotaremos a metodologia em que apresentaremos dados estatísticos que, colhidos diretamente dos Projetos Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça¹¹, e Supremo em Números, desenvolvido pela Fundação Getúlio Vargas¹², nos ajudarão a verificar a posição da Administração Pública como uma das maiores litigantes no Poder Judiciário, bem como a (in)eficiência dos meios alternativos de solução de conflitos para fins de redução de demandas judiciais. Após, analisaremos o que precisa ser feito para que se garanta, no âmbito desses mecanismos alternativos de resolução de conflitos, a imparcialidade que se espera dos mediadores, conciliadores e árbitros que, por expressa disposição constitucional, não podem se divorciar do mandamento do art. 37 da CRFB.

Passemos à questão da consensualidade. Litigar nem sempre é preciso. Para que discutir se é possível transigir? Por que reclamar se é viável negociar? Os percentuais de êxito destes acordos são elevados ou inexpressivos? As partes que optam pela transação se sentem verdadeiramente satisfeitas? Qual o impacto da utilização destas soluções a médio e longo prazos? É eficiente celebrar acordos? Vale mesmo a pena fazê-lo?

O tema se mostra particularmente relevante em face da preocupante constatação de que o Poder Público é, como já dissemos, quantitativamente, o maior litigante judicial no Brasil¹³:

11 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

12 Cujo teor pode ser encontrado no sítio: <<http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

13 “O Poder Público é o maior litigante do Brasil e essa sanha de levar problemas para o Judiciário ficou demonstrada em números, em estudo feito pela Associação dos Magistrados Brasileiros que será divulgado nesta terça-feira (11/8). A pesquisa foi feita na Justiça estadual de 11 unidades da federação, apontando o Estado como principal litigante — no polo ativo dos processos — em oito”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-10/volume-acoes-envolvendo-estado-prejudicam-acesso-justica>>. Acesso em: 19 set. 2016.

Todavia, é perceptível, na sociedade brasileira, a sensação de que diretos subjetivos não são respeitados pela Administração, e de que o Judiciário é lento e incapaz de reagir à altura (MATSUURA, 2009). Na realidade, os dados estatísticos indicam que é crescente o número de conflitos envolvendo a Administração e, que, de forma proporcional, vem aumentando o tempo de duração para conclusão de um processo judicial, apesar de, paradoxalmente, as estruturas judiciais crescerem, com igual aumento de despesas. É um sintoma de que algo não funciona bem¹⁴.

Em suma, “*as causas oriundas de relação jurídica de direito público, tendo como demandante ou demandado o Poder Público, representam maioria absoluta dos processos em tramitação no Judiciário*”¹⁵. E, com espanto, os números alarmantes não param de crescer: “é crescente o número de conflitos envolvendo a Administração e, que, de forma proporcional, vem aumentando o tempo de duração para conclusão de um processo judicial”¹⁶. Mais grave, “é perceptível, na sociedade brasileira, a sensação de que diretos subjetivos não são respeitados pela Administração, e de que o Judiciário é lento e incapaz de reagir à altura”¹⁷.

Como resolver isso? Existe salvação? Os vícios da judicialização desmesurada geram cicatrizes difíceis de esconder. Há, no entanto, soluções. Tentemos, pois, encontrar essas saídas.

Fomentar políticas públicas de solução não-judicial auxiliaria neste mister? E em relação à Administração Pública? A resposta seria a mesma? Pensamos que sim. Afinal, enquanto proposta homeopática que é, a adoção da consensualidade para tratar de conflitos, notadamente aqueles de caráter patrimonial que comportam negociação por parte da Administração, tem potencial para, a nosso ver, desafogar o já tão abarrotado Judiciário.

2 JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA E POLÍTICAS PÚBLICAS: IMPARCIALIDADE IMPRESCINDÍVEL À SOLUÇÃO CONSENSUAL

É perceptível, como muito bem aponta o insigne Ricardo Perlingeiro, que “*a explosão de conflitos de direito público nos tribunais do Brasil tem sido*

¹⁴ PERLINGEIRO, op. cit., 2012, p. 14. V., ainda, as notas de rodapé nº 78 a 81 da mesma referência que contém informações indispensáveis para corroborar a crise institucional gerada pelo demandismo exacerbado.

¹⁵ Ibidem, 2012, nota de rodapé nº 78, p. 15-16.

¹⁶ E, continua o mesmo autor, “*É um sintoma de que algo não funciona bem*”. Ibidem, p. 14.

¹⁷ Ibidem; MATSUURA, Lilian. Para brasileiro, Justiça é lenta, cara e parcial. *Consultor Jurídico*, 22 fev.

2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-fev-22/brasileiro-poder-judiciario-lento-caro-imparcial>>. Acesso em: 16 jun. 2012.

*associada a uma falta de identidade do seu modelo de justiça administrativa*¹⁸. E, a razão disto parece ser igualmente visível: a incorporação acrítica, por *intercâmbio jurídico*¹⁹, de experiências de ordenamentos distintos do nosso.

O contencioso administrativo continuará a existir. A pacificação do conflito se manterá como perquirição primeva dos administrados – e, nalguma medida, da Administração. A procura por soluções de adaptação é, pois, impostergável.

A alternativa que nos parece mais acertada é a que concirna à fuga dos moldes clássicos de jurisdição estatal una. É preciso que se compreenda que é possível congregar decisão administrativa e jurisdição administrativa sem que necessariamente pressuponhamos uma decisão judicial.

A justiça não é, como dissemos anteriormente, monopólio do Estado. É plenamente concebível que se faça justiça fora da área limítrofe do Poder Judiciário. Há, no entanto, requisitos inafastáveis – dentre os quais se destaca o paradigma da imparcialidade, sobre o qual doravante falaremos – para que, uma vez preenchidos, tal se dê de modo legítimo.

Antes, porém, seria preciso ultrapassar uma aparente barreira de índole constitucional. É que, ao raciocinarmos hipoteticamente a proposta de êxodo do modelo pátrio de jurisdição estatal, nos deparamos com a aclamada inafastabilidade da jurisdição, segundo a qual, de acordo com o art. 5º, XXXV da Constituição de 1988, não admite que a lei exclua, da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.

Diante disso, a questão que se coloca é a seguinte: como propugnar a desjudicialização do contencioso administrativo se a judicialização pode ser concebida como direito fundamental interno e, mais do que isto, direito humano de proporções internacionais?

Pensem. Conquanto se garanta que contendas não devam escapar da supervisão decisória do Estado-juiz, é forçoso que reconheçamos que a garantia da inafastabilidade da jurisdição é tão garantia constitucional como qualquer outra garantia constitucional prevista no Texto da CRFB de 88.

¹⁸ PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 1, jan./abr. 2015, p. 91.

¹⁹ Parafraseamos, novamente, Ana Lúcia de Lyra Tavares. Cf. TAVARES, op. cit., 1983.

Ao lado da proclamada inafastabilidade jurisdicional se encontram a razoável duração do processo e, *e.g.*, a impessoalidade, moralidade e eficiência administrativas que, não raro desprestigiadas, amesquinham-se em razão do déficit contemporâneo de lídimo acesso à justiça. E, tendo em vista que todas estas proposições constitucionais têm igual hierarquia normativa, têm em comum o objetivo de assegurar, quaisquer que sejam os meios, a máxima efetividade dos direitos fundamentais e, portanto, dentre outras pretensões, o acesso à justiça e a um processo justo.

Corroborando o que propusemos, o exímio Ricardo Perlingeiro nos auxilia com suas lições ao pugnar que é possível – e, mais do que isto, recomendável – que conflitos que envolvam a Administração Pública e os Administrados sejam submetidos à consideração prévia daquela, “*sem que, contudo, signifique exceção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (a submissão da Administração ao juiz)*”²⁰.

Pensamos que, a partir da amálgama do devido processo legal – inclusive substantivo – e, principalmente, das noções de imparcialidade e, conseguintemente, independência seja viável compatibilizar a inafastabilidade da jurisdição e a razoável duração do processo com o que norteia a sistemática que deve ser aplicada ao contencioso administrativo.

Persigamos a celeridade dos equivalentes jurisdicionais; escapemos da atribulada jurisdição estatal²¹; mas não fujamos, todavia, da imparcialidade que a qualifica. A prerrogativa da imparcialidade é e deve mesmo ser inescapável àqueles que se dispuserem a decidir ou àqueles a quem se impuser o poder-dever de decisão:

Também refiro-me à técnica das autoridades administrativas independentes, em que os recursos extrajudiciais são julgados por agentes públicos que, apesar de serem nomeados diretamente por integrantes do primeiro escalão da Administração, exercem sua função com independência, não se encontrando subordinados a superiores, como ocorre nos “tribunais administrativos” ingleses, nas “comissões de recursos” na Suíça e nas “salas administrativas” na Áustria²².

Faz-se necessário que se assegure, tanto aos agentes públicos quanto à própria estrutura judicial – a quem compete zelas pelos direitos

²⁰ PERLINGEIRO, op. cit., p. 7.

²¹ FROMONT, Michel. *Droit administratif des Etats européens*. Paris: PUF, 2006, p. 112-119.

²² PERLINGEIRO, op. cit., p. 7.

e interesses submetidos à jurisdição administrativa – “*as prerrogativas inerentes à independência pessoal e institucional*”²³.

Ocorre que, embora a mencionada liberdade de decidir – que se vincula, por evidente, ao dever de motivação – seja de fácil constatação quando o referencial de análise concerne às estruturas judiciais do Estado, o mesmo não se pode dizer da justiça administrativa tampouco à seara extrajudicial que, não raro, desprestigia a relevância da independência decisória.

Ao passo que, de um lado, temos a irredutibilidade de subsídios; inamovibilidade e; vitaliciedade, todas constitucionalmente garantidas, com o objetivo de garantir a incolumidade das sentenças e acórdãos; há mediadores que desconhecem a ética da mediação; árbitros que não se submetem à parâmetros internacionalmente reconhecidos que balizam seus deveres de condutas; conciliadores arrogantes que vêem as partes como se números fossem e; juízes leigos que, conquanto destituídos das prerrogativas dos juízes togados, malversam suas funções e maltratam partes e o próprio Poder Judiciário. Infelizmente, não faltam exemplos de como a dependência de decidir pode comprometer os mecanismos extrajudiciais de pacificação de conflitos.

Imaginemos quão absurdo seria a designação de comissões de apuração de faltas funcionais e de avaliação de desempenho de servidores públicos fosse composta por membros das cortes de julgamento administrativo que sequer têm formação jurídica? Onde estaria, nestes casos, a imparcialidade daquele que decide algo sem que de fato possua conhecimento técnico suficiente para fazê-lo? Estaria na consciência, ainda que motivada, de seus assessores? Poderia ser encontrada na opinião, que não se confunde com conhecimento, de outrem? Ou residiria no que entende o senso comum? Acreditamos que em lugar algum.

Impõe-se, pois, o fortalecimento da jurisdição administrativa e dos mecanismos de garantia decisória desta como resposta enérgica à crise numérica do Poder Judiciário²⁴, o que, a nosso sentir, pode se dar

²³ PERLINGEIRO, op. cit., 2012. p. 8. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1646/1593>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

²⁴ Como ocorre, por exemplo, na Alemanha, em que há recursos administrativos que podem ser interpostos em direção à autoridade hierarquicamente superior e que têm efeito suspensivo *opere legis* e “*e são considerados uma condição sine qua non para a propositura de uma ação judicial*”. Cf. *Verwaltungsgerichtsordnung/VwGO* (Código de Jurisdição Administrativa, Lei de 21 de janeiro de 1960), §§ 68, 80 e; PERLINGEIRO, Ibidem, p. 7.

através dos mecanismos de mediação, conciliação e arbitragem – desde que, por evidente, implementadas com a observância dos requisitos de imparcialidade.

Antes, todavia, é preciso que vençamos alguns dogmas de um direito administrativo que, desatualizado, parou no tempo e esqueceu-se de ser *constante em suas variações*²⁵.

Não se quer infirmar, longe disto, a relevância dos dogmas na louvável tarefa de construção de premissas e de demarcação do campo de debate da comunidade científica, tendo em vista que, como pontuou Thomas Khun, *todas as ciências se desenvolvem nos férteis interiores de paradigmas*²⁶. Contudo, uma vez que pretendemos desconstruí-los, oportuno se faz que discutamos o papel dos paradigmas na epistemologia contemporânea.

Corroborando o que se disse, José Eduardo Soares Faria, atento ao caráter dinâmico da *sociedade*, enquanto instituição, por natureza, *constante em suas variações*, afirma que um paradigma:

[...] implica uma teoria básica, uma tradição científica e algumas aplicações exemplares, que são aceitas pelos cientistas ao ponto de suspenderem o esforço crítico de discussão de seus pressupostos e de suas possíveis alternativas substitutivas²⁷.

A superação de paradigmas se faz aqui indispensável porquanto um direito administrativo arcaico desconsideraria de modo acrítico a adoção de meios alternativos de solução de conflitos em contencioso administrativo. Desde há muito a doutrina publicista advogava que, tendo em vista que mediações, conciliações e arbitragem se prestam à, tão somente, negociação de direitos disponíveis, esta seria descabida à Administração Pública. O argumento se sustentava porque, uma vez que sobre o indigitado interesse público paira a regência do princípio da indisponibilidade, impedia-se, a todo custo, a celebração de negociações em que o Poder Público figurasse como parte.

²⁵ FRANCO, Paulo Fernando de Mello. *Oportunidade e Conveniência ou Oportunismo Conveniente? Por uma Análise de Políticas Públicas Vinculante*. XXIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2014.

²⁶ KHUN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago:University of Chicago Press, 1962.

²⁷ FARIA, José Eduardo Soares. A noção de paradigma na Ciência do Direito: notas a uma crítica ao “idealismo jurídico. In: FARIA, José Eduardo Soares (Org.). *A Crise do Direito em uma Sociedade de Mudanças*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1988, p.21.

Ocorre que, o impedimento negocial à Administração é, de *per si*, impertinente. E, felizmente, após longa inópia, a leitura equivocada do conteúdo jurídico da indisponibilidade do interesse público deu lugar à constatação dos múltiplos interesses públicos que temos. Afinal, mais que mero interesse público, o que temos é, em verdade, interesses públicos, no plural, que se bifurcam em interesses públicos primários – tal como a concretização de direitos fundamentais dos administrados – e secundários – de perfil fazendário, peculiares à Administração como erário. E, infelizmente, o imprescindível discernimento escapava do horizonte dos manuais dos administrativistas mais conservadores que, recalcitrantes, se negavam a conceber a diferença²⁸.

Concebamos, pois, sem maiores dificuldades de compreensão, que a Administração Pública têm interesses públicos primários indisponíveis e, paralelamente, interesses públicos secundários disponíveis. Aqueles não admitem transação. Estes, por sua vez, sim:

De se argumentar que não há norma jurídica impedindo, explicitamente, que o Poder Público se utilize de uma forma alternativa – máxime da arbitragem – para a solução de conflitos de interesses objeto de negócios celebrados com particulares. [...] Argumente-se, por outro lado, que a busca de métodos alternativos de solução de conflitos administrativos está umbilicalmente ligada à idéia de Administração Pública Consensual²⁹.

Ademais, para além da controvérsia doutrinária, andou bem o campo normativo que tratou de positivar a possibilidade de acordos

²⁸ Com esteio nas lições de Luís Roberto Barroso, passa-se a identificar de um lado a Administração Pública introversa e, de outro, a Administração Pública extraversa, dividindo-se, desta feita, o interesse público em primário e secundário. Aquele, razão de ser do Estado, sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover - justiça, segurança e bem-estar social - e deve ter como prisma a supremacia, pois não é passível de ponderação, eis que consistente na melhor realização possível da vontade constitucional. Este, ao revés, qual seja o interesse da pessoa jurídica de direito público enquanto parte em uma determinada relação jurídica, não deve, jamais, usar da supremacia em face do interesse particular; cabendo, aqui sim, a adequada ponderação. O fato é que, ambos, tanto o interesse público quanto o interesse privado têm assento constitucional e, pois, impedem que, em abstrato, se afirme a preponderância deste ou daquele – muito embora seja possível o delineamento de posições preferenciais, como espécie de hierarquia valorativa, entre um e outro. Cf. BARROSO, Luís Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público (Prefácio). In: Sarmento, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

²⁹ WILLEMAN, Flávio de Araújo. Acordos Administrativos, Decisões. Arbitrais e Pagamentos de Condenações Pecuniárias Judiciais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado* n° 64, p. 14. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/392202/DLFE-26509.pdf/07ArcodosAdministrativosDecisoesArbitrais.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

administrativos. Merecem destaque a Lei Geral de Concessões³⁰, a Lei da ANP³¹ e, *v.g.*, a Lei das P3³², todas responsáveis por imprimir como regra, a partir da produção legiferante, o consensualismo administrativo³³:

É chegada, assim, a hora da consensualidade alcançar também a solução de conflitos pela larga via, já extensamente desenvolvida universalmente, que vem a ser a ampla adoção da arbitragem, afastando, de vez, a confusão entre monopólio da jurisdição, que tem sentido coercitivo, e um inexistente monopólio da justiça, uma vez que é a força do consenso das partes em conflito que leva a uma fórmula de composição. Tudo o que cabe ao Estado administrador, uma vez eleita a via solução consensual, é garantir, tal como nos contratos, o primado da autonomia da vontade e a eficácia da decisão arbitral no campo dos direitos disponíveis³⁴.

Superado o óbice meramente fícto, passemos a destacar a arbitragem. Elegemos falar de arbitragem em razão das novidades inseridas pela Lei nº 13.129/15 – a então denominada Nova Lei de Arbitragem – que têm exponencial aptidão para contribuir ao debate que aqui deflagramos.

30 Art. 23-A, da Lei 8.987/95. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

31 Art. 43, da Lei 9.478/97. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional;

32 Art. 11, Lei 11.079/04. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei n. 8.987, de 13 defevereiro de 1995, podendo ainda prever: [...] III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 desetembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

33 “A consensualidade, por certo, não estará destinada a substituir as formas tradicionais de ação imperativa do Estado, mas, sem dúvida, representa uma mudança substancial em suas prioridades de atuação, prestigiando o que hoje se vem denominando parceria com a sociedade. Todas essas tendências atuam no sentido de despojar-se a Administração Pública das características burocráticas que assumiram nos países de tradição jurídica continental europeia, na linha do Direito Administrativo gerado pela Revolução Francesa, e, de certa forma, agravadas e desvirtuadas pela herança ibérica colonial de cunho patrimonialista, e de aproximar-a de modelos mais pragmáticos, como os anglo-saxões, que prestigiam o administrado”. Cf MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 262-263.

34 Ibidem.

Isso porque, dentre as tantas inovações positivadas pela Nova Lei de Arbitragem, merece menção a inclusão do art. 22-C, da Lei nº 9.307/96³⁵, que cria e instrumentaliza a novel carta arbitral que, *ipso facto*, passa a compor o rol³⁶ de cartas processuais previstas em nossa legislação adjetiva. Por quê? Porque a viçosa carta arbitral autoriza, em linhas gerais, que o árbitro expeça a aludida carta com o fito de que determinado órgão jurisdicional pratique ou determine o cumprimento de atos solicitados pela instância arbitral, resguardando-se, inclusive, em sendo o caso, a decretação de segredo de justiça³⁷. E, poder-se-ia questionar, com acertada razão: o que a carta arbitral tem a ver com jurisdição administrativa?

Explicamos. O procedimento da carta arbitral conseguirá congregar, a um só tempo: a escapatória da decisão judicial; a celeridade dos meios alternativos de solução de conflitos, ao menos quando comparados com os mecanismos judiciais clássicos de decisão e; a necessária supervisão do Poder Judiciário que, a despeito da morosidade por vezes percebida, inibirá críticas pautadas na inafastabilidade da jurisdição e afastará dúvidas acerca de sua (im)parcialidade, a qual, acaso existente, poderá ser combatida pelos mecanismos processuais de suspeição e impedimento.

Soma-se a isso a igualmente tenra possibilidade de que, a partir da vigência da Lei nº 13.129/15, aos árbitros se permita manter, modificar, revogar e, com sobressalto ainda maior, conceder tutelas provisórias de urgência, *i.e.*, antecipadas ou cautelares³⁸. O papel do árbitro neste conflito de interesses será o de, à luz do que expusemos, (in)deferir tutelas

35 Art. 22-C, da Lei nº 9.307/96. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro. Parágrafo único. No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem.

36 Art. 237, NCPC. Será expedida carta: I - de ordem, pelo tribunal, na hipótese do § 2º do art. 236; II - rogatória, para que órgão jurisdicional estrangeiro pratique ato de cooperação jurídica internacional, relativo a processo em curso perante órgão jurisdicional brasileiro; III - precatória, para que órgão jurisdicional brasileiro pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato relativo a pedido de cooperação judiciária formulado por órgão jurisdicional de competência territorial diversa; IV - arbitral, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória.

37 Art. 189, NCPC. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

38 Art. 22-B, da Lei nº 9.307/96. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário. Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.

provisórias para que, em cognição sumária, se garanta a efetividade da jurisdição, coincida esta ou não com decisões judiciais. É dizer, a carta arbitral funcionaria como mecanismo de interlocução entre a jurisdição administrativa e a instância judicial e de diálogo entre árbitro e Estado-juiz.

O mesmo se diga em relação à conciliação e à mediação³⁹ que, enquanto políticas públicas⁴⁰ de estímulo à solução consensual de litígios, têm, hoje, ainda que de modo tímido, relevante papel e crescente importância no contencioso administrativo⁴¹. Citemos, *e.g.*, a louvável iniciativa da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde – CRLS que, em âmbito do Rio de Janeiro, tem como propósito primevo mediar conflitos que envolvam litígios de saúde. A Câmara é composta pela Procuradoria Geral do Estado, pela Procuradoria Geral do Município; pelo Tribunal de Justiça do Estado; pela Defensoria Pública do Estado; pela Defensoria Pública da União; pela Secretaria de Estado de Saúde e, finalmente, pela Secretaria Municipal de Saúde.

O objetivo da aludida Câmara é o de facilitar a interface cidadão-Administração e, com isto, desmotivar a propositura de demandas judiciais que, como vimos, apenas e tão somente abarrotam o Judiciário e fulminam a paciência e as esperanças dos litigantes não estatais. E, felizmente, os dados indicam que há êxito nas medidas tomadas: desde sua inauguração, “em 70 dias de funcionamento, reduziu em 38% o número de novos processos na Justiça”⁴².

³⁹ Merece destaque a resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça que, mesmo antes do Novo Código de Processo Civil, já tratava da mediação e da conciliação como “política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios”. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-admin?documento=2579>>. Acesso em: 08 set. 2016.

⁴⁰ Trata-se de política pública as escolhas públicas em *faceres e non faceres*, pelo que a “public Policy is whatever governments choose to do or not to do”, i.e., política pública é tudo aquilo que os governos escolham fazer ou não fazer. DYE, Thomas R. Understanding Public Policy, Fourteenth Edition. Upper Saddle River: Pearson, 2013, p. 3. Pode-se, ainda, a evidenciar a multiplicidade e complexidade da delimitação terminológica de políticas públicas, ilustrá-las como “[...] programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. BUCCI, Maria Paula Dallari. O Conceito de Política Pública em Direito. In: *Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico*. BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). São Paulo: Saraiva, 2006. p. 38-39.

⁴¹ Confira-se, a este respeito, trabalho específico que, com maior profundidade, versa sobre o tema. V. SOUZA, Luciane Moessa de. *Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas*. Igor Lima Goettenauer de Oliveira, organizador. 1. ed. Brasília, DF: FUB, 2014.

⁴² “Desde que começou a funcionar, o órgão tem facilitado o atendimento das demandas por medicamentos ou tratamentos de saúde das pessoas que buscam a rede pública. Esse esforço resulta na rápida solução administrativa desses casos e evita a perda de tempo e os prejuízos causados com ações judiciais”. Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeconteudo?article-id=1886157>>. Acesso em: 20 set. 2016.

Posta a saída que propusemos e o comprovado triunfo da Câmara, resta saber: é sempre eficiente fazê-lo? Vejamos.

3 A (IN)EFICIÊNCIA DA ADOÇÃO DOS EQUIVALENTES JURISDICIONAIS: PRESCRIÇÕES E PROSCRIÇÕES

Dados há, felizmente, disponíveis para consulta. Encontramo-nos munidos de subsídios informativos em razão da elogável iniciativa do Conselho Nacional de Justiça que desenvolve o Projeto Justiça em Números que, enquanto manancial de estatísticas judiciais oficiais, servirá de norte às nossas percepções.

Comecemos a análise. Aponta o CNJ, em âmbito da Justiça Federal, lócus primordial de participação da Administração Pública no Poder Judiciário, ainda que, no mais das vezes, figure como ocupante do polo passivo da relação processual, a timidez com que o Poder Público adota o consensualismo nos processos em que participa como autor, réu ou interessado. Não há, pois, proporcionalmente à totalidade de demandas existentes na Justiça especializada, muitas mediações, conciliações e arbitragens que envolvam a Fazenda Pública.

O estudo realizado pelo CNJ verificou que “apenas 3,4% das decisões terminativas foram homologatórias de acordo, sendo de 1% no segundo grau e de 3,3% na fase de execução”⁴³. Mais do que isto, eis a constatação instigante, os números apresentados têm “direta correlação com a presença do poder público como parte na grande maioria dos casos”⁴⁴. Sugere o CNJ, a nosso sentir com razão, que as transações consensuais na seara da Justiça Federal são poucas justamente por conta do protagonismo, ao menos quantitativo, do Poder Público como demandante ou demandado nestes processos:

Os baixos índices de conciliação percebidos na Justiça Federal, especialmente se comparados aos verificados nas Justiças Estadual e Trabalhista, estão ligados ao perfil das demandas prevalecentes neste ramo de justiça. Note-se que dos 10 assuntos mais recorrentes, 9 têm por objeto matérias de direito previdenciário, tributário ou administrativo, ou seja, o poder público está em um dos polos da relação jurídica processual, o que impõe entraves à celebração de acordos em razão da disseminação da ideia de indisponibilidade do interesse público pelo particular⁴⁵.

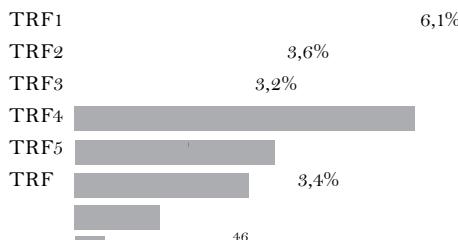
⁴³ Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2016*: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016, p. 266. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2016.

⁴⁴ Ibidem, p. 266.

⁴⁵ Conselho Nacional de Justiça, op. cit., p. 224.

O baixíssimo índice de conciliação da Justiça Federal do Brasil, *i.e.*, a quantidade de sentenças e decisões homologatórias de acordo, pode ser verificado no gráfico disponibilizado pelo CNJ:

Gráfico 6.22 – Índice de Conciliação na Justiça Federal



Percebemos, assim, que, segundo os dados de 2016 do CNJ, a proeminência do TRF da 1ª Região com 6,1% de índice de êxito nas transações processuais e, com 3,6%, do TRF da 2ª Região. O índice menos expressivo e que demanda maior urgência na procura por soluções é o do TRF da na 5ª Região, com índice de triunfo consensual em apenas 0,6% das demandas lá propostas. A média de todos os TRFs é, hoje, de 3,4%.

Nesse contexto de nova gestão pública, os *avaliadores se convertem em auditores de políticas públicas que privilegiam a medição de resultados*⁴⁷ e, pois, trilham um caminho técnico-indicativo, a ser seguido pela Administração, em direção à personificação da eficiência administrativa – em sentido amplo –, sugerindo, mediante estudos teórico-analíticos, alternativas que indiquem o máximo benefício com o mínimo de gastos e, mais do que imprimir ideias notadamente economicistas às ciências política e jurídica, como, *v.g.*, a relação de custo benefício⁴⁸, instila a melhor *performance* administrativa e, diante da pluralidade optativa, a ponderação das consequências práticas desta ou daquela proposição da Administração Pública⁴⁹.

Importante destacar que a apuração dos índices de conciliação constitui novidade da edição de 2016 do Projeto Justiça em Números.

46 Conselho Nacional de Justiça.

47 Ibidem, p. 99.

48 A eficiência administrativa, mais do que a mera maximização de lucros e minimização de custos, impõe “o melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado”. MANGANARO, Francesco. *Princípio di legalità e semplificazione dell’attività amministrativa: i profili critici e principi riconstruttivi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 25.

49 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Públco à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: lumen Juris, 2009.

Esperamos que, a partir da coleta destes dados de análise de políticas públicas, intensifiquem-se os estímulos consensuais na seara do contencioso administrativo. Acresça-se a isto, não bastasse o pífio índice de êxito negocial do contencioso administrativo analisado, a elevada recorribilidade das decisões por parte do Poder Público cujo inconformismo contribui, sobremaneira, para atulhar ainda mais a quantidade de processos que aguardam julgamento⁵⁰.

O cenário, todavia, tende a melhorar. Com o Novo Código de Processo Civil que, em linhas gerais, trouxe duas alterações consideráveis em relação ao tema: aumento considerável dos limites⁵¹ de desnecessidade de reexame necessário e, pois, redução exponencial, a longo prazo, da quantidade de processos cujos litigantes sejam a Fazenda Pública que se dirigirão aos Tribunais e; extinção da simultaneidade entre remessa obrigatória, sendo esta cabível, agora, nos casos em que a apelação não tenha sido porventura interposta⁵². O fato é que, nas hipóteses em que não há exceções ao reexame necessário, a remessa obrigatória “pesa em sentido contrário à conciliação”⁵³ diante das “dificuldades para se transigir em juízo com direitos do ente público envolvido no litígio”⁵⁴.

Enfim, diante dos esforços (in)suficientes empreendidos, pergunta-se: o que esperar do futuro da jurisdição administrativa? Cite-se, por

50 “Os indicadores de recorribilidade interna e externa no 2º grau superaram os aferidos no 1º grau durante toda a série histórica de 2009 a 2015, com exceção do indicador de recorribilidade externa verificado no ano de 2015 (Gráfico 6.43 e Gráfico 6.45). Muito embora o dado pareça absolutamente contraintuitivo, é importante considerar que o índice não leva em consideração, em sua fórmula de cálculo, os recursos involuntários, ou seja, aquelas ações nas quais o feito é submetido ao reexame necessário pelo 2º grau de jurisdição em razão de uma condenação sofrida pelo poder público, mesmo sem a interposição de recurso voluntário pelo referido ente”. Cf. Conselho Nacional de Justiça, op. cit., p. 233.

51 Art. 496, do Novo CPC. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal. § 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados;III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

52 Art. 496, do Novo CPC. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: § 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.

53 Conselho Nacional de Justiça, op. cit., p. 232.

54 Ibidem.

exemplo, o recente Novo Código de Processo Civil tem, ao menos em teoria, potencial motivador para promover um redirecionamento do eixo comportamental no contencioso administrativo e, por conseguinte, da jurisdição administrativa no Brasil. Dezenas de dispositivos nele inseridos têm o desiderato de reduzir o número de processos e isto impacta e ainda impactará sobremaneira a Administração Pública.

Mencione-se, ainda, *v.g.*, a figura da técnica de julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, inovação da Lei nº 13.105/15 que, enquanto criação CPC que segue vigendo, visa a incorporar, em nosso ordenamento jurídico o instituto do *Musterverfahren* inspirado no procedimento-modelo do direito alemão. O novel Incidente se dispõe a enfrentar, a partir da primazia dos precedentes oriunda da noção de *stare decisis*, o calamitoso cenário de litigiosidade seriada do contencioso de massa que, como vimos, tem o Estado como um de seus protagonistas.

Elogios? Inúmeros. Críticas? Também⁵⁵. Ademais, como pontuamos, a opção pública pelo fomento de políticas públicas de solução consensual de litígios também tem assento no Novo CPC⁵⁶.

Agora, de acordo com a legislação adjetiva vigente, demandas que envolvam a discussão de direitos disponíveis, cujas partes não tenham externado desinteresse no consensualismo⁵⁷, pressuporão prévia audiência

55 “Vinculação da Administração Pública para a “efetiva aplicação” de tese firmada em julgamento de casos repetitivos (arts. 985, § 2º, e 1.040, IV): a automática e direta submissão da Administração Pública, ainda que não tenha sido parte no feito, à tese resultante de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Recursos Repetitivos, com o dever de fiscalizar a efetiva aplicação no campo dos serviços públicos, ofende a garantia do contraditório e o devido processo legal”. Cf. trecho da muito bem fundamentada ADI nº 5.492, de iniciativa do Governador do Estado do Rio de Janeiro, em face de alguns dos dispositivos do Novo CPC, ainda pendente de julgamento, a saber: Art. 9º, parágrafo único, II; Art. 15; Art. 46, § 5º; Art. 52, parágrafo único; Art. 242, § 3º; Art. 311, parágrafo único; Art. 535, § 3º, II; Art. 840, I; Art. 985, § 2º; Art. 1035, § 3º, III e Art. 1040, IV, todos do Novo CPC. A petição inicial da ADI pode ser encontrada no link processo eletrônico do STF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4959031>>. Acesso em: 08 jul. 2016.

56 Art. 3º, do Novo CPC. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

57 Art. 334, do Novo CPC. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. § 4º A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a autocomposição. § 8º O não

de mediação e conciliação que, obrigatória como regra, gerará inclusive condenação em multa em favor do Poder Judiciário contra aqueles que não comparecerem injustificadamente às sessões⁵⁸.

Isso tudo seria suficiente? Será, ao menos, eficiente? Quem viver, verá. Aguardemos.

4 CONCLUSÃO: JUDICIALIZAÇÃO DESNECESSÁRIA E DESJUDICIALIZAÇÃO NECESSÁRIA

Como se costuma dizer, lamentar passado é o melhor jeito de desperdiçar futuro.

É preciso que olhemos para trás para que não mais cometamos os mesmos erros e para que repitamos, *a posteriori*, as boas práticas já realizadas. Um dia, munidos de exemplos que sugiram prescrições e proscrições de outrora, tudo, espera-se, se acertará.

Congregamos tudo o que até aqui expusemos, o intento de nosso trabalho, de índole notadamente propositiva. Pensamos ser de bom alvitre a sugestão de que sejam formatados e estruturados centros pré-processuais – mas não necessariamente extrajudiciais – de solução alternativa de conflitos administrativos que, através ou de mediação, ou de conciliação ou de arbitragem, consigam congregam a análise prévia de querelas que, versando de modo preponderante sobre questionamentos de direito público, tenham a Administração Pública como partícipe desses conflitos.

Esses centros seriam, portanto, um lócus de especialização decisória destacado do Poder Judiciário e que, por definição, conseguiria potencializar os potenciais, com o perdão da redundância proposital, da justiça administrativa. Isso poderia garantir o cumprimento dos vetores de razoável duração do processo e de segurança jurídica tendo em vista que, ao que tudo indica, a partir de uma análise de políticas públicas, se trata de uma solução eficiente, *i.e.*, que consegue, à luz de uma eficiência alocativa, poupar gastos e maximizar utilidade com a adoção do consensualismo.

comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

58 Art. 334, do Novo CPC. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais [...] . § 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

Haverá problemas? Evidente que sim. Tentemos, nada obstante, entre erros e acertos, aperfeiçoar a jurisdição administrativa que hoje temos. Basta, para tanto, que consigamos revisitar – e, em sendo necessário, superar – alguns dos dogmas do direito administrativo clássico que, incapazes de atender ao que hoje se espera dele, merecem que, em paráfrase ao já saudoso Diogo de Figueiredo Moreira Neto, suas mutações sejam reconhecidas e adaptadas à nossa realidade.

Esperemos que funcione. Todos, sem exceção, têm a ganhar.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Poder Normativo das Agências Independentes e o Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 37, n. 148, out./dez. 2000. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/646>>.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público (Prefácio). In: Sarmento, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BUCCI, Maria Paula Dallari, O Conceito de Política Pública em Direito. In: *Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). São Paulo: Saraiva, 2006.
- CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília*: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discretionalidade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Discretionalidade técnica e discretionalidade administrativa. *Revista de Direito do Estado*, nº 9, fev./mar./abr. 2007. Salvador - Bahia. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-MARIA%20SYLVIA.pdf>>.

DYE, Thomas R. *Understanding Public Policy*. Fourteenth Edition. Upper Saddle River: Pearson, 2013.

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. A política da avaliação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 20, n. 59, 2009.

FARIA, José Eduardo Soares. A noção de paradigma na Ciência do Direito: notas a uma crítica ao “idealismo jurídico. In: FARIA, José Eduardo Soares (Org.). *A Crise do Direito em uma Sociedade de Mudanças*. Brasília: Universidade de Brasília, 1988.

FIGUEIREDO, A.; FIGUEIREDO, M. *Avaliação Política e Avaliação de Políticas*. Um quadro de Referências. São Paulo: IDESP, 1985.

FRANCO, Paulo Fernando de Mello. *O Dever Fundamental de Administrar Bem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FREY, Klaus. *Políticas públicas*: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. Planejamento e Políticas Públicas, Brasília, n. 21, 2000.

FROMONT, Michel. *Droit administratif des Etats européens*. Paris: PUF, 2006.

GOMES, Ana Cláudia Nascimento. MORAIS, Roberta Jardim. De uma Visão Jurídico-Constitucional a uma Proposta Pragmático-Econômica dos Direitos Sociais: Cooperação e cooperativa. In: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (Coord.). *O Direito a Vida Digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. W.W. Norton, 2000.

KHUN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago: University of Chicago Press, 1962.

MANGANARO, Francesco. *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*: i profili critici e principi riconstruttivi. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

MATSUURA, Lilian. Para brasileiro, Justiça é lenta, cara e parcial. *Consultor Jurídico*, 22 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-fev-22/brasileiro-poder-judiciario-lento-caro-imparcial>>.

MOKATE, Karen Marie. Convirtiendo el “monstruo” en aliado: la evaluación como herramienta de la gerencia social. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 53, n. 1, p. 89-131, jan./mar. 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Públco*. Renovar, Rio de Janeiro, 2006.

PERLINGEIRO, Ricardo; BLANKE, Hermann-Josef; SOMMERMANN, Karl-Peter (Coords.). *Código de jurisdição administrativa: o modelo alemão*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. A Justiça Administrativa Brasileira Comparada. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVI, n. 57, p. 6-18, maio/ago. 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1646/1593>>.

_____. Desjudicializando as políticas de saúde? (Reducing Review of Health Care Policies?) (July 4, 2015). *Revista Acadêmica* (Faculdade de Direito do Recife – UFPE), v. 86, n. 2, jul./dez. 2014.

_____. O devido processo administrativo e a tutela judicial efetiva: um novo olhar? (Administrative Due Process of Law and Effective Judicial Protection: A New Perspective?) (October 18, 2014). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 239, 2015.

_____. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 1, jan./abr. 2015.

_____. Contemporary Challenges in Latin American Administrative Justice. *BRICS Law Journal*, 3(2), 2016.

_____. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina (Contemporary Challenges in Latin American Administrative Justice). *Revista de Investigações Constitucionais*, 4(1), 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2919991>>.

SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análises, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SILVA, Pedro Luiz Barros; COSTA, Nilson do Rosário. *A avaliação de programas públicos: reflexões sobre a experiência brasileira*. Brasília: Ipea, 2002.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas*. Igor Lima Goettenauer de Oliveira, organizador.1. ed. – Brasília, DF: FUB, 2014.

TAVARES, Ana Lucia de Lyra. O Estudo das Recepções de Direitos. In: *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Haroldo Valladão*. Livraria Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1983.

THOENIG, Jean-Claude. A avaliação como conhecimento utilizável para reformas de gestão pública. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 51, n. 2, 2000.

TREVISAN, Andrei Pittol; BELLEN, Hans Michael van. Avaliação de políticas públicas: uma revisão teórica de um campo em construção. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, 2008.

VIEIRA, Evaldo A.. As políticas sociais e os direitos sociais no Brasil: avanços e retrocessos. *Revista Serviço Social & Sociedade*, 1997.

WILLEMAN. Flávio de Araújo. Acordos Administrativos, Decisões. Arbitrais e Pagamentos de Condenações Pecuniárias Judiciais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, nº 64, 2009. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/392202/DLFE-26509.pdf/07ArcodosAdministrativosDecisoesArbitrais.pdf>>.

RECEBIDO EM: 29/05/2017
APROVADO EM: 16/06/2017

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS: SOB A ANÁLISE DA TEORIA CRÍTICA DISCURSIVA DE JÜRGEN HABERMAS

*THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND THE LEGITIMACY OF
JUDICIAL DECISIONS: UNDER THE ANALYSIS OF THE DISCURSIVE
CRITICAL THEORY OF JÜRGEN HABERMAS*

Rafael Alem Mello Ferreira
Mestre em Democracia e Constitucionalismo pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM.

*Pós-Graduado em Direito Penal pela Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF.
Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas e da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM.*

Bruna Oliveira Rodrigues
*Pós-Graduanda em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Advogada do Serviço de Assistência Judiciária (SAJ) da PUC Minas.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A legitimidade do direito para a Teoria Discursiva de Jürgen Habermas; 1.1 Entre “unicidade” e “complexidade”; 1.2 A Linguagem; 1.3 A Racionalidade Instrumental e

a Racionalidade Comunicativa; 1.4 A concepção de democracia deliberativa: entre facticidade e validade; 2 A Jurisdição Constitucional e a legitimidade das decisões judiciais; 2.1 Jürgen Habermas e a Jurisdição Constitucional. 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo volta-se para a análise da Jurisdição Constitucional e a legitimidade das decisões judiciais. Esta investigação se vale das orientações teórico-filosóficas que alicerçam a formação racional Habermasiana, para demonstrar que o paradigma procedural desenvolvido pelo autor propõe revigorar o Direito, isto, a fim de permitir o exercício da democracia e possibilitar a manutenção da integração social. Assim, este estudo, procura por meio da discussão da legitimidade do direito frente a teoria discursiva de Jürgen Habermas, apresentar uma interface entre tal teoria e as decisões que decorrem da Jurisdição Constitucional. Para isto, faz-se necessário elencar uma série de debates, sendo estes: as distinções entre sociedades tradicionais e sociedades modernas; a relevância da Linguagem para a formação do paradigma procedural; as rationalidades instrumental e comunicativa e a reformulação do Direito a partir da tensão entre facticidade e validade. Ao final, irá se demonstrar que a supremacia das decisões judiciais ocasiona a proliferação de intensa instabilidade na ordem jurídica, sendo que as ações desenfreadas da Jurisdição Constitucional deturpam a própria natureza do Estado Democrático de Direito obstruindo a efetivação de direitos fundamentais, de modo a intensificar a judicialização da política. Por isto, será proposto, sob a ótica Habermasiana, a formação de uma “nova” releitura da Jurisdição Constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição Constitucional. Legitimidade. Decisões Judiciais. Teoria Discursiva.

ABSTRACT: The present study focuses on the analysis of Constitutional Jurisdiction and the legitimacy of judicial decisions. This research is based on the theoretical-philosophical orientations that underpin the Habermasian rational formation, in order to demonstrate that the paradigm of proceedings developed by the author proposes to invigorate the Law, in order to enable the exercise of democracy and to allow the maintenance of social integration. Thus, this study, through the discussion of the legitimacy of the law against the discursive theory of Jürgen Habermas, presents an interface between this theory and the decisions that derive from the Constitutional Jurisdiction. For this, it is necessary to list a series of debates, these being: the distinctions between traditional societies

and modern societies; The relevance of Language for the formation of the procedural paradigm; The instrumental and communicative rationalities and the reformulation of the Law from the tension between facticity and validity. In the end, it will be demonstrated that the supremacy of judicial decisions causes the proliferation of intense instability in the legal order, and the unbridled actions of the Constitutional Jurisdiction pervert the nature of the Democratic State of Right a lot and obstructing the realization of fundamental rights, in order to intensify The judicialize of politics. For this reason, it will be proposed, from the Habermasian perspective, the formation of a “new” rereading of the Constitutional Jurisdiction.

KEYWORDS: Constitutional Jurisdiction. Legitimacy. Judicial Decisions. Discursive Theory.

INTRODUÇÃO

Atualmente, o problema que paira sobre o Estado Democrático de Direito envolve de forma notável a ausência de legitimidade que decorre do exercício “agressivo” do Poder Judiciário. Com vistas aos paradigmas jurídicos é possível verificar que esta discussão já se perpetua desde a instituição dos Estados Nacionais, de modo que a indagação de quem ocupa o papel central do debate é recorrente.

É nesse arranjo que o presente estudo se funda e com objetivo de compreender tal dinâmica passa-se a análise da “Jurisdição Constitucional e da legitimidade das decisões judiciais”. A supremacia das decisões judiciais ocasiona a proliferação de intensa instabilidade na ordem jurídica, sendo que as ações desenfreadas da Jurisdição Constitucional deturpam a própria natureza do Estado Democrático de Direito, obstruindo a efetivação de direitos fundamentais, intensificando a judicialização da política.

Diante das celeumas introduzidas na ordem democrática, Jürgen Habermas, acredita ser a ciência jurídica capaz de solucionar tais conflitos, no entanto, a legitimidade do Direito apenas será obtida através de um procedimento que permita a construção da vontade racional e de formação da opinião. Nesta sistemática, desenvolve-se a teoria do discurso, e o objetivo central desta é o reconhecimento dos melhores argumentos e não dos mais convenientes. Logo, estar-se-á frente a uma democracia participativa, sendo que a construção Habermasiana pode ser considerada como potencial, a sanar a crise instituída no Direito.

Para a devida compreensão do exposto, inicialmente busca-se neste trabalho evidenciar a legitimidade do direito frente a teoria discursiva de Jürgen Habermas e se destinará a expor as principais disparidades existentes entre a sociedade tradicional e a sociedade moderna, tendo em vista que esta última é o objeto das análises empreendidas pelo autor. Posteriormente, será travado um “intrigante” debate sobre a disputa existente entre a razão instrumental e a razão comunicativa, já que estas rationalidades são fundamentais à compreensão do entendimento linguístico e das ações sociais. Na sequência passará se a investigação das tensões facticidade e validade, que são protagonistas da estrutura linguística remontada pelo autor.

Por fim, procura-se exteriorizar a relevância de se questionar a legitimidade das decisões auferidas na atuação dos órgãos que compõem a Jurisdição constitucional, uma vez que a crescente difusão destas ações perturba a própria divisão de poderes e coloca em xeque o princípio da democracia. Além disso, propõe-se a demonstrar, sob a ótica Habermasiana, a formação de uma “nova” releitura da Jurisdição Constitucional.

Ao final, espera-se que o leitor e/ou a leitora possa (m) estar aptos a compreensão de que “é uma tendência própria do direito tornar-se mais e mais procedural, abandonando modelos concretos de vida social como fundamento”¹ e que esta mudança constante, faz-se necessária já que a crise paradigmática foi instaurada.

1 A LEGITIMIDADE DO DIREITO PARA A TEORIA DISCURSIVA DE JÜRGEN HABERMAS

A vida e obra de Jürgen Habermas representa um “multifacetado horizonte teórico”², a partir desta informação pode-se compreender, mesmo que de forma superficial, que dialogar sobre temas abordados pelo aludido autor não representa algo simples. Nesse sentido, cumpre advertir que embora este estudo tenha como propósito discorrer sobre a legitimidade do direito frente à teoria discursiva de Jürgen Habermas, este assunto não será examinado de forma ampla, pois, seria impossível, já que Jürgen Habermas utiliza de uma imensidão teórica para tratar desta celeuma. Portanto, o que se busca, é demonstrar alguns dos aspectos que conduzem o autor ao entendimento de que a ciência jurídica tende a

¹ NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 35.

² FERREIRA, Rafael Alem de Mello. *Jurisdição constitucional agressiva*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 40- 41.

tornar-se cada vez mais procedural, deixando de lado as amarras dos modelos concretos de ordem social.³

Logo, neste trabalho, procura-se em primeiro momento evidenciar as principais disparidades existentes entre a sociedade tradicional e a sociedade moderna, tendo em vista que esta última é o objeto central das análises empreendidas por Jürgen Habermas. Posteriormente, será travado um “intrigante” debate sobre a disputa existente entre a razão instrumental e a razão comunicativa, já que estas rationalidades são determinantes a compreensão do entendimento linguístico e das ações sociais. Na sequência passará se a investigação das tensões facticidade e validade, que são protagonistas da estrutura linguística, remontada pelo autor. Ao final, espera-se que o leitor e/ou a leitora possam estar aptos a compreensão de que “o direito é o plano de fundo para complexas reflexões”⁴ e que este, por meio do paradigma procedural e das reivindicações intrínsecas a sociedade moderna, mostra-se hábil a legitimar esta “nova” forma de organização social.

1.1 ENTRE “UNICIDADE” E “COMPLEXIDADE”

A presente construção discursiva não pode ser aplicada em qualquer espécie de agrupamento social, pois a mesma foi erguida exclusivamente para amparar o emaranhado de dissensos ocasionados pela diversificada sociedade moderna. Tal afirmação se fundamenta pelo fato de que na modernidade não existem formas de organização social que possam ser válidas para todos os seus membros, dado que, a eticidade única⁵ somente é plausível na sociedade tradicional, que de maneira geral, mantém seus integrantes como seres aptos a compartilhar dos mesmos valores e de uma “incontestável” percepção de vida. Ainda no que se refere a sociedade tradicional, verifica-se em suas relações a existência de unidade política e unidade espiritual, posto que estes fatores são determinantes para coibir qualquer espécie de manifestação contrária aos ditames pré-estabelecidos por esta interpretação uniforme de mundo.⁶

3 NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 35.

4 FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes. *Crítica aos princípios do direito moderno: história, sociedade e direito*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2014. p. 219.

5 A expressão “eticidade” é utilizada por Marcos Nobre para definir a ação constantes em “um mundo de vida compartilhado”. (NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 15).

6 NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 15-16.

Sobre esta entidade sagrada, percebida como “sociedade tradicional”, Marcos Nobre enfatiza:

Cabe a essa interpretação única e geral responder aos problemas de saber por que alguns têm mais bens materiais do que outros, por que alguns tem mais bens espirituais do que os outros, por que alguns são mais felizes e outros não. Com isso, essa interpretação legitima a ordem social existente, estabelecendo-a não apenas como desejável, mas também como a única possível.⁷

Frente as suas peculiaridades arcaicas, a ordem social de cunho tradicional não persistiu e iniciou seu processo de colapso quando as indagações de seus membros tornaram-se mais fervorosas que a aceitação a esta sistemática. Neste momento, “o dissenso no interior da comunidade não é mais eventual, de um ou de outro indivíduo, mas de parcela significativa de seus membros”⁸, autorizando com isso, a ocorrência da transição paradigmática e a introdução de uma forma moderna de organização social.

Assim, foram surgindo diversas formas de pensar, sendo que a sociedade moderna, que também é capitalista, torna-se plural e passa a se concentrar em um mesmo espaço político, que é marcado por diversas concepções de mundo e de maneiras de idealizar a sua existência.⁹ Estas formas originais de pensar, ultrapassaram os limites oferecidos pela comunidade tradicional e frente a este movimento multicultural são apresentadas respostas variadas sobre as indagações até então não solucionadas. A construção do pacto social¹⁰, entabulada pelos contratualistas, remonta em uma das “formas de responder a esses problemas e à necessidade

7 NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 15-16.

8 NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 16.

9 NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 16.

10 Embora a exploração histórica do pacto social e de seus idealizadores não seja o objetivo central deste trabalho, torna-se aqui importante trazer algumas lições de Lenio Streck sobre o contrato social: [...] para superar os inconvenientes do estado de natureza, os homens se reúnem e estabelecem entre si um pacto que funciona como instrumento de passagem do momento “negativo” de natureza para o estágio político (social); serve ainda como fundamento de legitimização do “Estado de Sociedade”. (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 8. ed. revisada e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 31).

da sociedade moderna capitalista de instaurar um novo fundamento de legitimação que não a tradição sagrada e incontestável”.¹¹

Nessa perspectiva, se a noção de contrato social decorre primordialmente do consenso da sociedade em manter-se organizada por meio de um pacto e de sua igualdade na capacidade em contratar, como compreender no plano fático o que esta nova concepção proporciona a sociedade? E quais garantias este consenso pode gerar? Esta indagação é respondida de forma pertinente por Marcos Nobre. Veja-se:

Que direitos são esses que precedem a instauração da sociedade civil e quem são seus portadores? Esses direitos são justamente os direitos do homem, direitos da própria natureza humana, direitos naturais do homem, dentre os quais se encontram direitos que são alienáveis, e outros que são inalienáveis. Segundo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa de 1789, são direitos inalienáveis, por exemplo, os direitos à liberdade, à propriedade, à segurança e à resistência à opressão.¹²

Nesse passo, todas estas mudanças impulsionaram, sobretudo, o direito e a política, que aliados, passaram a construir sua própria aplicação aos diversos domínios da vida social (ciência, religião, moral, economia, arte, dentre outros), que renunciaram, mesmo que de forma gradativa, as soluções propostas pelo direito natural. Ademais, como proveniência da modernidade o direito positivo passou a ganhar espaço, de modo que, a produção legislativa também começou a se desenvolver de forma considerável.¹³ Destarte, estas construções da filosofia política moderna consagraram a autonomização progressiva do direito, em relação a pluralidade de eticidades evidenciada no campo político e no que se refere a expansão da normatividade da ciência jurídica.¹⁴

Em suma, a unicidade de pensamentos reverenciados pela sociedade tradicional é deixada para trás, uma vez que, a complexidade da sociedade moderna passa a merecer atenção especial. Daí que, “a vida cotidiana na sociedade moderna é repleta de conflitos e tensões entre as diversas

¹¹ NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 17.

¹² Ibidem, p. 17.

¹³ Ibidem, p. 19.

¹⁴ Ibidem, p. 19.

lógicas próprias das várias esferas culturais de valor”¹⁵. Assim, estas peculiaridades demonstram que o consenso que advém da subordinação não é apto a suportar a pluralidade do atual paradigma.

No entanto, como dito na abertura deste estudo, a compreensão do período em que a construção Habermasiana apoia seus estudos é apenas uma das noções básicas para o entendimento de sua teoria da ação comunicativa. Desse modo, o próximo passo será a exposição das racionalidades que fundamentam as ações sociais.

1.2 A LINGUAGEM

Antes de adentrar ao plano das especificidades existentes entre as racionalidades inerentes as ações sociais, não seria pertinente deixar de enfatizar que Jürgen Habermas possui importantes objetivos no plano fático, mas para que estes se concretizem não há possibilidade de manter-se a lógica da filosofia da consciência.¹⁶ Desse modo, já que este paradigma não condiz com as peculiaridades presentes da sociedade moderna, o autor empreende vasta investigação sobre a necessária emancipação social e demonstra que o paradigma hábil a enfrentar tantos os dissensos e pluralidades contemporâneos, é o da linguagem.

O paradigma da linguagem apresenta especificidades que contribuem com os novos aspectos apresentados pela sociedade moderna, uma vez que, “a linguagem é o que está dado, e portanto, não pode ser produto de um sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*), que constrói o seu próprio objeto de

15 NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 20.

16 Diante da complexidade histórica demonstrada no estudo da transição da filosofia da consciência à teoria do conhecimento, esta não será abordada neste estudo. No entanto, faz-se necessário expor trechos das lições de Lenio Streck, sobre parte desta discussão fundamental: [...] a ruptura com a filosofia da consciência – esse é o “nome” do paradigma da subjetividade – dá-se no século XX, a partir do que passou a ser denominado de giro linguístico. Esse giro “liberta” a filosofia do *fundamentum* que, da essência, passara, na modernidade, para consciência. Mas, registre-se, o giro ou guinada não se sustenta tão somente no fato de que, agora, os problemas filosóficos serão linguísticos, em face da propalada “invasão” da filosofia pela linguagem. Mais do que isso, tratava-se do ingresso do mundo prático na filosofia. Da epistemologia – entendida tanto como teoria geral ou teoria do conhecimento – avançava-se em direção a este novo paradigma. Nele, existe a descoberta de que, para além do elemento lógico analítico, pressupõe sempre uma dimensão de caráter prático-pragmático. Em Heidegger, isso pode ser visto a partir da estrutura prévia do modo de ser no mundo ligado ao compreender; em Wittgenstein, (*Investigações Filosóficas*), é uma estrutura social comum – os jogos de linguagem que proporcionam a compreensão. E é por isso que se pode dizer que Heidegger e Wittgenstein foram os corifeus dessa ruptura paradigmática, sem desprezar as contribuições de Austin, Apel, Habermas e Gadamer, para citar apenas estes. (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decidio conforme minha consciência?* 5. ed. revisada e atualizada, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015. p. 14).

conhecimento”.¹⁷ Oposta as premissas das construções solitárias, a linguagem demonstra fatores como a intersubjetividade, que se evidenciam no plano fático devido a sua capacidade possibilitadora de formação linguística por meio da partilha recíproca de experiências, construções, símbolos e ações.¹⁸

Em seus trabalhos, Jürgen Habermas expõe as minúcias desta transição paradigmática:

A passagem do paradigma da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem constitui um corte de igual profundidade. A partir deste momento, os sinais linguísticos, que serviam apenas como instrumento e equipamento das representações, adquirem, como reino intermediário dos significados linguísticos, uma dignidade própria. As relações entre linguagem e mundo, entre proposição e estados de coisas, substituem as relações sujeito objeto. O trabalho de constituição do mundo deixa de ser uma tarefa da subjetividade transcendental para se transformar em estruturas gramaticais. O trabalho reconstrutivo dos lingüistas (sic) entra no lugar de uma introspecção de difícil controle. Pois, as regras, segundo as quais os signos são encadeados, as frases formadas e os enunciados produzidos, podem ser deduzidas de formações lingüísticas (sic) que se apresentam como algo já existente. Deste modo, não somente a filosofia analítica e o estruturalismo constroem para si uma base metódica; a partir da teoria husserliana do significado constroem-se pontes em direção à semântica formal. A própria Teoria Crítica é surpreendida no final pela guinada linguística(sic)!¹⁹

Diante destas constatações, se verifica por quais motivos tal paradigma salta ao olhar de Jürgen Habermas, que empreende em harmonia a este, a teoria da ação comunicativa. Em sua essência a aludida teorização, visa substituir os “velhos” e “antiquados” moldes da filosofia da consciência pela filosofia do entendimento ou do conhecimento, sendo que esta “mudança vai muito além de uma simples troca de etiqueta”.²⁰ Entretanto, para que não ocorra qualquer equívoco quanto a compreensão sobre a pragmática da

17 STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?* 5. ed. revisada e atualizada. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015. p. 17.

18 MONICA, Eder Fernandes; HANSEN, Gilvan Luiz. A teoria Crítica sob o prisma discursivo de Habermas. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 400.

19 HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: Estudos Filosóficos*. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1990. p. 15.

20 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 2003. p. 19.

linguagem, sob a ótica Habermasiana, se faz necessário invocar algumas observações realizadas por Antônio Inanni Segatto:

[...] é preciso ter em mente que para ele se trata de formular uma teoria pragmática, pois lhe interessam não as estruturas sintáticas ou exclusivamente semânticas da linguagem, que presidem as relações internas entre os componentes das sentenças ou as relações internas entre os componentes das sentenças ou as relações entre as sentenças e seus referentes, mas as estruturas elementares que presidem o uso comunicativo daquela.²¹

Todo este aparato teórico, possibilita a Jürgen Habermas explanar a ideia de agir comunicativo, pois, remetendo todos os possíveis envolvidos no debate ao plano da linguagem, surge a compreensão de que a pragmática universal apenas será possível nestes parâmetros, ou seja, se o entendimento não for obtido por meio da linguagem, será inviável universaliza-lo. Ademais, para que a universalização seja factível, deve-se evidenciar além do entendimento recíproco, a adoção de certas pretensões ou condições de validade.²²

Neste sentido, Jürgen Habermas preleciona serem:

[...] passíveis de universalização exatamente aquelas normas que, por encarnarem manifestamente um interesse comum a todos os concernidos, podem contar com o assentimento universal – e, nesta medida, merecem reconhecimento intersubjetivo.²³

Insta salientar que, mesmo que de forma breve, que Jürgen Habermas parte da concepção do imperativo categórico idealizado por Immanuel Kant para estruturar o princípio de universalização. No entanto, o autor não adota a teoria Kantiana de forma integral, uma vez que Jürgen Habermas acredita que somente o procedimento deliberativo “radical” poderá legitimar a universalidade de vontades. Assim, à luz da racionalidade comunicativa não é possível que a universalização ocorra por meio de “imperativos genéricos” que tenham sido eleitos por meios não válidos ou que desrespeitem o interesse comum de todos os envolvidos.²⁴

²¹ SEGATTO, Antonio Inanni. A tensão entre facticidade e validade. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 37.

²² FERREIRA, Rafael Alem de Mello. *Jurisdição constitucional agressiva*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 77.

²³ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 86.

²⁴ KEINERT, Maurício Cardoso; HULSHOF, Monique; MELO, Rúrion Soares. Diferenciação e complementariedade entre direito e moral. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 84.

Dessa feita, como informado na abertura deste tópico, se passara neste momento a análise da racionalidade, já que suas distinções são essenciais para a compreensão dos elementos existentes no paradigma discursivo e representam ainda uma importante forma de estabilização do “enorme potencial de conflito, dissenso e destruição liberado quando do surgimento da sociedade moderna”²⁵.

A ação comunicativa é descrita nos parágrafos antecessores como espécie de racionalidade que pode ser identificadas precipuamente por sua relação íntima com a linguagem. Em oposição a este agir comunicativo, deve ser levado em consideração a existência do agir classificado como estratégico, que se evidencia por suas ações solitárias ou egocêntricas e assim, não necessita do consenso mútuo para obtenção do sucesso.²⁶

Verifica-se nas lições de Jürgen Habermas que em ambas as situações:

[...] a estrutura teológica da ação é pressuposta na medida em que atribui aos atores a capacidade de agir em vista de um objetivo e o interesse em executar seus planos de ação. Mas o modelo estratégico da ação pode se satisfazer com a descrição de estruturas do agir imediatamente orientado para o sucesso, ao passo que o modelo do agir orientado para o entendimento mútuo tem que especificar condições para um acordo alcançado comunicativamente sob os quais Alter pode anexar suas ações às do Ego.²⁷

Nas palavras de Gisele Cittadino, a racionalidade comunicativa está presente como consequência da sociedade moderna, de modo que seus integrantes são levados a práticas rotineiras de autorreflexão e interação crítica. Veja-se:

Habermas parte do pressuposto de que o traço fundamental da modernidade é a configuração do indivíduo como sujeito capaz de autorreflexão (sic) e crítica, o que lhe permite exigir igualdade de respeito e disponibilidade para o diálogo. A hermenêutica, em Habermas, designa precisamente o espaço da autorreflexão (sic) e da crítica, enquanto que a pragmática inclui o território discursivo cujo núcleo central é o entendimento. É através da conjunção hermenêutica e da pragmática, isto é, do processo de autorreflexão (sic) que se processa no âmbito da interação comunicativa – de vez que está esgotado o

²⁵ SEGATTO, Antonio Ianni. A tensão entre facticidade e validade. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 20.

²⁶ FERREIRA, Rafael Alem de Mello. *Jurisdição constitucional agressiva*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 78.

²⁷ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 165.

paradigma da filosofia da consciência que pressupõe um direito racional isolado – que se constitui a formação racional da vontade.²⁸

Mas para que a ação comunicativa esteja apta do ponto de vista racional, esta deve pressupor que certos requisitos ou pretensões de validade sejam devidamente atendidos, contudo, não há “nenhum tipo de indicação concreta para o desempenho das tarefas práticas”²⁹, já que estas pretensões não possuem caráter informativo ou meramente instrumental. Desse modo, são pretensões de validade, que se alternam em aspectos de verdade, correção e sinceridade,³⁰ as seguintes:

[...] o enunciado formulado é verdadeiro (ou conforme o caso, que as pressuposições de existência de um conteúdo proposicional mencionado são acertadas); que o ato da fala é correto relativamente a um contexto normativo existente (ou, conforme o caso, que o contexto normativo que ele realiza, é ele próprio legítimo); e que a intensão manifesta do falante é visada do modo com é proferida.³¹

Jürgen Habermas vincula todos os complexos e sofisticados elementos relacionados neste tópico para oportunizar a ocorrência de procedimentos formais de entendimento, que são pautados em regras produzidas de maneira isonômica e pelos seus próprios participantes, a fim de permitir o “verdadeiro” entendimento das questões discutidas³². Nesse sentido, a construção Habermasiana propõe:

[...] processos de entendimento mútuo visam um acordo que depende do assentimento racionalmente motivado ao conteúdo de um proferimento. O acordo não pode ser imposto à outra parte, não pode extorquido ao adversário por meio de manipulações: o que manifestamente advém graças a intervenção externa não pode ser tido na conta de um acordo. Este assenta-se sempre em convicções comuns. A formação de convicções pode ser analisada segundo o modelo das tomadas de

²⁸ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 92-93.

²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 2003. p. 21.

³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1989. p. 168.

³¹ Ibidem, p. 167.

³² HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*: Estudos Filosóficos. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1990. p. 15. Nota da autora: No agir comunicativo, o entendimento ultrapassa os limites da simples compreensão do que é dito, esta compreensão que se atrela aos meios linguísticos para que haja a verdadeira compreensão, denominada por Jürgen Habermas como fins ilocucionários.

posição em face de uma oferta de ato de fala. O ato de fala de um só terá êxito se o outro aceitar a oferta nele contida, tomando posição afirmativamente, nem que seja de maneira implícita, em face de uma pretensão de validez em um princípio criticável.

Em suma, a razão comunicativa que corresponde a construção típica do entendimento e da ética discursiva, busca impossibilitar a constante propagação das teorizações solipsistas, pois a adoção do paradigma da linguagem pela razão comunicativa não dialoga com formas pré-determinadas de ação que visem assegurar a vinculação dos participantes do debate a soberania dos sujeitos ou de suas vontades-individuais, como ocorre nas ações que adotam orientação prática.³³

Com o objetivo de tornar ainda mais nítida a ideia de racionalidade, no próximo tópico se passará a investigação das diferenciações entre as rationalidades instrumental e comunicativa.

1.3 A RACIONALIDADE INSTRUMENTAL E A RACIONALIDADE COMUNICATIVA

Em Teoria da ação comunicativa, Jürgen Habermas, realiza críticas á Racionalidade Instrumental, com o intuito de demonstrar a existência de uma racionalidade capaz de desenvolver a emancipação social. Apesar das racionalidades supramencionadas não serem novidade para aqueles que acompanham as obras Habermasianas, cumpre esclarecer as propostas gerais de cada uma.³⁴

Se a racionalidade instrumental tende a impulsionar a “reprodução” material da sociedade, noutro giro, a racionalidade comunicativa visa possibilitar a “reconstrução” social rumo aos enfrentamentos civilizatórios.³⁵ A primeira consiste em uma orientação para que sua finalidade seja atingida, ou seja, se utiliza de ações determinadas para obtenção de fins específicos. Nesta espécie de racionalidade, se verifica que o “mundo e os atores sociais são tomados não como sujeitos dotados de opiniões, visões de mundo e crenças, mas como meros objetos, como meios vistas à consecução de um fim determinado.”³⁶ Ao contrário desta lógica instrumental, a segunda

³³ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 2. ed. revisada e atualizada. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 99-100.

³⁴ FERREIRA, Rafael Alem de Mello. *Jurisdição constitucional agressiva*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 80.

³⁵ MOREIRA, op. cit., p. 102.

³⁶ NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 20.

orienta suas ações de modo a possibilitar que todos participantes possam, em posição de igualdade, nortear suas escolhas por meio do discurso. Não há nesta forma de agir a manifestação de cunhos intencionais, pois, seu “o objetivo não é o êxito, não é o cálculo dos melhores meios para alcançar fins previamente determinados; a ação comunicativa tem por objetivo o entendimento entre os participantes da discussão.”³⁷

Neste prisma, tanto a ação instrumental como a comunicativa devem ser consideradas como racionais, contudo de sua análise resultam algumas distinções, pois, “na ação instrumental, o saber é utilizado para a manipulação instrumental do mundo; na ação comunicativa, o saber é utilizado para o entendimento comunicativo.”³⁸ Se a racionalidade está presente em ambas as ações, mesmos que estas sejam diferentes nas consecuções de seus objetivos, ou seja, a ação instrumental, em seus parâmetros é competente quando possibilitadora de intervenção eficiente no mundo, mas a ação comunicativa não parte das mesmas premissas, e sim, busca por meio de procedimentos de entendimento recíproco obter o melhor argumento racional.³⁹

Ademais, “ambas as ações (comunicativa e teleológica) são suscetíveis de crítica: qualquer um pode criticá-las, dizendo por exemplo que elas não atingirão os seus resultados.”⁴⁰ Logo, se a ação instrumental e a comunicativa podem ser questionáveis, isto corrobora com o fato de que estas estão necessariamente impelidas a cumprir certas pretensões de validade, sendo que estas remetem a oportunidade do destinatário de indagar a verdade existente nos elementos apontados, de modo que, “alguns elementos tem de ser atendidos para o sucesso destas formas”.⁴¹

Rafael Lazzarotto Simioni realiza importantes observações sobre a racionalidade instrumental e a racionalidade comunicativa:

[...] ao mesmo tempo em que alguém age teleológica ou comunicativamente, ele coloca a sua ação diante da possibilidade sempre presente de crítica a respeito da verdade do conteúdo fático a que se referem essas duas modalidades de ações racionais. Tanto para uma intervenção eficaz de

³⁷ NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 21.

³⁸ SIMONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 28.

³⁹ Ibidem, p. 28.

⁴⁰ Ibidem, p. 28.

⁴¹ FERREIRA, Rafael Alem de Mello. *Jurisdição constitucional agressiva*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 83.

mundo, como para um entendimento comunicativo, a base fática da ação poderá sempre ser questionada a respeito de sua verdade.⁴²

Mas as rationalidades instrumental e comunicativa, apesar de se tratarem do objeto central desta celeuma não são as únicas que podem ser criticáveis, sendo que além destas, verifica-se a existência da rationalidade normativa, bem como, da rationalidade expressiva. Enquanto a primeira é medida por um critério de correção, já que é uma ação voltada para a obediência a lógica normativa, a segunda, é apurada por um critério de sinceridade, uma vez que, sua ação irá pautar-se em sentimentos, estado de ânimo e sensações.⁴³

Frente a todas estas espécies de rationalidade, Jürgen Habermas constata a que as rationalidades instrumental, normativa e expressiva, compartilham do mesmo sentido racional, “que é a capacidade de um ator de justificar a rationalidade do seu comportamento.”⁴⁴ Esta coerência sistemática entre as aludidas rationalidades, conduzem a um critério de rationalidade universal, que possibilita ao ator fundamentar o seu próprio ato, ou seja, nasce a possibilidade de justificação intersubjetiva das rationalidades instrumental, normativa e expressiva.⁴⁵

Para Rafael Alem Mello Ferreira a partir da análise da rationalidade universal deve-se compreender que nesta,

[...] não se determina a qual fim deve chegar uma ação instrumental, qual norma será prevalente ou mesmo se uma pessoa é sincera ou não. Temos o estabelecimento de uma ideia formal, que respeita a diversidade por não ter a presunção de determinar o conteúdo de nenhuma das proposições.⁴⁶

No entanto, nem sempre a rationalidade universal terá pretensões de validade (verdade dos enunciados, correção normativa e veracidade expressiva) aptas a possibilitar que “uma ação social seja considerada universalmente racional”⁴⁷, visto que estas podem ser satisfeitas ou não, em meio a sua fundamentação. Nessa linha, Jürgen Habermas assevera:

⁴² SIMIONI, op. cit., p. 29.

⁴³ Ibidem, p. 29.

⁴⁴ Ibidem, p. 29.

⁴⁵ Ibidem, p. 30.

⁴⁶ FERREIRA, Rafael Alem de Mello. *Jurisdição constitucional agressiva*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 84.

⁴⁷ SIMIONI, op. cit., p. 31.

Quem rejeita uma oferta inteligível de ato de fala contesta a validade do proferimento sob pelo menos um desses três aspectos da verdade, da correção e da sinceridade. Com esse “não”, ele dá expressão ao fato de que o proferimento não preenche pelo menos uma de suas funções (da representação de estados de coisas, do asseguramento de uma relação interpessoal ou da manifestação de vivência), por que ele ou bem se não se harmoniza com o mundo do estado de coisas existentes, ou bem com o nosso mundo de relações interpessoais legitimamente ordenadas, ou bem como o mundo particular das vivências subjetivas. Na comunicação quotidiana normal, esses aspectos não são de modo algum claramente distinguidos; mas, no caso do dissenso ou da problematização persistente, os falante competentes podem diferenciar cada referência ao mundo, tematizar cada pretensão de validade e posicionar-se em cada caso relativamente àquilo com que depararam, quer se trate de algo objetivo, quer de algo normativo, quer subjetivo.⁴⁸

Diante da construção de Jürgen Habermas e das investigações realizadas por Rafael Lazzarotto Simioni se verifica certa vinculação entre distintas condições e pretensões de validade, bem como, entre as justificações das pretensões de validade. Enquanto, as condições de validade são marcadas por suas “relações de adequação entre proposições e um estado-de-coisas no mundo objetivo (verdade), social (correção normativa) e subjetivo (sinceridade)”,⁴⁹ as pretensões de validade consistem “na expectativa que os falante depositam nos demais participantes da interação, no sentido que eles reconheçam a verdade, correção normativa e a sinceridade de suas proposições”⁵⁰. E ao final, para que os participantes ou atores desta empreitada discursiva possuam a possibilidade de considerar as pretensões de validade capazes ou não de justificar suas ações sociais, estes devem elaborar e apresentar suas próprias justificações discursivas/argumentativas advindas da análise das pretensões de validade “que podem apelar tanto para as instituições, tradições e experiências, com às consequências da ação”⁵¹.

Dessa feita, se passará a analise da reformulação necessária a concepção de democracia deliberativa, em mundo da vida e sistemas especializados.

48 HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 168.

49 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 31.

50 Ibidem, p. 31.

51 Ibidem, p. 31.

1.4 A CONCEPÇÃO DE DEMOCRACIA DELIBERATIVA: ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE

A compreensão de que o “direito carrega dentro de si uma tensão estrutural”⁵² surge com o nascedouro da sociedade moderna, visto que a sociedade tradicional não possibilita a formação de uma estrutura diversa do fundamento transcendental e de sua eticidade uniforme. Contudo, pode(m) o leitor e/ou a leitora questionar(em): como esta tensão se desenvolve? Como o direito pode carregar dentro de si legitimidade para abarcar tal tensão? Como a sociedade moderna pode ser o cerne desta teorização? Como um procedimento formal pode unir reciprocamente as esferas para o exercício da democracia deliberativa? Como a pragmática universal pode ser aplicada nas questões deliberadas? Todas estas indagações são respondidas ao se investigar a tensão existente entre “facticidade” e “validade”.

No entanto, para a melhor percepção deste binômio será essencial trazer a baila algumas distinções que se mostram importantes no plano fático e teórico, assim esta análise parte da introdução entre mundo da vida e sistemas especializados, para exemplificar os reais objetivos da política deliberativa Habermasiana. Em suma, o mundo da vida consiste em um espaço em que se originam e desenvolvem rotineiramente as relações entre os indivíduos, os sistemas especializados são apontados por serem um aglomerado de instituições específicas, que são marcadas por possuírem sua própria racionalidade, são exemplos destas instituições, os sistemas políticos e econômicos.⁵³Jürgen Habermas formula distinções sobre mundo da vida e sistemas, de modo a demonstrar como se dará a instauração de um nova maneira de circulação de poder político, neste caso marcada pela concepção procedural deliberativa de democracia.⁵⁴

A relação entre mundo da vida e sistema revela sua face ofensiva, uma vez que este novo modelo de circulação do poder político demonstra a existência de “um processo mais amplo e mais ativo junto aos processos formais mediados institucionalmente.”⁵⁵Esta contrapartida ofensiva firma-

52 NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 28.

53 FERREIRA, Rafael Alem de Mello. *Jurisdição constitucional agressiva*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 40-41.

54 LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera Pública e Democracia: Modelo teórico e discursos críticos. *Kriterion - Revista do Departamento de filosofia e ciências humanas da universidade federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 51, n. 121, p. 228. jun. 2010.

55 LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera Pública e Democracia: Modelo teórico e discursos críticos. *Kriterion - Revista do Departamento de filosofia e ciências humanas da universidade federal de minas gerais*, Belo Horizonte, v. 51, n. 121, p. 229. jun. 2010.

se na ideia de processos de institucionalização, de modo que a construção da democracia deliberativa somente é possível se realizada em “um processo de normatização, que se inicia pela formação da opinião e da vontade nas esferas públicas informais, que acaba desaguando, pelo caminho procedural, nas instâncias formais de deliberação e decisão”.⁵⁶

Neste leque, Jürgen Habermas demonstra que a existência de uma força mediadora que “pertença ao sistema sem se encontrar encapsulada nele e por ele”⁵⁷ será essencial para o convívio harmonioso e de formação deliberativa entre a vontade popular e a esfera pública. Já se pode imaginar qual instância o autor designará como apta a mediar esta relação, não há outra para ele, senão, o direito. Assim, o direito “desempenha uma função de “charneira”, de articulação (á maneira de uma dobradiça) entre o mundo da vida e o sistema”⁵⁸, se por um lado a ciência jurídica desempenha funções relacionadas ao dinheiro e poder, e por isto é considerado como um medium como eles, de outro, tem a capacidade de traduzir dinheiro e poder aos influxos comunicativos.⁵⁹

Nesse sentido, Marcos Terra reflete sobre o assunto:

[...] a relação entre sistema e mundo da vida é uma via de mão dupla em que temos, de um lado, pretensões colonizadoras (i. é. patológicas do ponto de vista da emancipação) do sistema em relação ao mundo da vida e, de outro, tentativas emancipatórias de influência e de direcionamento do sistema pelo mundo da vida, sempre resguardando aqui o cerne instrumental minimamente necessário à reprodução material da sociedade. E essa via de mão dupla é o direito como medium, vale dizer, ao mesmo tempo como mediador e como portador de lógicas diversas, e muitas vezes, antagônicas.⁶⁰

Na linha Habermasiana, o direito é visto como forma coerção legítima e ainda expressão de um procedimento de formação popular onde todos os indivíduos envolvidos devem possuir voz para expressar-se. O entendimento

⁵⁶ LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera Pública e Democracia: Modelo teórico e discursos críticos. *Kriterion - Revista do Departamento de filosofia e ciências humanas da universidade federal de minas gerais*, Belo Horizonte, v. 51, n. 121, p. 230. jun. 2010.

⁵⁷ NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 26.

⁵⁸ Ibidem, p. 26.

⁵⁹ Ibidem, p. 26.

⁶⁰ Ibidem, p. 27.

desta dupla face da ciência jurídica, torna factível a leitura de que os sistemas especializados e o mundo da vida se correlacionam de forma recíproca e constante. Não obstante o exposto, Marcos Nobre enfatiza:

[...] o direito pode tanto ser tomado de maneira unilateral e distorcida para servir unicamente como instrumento de colonização do mundo da vida pelo sistema como, ao contrário, o direito pode ser portador de impulsos de reação à colonização e mesmo de movimentos ofensivos para orientar processos sistêmicos em um sentido determinado.⁶¹

Daí que se verifica a notável e crucial função do direito como meio legítimo a orientar a colonização do mundo da vida, ou seja, de influenciar em suas formas de coerção e sistemática, para estruturar sua permanência, bem como, nortear as decisões que são tomadas diariamente, de modo á possibilitar que reflexos destas sejam aceitos pelos abrangidos (pessoas direta ou indiretamente atingidas pelos efeitos jurídicos).

E se o direito demonstra-se como hábil a comportar esta nova construção paradigmática, não há forma mais idônea e isonômica de possibilitar esta reviravolta na ciência jurídica que por meio de um procedimento formal, que presa pela linguagem e pela democracia deliberativa. Todavia, a construção racional da vontade apenas se tornará legítima se amarrada a um procedimento de normatização ou de institucionalização, que permita o respeito as diferenças e não impõem quais os resultados devem ser obtidos em sua prática, mas sim possibilita que argumentativamente os participantes decidam o que acreditam ser melhor.⁶²

Mas se esta construção racional não deve agir orientada apenas para o sucesso e os sujeitos que a integram devem pautar-se no entendimento, atuando por meio de práticas intersubjetivas, como desenvolver tal procedimento? É nesse instante, que a tensão entre facticidade e validade demonstra-se como legítima a propiciar a concretização dos objetivos fulcrais de Jürgen Habermas, sendo estes centrados na “possibilidade de integração social e a manutenção da ordem social nas sociedades modernas por meio do direito.”⁶³

61 NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 27.

62 LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera Pública e Democracia: Modelo teórico e discursos críticos. *Kriterion - Revista do Departamento de filosofia e ciências humanas da universidade federal de minas gerais*, Belo Horizonte, v. 51, n. 121, p. 235. jun. 2010.

63 FERREIRA, Rafael Alem de Mello. *Jurisdição constitucional agressiva*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 92.

Na mesma linha de pensamento, e complementando esta constatação, Rafael Lazzarotto Simioni comprehende que para Jürgen Habermas, o direito,

* [...] só possui força de realização social na medida da sua legitimidade. E a sua legitimidade pressupõe a sua consonância com conteúdos morais. A moral então complementa o direito e assim, Habermas propôs o resgate da moral universal (procedimental) como fundamento de validade (legitimidade) do direito.⁶⁴

Entretanto, cumpre destacar que embora se tenha como propósito discorrer sobre “facticidade” e “validade”, que correspondem a noções substanciais ao paradigma procedural, este assunto não será debatido de forma ampla, pois, seria impossível, já que Jürgen Habermas utiliza da imensidão de capítulos que compõem a obra *“Direito e Democracia: entre facticidade e validade”*⁶⁵ para tratar deste binômio. Desse modo, o que se busca é demonstrar quais peculiaridades destas tensões conduzem o autor a compreensão de que, a facticidade e a validade são essenciais a estrutura da linguagem e ainda, apresentam os fatores decisivos que as tornam indispensáveis para a análise do direito moderno.

Todavia, as tensões, facticidade e validade nem sempre foram denominadas desta forma, em “Teoria da ação comunicativa,”⁶⁶ Jürgen Habermas utiliza-se das expressões “significado” e “validade” para articular sobre este binômio, que como distinguido anteriormente, é dividido em mundo da vida e sistemas especializados.

Sobre a transição de denominações de significado e validade à facticidade e validade, Rafael Lazzarotto Simioni entende que:

A diferença entre significado e validade constitui a “contradição fundamental” que motiva o entendimento intersubjetivo. A diferença entre facticidade e validade será a “contradição fundamental” que motiva a reconstrução das possibilidades de realização do direito.⁶⁷

64 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 115.

65 A obra “Direito e Democracia: Entre facticidade e validade” foi traduzida por Flávio Beno Sienbeneichler a partir do original: HABERMAS, Jürgen. Original Fazitizitat und Geltung, Beiträge zur Diskurs theorie des Recht und des demokratinchen Rechtsstaats. Frankfurt Main. 1998.

66 A obra Teoria da Ação Comunicativa foi traduzida por Manuel Jiménez Redondo, sendo que esta conta com dois volumes: *Teoría de la acción comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social e Teoría de la acción comunicativa II: crítica de la razón funcionalista*.

67 SIMIONI, op. cit., p. 115.

Logo, a tensão originada pelo elo de ligação entre facticidade e validade é considerado como “mola propulsora de toda teoria discursiva do direito”.⁶⁸ E assim, não possui uma definição única ou genérica devido a diversidade de significados e sentidos que a integram,⁶⁹ sendo que a sua uniformização ou unificação poderiam ocasionar a supressão de sua essência e impossibilitar uma das propostas primordiais realizadas pelo autor, que corresponde a ascensão da linguagem e sua consequente inclusão na construção de uma democracia “radical”, ou seja, que aceita a inclusão do outro na esfera deliberativa. Ratificando a complexidade que decorre desta construção Habermasiana, Antonio Inanni Segatto aduz que:

Não é difícil perceber a pluralidade de sentidos entre facticidade e validade exige, para a sua compreensão, a mobilização dos instrumentos teóricos de diversas disciplinas, como a teoria e a filosofia da linguagem, a teoria social, a teoria e a filosofia políticas etc.⁷⁰

Não obstante, a historicidade, evolução e diversos questionamentos existentes sobre a tensão entre facticidade e validade, nesse momento, sob o enfoque da teoria discursiva e do paradigma procedural, merece destaque a percepção de que em um Estado Democrático de Direito, os autores e destinatários estão vinculados de forma simultânea no sistema de direitos. Assim, todos são vistos como sujeitos capazes de analisar a adequação fática de uma norma, bem como verificar se esta norma pode ser alvo do princípio de universalidade recebendo o assentimento de todos os participantes.⁷¹

Nesse leque, é que Antonio Inanni Segatto preleciona:

A positividade de uma norma (sua facticidade) não se confunde, com sua legitimidade (sua validade). Vê que esta tensão entre facticidade e validade, de um ponto de vista interno ao direito, se mostra como uma tensão entre facticidade da coerção e a validade da norma produzida de maneira legítima. Trata de uma tensão interna ao direito, pois, os cidadãos, que se comprehendem como autores da norma são também seus destinatários.⁷²

⁶⁸ FERREIRA, Rafael Alem de Mello. *Jurisdição constitucional agressiva*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 91.

⁶⁹ Ibidem, p. 91.

⁷⁰ SEGATTO, Antonio Ianni. A tensão entre facticidade e validade. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 37.

⁷¹ Ibidem, p. 50.

⁷² Ibidem, p. 50

Esta nova forma de compreender as sociedades modernas, procura “escapar da falsa alternativa entre normativismo e objetivismo em busca de uma perspectiva teórica que possa dar conta tanto da dimensão da facticidade quanto da validade”⁷³ para com isto alcançar algo que seja maior que a racionalidade instrumental e a lógica existente na filosofia da consciência. A proposta de Jürgen Habermas é por meio da racionalidade comunicativa amparar a ciência jurídica de forma legítima, pois apenas no discurso uma norma ou decisão podem ser consideradas válidas e assim serem aceitas de maneira racional. Esta construção será objeto do próximo tópico deste trabalho, pois, se uma norma não pode ser considerada legítima sem o devido debate, uma decisão judicial, que se apoia na “consciência, aspirações e experiências de um julgador” pode ser considerada válida no atual cenário democrático?

2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

O Estado Democrático de Direito “tem seu berço no constitucionalismo surgido no segundo pós-guerra”,⁷⁴ sendo que uma de suas principais diretrizes se firma na implementação de direitos fundamentais e de garantias que sejam eficazes ao cumprimento dos direitos tutelados. Nesta “nova” sistemática, o texto constitucional passa a ser considerado como norma jurídica, de modo que esta disciplina a forma de atuação estatal, a maneira de produção normativa e impõe limites para aplicação de seu conteúdo. Assim, passa a vigorar “a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final das normas constitucionais”⁷⁵.

Nestes moldes, surge o vocábulo Jurisdição Constitucional que consiste na atuação dos “juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.”⁷⁶ No entanto, a existência destes mecanismos jurídicos não permitem a perpetuação de ações

⁷³ SEGATTO, Antonio Ianni. A tensão entre facticidade e validade. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 51.

⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 8. ed. revisada e atualizada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 107.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Jurisdição Constitucional: a tênue fronteira entre direito e política*. [S. l.]. Migalhas, 2014. p.3.

⁷⁶ Ibidem, p.4.

“desenfreadas” do Poder Judiciário, sob pena de estar-se deturpando as premissas fixadas pela democracia.⁷⁷

De forma clara, Jürgen Habermas realiza considerações sobre a delimitação de funções do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. Veja-se:

Ora, a prática de decisão está ligada ao direito e à lei, e a racionalidade da jurisdição depende da legitimidade do direito vigente. E esta depende, por sua vez, da racionalidade de um processo de legislação, o qual, sob condições da divisão de poderes no Estado de direito, não se encontra à disposição dos órgãos da aplicação do direito.⁷⁸

Logo, torna-se de extrema relevância questionar a legitimidade das decisões auferidas na atuação dos órgãos do Poder Judiciário, uma vez que a crescente difusão deste, perturba a própria divisão de poderes e coloca em xeque o princípio da democracia.⁷⁹ Contudo, ao se discutir as condições de possibilidade de uma decisão jurídica, não se estará a impedir que o julgador, a partir dos princípios e regras existentes no ordenamento jurídico, realize, sob á luz do texto constitucional a devida interpretação destes, mas busca-se impossibilitar que tais interpretações sejam transformadas em mero ato de vontade do julgador.⁸⁰ Isto é, procura-se aqui, neutralizar a atuação dos membros do judiciário que utilizam-se de normas – que devem ser entendidas como regras e princípios – apenas para “camuflar” os argumentos valorativos. Desse modo, a conotação arbitrária pela ordem valorativa faz crescer “o perigo dos juízos irracionais”.⁸¹ Apesar de não ser objeto central deste estudo, a distinção realizada por Jürgen Habermas para compreensão de valores e normas, demonstra sua elementaridade na presente discussão. Veja-se:

Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche as expectativas generalizadas ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Valores expressam preferências

⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. revisada, atualizada e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 65.

⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 2003. p. 297.

⁷⁹ FERREIRA, Rafael Alem de Mello. *Jurisdição constitucional agressiva*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 154.

⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decidido conforme minha consciência?* 5. ed. revisada e atualizada, Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2015. p. 102.

⁸¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 2003. p. 316.

tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim. Normas surgem com uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou invalidas; em relação as proposições normativas, como no caso das proposições assertóricas, nós só podemos tomar posição dizendo “sim” ou “não”, ou abster-se do juízo. Os valores, ao contrário determinam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos do que outros; por isso, nosso assentimento a proposições valorativas pode ser maior ou menor.⁸²

Nota-se que a crescente difusão da ordem valorativa, gera “insegurança” aos jurisdicionados e introduz vulnerabilidade no âmbito do ordenamento jurídico, já que as normas podem ser trocadas pelas experiências, consciência e vontades individuais do julgador. Nesse sentido, são constituídas as lições de Ingeborg Maus:

A introdução de pontos de vista morais e de “valores” na jurisprudência não só lhe confere maior grau de legitimação, imunizando suas decisões contra qualquer crítica, como também conduz a uma liberação da Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular. Toda menção a um dos princípios “superiores” ao direito escrito leva – quando a Justiça os invoca – à suspensão das disposições normativas individuais e a se decidir o caso concreto de forma inusitada.⁸³

Embora, já se tenha realizado referência as normas, que abrangem regras e princípios, há que se fazer ainda, um especial destaque aos princípios, uma vez que, uma decisão “orientada por princípios precisa definir qual a pretensão e ação deve ser exigida num determinado conflito”⁸⁴ e desse modo, não seguir uma lógica desenfreada que em sua realidade, demonstra a existência de caráter valorativo e não de princípios. Assim, uma decisão dirigida por princípios não fere necessariamente a sua estrutura, desde que a mesma esteja fundamentada de forma a preservar a estrutura hierárquica a que se deve pautar o processo de decisão e garantir o respeito aos argumentos que a legitimam.⁸⁵

⁸² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 2003. p. 321.

⁸³ MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Tradução do alemão: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. p. 189.

⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 2003. p. 323.

⁸⁵ Ibidem, p. 324.

Outra questão que deve ser esclarecida se refere ao fato de que, não é porque a jurisdição constitucional e o Poder Legislativo estão relacionados de forma íntima, devido a sua ligação tênue com as normas processuais, que estes se encontram em equiparação ou concorrência as suas atribuições.⁸⁶ Se por um lado, o “tribunal torna a desamarrar o feixe de argumentos com os quais o legislador legitima suas resoluções, a fim de mobilizá-los para uma decisão coerente do caso particular, de acordo com princípios do direito vigente”,⁸⁷ seus esforços apenas são legítimos, se levado em consideração que “ele não pode dispor desses argumentos para uma interpretação imediata do tribunal e para uma configuração do sistema do direito e, com isso, para uma legislação implícita.”⁸⁸

Nesta lógica, para Jürgen Habermas não são legítimas as decisões judiciais que são emitidas por juízos que “ao seu livre alvedrio” conduzem as regras do jogo, ou seja, a seu modo, arbitram como deve se dar a estrutura da decisão. Veja-se:

Normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma *especial dignidade de preferência, uma obrigatoriedade geral*, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores têm que ser inseridos caso a caso, numa ordem transitiva de valores. E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários.⁸⁹

Estas observações conduzem ao roteiro da crescente intervenção judicial que se mostra, na prática, como uma potencial forma de judicialização da política, que também é conhecida como ativismo judicial, sendo que a mesma corresponde a uma maneira, do judiciário, de ultrapassar os domínios típicos de suas ações. O ativismo judicial se evidencia nos momentos em que, os integrantes da jurisdição constitucional (juízes, tribunais e/ou o judiciário, de maneira geral) extrapolam suas funções e produzem notáveis riscos a ordem jurídica vigente, isto, “sob o efeito de influências indesejáveis, como valores subjetivos, preferências, interesses, programas políticos.”⁹⁰

⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 324.

⁸⁷ Ibidem, p. 324-325.

⁸⁸ Ibidem, p. 325.

⁸⁹ Ibidem, p. 321.

⁹⁰ KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. Cebrap – revista eletrônica *Novos Estudos*, São Paulo, n. 96, p. 72, jul. 2013.

Sobre a faceta obscura, representada pelo “ativismo judicial”, são oportunas as pontuações de Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Veja-se:

A partir de então, a decisão judicial pauta-se, quase sempre, num cálculo consequencialista de custo-benefício. E, quando se ponderam os interesses estatais/coletivos em face de direitos privados, os primeiros tendem a prevalecer. Isso pode também ser explicado pela tradição cultural dos juízes que, em regra, colocam os direitos fundamentais clássicos de primeira geração em uma posição mais favorável do que os direitos sociais e coletivos. Com isso, o direito se desnatura, convertendo-se exclusivamente em política!⁹¹

Nota-se que a preocupação com a garantia de direitos fundamentais é conduzida a segundo plano, uma vez que “o raciocínio se inverte e a prioridade se torna a viabilização da política econômica financeira”⁹². Na realidade, o Poder Judiciário demonstra-se mais preocupado em sanar, com suas decisões, os arbítrios cometidos pelo Estado, que proteger direitos fundamentais.⁹³

Jürgen Habermas, diante da seriedade que envolve estas questões, “atribui a falta de legitimidade como consequência mais nefasta deste *modus operandi*.⁹⁴ Frise-se que a legitimidade retro mencionada não pode ser considerada como sinônimo de legalidade ou de normatização, visto que a legitimidade alcança até a maneira de aplicação de uma norma e deve ser o ponto central dos discursos contemporâneos e do direito moderno, que já não deve firmar-se somente “na facticidade, pois, em uma sociedade pós-metafísica existe uma pluralidade de mundo que só encontra unidade em sua validade, que representa de uma forma mais coesa, a legitimidade proveniente de um processo democrático racional”.⁹⁵

Frente aos intensos problemas existentes na modernidade, no que se refere a própria legitimidade conferida a jurisdição constitucional, questiona-se: como alcançar a “verdadeira” legitimidade do direito e como fundamentá-la? O próximo tópico irá demonstrar como Jürgen Habermas comprehende todas estas questões e como o autor as solucionará.

91 CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. 2. ed. revisada e ampliada. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. p. 250.

92 Ibidem, p. 251.

93 Ibidem, p. 251.

94 FERREIRA, Rafael Alem de Mello. *Jurisdição constitucional agressiva*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 155.

95 Ibidem, p. 154.

2.1 JÜRGEN HABERMAS E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Como observado no tópico antecedente o problema da legitimidade da jurisdição constitucional se revela como um grande entrave a efetivação do texto constitucional e da própria dinâmica existente em um Estado Democrático de Direito. Procurando solucionar a ausência de legitimidade da jurisdição constitucional, sem privilegiar a autonomia privada ou promover a supremacia pública por meio da uniformização de massas, Jürgen Habermas, propõe-se, com o paradigma procedural tornar legítima a atuação da jurisdição constitucional, sem torná-la uma instância superior. Assim, procura-se “manter, não apenas o Estado de Direito, mas o Estado democrático de direito e, com isso, a idéia (sic) da auto-organização da comunidade jurídica”.⁹⁶

Esta nova conformação paradigmática não permite que a Constituição venha a ser compreendida como mero instrumento que “regula primariamente a relação entre o Estado e os cidadãos”⁹⁷, bem como, “não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor *a priori* uma determinada forma de vida sobre a sociedade”.⁹⁸ Ademais, esta nova estrutura permite que os cidadãos, de forma equitativa, possam buscar cooperativamente as condições que considerarem justas e adequadas para integrar a sua vida.⁹⁹

Sob a óptica procedural, a legitimidade do direito apenas será alcançada se formada democraticamente por meio das condições procedimentais aptas a concretizá-la.¹⁰⁰ Observando esta perspectiva democrática, “é possível encontrar um sentido para a competência do tribunal constitucional”,¹⁰¹ ou seja, para a jurisdição constitucional, que terá como encargo a proteção do sistema normativo que torna possível a realização tanto da autonomia privada como da autonomia pública dos cidadãos.¹⁰²

96 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 2003. p. 325.

97 Ibidem, p. 325.

98 Ibidem, p. 326.

99 Ibidem, p. 326.

100 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 208.

101 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 2003. p. 326.

102 Ibidem, p. 326.

No entanto, a jurisdição constitucional apenas poderá alcançar a legitimidade de suas ações, se preservar certas condições de racionalidade comunicativa, que não corroboram com a lógica existente nas políticas Liberais ou nas Intervencionistas. Veja-se:

O esquema clássico da separação e da interdependência entre os poderes do Estado não corresponde mais a essa intenção, uma vez que a função dos direitos fundamentais não pode mais apoiar-se nas concepções sociais embutidas no paradigma do direito liberal, portanto não pode limitar-se a proteger cidadãos naturalmente autônomos contra excessos do aparelho estatal. A autonomia privada também é ameaçada através de posições de poder econômicas e sociais e dependente, por sua vez, do modo e da medida em que os cidadãos podem efetivamente assumir os direitos de participação e de comunicação de cidadãos do Estado. Por isso, o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático.¹⁰³

Nestes moldes, o Poder Judiciário assumirá o papel de “guardião da democracia deliberativa”,¹⁰⁴ isto se deve ao fato de que a jurisdição constitucional deverá atuar de forma ativa para a proteção da legitimidade, mantendo-se vigilante ao procedimento e a todos pressupostos de validade desenvolvidos ao longo do discurso. Destarte, a jurisdição constitucional, em especial a corte constitucional devem mostrar sua face agressiva, de modo a evitar ‘ingerências no momento de formação da vontade coletiva, ou seja, não é só possível mas também desejável, que a corte constitucional atue com vigor para garantir o procedimento que alimenta o sistema jurídico com a legitimidade.”¹⁰⁵

Não obstante as informações já destacadas anteriormente, deve ser nítido ao olhar do leitor ou/e da leitora que nos moldes do paradigma procedural a jurisdição constitucional, não possui legitimidade para decidir sobre o conteúdo do direito, pois, este já foi discutido e universalizado pelos participantes envolvidos no discurso. Por isso, nestas situações “o tribunal deve ser tímido, ao passo que, se estiver em questão a tutela do procedimento precisa ter um amplo poder de conformação”.¹⁰⁶

103 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 2003. p. 326.

104 FERREIRA, Rafael Alem de Mello. *Jurisdição constitucional agressiva*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 165.

105 Ibidem, p. 177.

106 Ibidem, p. 178.

As lições de Jürgen Habermas ratificam o exposto:

Quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexo interno entre autonomia privada e pública, é bem vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (*offensiv*) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião de vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente. Todavia, temos que livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade.¹⁰⁷

Logo, este procedimento que não é simplesmente “formal”, pois não determina as conclusões que devem ser retiradas do discurso, permite por meio do paradigma da linguagem a construção de um “novo” cenário onde a racionalidade comunicativa torna-se abundante. A jurisdição constitucional, neste viés, não deve ser descartada, uma vez que, representa importante figura na proteção da democracia, preservando a promoção do procedimento, sem que as amarras da ação instrumental ou das políticas estratégicas possam deturpar a legitimidade que deve decorrer das decisões judiciais.

Por fim, vale frisar que as discussões apresentadas neste trabalho foram construídas com o propósito de instigar os membros da comunidade jurídica sobre a potencialidade emancipatória que deve ser encarada com necessária na sociedade moderna, uma vez que, neste momento os dissensos são considerados maiores que os consensos e a crise paradigmática parece estar instaurado. Deste modo, não poderia se encerrar este trabalho sem antes propor-se a seguinte indagação: o que você como integrante da sociedade sugere para a construção de uma sociedade melhor?

3 CONCLUSÃO

O marco teórico deste trabalho consistiu na análise da teoria crítica proceduralista de Jürgen Habermas. Como visto esta sofisticada construção teórica permite a compreensão de que a ciência jurídica ao lado da política merece especial atenção, pela capacidade de intervenção pacífica em outros sistemas do mundo da

¹⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 2003. p. 346-347.

vida. A legitimidade reivindicada por Jürgen Habermas é necessária a formação e manutenção de um Estado de Direito que se preocupa com a construção normativa, portanto, também é Democrático, e acima de tudo ouve “efetivamente” as vozes de seus integrantes, afinal são eles os destinatários do sistema normativo/jurídico.

A busca pela legitimidade, ou seja, pela validade que deve ser conferida as decisões tomadas rotineiramente, não se refere a simplória atribuição, posto que, a própria complexidade que decorre da sociedade moderna não permitiria um procedimento “prático, rápido e uniforme”, uma vez que, não estar-se-á na sociedade tradicional, mas em um espaço onde se torna nítida a multiplicidade étnica.

É por estas razões, que Jürgen Habermas é cauteloso ao desenvolver um procedimento deliberativo democrático, em primeiro momento, o autor é conduzido a necessidade de construção de uma racionalidade que permita a consecução deste, assim, em análise as teorizações de seus antecessores, Jürgen Habermas propõe a racionalidade comunicativa como orientadora principal da deliberação, com isso o autor não elimina por inteiro a racionalidade instrumental, mas deixa claro que os espaços do mundo da vida não podem ser colonizados “a qualquer custo” por uma racionalidade que não possibilita a discussão, ou seja, que vislumbra apenas a construção dos fins necessários a obtenção de êxito em uma ação. Logo, o autor demonstra que a racionalidade comunicativa deve estar presente, pois, não possui amarras sombrias, mas constrói-se de acordo com as necessidades e em atenção especial aos participantes do debate.

O que também é inherente ao manancial teórico de Jürgen Habermas, e destaca-se como ponto fulcral a formulação do procedimento democrático é a tensão existente entre facticidade e validade. Tal tensão é vista com fito de operar na ciência jurídica a transformação necessária a manutenção de sua validade, ou seja, de sua legitimidade. No entanto, deve-se mais uma vez deixar claro que a legitimidade mencionada durante todo o trabalho não pode ser reconhecida simplesmente como sinônimo de legalidade, pois, se isto ocorresse o aludido procedimento seria desnaturalizado já que o processo de normatização não é suficiente para dizer se uma decisão é válida, ou não. Nesse viés, é compreensível o entendimento de que a facticidade, enquanto normatização, e a validade como legitimidade, são unidas por uma tensão, de modo que não é possível ter-se um procedimento democrático sem a existência de ambos elementos.

Ainda, algumas características do procedimento deliberativo são determinantes a sua realização. Embora, este seja considerado um procedimento formal, estas condições de validade que permeiam o debate não devem liminar ou restringir o seu conteúdo, uma vez que, Jürgen Habermas pretende com a formalidade, evitar que a natureza de seu procedimento seja corrompida, mas não impossibilitar que seus participantes criem suas próprias regras para discussão interna da celeuma apresentada. Desse modo, são nítidos os motivos desta teoria ser considerada universal, pois, se todos os possíveis envolvidos discutiram de forma racional o que seria melhor a eles, isto pode ser universalizado.

Voltando o olhar da teoria crítica proceduralista de Jürgen Habermas para a análise da Jurisdição Constitucional e da legitimidade das decisões judiciais, o autor demonstra intensa preocupação com o ativismo que resulta da atuação atípica do Poder Judiciário, já que este passa a produzir conteúdos normativos, mesmo não sendo esta sua função.

Nestes moldes, verifica-se que o Poder judiciário tem como atribuição, indiscutível, a produção de discursos de “justificação a partir das normas produzidas legitimamente”¹⁰⁸. Desse modo, a análise do caso concreto permite ao julgador que a luz da normatização adequada produza um procedimento racional, que por sua vez resultará na prolação de uma decisão judicial. Esta construção, entre julgador e jurisdicionados permite que facticidade (normatização) esteja amparada em razão na validade (legitimidade), que decorre do caso concreto.¹⁰⁹

Portanto, sob a óptica proceduralista, Jürgen Habermas vislumbra que a Jurisdição Constitucional poderá alcançar a legitimidade de suas ações se preservar certas condições de racionalidade comunicativa. O Poder Judiciário, não será inútil ao paradigma Habermasiano, mas irá proteger o procedimento democrático deliberativo, mantendo-se vigilante a efetivação do procedimento e a todos os pressupostos de validade desenvolvidos e discutidos ao longo do discurso. Destarte, a Jurisdição Constitucional, em especial a Corte Constitucional devem mostrar sua face agressiva, de modo a evitar interferências indevidas na formação racional de vontade coletiva, ou seja, esta não irá salvaguardar ou garantir questões relacionadas ao conteúdo da discussão, mas a forma que este procedimento ocorrerá. Assim, a Jurisdição Constitucional irá garantir o alicerce de todo sistema jurídico: a legitimidade de sua atuação.

108 FERREIRA, Rafael Alem de Mello. *Jurisdição constitucional agressiva*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 177.

109 Ibidem, p. 177.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Jurisdição Constitucional: a tênue fronteira entre direito e política.* [S. l.]. Migalhas, 2014. p.3. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática.* 2. ed. revisada e ampliada. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.
- FERREIRA, Rafael Alem de Mello. *Jurisdição constitucional agressiva.* Curitiba: Juruá, 2015.
- FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes. *Crítica aos princípios do direito moderno: história, sociedade e direito.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014.
- HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: Estudos Filosóficos.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade.* Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- KEINERT, Maurício Cardoso; HULSHOF, Monique; MELO, Rúrion Soares. Diferenciação e complementariedade entre direito e moral. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura em Habermas.* São Paulo: Malheiros, 2008.
- KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Cebrap – revista eletrônica Novos Estudos*, São Paulo, n. 96, p. 72, jul. 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n96/a06n96.pdf>> Acesso em: 26 out. 2016.

LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera Pública e Democracia: Modelo teórico e discursos críticos. *Kriterion - revista do Departamento de filosofia e ciências humanas da universidade federal de minas gerais*, Belo Horizonte, v. 51, n. 121. jun. 2010.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade*: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução do alemão: Martonio Lima e Paulo Albuquerque.

MONICA, Eder Fernandes; HANSEN, Gilvan Luiz. A teoria Crítica sob o prisma discursivo de Habermas. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia*: um guia de leitura em Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 2. ed. revisada e atualizada, Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

NOBRE, Marcos. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia*: um guia de leitura em Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008.

SEGATTO, Antonio Ianni. A tensão entre facticidade e validade. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). *Direito e Democracia*: um guia de leitura em Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 8. ed. revisada e atulizada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. revisada, atualizada e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?* 5. ed. revisada e atualizada; Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

RECEBIDO EM: 24/05/2018
APROVADO EM: 03/07/2018

A CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS COMO PARADIGMA DE CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL¹

THE HAIA CONVENTION OF THE CIVIL ASPECTS OF THE INTERNACIONAL KIDNAPPING OF CHILDREN AS A PARADIGM OF DIFFUSED CONTROL OF CONVENTIONALITY IN BRAZIL

Wagner Wilson Deiró Gundim

Doutorando em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bolsistas CAPES. Mestre em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie, tendo sido Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Anhembi Morumbi (UAM).

Gianfranco Faggin Mastro Andréa

Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Docente na Faculdade de Direito da Universidade Santa Rita na disciplina Teoria Geral do Estado. Membro do Grupo de Pesquisa financiado

¹ O resultado de pesquisa deste artigo é fruto dos intensos debates desenvolvidos no grupo de pesquisa: “O grau de compliance do Brasil com a convenção sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças: Radiografia da jurisprudência Brasileira”, financiado pelo MackPesquisa.

pelo MackPesquisa: O grau de compliance do Brasil com a convenção sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças: Radiografia da jurisprudência Brasileira. Membro do Grupo de Pesquisa Cidadania, Constituição e Estado Democrático de Direito.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Controle de Convencionalidade: Aspectos Gerais; 2 Supremo Tribunal Federal e os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos não equiparados a Emenda Constitucional no Brasil; 3 A Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças e seu Controle Difuso de Convencionalidade no Brasil; 3.1 O Reconhecimento da Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças como Tratado Internacional de Direitos Humanos; 3.2 Conferência e Convenção da Haia de 1980: breve apresentação; 3.3 Principais disposições da Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças; 3.4 Controle difuso de convencionalidade e a Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças como paradigma: sugestão de uso; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo analisa se e como o controle difuso de convencionalidade tem sido aplicado no Brasil, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), nos casos de discussão envolvendo direitos humanos e, mais especificamente, na análise e aplicação de casos relativos aos aspectos civis do sequestro internacional de crianças. Analisa-se o conceito do controle de convencionalidade como instrumento de efetivação dos direitos humanos, bem como o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação à interpretação de Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, mas não submetidos à equiparação a emendas constitucionais. Após, analisa-se a Convenção da Haia de 1980 como tratado internacional de direitos humanos e recomenda-se a aplicação do controle difuso de convencionalidade como instrumento de sua proteção internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Controle Difuso de Convencionalidade. Sequestro Internacional de Crianças. Tratados Internacionais. Convenção da Haia de 1980. Direitos Humanos.

ABSTRACT: This article analyzes if and how the diffuse control of conventionality has been applied in Brazil, especially in the scope of the Supreme Federal Court (STF), in cases of discussion involving human

rights and, specifically, in the analysis and application of cases related to civil aspects of child international abduction. It analyzes the concept of conventionality control as an instrument for implementation of human rights and the positioning of the Supreme Federal Court in relation to the interpretation of International Treaties about human rights ratified by Brazil, but not equated to a constitutional amendment. It then analyze the 1980 Hague Convention as an international human rights treaty and recommends the application of the diffuse control of conventionality its international protection instrument.

KEYWORDS: Diffuse Control of Conventionality. International Child Abduction. International Treaties. 1980 The Hague Convention. Human Rights.

INTRODUÇÃO

O cenário mundial nas últimas décadas com relação à tutela dos direitos humanos fundamentais², especialmente no período pós-guerra³, tem sido objeto de largo desenvolvimento, especialmente pela influência, cada vez mais presente, das fontes de Direito Internacional na ordem jurídica interna dos países, o que ocorreu como resultado de um largo processo de conscientização, na sociedade internacional, com relação a ideia de unicidade da ordem jurídica interna calcada na necessária sintonia com o direito internacional⁴.

-
- 2 A expressão direitos humanos fundamentais representa uma união de termos que rechaça a famosa dualidade terminológica entre direitos humanos e direitos fundamentais. Nesse sentido, nos dizeres de RAMOS (2017, p. 48-49) “Essa ‘união de termos’ mostra que a diferenciação entre ‘direitos humanos’, representando os direitos reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, e os ‘direitos fundamentais’, representando os direitos positivados nas Constituições e leis internas, perde a importância, ainda mais na ocorrência de um processo de aproximação e mútua relação entre o Direito Internacional e o Direito interno na temática dos direitos humanos (grifos originais).
- 3 Ao tratar sobre a evolução da proteção dos direitos humanos no plano internacional TRINDADE (2000, p. 23) salienta que: “[...] o processo de generalização da proteção dos direitos humanos desencadeou-se no plano internacional a partir da adoção em 1948 das Declarações Universal e Americana dos Direitos Humanos. Era preocupação corrente, na época, a restauração do direito internacional em que viesse a ser reconhecida a capacidade processual dos indivíduos e grupos sociais no plano internacional. Para isto contribuíram de modo decisivo as duras lições legadas pelo holocausto da segunda guerra mundial”.
- 4 Conforme bem elucidado por ARAÚJO (2016), nos anos 20 do século XX, a sociedade internacional se centrou na problemática entre a ideia de proteção dos direitos humanos versus a soberania interna dos Estados no que tange a regulamentação de sua ordem jurídica em conformidade com suas concepções religiosas, morais, éticas e culturais. Ou seja, o debate centrava-se em discutir a relação entre o direito nacional e internacional a partir de uma visão monista ou dualista. Sobre as teorias monista x dualista, remete-se o leitor à leitura de REZEK (2014); ARAÚJO (2016); e/ou MAZZUOLI (2013).

Ou seja, numa visão cada vez mais dialética com os ditames apregoados pela ordem jurídica internacional, os países passaram a aceitar ainda mais a ingerência da sociedade internacional⁵, fundada numa visão humanista, incorporando regras jurídicas no sentido de efetivar, no plano interno, a proteção internacional conferida aos direitos humanos fundamentais. Trata-se, aqui, do bloco de constitucionalidade⁶ em sentido amplo, que “consiste no reconhecimento da existência de *outros* diplomas normativos de hierarquia constitucional, *além* da própria Constituição” (RAMOS, 2017, p. 537).

Sob esse novo parâmetro, portanto, a validade de um ato depende atualmente tanto da sua conformação à sistemática constitucional (aprovado pelo controle de constitucionalidade), como de sua adequada regulamentação apregoada pelas normas internacionais (convencionalidade), sob pena de ser considerado, no primeiro caso, inconstitucional, ou, no segundo, inconvencional.

Noutro giro, em função da pulverização das relações familiares em nível internacional, a sociedade internacional passou a enfrentar novas problemáticas na tutela dos direitos atinentes à proteção e resguardo das crianças e adolescentes, especialmente pelo número crescente de crianças subtraídas nas últimas décadas, por um de seus genitores, com o consequente deslocamento de sua residência para outros países, sem o consentimento do outro cônjuge.

No esforço contínuo de resguardar o interesse da criança no plano internacional e evitar ou, pelo menos, minimizar os efeitos negativos advindos desse fenômeno de subtração ou retenção ilícita, e também para estabelecer procedimentos que permitam o retorno da criança ao Estado de residência habitual, foi discutida e aprovada a Convenção da Haia de 1980 na 14^a sessão da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado

5 Exceptuam-se aqui, por exemplo, os países árabes, que ainda permanecem sofrendo repressão de direitos, como se observa pelos protestos ocorridos no período de 2010 a 2012 (Primavera Árabe) que objetivavam chamar a atenção da comunidade internacional sobre as violações sofridas pela população (OUFELLA; ELY, 2013).

6 Como bem destacado por RAMOS (2017, p. 537-538) “No direito comparado, o marco do reconhecimento da existência do bloco de constitucionalidade foi a decisão n. 71-44 DC, de 16-7-1971, do Conselho Constitucional francês, relativa à liberdade de associação, que consagrou o valor constitucional do preâmbulo da Constituição francesa de 1958, que, por sua vez, faz remissão ao preâmbulo da Constituição de 1946 e à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Em 2005, houve alteração do preâmbulo da Constituição francesa e foi agregada remissão à Carta do Meio Ambiente (*Charte de l'environnement*”), todos agora fazendo parte do bloco de constitucionalidade”. No caso do Brasil, conforme apontado por RAMOS (2017), a doutrina majoritária defende a aceitação apenas de um bloco de constitucionalidade restrito, que apenas envolve os tratados aprovados pelo rito definido no § 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal.

realizada no dia 24 de outubro de 1980. Tal Convenção foi ratificada pelo Brasil no ano de 2000, por meio do Decreto n.º 3.413 sob a roupagem de Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças.

Posteriormente, em 20 de novembro 1989, por meio da Resolução 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, foi promulgada a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, que entrou em vigor no plano internacional em 2 de setembro de 1990, e, no plano nacional, fora ratificada em 24 de setembro de 1990 e promulgada em 21 de novembro de 1990 por meio do Decreto n.º 99.710, de 21 de novembro de 1990.

Nesse contexto, a problemática enfrentada no presente artigo objetiva analisar como tem sido a relação estabelecida entre o Poder Judiciário brasileiro, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), com relação ao reconhecimento e aplicação do controle de convencionalidade nos casos relativos à tutela dos direitos humanos fundamentais, recortando-se tal análise aos casos afetos ao sequestro internacional de crianças.

Num primeiro momento, a pesquisa se direcionará a trazer o conceito e aplicabilidade do controle de convencionalidade, para então, de forma mais específica, constatar a sua aplicabilidade ou não no Brasil pelo Poder Judiciário, com ênfase direcionada ao Supremo Tribunal Federal (STF).

No tópico seguinte, o trabalho analisa qual tem sido o entendimento do STF com relação à força normativa dos tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil, inclusive aqueles não equiparados à emenda constitucional pela não observância do rito previsto no § 3º, do artigo 5º da Constituição Federal. Tal análise é primordial para demonstrar quando será possível aplicar o controle de convencionalidade nas modalidades de controle abstrato ou difuso.

Apresenta, por derradeiro, os aspectos gerais relacionados à Convenção Sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças e defende a sua classificação como tratado de direitos humanos, portanto, passível de controle de convencionalidade pela via difusa – em função de não ter sido equiparado à norma constitucional pela não observância do rito especial previsto na Constituição –, sugerindo, inclusive, a utilização de tal controle para garantir a aplicabilidade da normatива internacional.

A metodologia empreendida no estudo é essencialmente de caráter dedutivo e indutivo, haja vista que as análises recairão tanto sobre a

estrutura normativa e teórica da temática, bem como pela aplicabilidade do controle de convencionalidade em casos práticos, no Brasil, pela via difusa. A partir disso, o estudo pretende sugerir a criação de uma nova tese, qual seja: a adoção do controle de convencionalidade difuso a ser aplicado nos casos envolvendo discussão sobre o sequestro internacional de crianças.

Ao final, espera-se contribuir para o desenvolvimento da temática, e, principalmente, reforçar a necessidade de que toda e qualquer análise sobre a compatibilidade de uma norma feita no plano constitucional, também passe por uma efetiva análise de compatibilidade – aqui designada de convencionalidade – com as normas internacionais, garantindo-se a contínua busca pelo aprimoramento dos direitos fundamentais humanos.

1 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: ASPECTOS GERAIS

Para que se possa compreender com exatidão a problemática central trazida no presente estudo, torna-se imperioso trazer à baila de conhecimento os aspectos gerais do controle de convencionalidade, bem como a sua aplicação no Brasil, o que se pretende desenvolver neste tópico de forma detalhada a seguir.

Ao discorrer sobre o controle de convencionalidade RAMOS (2017, p. 540) destaca que:

O controle de convencionalidade consiste na análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais).

Esse controle pode ter efeito negativo ou positivo: o efeito negativo consiste na invalidação das normas e decisões nacionais contrárias às normas internacionais, no chamado controle destrutivo ou saneador de convencionalidade; o efeito positivo consiste na interpretação adequada das normas nacionais para que estas sejam conformes às normas internacionais (efeito positivo do controle de convencionalidade), em um controle construtivo de convencionalidade (grifos originais).

Numa perspectiva interna, o controle de convencionalidade corresponderá à análise levada a cabo pelos juízes e tribunais brasileiros com relação a compatibilidade das leis e atos normativos em relação aos tratados internacionais de direitos humanos (RAMOS, 2017, P. 540).

Significa dizer, portanto, que a análise da compatibilidade de uma norma ou ato:

[...] passa a ser não somente conforme a Constituição, mas ganha um novo parâmetro de adequação, quais sejam as normas de direitos humanos adotadas em âmbito internacional, sendo esta nova forma de se realizar o controle vertical das normas jurídicas. (CAMILO, 2017, p. 24).

Já para MAZUOLLI (2009, p. 114), que trata sobre o controle de convencionalidade brasileiro e a teoria da dupla compatibilidade vertical material:

[...] À medida que os tratados de direitos humanos ou são *materialmente* constitucionais (art. 5º, § 2º) ou *material e formalmente* constitucionais (art. 5º, § 3º), é lícito entender que, para além do clássico “controle de constitucionalidade”, deve ainda existir (doravante) um “controle de convencionalidade” das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.

A ideia central do controle de convencionalidade busca, nesse sentido, a adaptação ou conformação dos atos normativos ou leis internas aos compromissos assumidos pelo Estado no plano internacional, os quais, destaque-se, devem possuir reflexos práticos no âmbito do direito interno (MAZUOLLI, 2009).

Pertinente, neste ponto, é a observação perfilhada por ROTHENBURG (2013, p. 686) ao indicar a utilização cada vez mais frequente das fontes de direito internacional aduzindo que:

[...]

A jurisdição constitucional brasileira vem utilizando com cada vez mais frequência o “argumento” do Direito estrangeiro e do Direito Internacional, o que revela a importância dessa invocação como estratégia para conferir densidade e capacidade de persuasão ao discurso jurídico. Designo isso como o *uso retórico (ou argumentativo) do Direito estrangeiro e do Direito Internacional*. Decisões relevantes e relativamente recentes do Supremo Tribunal Federal não apenas referem o Direito Internacional como alinharam-se ao que é decidido pelas Cortes Internacionais.

No que tange à competência para sua realização/efetivação, o controle de convencionalidade pode se dar atualmente⁷ tanto pelas cortes transnacionais (controle de convencionalidade internacional) como pelo juízes e tribunais nacionais (controle de convencionalidade nacional), diferenciando-se, neste ponto (i) quanto ao parâmetro de confronto e objeto de controle: no controle de convencionalidade internacional o parâmetro é a norma internacional, e o objeto de controle é qualquer norma interna, independentemente de sua hierarquia nacional; enquanto no controle nacional há restrição quanto ao objeto de controle, como por exemplo as normas oriundas do poder constituinte originário; (ii) quanto à hierarquia do tratado parâmetro: no controle internacional, o tratado de direitos humanos é sempre a norma de superior hierarquia, de modo que todo ordenamento jurídico nacional a ela está submetida (inclusive as normas do poder constituinte originário); enquanto que no controle nacional, a hierarquia do tratado tido por parâmetro dependerá do regramento do direito nacional quanto à recepção dos tratados (no caso do Brasil, por exemplo, os tratados podem possuir *status* supralegal e constitucional, consoante se demonstrará a seguir, pela visão do STF); e (iii) quanto à interpretação, já que a interpretação daquilo que é ou não compatível com o tratado utilizado como parâmetro é diferente (RAMOS, 2017).

Na seara interamericana, conforme apontado por CAMILO (2017), o controle de convencionalidade é fundado essencialmente pelas disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), notadamente as previstas em seus artigos 1º, 2º, e também, conforme aporte doutrinário, a regra prevista no artigo 25, todos abaixo reproduzidos:

Artigo 1. Obrigaçāo de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

⁷ Para maiores detalhamentos sobre a primeira utilização da expressão “controle de convencionalidade” e sua evolução histórica, ver CHAVES; SOUSA, 2016; e CAMILO, 2017.

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

[...]

Artigo 25. Proteção judicial:

1.Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados Partes comprometem-se: a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

(ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

No campo da práxis, o controle de convencionalidade passou a ser trabalhado no Sistema InterAmericano a partir de alguns julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, citando-se como paradigmas os casos Myrna Mack Chang Vs. Guatemala e Almonacid Arellano Vs. Chile. Deve-se anotar, contudo, que desde 2001 a Corte Interamericana já se utilizava do controle de convencionalidade – a despeito de não utilizar tal nomenclatura -, como se verifica pela leitura do caso “A última Tentação de Cristo” em que a Corte impôs ao Chile a necessidade de reformulação de sua Constituição, essencialmente violadora do direito de liberdade de expressão e pensamento, garantia expressamente assegurada pelo artigo 13 da CADH (CAMILO, 2017).

No caso do Brasil, a aplicação do controle de convencionalidade ainda caminha em lento passos, mas o número de decisões judiciais que citam o instrumento tem se multiplicado, como indicado por CAMILO (2017), que mostra os seguintes exemplos:

- 1) Habeas Corpus n.º 1.358.323-2: Para fundamentar a necessidade da audiência de custódia no âmbito do processo penal, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná calcou sua decisão tanto na Convenção Americana de Direitos Humanos como no controle de convencionalidade;
- 2) Processo nº 0013156-07.2015.8.19.0008: Ao julgar um caso em que se discutia a configuração do crime de suposto desacato, o Juízo da 3ª Vara Criminal de Belford Roxo/RJ, declarou a incompatibilidade do tipo penal com as garantias previstas no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos e também da Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, deixando de aplicar a norma sob o fundamento de que o Brasil não pode se eximir de cumprir os tratados por ele consignados; e
- 3) Ação Penal n.º 0067370-64.2012.8.24.0023: O Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Florianópolis/SC, em caso em que se discutia a prática do crime de desacato, deixou de aplicar o tipo penal previsto no artigo 331 do Código Penal, calcado tanto na Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão como na doutrina do controle de convencionalidade.

Nesse contexto, tanto do ponto de vista teórico-conceitual, como de aplicabilidade prática, é incontestável a importância do estudo do controle de convencionalidade (abstrato ou difuso) como mecanismo de garantia na efetivação dos direitos humanos internacionais, seja no plano internacional, seja no plano nacional, defendendo-se desde logo a necessidade de uma relação imbricada entre a ordem jurídica interna e aquela trazida pela sociedade internacional.

2 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS NÃO EQUIPARADOS A EMENDA CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Os tratados internacionais sobre direitos humanos, após a emenda constitucional nº 45 de 8 de dezembro de 2004, que incluiu o parágrafo 3º ao art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, passaram a ser divididos em dois grupos: a) os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro que não passaram pelo procedimento do parágrafo 3º do art. 5º da CRFB e b) os tratados internacionais sobre direitos humanos que passaram pelo procedimento previsto no parágrafo 3º do art.5º da CRFB. Todos os tratados internacionais sobre direitos humanos já internalizados antes da EC nº 45/2004 enquadram-se, portanto, na primeira hipótese.

Para MAZZUOLI (2011), assim como para PIOVESAN (2010), os tratados internacionais sobre direitos humanos ocupam automaticamente *status* constitucional em virtude do disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 5º da CRFB. Ou seja, os tratados internacionais sobre direitos humanos são materialmente constitucionais, independente de qualquer procedimento, compondo assim verdadeiro bloco de constitucionalidade / convencionalidade. Segundo aludidos autores, a submissão de tratado internacional sobre direitos humanos ao procedimento de aprovação por *quorum* qualificado similar ao exigido para emendas constitucionais apenas os torna formalmente constitucionais, para além da materialidade constitucional que já ostentavam.

Em tópico anterior esclareceu-se o conceito e cabimento do controle de convencionalidade no Brasil. Entretanto, o tema ainda se apresenta pouco explorado pela doutrina pátria. Com efeito, não basta que a norma doméstica seja compatível com a Constituição Federal, mas deve também estar apta a integrar a ordem jurídica internacional sem violação de seus preceitos. Esta exigência de conformação traduz-se no controle de convencionalidade.

Com efeito, deve haver uma dupla compatibilidade vertical consistente na conformidade de ato normativo doméstico com a Constituição nacional (controle de constitucionalidade) e também com os tratados ratificados pelo Brasil (controle de convencionalidade, apenas quando diante de tratados de direitos humanos). Neste sentido:

[...] entende-se que o controle de convencionalidade deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados aos quais o país se encontra vinculado. Trata-se de adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para este deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno. Doravante, não somente os tribunais

internos devem realizar o controle de convencionalidade (para além do clássico controle de constitucionalidade). Mas também os tribunais internacionais (ou supranacionais) criados por convenções entre Estados, em que estes (os Estados) se comprometem, no pleno e livre exercício de sua soberania, a cumprir tudo o que ali fora decidido e dar sequência, no plano do seu direito interno, ao cumprimento de suas obrigações estabelecidas na sentença, sob pena de responsabilidade internacional. O fato de serem os tratados internacionais (notadamente os de direitos humanos) imediatamente aplicáveis no âmbito doméstico garante a legitimidade dos controles de convencionalidade e de legalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público. (MAZZUOLI, 2009, p. 128-129).

Portanto, o controle de convencionalidade é complementar e coadjuvante em relação ao controle de constitucionalidade (MAZZUOLI, 2009). Ademais, deve-se fazer o apontamento de que “a ideia de controle de convencionalidade é a de compatibilização da estrutura normativa de um Estado com a legislação internacional à qual esse aderiu e ratificou, especificamente sobre direitos humanos” (FEILKE, 2014, p. 166).

Assim, o controle de convencionalidade pode ocorrer na modalidade de controle de convencionalidade abstrato e/ou difuso. O abstrato se dá diretamente perante o Supremo Tribunal Federal, por meio dos instrumentos da ADIN, ADECON, ADPF, etc., valendo-se do rol de legitimados do art. 103 da CRFB. Contudo este controle somente será possível na hipótese em que o paradigma seja tratado internacional sobre direitos humanos, aprovado pelo rito do parágrafo 3º do art. 5º da CRFB.

Até o momento apenas um tratado internacional de direitos humanos submeteu-se ao procedimento com *quorum* qualificado que o equipara a emenda constitucional: a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009). Neste passo, eventual controle abstrato de constitucionalidade/convencionalidade que poderia vir a ser ajuizado perante o STF, somente poderia tratar de possível violação à encimada Convenção.

Constata-se, outrossim, que o controle de convencionalidade concentrado/abstrato no Brasil surgiu apenas em 8 de dezembro de 2004, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, razão pela qual não se tem notícia de sua utilização pelo STF em sede de controle concentrado de convencionalidade, atrelado ao fato de que somente a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

(Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009) poderia ser objeto de paradigma para tal tipo de demanda.

Diante desta escassez, o STF tem se posicionado quanto a esta temática apenas em sede de controle difuso de convencionalidade, quando da análise e julgamento de recursos extraordinários. Conforme destaca Mazzuoli:

Tal controle passa, doravante, a ter também caráter difuso, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode-se manifestar a respeito. À medida que os tratados forem sendo incorporados ao direito pátrio, os tribunais locais – estando tais tratados em vigor no plano internacional – podem, desde já e independentemente de qualquer condição ulterior, compatibilizar as leis domésticas com o conteúdo dos tratados (de direitos humanos ou comuns) vigentes no país. Em outras palavras, os tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro passam a ter eficácia paralisante (para além de derrogatória) das demais espécies normativas domésticas, cabendo ao juiz coordenar essas fontes (internacionais e internas) e escutar o que elas dizem (MAZZUOLI, 2009, p. 129).

A divergência que Mazzuoli ostenta em relação à classificação adotada, por maioria, pelo Supremo Tribunal Federal⁸ consiste em relação ao *status* dos Tratados Internacionais sobre direitos humanos que não foram equiparados a emenda constitucional. Para Mazzuoli estes tratados ostentam *status* constitucional, sendo, portanto, materialmente constitucionais, enquanto para o STF, aludidos tratados têm caráter supraregal, ou seja, encontram-se hierarquicamente superiores às leis ordinárias e complementares, mas ainda abaixo da CRFB.

Entretanto, apesar dessa discordância, ambos entendem que não cabe controle concentrado de convencionalidade tendo como paradigma Tratados Internacionais sobre direitos humanos que não se submeteram ao procedimento que exige *quorum* qualificado (parágrafo 3º do art. 5º da CRFB). Por outro lado, entendem ser perfeitamente possível o controle difuso de convencionalidade (ou supraregalidade conforme entendimento

⁸ O Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE 466.343-SP (rel. Min Cesar Peluso) que tratou da questão da prisão civil por dívidas nos contratos de alienação fiduciária em garantia, com destaque para o voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, entendeu que os tratados de direitos humanos recepcionados pelo Brasil, mas não sujeitos ao *quorum* especial equivalente à emenda constitucional, teriam caráter apenas supraregal, ou seja, estariam em um nível hierárquico intermediário: abaixo da constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional (MAZZUOLI, 2009, p. 120).

do STF⁹), o qual deve ser suscitado perante cada caso concreto, sendo medida de rigor a análise dessa matéria pelo respectivo juiz antes do exame de mérito do pedido principal.

Neste passo, o controle difuso de convencionalidade poderá ser levantado perante qualquer juízo e magistrado por onde tramita a demanda. Aqui, portanto, o ponto de convergência que indica o controle difuso de convencionalidade como instrumento importantíssimo para a proteção e respeito das disposições constantes em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Conforme ressalta Guilherme Vitor de Gonzaga Camilo:

Considera-se difuso esta modalidade de Controle de Convencionalidade justamente por implicar que todos os juízes nacionais o apliquem, contrastando assim com o Controle de Convencionalidade concentrado realizado pela CtIDH. Assim, a aplicação do Controle de Convencionalidade pelos juízes nacionais dos Estados membros nasce de uma construção jurisprudencial da própria CtIDH, uma mutação interpretativa do art. 69 da Convenção Americana com o objetivo de se fortalecer o sistema interamericano e Direitos Humanos. Sua fundamentação jurídica se baseia em três aspectos: i) a boa-fé dos Estados no cumprimento de suas obrigações internacionais; ii) o princípio do efeito útil dos tratados que não poder ser diminuída pelas normas internas; iii) a impossibilidade de se alegar o direito interno para evitar o cumprimento das normas internacionais, conforme o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) (CAMILO, 2017, p. 28-29).

Destarte, o papel do controle difuso de convencionalidade é crucial na transformação do juiz nacional em juiz verdadeiramente interamericano, oportunidade em que se revestirá da figura de guardião tanto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, quanto de seus protocolos adicionais, tratados e da própria jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (MAC-GREGOR, 2013, p. 594). É essa adequação dos atos e leis internas que tomadas em conjunto com os compromissos firmados pelo país em matéria de Direitos Humanos que proporcionará a observância de um bloco de convencionalidade (CAMILO, 2017, p. 29).

9 Para Mazzuoli o controle difuso de supralegalidade seria cabível em relação aos tratados internacionais comuns. Isto porque diferente do STF, Mazzuoli não enxerga aludidos tratados com *status* equivalente ao das leis ordinárias, as quais estão sujeitas apenas ao controle de legalidade.

Diante de todo o exposto, fica claro perceber a dificuldade dos legitimados do art. 103 da CRFB para o ajuizamento de ações de controle abstrato de convencionalidade no Brasil, por exemplo. Isto porque, geralmente, ao apontar na exordial a violação a tratados internacionais de direitos humanos que não foram equiparados a normas constitucionais (não se submeteram ao *quorum* qualificado do parágrafo 3º do art. 5º da CRFB), acabam por frisar a violação também do texto constitucional, justamente diante do conhecimento de que se sustentarem apenas o controle abstrato de convencionalidade, não teriam a ação (ADIN, ADECON, ADPF), sequer conhecida pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁰ Ou seja, apesar de violações aos tratados internacionais de direitos humanos, por não serem formalmente constitucionais, os legitimados encontram-se engessados em relação à propositura de ações de controle abstrato de convencionalidade. Nesse ponto, é preciso evoluir o entendimento.

Mas para a evolução da questão, antes de tudo, deve-se garantir que o controle difuso de convencionalidade passe a ser encarado de maneira mais natural e não como uma aberração jurídica que é pouco ou praticamente desconhecida pelos operados do direito.

Em outros países a consciência do importante papel do controle de convencionalidade tem provocado mudanças na relação entre os Estados e o Direito Internacional. Conforme ressalta CAMILO (2017): “O Estado Mexicano realizou alterações em sua Constituição, promulgadas em julho de 2011, como forma de abarcar expressamente o Controle de Convencionalidade difuso”. Também o Estado Argentino, apesar de não alterar sua Constituição, passou a aceitar a doutrina e jurisprudência acerca dos temas internacionais de direitos humanos, tendo a *Corte Suprema de Justicia* já se posicionado favoravelmente à aplicação do controle difuso de convencionalidade (CAMILO, 2017, p. 32).

No Brasil, a doutrina do controle de convencionalidade ainda engatinha no que se refere à sua aplicação pelos juízes nacionais. Contudo, já existem decisões que citam o instrumento de controle de convencionalidade como o Habeas Corpus nº 1.358.323-2 julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que se valeu da Convenção Americana de Direitos Humanos e

¹⁰ O caso da ADPF nº 320/DP que tratou da recepção da Lei da anistia pela CRFB demonstra a dificuldade para a realização do controle abstrato de convencionalidade, notadamente tendo como paradigma a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

do controle de convencionalidade para tratar da necessidade de audiência de custódia no processo penal brasileiro (CAMILO, 2017, p. 32-33).¹¹

Outros casos que trataram de se valer do controle de convencionalidade, dizem respeito ao crime de desacato, oportunidade em que reconheceu-se sua incompatibilidade com o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos e a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão aprovada no âmbito da CIDH, razão pela qual deixou-se de aplicá-lo (CAMILO, 2017, p. 33-34).¹²

Com efeito, somente com a popularização da utilização do controle difuso de convencionalidade se assentará a doutrina majoritária de direito internacional, traduzindo-se num primeiro passo para o reconhecimento e observância das forças dos tratados de direitos humanos devidamente ratificados, ainda que sem equivalência à emenda constitucional. É por meio do controle difuso de convencionalidade que se fará aportar perante o STF grandes questões de direitos internacionais relativas a violações de tratados internacionais de direitos humanos decorrentes de cada caso concreto.

Aliás o Supremo Tribunal Federal tem pecado em relação à observância e cumprimento dos tratados internacionais sobre direitos humanos pelo Brasil. Basta citar o caso *Gomes Lund e outros* (Guerrilha do Araguaia), que versam sobre a Lei de Anistia do Brasil, oportunidade em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos¹³ decidiu que o Brasil deveria determinar as responsabilidades penais e aplicar as sanções respectivas, adequando ao direito interno o necessário, o que foi de encontro direto com a Lei de Anistia

11 Tribunal de Justiça do Paraná. Habeas Corpus. Nº 1.358.323-2, 3ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, Curitiba, PR, DJ 23.04.2015. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/18819/5218101/Processo_N%C2%BA_1358323-2_-_HC_Crime.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2017.

12 Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processo nº 0013156-07.2015.8.19.0008. 2ª Vara Criminal da Comarca de Belford Roxo, Belford Roxo, RJ, DJ 04.07.2016. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/juiz-do-tjrj-faz-controle-de-convencionalidade-do-crime-de-desacato/>>. Acesso em: 4 dez. 2016. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Ação Penal nº 0067370-64.2012.8.24.0023. 4ª Vara Criminal da Comarca de Florianópolis, Florianópolis, SC, DJ 17.03.2015.

13 Importante frisar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos evoluiu, ao longo do tempo, em relação à lapidação do conceito de controle de convencionalidade e sua respectiva aplicação. Destacam-se cinco fases quanto a evolução do controle de convencionalidade pela CIDH: 1) aproximação ao conceito de controle de convencionalidade nos votos individuais dos juízes; 2) delineamento geral do controle de convencionalidade como obrigação dos juízes domésticos de considerarem a Convenção Americana conforme interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos; 3) obrigação de consideração ex officio da Convenção Americana conforme interpretada pela Corte Interamericana (e controvérsia sobre a extensão das bases normativas e da incidência do poder de revisão); 4) força vinculante análoga à da constituição doméstica; e 5) revisão direta e controle contramajoritário (TORELLY, 2016).

(Lei nº 6.683/79), que significaria na inaplicabilidade da aludida lei. O STF simplesmente ignorou a decisão da CIDH¹⁴, o que oportunizou a posterior instauração de uma Comissão da Verdade sem caráter persecutório, ou seja, o Brasil não levou a sério os tratados que ratificou e tampouco a jurisdição internacional da CIDH (CAMILO, 2017, p. 34).

Portanto apesar dos pequenos avanços quanto ao controle difuso de convencionalidade, ainda há um longo caminho a se percorrer para a efetiva aplicação do controle de convencionalidade no Brasil. Com efeito, a título de sugestão para a ampla utilização do controle difuso de convencionalidade, aponta-se a seguir a questão da violação à Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, cujas demandas vem aumentando perante os tribunais brasileiros e apresenta-se como *locus* extremamente promissor para o tema desenvolvido até o momento.

3 A CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS E SEU CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL

De posse do arcabouço conceitual acerca da doutrina que versa sobre o controle de convencionalidade, afigura-se possível investigar a sua utilização a partir da Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças como paradigma especificamente ao controle difuso de convencionalidade. Antes, porém, impõe-se necessário superar a dúvida no sentido de a Convenção da Haia de 1980 ser ou não realmente um tratado internacional de direitos humanos, para após realizar-se uma apresentação introdutória quanto à Convenção e Conferência da Haia relativa ao Sequestro Internacional de Crianças.

3.1 O RECONHECIMENTO DA CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS COMO TRATADO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

Como restou sedimentado, a utilização do instrumento do controle de convencionalidade, seja na sua modalidade abstrata ou difusa, apresenta uma clara delimitação quanto ao seu paradigma. Somente é cabível controle de convencionalidade diante de Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 153/2010-DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 03 jul. 2018. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 320/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=320&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

A questão que surge é se a Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças seria ou não um Tratado de Direitos Humanos. Adota-se neste estudo a posição de que a Convenção da Haia de 1980 efetivamente é um Tratado de Direitos Humanos. Explica-se.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças é o diploma de maior relevância quanto à proteção dos direitos da criança e do adolescente atualmente no plano internacional. A aludida Convenção foi aprovada pela Resolução 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e, entrou em vigor no plano internacional em 2 de setembro de 1990. Atualmente conta com 140 países signatários e é considerada, por conta de seu conteúdo, como um efetivo tratado internacional de direitos humanos. Basta observar trechos de seu preâmbulo para esta conclusão:

Recordando que, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Organização das Nações Unidas proclamou que a infância tem direito a uma ajuda e assistência especiais;

Convictos de que a família, elemento natural e fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e a assistência necessárias para desempenhar plenamente o seu papel na comunidade;

Reconhecendo que a criança, para o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, deve crescer num ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão;

Tendo presente que a necessidade de garantir uma proteção especial à criança foi enunciada pela Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança (5) e pela Declaração dos Direitos da Criança adoptada pelas Nações Unidas em 1959 (2), e foi reconhecida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (nomeadamente nos artigos 23.^º e 24.^º) 4, pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (nomeadamente o artigo 10.^º) e pelos estatutos e instrumentos pertinentes das agências especializadas e organizações internacionais que se dedicam ao bem-estar da criança; Tendo presente que, como indicado na Declaração dos Direitos da Criança, adoptada em 20 de Novembro de 1959 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, «a criança, por motivo da sua falta de maturidade física e intelectual,

tem necessidade de uma proteção e cuidados especiais, nomeadamente de proteção jurídica adequada, tanto antes como depois do nascimento; [...] (CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS, 2004).

Estabelecido que a Convenção sobre os Direitos das Crianças da ONU é um tratado internacional de direitos humanos, tem-se que compulsando a apontada Convenção extraí-se o seguinte dispositivo:

Artigo 11 1. Os Estados Membros tomarão medidas para combater a transferência ilícita de crianças para o exterior e a retenção ilícita das mesmas no exterior. 2. Para esse fim, os Estados Membros promoverão a conclusão de acordos bilaterais ou multilaterais ou a adesão a acordos já existentes. (CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS, 2004).

Em observância a tal dispositivo verifica-se a existência da Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Criança de 1980, que se aplica de maneira complementar à Convenção da ONU sobre os Direitos das Crianças. Ora, não há como considerar a Convenção Sobre os Direitos das Crianças da ONU como um tratado internacional de direitos humanos e não fazer o mesmo em relação à Convenção da Haia de 1980 que é decorrência lógica para a aplicação e efetivação do disposto no art. 11 da Convenção da ONU sobre os Direitos das Crianças. Trata-se de exercício lógico e coerente, portanto, que a Convenção da Haia de 1980 seja considerada como um tratado internacional de direitos humanos.¹⁵

Assim, resta devidamente fundamentada a posição que se adota no sentido de que é cabível o controle de convencionalidade em relação à Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Criança de 1980, por consistir em efetivo tratado internacional de direitos humanos. Superada esta condicionante, passa-se a apresentar a Conferência e a Convenção da Haia de 1980.

3.2 CONFERÊNCIA E CONVENÇÃO DA HAIA DE 1980: BREVE APRESENTAÇÃO

A Conferência da Haia foi criada em 1893, com o escopo de unificar as normas e os procedimentos relativos ao direito internacional privado.

¹⁵ A despeito da Convenção da Haia de 1980 encontrar-se inserida no âmbito de estudo do direito internacional privado, nada impede sua publicização como inserta no ramo do direito internacional público, notadamente diante de sua vocação pela proteção dos direitos da criança e adolescente objetos de subtração ou retenção ilícitas.

Portanto, é uma organização mundial intergovernamental permanente, composta de mais de 60 (sessenta) Estados membros, após a entrada em vigor de seu estatuto. Tem como principal objetivo, assim, a promoção de negociações e a composição de convenções internacionais em matérias de direito internacional privado, dentre os quais se destaca a proteção aos direitos da criança (TONINELLO, 2007, p. 7).

Aludida organização localiza-se em Haia, centro da justiça internacional, e suas atividades são preparadas por comissões especiais ou grupos de trabalho que se reúnem várias vezes ao ano. Os idiomas de trabalho adotados são o francês e o inglês.

A crescente problemática relacionada ao “rapto legal” de crianças ao redor do mundo, consistente na retirada da criança de seu país de residência habitual¹⁶, por um dos pais ou familiares, para outro país, tomou tamanha proporção que houve a necessidade de se estabelecer regramento internacional para enfrentar aludidas situações que até 1970 eram diminutas e ignoradas.¹⁷ A globalização tem um papel crucial no incremento de situações de “rapto legal” de crianças.¹⁸ Conforme destaca Juliete Marie Marguerite Robichez Fernandes:

16 Para Fernando Messere: “O conceito de residência habitual comprehende dois aspectos: a residência e a habitualidade. É um conceito simples e não-técnico, que deve ser aplicado aos fatos trazidos a conhecimento do intérprete, sem os inconvenientes do conceito jurídico de domicílio, é um conceito muito utilizado mas não conceituado pelas convenções da Conferência da Haia, e 92 que pode ser bem compreendido segundo o significado ordinário das duas palavras que o compõem. É também um conceito relacionado ao tempo, pois é empregado ora em relação a um intervalo de tempo, como quando se avalia o decurso de um ano de residência habitual em determinado Estado, ora em relação a um determinado instante de tempo, como quando se procura esclarecer se havia residência habitual no instante em que a criança foi transferida do Estado requerente.” (MESSERE, 2005, p. 91-92).

17 Conforme ressalta Fernando Messere: “O seqüestro de uma criança por seu familiar mais próximo é uma manifestação doentia do exercício do poder familiar, e revela uma especial beligerância na disputa pela custódia da criança. O estado de desacordo entre os pais é de tal ordem que um deles arrebata o filho e desloca-se para outra jurisdição onde acredita poder obter situação de direito ou de fato que melhor atenda a seus interesses. Embora a Convenção não seja perfeita, é uma das melhores alternativas à autodefesa que costumava imperar nos casos da espécie, com consequências perigosas e prejudiciais à criança, que muitas vezes era mantida longe de atividades sociais normais, movida de cidade em cidade, matriculada em escolas variadas e com utilização de nomes fictícios. Por mais imperfeito que seja, um tratado multilateral como a Convenção da Haia de 1980 insere os Estados em um regime internacional de localização e avaliação da real situação da criança, que deverá ser restituída ao Estado de residência habitual. Eventual decisão diversa deverá ser objeto de esclarecimentos e fundamentada no primado do superior interesse da criança” (MESSERE, 2005, p. 80).

18 COSTA, 2016. p. 127.

Esse fenômeno migratório de cunho econômico, demográfico e político e suas consequências no perfil das famílias, constitui um novo desafio para o direito. Enquanto se tratava do deslocamento de indivíduos isolados ou de grupos limitados, o direito negligenciava a situação deles. Hoje como se acomodar da indiferença do direito aos sofrimentos de crianças em um mundo onde a travessia das fronteiras se torna verdadeiro fenômeno de massa e, mais ainda, permanente? A amplitude deste fenômeno na época contemporânea exige soluções gerais que passam necessariamente pela via de acordos internacionais. Na ausência de um direito da família unificado, a solução privilegiada da sociedade internacional para resolver os problemas do sequestro interparental internacional foi institucionalização de instrumentos de cooperação administrativa internacional (ROBICHEZ, 2013, p. 13)

Frente a tal fenômeno, os Estados propuseram, no fórum de Conferência da Haia, a elaboração de uma convenção sobre a retirada ilegal de crianças de seu país de residência habitual. Esse fórum, proporcionou a aprovação da Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças.¹⁹ Aludida Convenção foi aprovada na 14^a sessão da conferência da Haia de Direito Internacional Privado, no dia 24 de outubro de 1980, por votação unânime, dos estados presentes (TONINELLO, 2007, p. 9). Até início de 2017, a Convenção sob análise contava com a adesão de 97 países de todos os continentes.²⁰

¹⁹ O termo “Sequestro Internacional” sofre diversas críticas, principalmente porque implica em clássica tipificação da seara do direito penal, por meio do qual a criança é removida por um desconhecido, para fins de ganho material. Entretanto, o termo não merece tal conotação, já que na Convenção da Haia encontra-se num contexto que se presta a disciplinar os aspectos civis da transferência ou retenção ilícitas de uma criança, realizada, via de regra, por um de seus genitores em violação ao direito de guarda de titularidade do outro genitor ou de ambos. No entanto, o Decreto nº 3.413/00 que promulgou o tratado no Brasil utiliza-se do termo “sequestro internacional” que segundo Natalia Camba Martins seria equivocado, oportunidade em que sugere o termo “subtração internacional”.(MARTINS, 2013, p. 56-57). Portugal preferiu utilizar o termo “rapto”. Países de língua espanhola adotaram o termo “sustracción”, enquanto que países de língua inglesa adotaram as expressões “abduction” e de língua francesa “enlèvement d’ enfants”(MESSERE, 2005, p. 83-84). De qualquer maneira, tendo em vista que o próprio decreto no Brasil se vale da expressão “sequestro internacional”, adota-se ao longo deste artigo aludida terminologia.

²⁰ Países que já aderiram à Convenção, conforme atualização até março de 2017: África do Sul, Albânia, Alemanha, Andorra, Antiga República Iugoslávia da Macedônia, Argentina, Armênia, Áustria, Austrália, Bahamas, Belize, Bielorrússia, Bolívia, Brasil, Bulgária, Burkina Faso, Bélgica, Bósnia e Herzegovina, Canadá, Cazaquistão, Chile, China, Chipre, Colômbia, Coreia, Costa Rica, Croácia, Dinamarca, El Salvador, Equador, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estados Unidos da América, Estônia, Fiji, Filipinas, Finlândia, França, Gabão, Geórgia, Grécia, Guatemala, Guiné, Honduras, Hungria, Irlanda, Ilândia, Israel, Itália, Iraque, Jamaica, Japão, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Lesoto, Malta, Marrocos, Maurícias, Montenegro, México, Mônaco, Nicarágua, Noruega, Nova Zelândia, Paquistão, Panamá, Paraguai, Países Baixos, Peru, Polônia, Portugal, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do

A convenção surgiu justamente para facilitar e tornar mais ágil e célere a atuação entre os Estados, para fins de reinserir, no menor lapso de tempo possível, a criança sequestrada à sua residência habitual. Neste passo, a finalidade maior da Convenção da Haia de 1980 consiste na proteção dos interesses da criança que se encontra nessa modalidade de situação que pode trazer consequências perigosas e prejudiciais ao seu desenvolvimento, como por exemplo: manutenção da criança longe de atividades sociais; matrícula da criança em diferentes escolas com nomes fictícios, trazendo prejuízo à criação de vínculos de amizade (TONINELLO, 2007 TONINELLO, 2007 , p. 9).

A Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro de crianças deve ser observada pelos países signatários e, conforme se extrai da própria Convenção, a celeridade na resolução da questão e restituição da criança à sua residência habitual, são os principais vetores para sua aplicação. Quanto mais rápida a decisão seja tomada pelos órgãos administrativos ou judiciais dos Estados envolvidos, proporcionando soluções seja por meio de acordos, seja por decisões judiciais, em caso de resistência do “sequestrador (a)”, melhor será o resultado obtido nos termos objetivados pela Convenção. Portanto, o maior vilão a ser combatido em casos deste jaez é o decurso do tempo entre o sequestro da criança e o acordo ou decisão judicial final (MARTINS, 2013, p. 61-62).

3.3 PRINCIPAIS DISPOSIÇÕES DA CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

Em primeiro lugar é preciso frisar que pelo art. 4º da Convenção de 1980, apenas poderá ser amparado por ela aquele que tiver menos de 16 (dezesseis) anos, ou seja, a partir do momento em que se complete 16 (dezesseis) anos ficará o menor excluído dos efeitos da Convenção (CONVENÇÃO DA HAIA COMENTADA, 2006, p. 6).

Além disso, a criança protegida pela convenção é toda aquela que tinha sua residência habitual em um estado contratante, antes da superveniência da quebra da guarda ou do impedimento ao direito de visita, e que se encontra em outro estado contratante. A residência habitual da criança decorre da posse e guarda atribuída a uma pessoa, instituição, seja por força de lei, de um acordo ou de decisão judicial e o “sequestro” dessa

Norte, República Checa, República da Moldávia, Romênia, República Dominicana, Rússia, San Marino, São Cristóvão e Nevis, Singapura, Sri Lanka, Suécia, Suíça, Sérvia, Seychelles, Tailândia, Trinidad e Tobago, Turquemistão, Turquia, Uzequistão, Ucrânia, Uruguai, Venezuela, Zâmbia, Zimbábue. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/status-table/?cid=24>>. Acesso em: 16 maio 2017.

criança para outro país, importa na aplicação da Convenção de 1980, desde que os países envolvidos sejam contratantes da Convenção.

Por sua vez, o artigo 3º da Convenção da Haia de 1980 representa o núcleo central e principal fator a ser observado para se detectar o sequestro internacional de crianças, uma vez que estabelece as hipóteses em que será considerada ilícita a transferência ou retenção de uma criança.²¹

Pontuadas estas premissas, verifica-se que a Convenção da Haia de 1980 estabelece uma Autoridade Central com o objetivo de proporcionar a cooperação entre os países, nos termos dos arts. 6º e 7º da aludida Convenção (CONVENÇÃO DA HAIA COMENTADA, 2006, p. 10). Em uma situação de sequestro internacional de criança, nos quais tanto o país da residência habitual da criança, quanto o país para onde ela foi transferida, sejam contratantes da Convenção, tem-se a existência de uma autoridade central em cada um desses países, as quais devem cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respectivos Estados, de forma a assegurar o retorno imediato das crianças.

A Autoridade Central do país da residência habitual da criança, uma vez provocada, nos termos do art. 8º da Convenção (CONVENÇÃO DA HAIA COMENTADA, 2006, p. 12-13), entrará em contato diretamente com a Autoridade Central do país para onde acredita-se que a criança tenha sido levada (GASPAR; AMARAL, 2013, p. 365). Trata-se de cooperação internacional direta, visando evitar e sobrepujar toda uma burocracia que atrasaria ainda mais a devolução das crianças indevidamente transferidas.²²

²¹ Art. 3º A transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando:

- a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e
 - b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido.
- O direito de guarda referido na alínea a) pode resultar de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo vigente segundo o direito desse Estado (CONVENÇÃO DA HAIA COMENTADA, 2006, p. 4).

²² Segundo Jacob Dollinger e Carmen Tiburcio: “O auxílio direto é meio de cooperação internacional já incorporado à maioria dos ordenamentos jurídicos modernos, não se podendo falar que se trata de instituto inteiramente novo. Por outro lado, suas configurações sofreram importantes alterações ao longo do tempo, no Brasil inclusive. Por meio do auxílio direto, permite-se que autoridade estrangeira solicite a realização de diligências no País, tal como ocorre no âmbito das cartas rogatórias (CPC/2015, art. 29). A principal diferença entre os institutos é o direito aplicável e a origem da decisão que enseja o pedido. Enquanto cartas rogatórias têm como fundamento decisão de autoridade estrangeira proferida de acordo com suas próprias leis, o pedido de auxílio direto não se fundamenta em uma decisão prévia, havendo a necessidade de que autoridade brasileira competente, judicial ou não (CPC/2015, art. 32),

É possível valer-se da Interpol e da respectiva Polícia Federal de cada Estado participante para fins de localização da eventual criança. Uma vez localizada é realizada tentativa de resolução da situação por meio de acordo entre as partes. Caso não haja decisão por parte da autoridade administrativa ou judicial no prazo de 6 (seis) semanas a contar da data em que o pedido foi apresentado, nos moldes do art. 11 da Convenção de Haia de 1980, o requerente, Autoridade Central do Estado requerido, poderá solicitar uma declaração sobre as razões da demora (CONVENÇÃO DA HAIA COMENTADA, 2006, p. 14). Aqui mais uma vez o caráter célere da tramitação do procedimento apresenta-se como de suma relevância para a aplicação da Convenção da Haia.

Caso não se logre êxito em eventual acordo pela via administrativa, tem-se o ajuizamento de demanda judicial visando a devolução da criança ao seu país de residência habitual. Nesta demanda que pode ser ajuizada tanto por órgãos públicos, por determinação da Autoridade Central, quanto pelo próprio requerente, caso tenha decorrido entre a data da transferência ou retenção indevidas da criança e a data de início do processo perante a autoridade judicial (ou até mesmo administrativa) do Estado Contratante onde a criança se encontrar, o período inferior a 1 (um) ano, a autoridade respectiva deverá ordenar o retorno imediato da criança. Mesmo se superado esse período de 1 (um) ano, a autoridade judicial ou administrativa também deverá ordenar o retorno imediato da criança, salvo se já se encontrar integrada ao novo meio social, tudo nos termos do art. 12 da Convenção da Haia de 1980 (CONVENÇÃO DA HAIA COMENTADA, 2006, p. 15).

Portanto, segundo a Convenção Sobre Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, a *regra* é a devolução imediata da criança transferida ou retida indevidamente em país diverso do seu país de residência habitual. Isto se coaduna com a necessidade de velocidade

decida, de acordo com as leis brasileiras, sobre a viabilidade da diligência (CPC/2015, art. 28). Ou seja, as comissões rogatórias se submetem tão somente ao juízo de deliberação da decisão estrangeira; diversamente, o auxílio direto tem como requisito decisão de autoridade nacional que, à luz do direito brasileiro, determinará a possibilidade do pedido.” E ainda arremata o autor: “[...] a União pode encaminhar a solicitação diretamente ao juízo federal competente. A competência da Justiça Federal justifica-se em qualquer uma das três hipóteses seguintes: (i) interesse da União na cooperação, em função da reciprocidade (CF, art. 109, I), independentemente de tratado firmado pelo Brasil; (ii) a causa envolve Estado estrangeiro (substituído pela União, conforme tratado em vigor, se esse for o caso) e pessoa domiciliada no Brasil (CF, art. 109, II); e (iii) a causa é fundada em tratado celebrado pelo País (CF, art. 109, III).” (DOLINGER; TIBURCIO, 2017, p. 629). Para maior aprofundamento acerca do instituto do auxílio direto ver: LOULA, 2010.

exigida pela própria Convenção no julgamento e resoluções de questões que envolvem crianças.

Aliás, o foro próprio para discussão de guarda da criança, sempre será o do país da residência habitual da criança e não no país para onde foi transferida ou têm sido retida. Neste passo, a Convenção da Haia de 1980 é clara, no sentido de que cabe às autoridades administrativas e, principalmente, às autoridades judiciais a verificação se se trata realmente de caso de aplicação da respectiva Convenção e, se isso se confirmar, ater-se ao julgamento da devolução ou não da criança, nunca ingressando em definição de guarda, salvo se – ao final – restar rejeitada a devolução, já que se trata de juízo totalmente incompetente para tanto, conforme expressamente dispõem os arts. 16 e 17, ambos da Convenção da Haia de 1980 (CONVENÇÃO DA HAIA COMENTADA, 2006, p. 25-31).

É possível, entretanto, que sejam suscitadas exceções como matéria de defesa para a não devolução da criança ao seu país de residência habitual, conforme se extrai dos arts. 13 e 20, ambos da Convenção da Haia de 1980 (CONVENÇÃO DA HAIA COMENTADA, 2006, p. 17 e 32). Para tanto, a pessoa, instituição ou organismo que se oponha ao retorno da criança deve provar que: a) o responsável pela criança em seu país de residência habitual não exercia efetivamente o seu direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado com esta transferência ou retenção; b) existe o risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou ainda, de ficar em situação intolerável; c) a própria criança se opõe ao retorno, levando-se em consideração as suas opiniões sobre o assunto, caso já tenha atingido idade e grau de maturidade suficientes para tanto; e d) o retorno da criança não seria compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Demonstrado todo o *iter* procedural tanto administrativo, como judicial, além das hipóteses que excepcionam a regra geral da imediata devolução da criança transferida ou retida indevidamente, cumpre a seguir focar na possibilidade ou não do cabimento do controle difuso de convencionalidade pelos magistrados, Tribunais e Supremo Tribunal Federal, valendo-se da Convenção da Haia de 1980 como paradigma à luz da celeridade e duração razoável do processo, justamente como fins capazes de proporcionar a efetiva aplicação dos respectivos princípios norteadores.

3.4 CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE E A CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS COMO PARADIGMA: SUGESTÃO DE USO

Conforme já foi ressaltado ao longo do presente estudo, adotou-se a teoria de Mazzuoli no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos não equiparados a emendas constitucionais no Brasil ostentariam *status constitucional* (materialmente constitucional) e, portanto, não se integrariam ao sistema normativo interno brasileiro como normas supralegais, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal. Sustenta-se aqui que o STF precisa evoluir seu entendimento a fim de se adequar ao posicionamento majoritário da doutrina internacionalista ou prática internacional que encontra eco na teoria de Mazzuoli.

Assim, estabelecido que a Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980 é um tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Brasil, porém não internalizado por meio do *quorum* especial equivalente às emendas constitucionais, tem-se que mesmo assim, por ser materialmente constitucional, ostenta *status constitucional* e é passível de controle difuso de convencionalidade.

Como sugestão para o controle difuso de convencionalidade no Brasil da Convenção da Haia de 1980, justamente para fins de reforçar a necessidade de cumprimento dos tratados ratificados pelo Brasil, destaca-se a questão da mora quanto aos procedimentos judiciais para solução dos conflitos relativos ao sequestro internacional de crianças.

O órgão internacional responsável pelo recebimento de reclamações quanto ao descumprimento da Convenção da Haia de 1980 no que se refere aos países da América Latina e Caribe consiste na Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Brasil já sofreu reclamação formal quanto ao excesso de prazo na solução de caso que aportou no país, no sentido do *non-compliance* da Convenção: caso do argentino Alejandro Daniel Esteve - Relatório de Admissibilidade n.º 173/11 (OAS, 2011). A CIDH também já externou sua intolerância em relação ao excesso de prazo:

El derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales (Fornerón e hija c. Argentina”, 27/04/2012; Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago, 21/06/2002 y González Medina y familiares vc. República Dominicana, 27/02/2012).

A Convenção da Haia de 1980 estabelece como prazo razoável de seis semanas para o processamento do pedido e resposta judicial ou extrajudicial ao caso (art. 11 da Convenção). Assim, a demora ou excesso de prazo para solução de casos à luz da Convenção da Haia de 1980 pelo Brasil já se encontra no radar da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o país não pode simplesmente ignorar o seu cumprimento. Para tanto, o controle difuso de convencionalidade surge como forte aliado para garantir que magistrados de todo o país, onde aperte um caso de sequestro internacional de crianças, possa declarar a inconvencionalidade em relação ao cumprimento da Convenção da Haia de 1980, com destaque para as situações de excesso de prazo e demora na solução, uma vez que muitas vezes não depende do próprio magistrado, já que inexiste no Brasil um procedimento uniforme e especial para fins de processamento judicial dos pedidos de devolução de crianças a outros países signatários do tratado.

Além disso, a própria Convenção da Haia estabelece que questões formais devem ser relevadas, para fins de cumprimento de forma mais célere possível com as finalidades da Convenção. Entretanto, por exemplo, ainda se exige no Brasil a apresentação de documentação com tradução juramentada, o que pode contribuir sobremaneira em relação ao excesso de prazo.

Assim, o controle difuso de convencionalidade poderá proporcionar maior visibilidade às violações mais comuns à Convenção da Haia de 1980, com destaque para o excesso de prazo, e, consequentemente, implementar as ferramentas existentes na tutela dos direitos humanos fundamentais.

4 CONCLUSÃO

A inquestionável expansão do Direito internacional tem sido fator importante de adequação, estruturação e incremento da tutela dos direitos humanos fundamentais no seio do direito interno dos Estados, os quais estão cada vez mais empenhados em adequar suas estruturas normativas às premissas adotadas pela sociedade internacional.

E como nítido mecanismo de uniformização da ordem interna dos países às previsões contidas nos tratados internacionais, notadamente de direitos humanos, o controle de convencionalidade deve exercer importante função, no intuito de demonstrar que a conformação das previsões de tutela aos direitos fundamentais não pode ser limitada à ordem jurídica interna dos países, mas sim àquilo que tem sido objeto no âmbito do Direito Internacional.

A força normativa dos tratados internacionais, portanto, deve ser obrigatoriamente reconhecida, e mais importante, num plano de concreção de *status executável* – constitucional ou supralegal, conforme tese definida pelo STF no Brasil -, não sujeitável a arranjos institucionais ou legais por interesse do Estado. Nesse contexto, a adequação de um ato normativo dentro de um Estado deve ser analisado sob uma ótica de conformação interna (controle de constitucionalidade), mas também de uma conformação externa (controle de convencionalidade).

Por opção metodológica de pesquisa, o recorte que se deu a esse artigo foi de analisar a aplicação do controle de convencionalidade difuso no Brasil no que tange à Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças incorporada no Brasil por meio do Decreto n.º 3.413, de 14 de abril de 2000. Ou seja, buscou-se responder se, constatada violação aos preceitos definidos pela Convenção da Haia de 1980 – aqui classificado como tratado de direito internacional sobre direitos humanos -, seria possível aplicar o controle de convencionalidade difuso, para sua concretização.

A resposta à indagação acima, ao nosso ver, só pode ser positiva. Primeiro, porque o controle de convencionalidade difuso apresenta-se como instrumento viável para proteção dos tratados de direitos humanos que não tenham sido incorporados pela regra especial prevista no § 3º do artigo 5º da Constituição Federal; caso da Convenção analisada; e segundo, porque, no campo prático, tem sido verificada uma morosidade comum aos processos envolvendo a subtração ou retenção ilícita de crianças, o que, por consequência, acaba implicando em violação a direitos humanos fundamentais.

A conclusão que se apresenta, nesse sentido, é de caráter sugestivo, no sentido de que o Poder Judiciário brasileiro, ao enfrentar casos relacionados a temática do sequestro internacional de crianças (ou subtração/retenção ilícita, nomenclatura tecnicamente adequada), apliquem o controle difuso de convencionalidade quando do enfrentamento de problemas para efetivação dos direitos humanos fundamentais da criança/adolescente, dando plena eficácia ao regramento internacional, mas também constitucional, diante da dialeticidade entre estes.

Enfim, o controle de convencionalidade difuso apresenta-se como instrumento à disposição de magistrados e tribunais espalhados pelos rincões do Brasil capaz de catalizar casos e atuar como verdadeiro termômetro quanto a violação de Tratados de Direitos Humanos não submetidos ao *quorum* especial de aprovação equivalente ao das emendas

constitucionais. De fato, tal disseminação proporcionará que um maior número de casos que envolvam violações a disposições de Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, aportem perante o Supremo Tribunal Federal, notadamente por meio de Recursos Extraordinários e, com isso, tragam um maior entendimento e conscientização do relevantíssimo papel que nossa Suprema Corte poderá exercer em situações desse jaez, em conformidade com as responsabilidades assumidas e respeito aos ordenamentos internacionais.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 153/2010-DF*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 03 jul. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 320/2014*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=320&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 03 jul. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Convenção da Haia Comentada*. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaohaia/conteudotextual/anexo/textoconvencao.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2017.
- CAMILO, Guilherme Vitor de Gonzaga. A aplicação dos tratados e a doutrina do controle de convencionalidade: bases jurídicas e efetivação. *Revista de Direito Brasileiro*, v. 17, n. 7, p. 18-39, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/428>>. Acesso em: 4 dez. 2017.
- CHAVES, Denisson Gonçalves; SOUSA, Mônica Teresa Costa. O controle de convencionalidade e a autoanálise do poder judiciário brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 61, n. 1, jan./abr. 2016.
- COSTA, José Augusto Fontoura; LOPES, Rachel de Oliveira. Análise das Convenções sobre restituição internacional de crianças indevidamente transportadas ou retidas à luz da teoria dos regimes internacionais. *Sequência*, Florianópolis, n. 72, p. 125-144, abr. 2016. p. 127. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n72/0101-9562-seq-72-00125.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado*. 13. ed. revisada, atualizada ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FEILKE, Pedro Ribeiro Augustoni. O controle de convencionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Direito em Debate*, ano XXIII, n. 41, jan./jun. 2014, p. 147-186.

GASPAR, Renata Alvares; AMARAL, Guilherme. Sequestro internacional de menores: os tribunais brasileiros têm oferecido proteção suficiente ao interesse superior do menor? *Meritum* (Belo Horizonte). v. 8, n. 1. p.351-387. jan./jun. 2013.

LOULA, Maria Rosa Guimarães. *Auxílio direto: novo instrumento de cooperação jurídica internacional civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano*: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília. DF: Gazeta Jurídica, 2013.

MARTINS, Natalia Camba. *Subtração internacional de crianças: as exceções à obrigação de retorno previstas na Convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças: interpretação judicial da adaptação da criança*. Curitiba: CRV, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. revisada, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *O Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Teoria Geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 46 n. 181, jan./mar. 2009.

MESSERE, Fernando Luiz de Lacerda. *Direitos da Criança: O Brasil e a convenção sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças*. 2005. 175 f.; Dissertação (mestrado) – Centro Universitário UNICEUB. Brasília, 2005.

OAS. *Informes de Admissibilidad*. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/admisibilidades.asp>>. Acesso em: 7 nov. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)*. San José 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 8 nov. 2017.

OUFELLA, Jociane Machiavelli; ELY, Pricila Carla da Silva. A primavera árabe sob o enfoque do direito internacional dos direitos humanos. *Ponto de Vista Jurídico/Caçador*, v. 2, n. 2, jul./ago. 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 15. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROBICHEZ, Juliette. A aplicação da Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças de 1980: perspectivas brasileiras. *Ciente-Fico.com (Impresso)* , v. 1, p. 28-40, 2013, p. 13. Disponível: <<https://revistacientefico.devrybrasil.edu.br/cientefico/article/view/52/48>>. Acesso em: 16 maio 17.

ROTHENBURG, Walter Cladius. Constitucionalidade e Convencionalidade da Lei de Anistia Brasileira. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 2, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322013000200013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 9 nov. 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322013000200013>.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2010.

TONINELLO, Fernanda. A aplicação dos direitos fundamentais nos casos de sequestro internacional de menores. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 1-30, jan./jun. 2007, p. 7. Disponível em:<<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/39/60>>. Acesso em: 16 maio 2017.

TORELLY, Marcelo. Controle de Convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos?. *Rev. Direito Prát.*, Rio de Janeiro, v. 8,

n. 1, p. 321-353, mar. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000100321&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 16 nov. 2017.

UNICEF. *Convenção sobre os Direitos das Crianças*. 2004. Disponível em: <https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_criancas2004.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2017.