

REVISTA DA
AGU

volume 19 nº 04 - Brasília-DF, out./dez. 2020

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

| | | | | | |
|----------------|----------|-------|-------|----------|----------------|
| Revista da AGU | Brasília | v. 19 | nº 04 | p. 1-324 | out./dez. 2020 |
|----------------|----------|-------|-------|----------|----------------|

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

José Levi Mello do Amaral Júnior

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO - SUBSTITUTO

Fabrcio da Soller

DIREÇÃO GERAL DA AGU

| | |
|---------------------------------------|---|
| Fabrcio da Soller | Secretário-Geral de Consultoria |
| Vinfcius 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 de Sant'Anna | Diretor |
| Andrea Maria Nogueira Cajueiro | Coordenadora-Geral de Ensino |

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

Capa: Niuza Lima

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

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da AGU/ Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes
Leal. - Brasília : EAGU, 2002.

v. ; 23 cm.

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

Primeiro número editado como edição especial de lançamento.

Primeiro título da publicação: Revista da AGU: Centro de Estudos Victor Nunes

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

A partir 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

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

HENRIQUE AUGUSTO FIGUEIREDO FULGÊNCIO

Responsável pelo Núcleo de Pós-Graduação e Pesquisa na Escola da Advocacia-Geral da União.
Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina e em Teoria e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

EDITORES ASSISTENTES

Allan Tavares, Escola da AGU - DF
Cláudia dos Santos Vieira, Escola da AGU - DF
Gláucia Maria Alves Pereira, Escola da AGU - DF
Ludmila Mendonça Valadares Peixoto Souto, Escola da AGU - DF
Niuza Gomes Barbosa de Lima, Escola da AGU - DF

INDEXAÇÃO EM:

DIADORIM - Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras.

RVBI - Rede Virtual de Bibliotecas.

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

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

GOOGLE ACADÊMICO - Permite a pesquisa de assuntos de diversas disciplinas em diversas fontes, num só site.

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

**JOSÉ ALEXANDRE GUIMARÃES DE
SOUSA PINHEIRO (UNIVERSIDADE
DE LISBOA, PORTUGAL)**

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Ciência Jurídico-Política pelo Instituto de Ciências

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

**NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA
(UNIVERSIDAD DE SALAMANCA,
ESPANHA)**

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

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

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

NACIONAIS

REGIÃO NORTE

**EDSON DAMAS DA SILVEIRA
(UEA/UFRR/PR)**

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/CE)**

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

**LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA
(UFPE)**

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

**ARTUR STAMFORD DA SILVA
(UFPE)**

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

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

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

**FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR
(UFBA)**

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

REGIÃO CENTRO-OESTE

**JEFFERSON CARÚS GUEDES
(UNICEUB/DF)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UniCEUB). Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

**ARNALDO SAMPAIO DE MORAES
GODOY (AGU/UNICEUB/DF)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UniCEUB). 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). Membro da Advocacia-Geral da União.

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

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 Doutor em Direito pela Universidade de Bremen. Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

REGIÃO SUDESTE

JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA (UERJ)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UERJ). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Master of Laws pela Harvard Law School e Doutor 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). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutor 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). Mestre e Doutora 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 Doutor 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 (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). Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogada.

THOMAS DA ROSA BUSTAMANTE (UFMG)

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

REGIÃO SUL

LÊNIO STRECK (UNISINOS/SC)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNISINOS/UNESA). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

MARIANA FILCHTNER FIGUEIREDO (AGU/PUC/RS)

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

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

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). Doutora em Direito na Universidad Complutense de Madrid (UCM). Membro aposentada pela Advocacia-Geral da União.

PARECERISTAS

ADRIANA ZANDONADE - PUC/SP

Doutora e Mestre em Direito do Estado (PUC/SP). Procuradora da Fazenda Nacional em atuação na Procuradoria da Fazenda Nacional no Espírito Santo.

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO - UERJ/UCAM

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

ALLAN CARLOS MOREIRA MAGALHAES - AGU

Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Professor nos cursos de graduação e pós-graduação *latu sensu* do Centro Universitário do Norte (UNINORTE). Advogado da União (AGU).

ANA THERESA MEIRELES ARAÚJO - UNEB/ UCSAL/BA

Pós-Doutoranda em Medicina pelo Programa de Pós-Graduação de Medicina e Saúde da Faculdade de Medicina da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutora em Relações Sociais e Novos Direitos pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito Privado e Econômico pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-Graduada em Direito do Estado pela Fundação Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professora membro do Corpo permanente do Mestrado em Direito Fundamentais e Alteridade da Universidade Católica do Salvador (UCSal), Professora da Universidade do Estado da Bahia (UNEB), da Universidade Católica do Salvador (UCSal) e da Faculdade Baiana de Direito.

BRUNO COSTA MARINHO - INPI/RJ

Doutorando em Propriedade Intelectual e Inovação pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Especialista em Gestão da Inovação pela Universidade de

Linköping - Suécia, em Coordenação Pedagógica pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, em Ciências Militares pela Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais, em Direito Militar pela Universidade Castelo Branco e em Direito Ambiental pela Universidade Estácio de Sá.

CYNTHIA PEREIRA DE ARAÚJO - AGU

Doutorado-sanduiche na Universität Vechta (Alemanha), com enfoque em Filosofia. Doutoranda em Teoria do Direito na PUC-Minas e Mestre em Teoria do Direito pela PUC-Minas Advogada da União lotada na Procuradoria da União em Minas Gerais.

DANIEL GUSTAVO FALCÃO P. DOS REIS - FDRP/USP

Professor Doutor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP e da Escola de Direito de Brasília do IDP. Coordenador do Curso de Pós-graduação em Direito Eleitoral do IDP. Doutor, Mestre e Graduado pela Faculdade de Direito da USP. Advogado.

DANIELLA MARIA DOS SANTOS DIAS - UFPA

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e Investigação Pós-Doutoral na Universidade Carlos III de Madri na Espanha. Especialização em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Pará. Especialização em Educação Ambiental pela Universidade Federal do Pará e Especialização em Direito Agrário pelo CESUPA. Professora da Universidade Federal do Pará (Graduação e Pós-Graduação). Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará.

EDUARDO MARTINS DE LIMA - FUMEC/MG

Doutor e Mestre em Ciência Política (UFMG). Professor Titula II, Universidade FUMEC. Bacharel em Psicologia (PUC Minas) e Direito (FUMEC).

FABRICIO VEIGA COSTA - UNIT/MG

Doutor e Mestre em direito processual - PUC Minas. Pós-Doutor em educação UFMG. Professor do mestrado em direitos fundamentais da universidade de itaúna.

FELIPE W. FERRARO - PUC-RS

Doutorando e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Empresarial e em Direito Processual Civil, ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor nos cursos de graduação em Direito da Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul (FADERGS) e no Complexo de Ensino Superior de Cachoeirinha (CESUCA). Professor em diversas instituições em nível de pós-graduação *latu sensu* (PUCRS, UNISINOS, UNIRITTER, FADERGS, IDC), entre outras. Advogado.

GERSON NEVES PINTO - UNISINOS/RS

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

JEFERSON SOUSA OLIVEIRA - MACKENSIE - UPM/SP

Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM. Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho - UNINOVE.

JOÃO PAULO MANSUR - UFMG

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-graduado em Teoria e Filosofia do Direito pela PUC-Minas. Professor Universitário.

JOÃO PAULO ROCHA DE MIRANDA - UFPA

Doutor em Direitos Humanos e Meio Ambiente pela UFPA. Mestre em Direito Agroambiental pela UFMT. Professor adjunto do curso de direito da Universidade Federal de Mato Grosso.

JOSE IRIVALDO ALVES OLIVEIRA SILVA - UFCG/PB

Doutor em Ciências Sociais. e Doutorando em Direito e Desenvolvimento. Mestre em Sociologia e Especialista em Direito Empresarial.

JOSÉ OSÓRIO DO NASCIMENTO NETO - UNIBRASIL/PR

Pós-Doutorando em Direito pelo MACKENZIE. Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR, com estágio de doutoramento (período sanduíche)

na Universidad Carlos III de Madrid - UC3M. Especialista em Direito Contemporâneo com ênfase em Direito Público, pela Universidade Candido Mendes do Rio de Janeiro - UCAM/RJ. Professor de Teoria da Constituição e Direito Administrativo do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Professor convidado dos Cursos de Especialização em 'Economia e Meio Ambiente' e 'Direito Ambiental' do Programa de Educação Continuada em Ciências Agrárias da Universidade Federal do Paraná (Educação a Distância). Professor convidado da Escola da Magistratura Federal do Paraná. Professor convidado da Pós-graduação em Direito Administrativo do Centro Universitário

LUÍS HENRIQUE BORTOLAI - FADISP

Doutor e Mestre em "Acesso à justiça" na Faculdade Autônoma de Direito - FADISP. Pós-graduado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Professor de Direito, com ênfase nas áreas de processo civil e direito civil, tanto na graduação como na pós-graduação.

MARCIA ANDREA BÜHRING - PUC/RS

Pós-Doutoranda na FDUL - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Portugal. (2018-2019). Doutora pela PUCRS. Mestre pela UFPR. Professora do PPGD UCS. Professora de Direito Constitucional e Ambiental na Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS).

MARIA DA GLÓRIA COSTA GONÇALVES DE SOUSA AQUINO - UFMA

Doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Pós-graduada *Lato Sensu* em Direito da Propriedade Intelectual pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professora Adjunta, lotada no Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão (UFMA).

MÁRIO CESAR DA SILVA ANDRADE - UFJF/MG

Professor da Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF. Doutorando em Teorias Jurídicas Contemporâneas na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de

Janeiro - FND/UFRJ. Mestre em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF. Pesquisador do Observatório da Justiça Brasileira - OJB/UFRJ. Pesquisador do Grupo de Pesquisa CNPq Novo Constitucionalismo Latino-americano - NCLA/UFRJ.

MAURO SERGIO DOS SANTOS - AGU
Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, título reconhecido pela Universidade de Brasília - UnB. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília - UCB. Especialista em Direito Público pelo ICAT-AEUDF. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União e professor de Direito Administrativo em Brasília. Instrutor credenciado junto à Escola da Advocacia-Geral da União.

NATALIA GONÇALVES BARROCA - FMGR/PE

Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Especializada em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Superior de Magistratura de Pernambuco em convênio com a Faculdade Maurício de Nassau. Graduada em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira. Professora de Direito Penal, Processo Penal e Prática Forense Penal na Faculdade Metropolitana do Grande Recife - FMGR. Professora de Direito Penal da Saúde, na pós graduação lato sensu em Direito Médico e da Saúde do Instituto dos Magistrados do Nordeste - IMN; em Direito Processual Penal na Estácio Recife.

RICARDO OLIVEIRA ROTONDANO - UFPA

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Gama Filho (UGF). Bacharel em Direito pela Faculdade Ruy Barbosa (FRB). Advogado.

ROGERIO BORBA - UNESA/RJ

Doutor em Sociologia pela UCAM, Mestre em Direito pela UniFLU e Especialista em Direito pela UCAM. Professor dos Cursos de Direito da UNESA, IBMEC e UniCarioca. Membro do IAB.

RÔMULO MAGALHÃES

FERNANDES - PUC/MG

Doutor em Direito Público pelo Programa de Pós-graduação em Direito Público pela PUC Minas.

ROSANA LAURA DE CASTRO

FARIAS RAMIRES - TCE/MT

Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional de São Paulo (ESDC) e em Direito e Controle Externo pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Docente de Direito Constitucional da UNIASELVI, Docente nos cursos de especialização em Direito Administrativo da Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso e da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT), do Instituto de Capacitação e Pós Graduação (ICAP) e do Instituto Mato-Grossense de Estudos Jurídicos (IMEJ).

THAMI COVATTI PIAIA - URI/RS

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Visiting Scholar na Universidade de Illinois - campus de Urbana-Champaign - EUA (2012). Professora na Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - URI - Santo Ângelo/RS.

TIAGO CAPPI JANINI - UNISAL/SP

Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Coordenador e Professor do Programa de Mestrado em Direito do UNISAL - Lorena/SP. Estágio Pós-Doutoral (PNPD/CAPES) realizado na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

WAGNER SILVEIRA FELONIUK

-UFRG/RS

Doutor em Direito. Mestre Acadêmico Especialização em Direito do Estado. Professor das pós-graduações de Verbo Jurídico, Instituto de Desenvolvimento Cultural, de Advocacia de Estado e Direito Público da UFRG

AUTORES

ADRIANA ZANDONADE

Mestre e Doutora em Direito do Estado (PUC/SP). Procuradora da Fazenda Nacional em atuação na Procuradoria da Fazenda Nacional no Espírito Santo.

ALEXANDRE FERNANDES GASTAL

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas.

ANA THEREZA MEIRELES ARAÚJO

Pós-Doutoranda em Medicina pelo Programa de Pós-Graduação de Medicina e Saúde da Faculdade de Medicina da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutora em Relações Sociais e Novos Direitos pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito Privado e Econômico pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-Graduada em Direito do Estado pela Fundação Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professora membro do Corpo permanente do Mestrado em Direito Fundamentais e Alteridade da Universidade Católica do Salvador (UCSal). Professora da Universidade do Estado da Bahia (UNEB), da Universidade Católica do Salvador (UCSal) e da Faculdade Baiana de Direito.

CARLOS AUGUSTO SILVA MOREIRA LIMA

Defensor Público do Estado do Paraná. Membro do Conselho Editorial da Revista da Escola da Defensoria Pública do Estado do Paraná. Mestrando em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná. Especialista em Processo Civil

pela Faculdade Unyleia. Pós Graduado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Graduado pela Universidade Candido Mendes

EDSON VIEIRA DA SILVA FILHO

Pós Doutor em Direito pela Unisinos. Doutor em Direito pela Unesa. Mestre pela Universidade São Francisco. Mestre pela Universidade Federal do Paraná. Professor auxiliar da Faculdade de Direito do Sul de Minas e membro do Núcleo Docente Estruturante.

FÁBIO CAMPELO CONRADO DE HOLANDA

Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Pós-graduando em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Professor do curso de graduação em Direito e do Programa de Pós-graduação (Mestrado) em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Procurador Federal da Advocacia-Geral da União.

FABRICIO CONTATO LOPES RESENDE

Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Procurador do Estado de São Paulo

FRANCISCO ARLEM DE QUEIROZ SOUSA

Mestrando, Especialização em Direito Público, em Direito Tributário e Finanças Públicas. Advogado da União - Procurador-Chefe do Dnocs - Departamento Nacional de Obras Contra as Secas

FRANCISCO GERALDO MATOS SANTOS

Doutorando em Direitos Humanos (PPGD/UFPA), na linha pesquisa de Estudos Críticos do Direito. Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Pará (PPGCP/UFPA) na área de concentração Teoria Política e Métodos. Especialista em Direito Processual Penal pela Faculdade Damásio (SP), e em Direito Público pela mesma instituição. Professor do Curso de Direito da Escola Superior Madre Celeste.

GILVÂNKLM MARQUES DE LIMA

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB. Juiz Federal em Campina Grande - PB.

JARDELLY DE AGUIAR CUNHA MARANHÃO

Mestre em Direito pelo Centro Universitário 7 de Setembro. Membro da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/CE. Advogada.

JOAQUIM FREITAS DA ROCHA

Doutor em Direito - Ciências Jurídico Políticas pela Universidade de Coimbra, Portugal. Professor Auxiliar com Agregação e Diretor do Mestrado em Direito Tributário da Escola de Direito da Universidade do Minho, Investigador no JusGov (Centro de Investigação em Justiça e Governação), Formador no Centro de Estudos Judiciários (CEJ).

LILIANE LINS-KUSTERER

Pós-Doutora em Medicina e Saúde Humana pela Escola Bahiana de Medicina e Saúde e Saúde Pública. Livre Docente em Bioética pela Faculdade de Medicina da Bahia (FMB-UFBA). Doutora em Patologia Humana pelo Centro de Pesquisa Gonçalo Moniz/ Fundação Oswaldo Cruz/BA. Pesquisadora Visitante da EBMSp. Professora em Regime

de Dedicção Exclusiva do Departamento de Medicina Preventiva e Social da Faculdade de Medicina da UFBA e professora permanente do Programas de Pós-graduação em Saúde, Ambiente e Trabalho (FMB-UFBA). Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Medicina e Saúde (FMB-UFBA).

LUANA BRONI DE ARAÚJO

Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Pará. Graduada em Filosofia pela Universidade do Estado do Pará. É integrante do grupo de pesquisa Gênero, Sexualidade, Educação e Gerações na Universidade do Estado do Pará. Possui amplo interesse nos seguintes temas: Thomas Hobbes, Teoria Política, Prostituição e Gênero.

LUCAS FERNANDES CALIXTO

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) em parceria com a Universidade de Caxias do Sul (UCS) /RS. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Meridional (IMED). Juiz Federal.

MURILO STRÄTZ

Doutorando em Direito pela Universidade do Minho (Portugal), pesquisador integrado ao Laboratório de Justiça (JusLab) do Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov) daquela universidade, Mestre em Teorias Jurídicas Contemporâneas pela UFRJ, Instrutor da Escola da AGU e Professor convidado dos cursos de pós-graduação lato sensu em “Direito Processual” e “Advocacia Pública” da UERJ. Advogado da União

ORLANDO ZANON

Doutor em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Dupla titulação em Doutorado pela

UNIPG (Itália). Mestre em Direito pela UNESA. Pós-graduado pela UNIVALI e pela UFSC. Professor Programa de Pós-graduação da UNIVALI, da Escola da Magistratura de Santa Catarina (ESMESC) e da Academia Judicial (AJ). Membro da Academia Catarinense de Letra Jurídicas (ACALEJ). Juiz de Direito.

RENATO RIBEIRO MARTINS CAL

Mestre em Ciência Política junto à Universidade Federal do Pará (2019). Especialista em Direito Processual pela Universidade da Amazônia-UNAMA. Auditor de Controle Externo - TCE/PA.

RODRIGO PEDROSO BARBOSA

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela EPD.

ROMANO JOSÉ ENZWEILER

Doutorando na Universidade do Vale do Itajaí. Juiz de Direito.

TAIZ MARRAO BATISTA DA COSTA

Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Master of Laws pela Georgetown University. Advogada da União no Departamento de Assuntos Internacionais da Procuradoria-Geral da União/AGU.

TUISKON BEJARANO HAAB

Mestre em Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado. Advogado especialista em Responsabilidade Civil e Direito Contratual. Atualmente trabalha no EQUAD Militar da PRU/4.

SUMÁRIO

| | |
|----------------|----|
| EDITORIAL..... | 15 |
|----------------|----|

ARTIGO DE AUTORES CONVIDADOS

| | |
|---|----|
| A Tipicidade Cautelar Fiscal Face ao Poder Geral de Cautela e às Cláusulas Gerais Executivas: limites à aplicação subsidiária do CPC <i>Tax Injunction Procedure Before the General Power of Caution and the General Executive Clauses: limits to the subsidiary application of the Civil Procedure Code</i> Joaquim Freitas da Rocha Murilo Strätz..... | 19 |
|---|----|

ARTIGOS

| | |
|---|----|
| Instituto Jurídico das Indicações Geográficas: o que está em jogo? <i>Legal Institute of Geographical Indications: what is at stake?</i> Adriana Zandonade..... | 53 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| Pressupostos Fundamentais da Recusa a Tratamento Médico na Assistência à Saúde <i>Fundamental Assumptions of the Refusal to Medical Treatment in Health Care</i> Ana Thereza Meireles Araújo Liliane Lins-Kusterer..... | 69 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| A Questão dos Honorários Advocatórios da Defensoria Pública Estadual em Ações Contra o Ente Estadual no Bojo da Alteração do Código de Processo Civil de 2015 <i>The Issue of State Public Defense Attorney's Fees in Actions Against State in the Midst of the 2015 Civil Procedure Code Change</i> Carlos Augusto Silva Moreira Lima..... | 91 |
|---|----|

| | |
|---|-----|
| O Consumidor Utilitarista e a Questão Regulatória da Economia Compartilhada <i>The Utility Consumer and the Regulatory Issue of the Shared Economy</i> Fábio Campelo Conrado de Holanda Jardelly de Aguiar Cunha Maranhão..... | 125 |
|---|-----|

| | |
|--|-----|
| A Relação entre Pesquisa Empírica, Dogmática Jurídica e a Atuação da Advocacia Pública <i>The Relationship Between Empirical Research, Legal Dogmatic and the Practice of Public Lawyering</i> Fabricio Contato Lopes Resende..... | 141 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| Mercados de Água <i>Water Markets</i> <i>Francisco Arlem de Queiroz Sousa</i> | 163 |
| A (In)Existência de Accountability em Relação ao Supremo Tribunal Federal <i>The (In) Existence of Accountability in Relation to the Supreme Federal Court</i> <i>Francisco Geraldo Matos Santos</i> <i>Renato Ribeiro Martins Cal</i> <i>Luana Broni de Araújo</i> | 187 |
| O Estado e o seu Papel na Solução das Crises Cíclicas do Capitalismo: uma reflexão a partir da crise econômica de 2008 <i>The State and its Role in the Solution of the Cyclical Crises of Capitalism: a reflection from the economic crisis of 2008</i> <i>Gilvânklm Marques de Lima</i> | 207 |
| A Ação Civil Pública como Instrumento de Tutela do Direito à Saúde <i>The Public Civil Action as an Instrument to Protect to Right to Health</i> <i>Lucas Fernandes Calixto</i> <i>Alexandre Fernandes Gastal</i> | 227 |
| A Probabilidade no Direito de Danos: o caso da perda da chance <i>Probability in Torts: loss of chance</i> <i>Orlando Zanon</i> <i>Romano José Enzweiler</i> | 247 |
| Teoria Concepcionista e a Resposta Constitucionalmente Adequada: considerações hermenêuticas sobre a PEC 29/2015 <i>Conceptionist Theory and the Constitutionally Adequate Answer: hermeneutic considerations on the PEC 29/2015</i> <i>Rodrigo Pedroso Barbosa</i> <i>Edson Vieira da Silva Filho</i> | 263 |
| Última Palavra Provisória: dificuldade contramajoritária da revisão judicial e deferência ao legislador <i>Provisional Final Interpretation by the Court: the counter-majoritarian difficulty of judicial review and deference to the legislator</i> <i>Táiz Marrao Batista da Costa</i> | 283 |
| O Interesse Público na Lei de Acesso à Informação: conflito entre a privacidade individual e o direito à informação <i>The Public Interest in the Access to Information Law: conflict between privacy and information rights</i> <i>Tuiskon Bejarano Haab</i> | 303 |

EDITORIAL

Prezado leitor,

O ano de 2020 foi especialmente desafiador para todos nós. A pandemia da Covid-19 ensejou dificuldades inesperadas e exigiu modificações abruptas em nossa rotina de atividades. Não podemos deixar, portanto, de destacar o esforço dos autores, pareceristas e membros da equipe editorial da Revista da AGU no sentido de assegurar a plena observância de sua política editorial durante esse período. O agradecimento se estende a você, leitor, que não deixou de acompanhar o periódico diante de tamanha adversidade.

O presente número é inaugurado por artigo gentilmente elaborado por Joaquim Freitas da Rocha e Murilo Strätz a convite da Comissão Editorial da Revista da AGU. Os juristas avaliam a legitimidade da aplicação, no procedimento cautelar fiscal, de medidas atípicas de indução, coerção e sub-rogação sobre o comportamento do devedor, tais como a apreensão de carteira de habilitação e de passaporte. Considerando que a execução fiscal versa exclusivamente sobre obrigações pecuniárias, os autores concluem que não cabe ao juiz, em regra, impor medidas de cunho extrapatrimonial em desfavor do executado. Nesse âmbito, a criação judicial de medidas atípicas somente seria admissível em situações extremas, sob pena de afronta ao regime constitucional de liberdades fundamentais e à própria noção de Estado de Direito.

Os demais artigos foram recebidos pelo sistema de submissão contínua e aprovados em processo de “avaliação cega por pares”. No primeiro deles, Adriana Zandonade desenvolve pesquisa documental e bibliográfica a respeito do instituto das indicações geográficas, que protege o uso de nomes geográficos relacionados à identificação da origem de produtos ou serviços. Além de descrever suas características principais, espécies e evolução legislativa no ordenamento brasileiro, o estudo se dedica a examinar os interesses afetados na aplicação do instituto mencionado.

Ana Thereza Araújo e Liliane Lins-Kusterer apresentam revisão bibliográfica a respeito dos fundamentos jurídicos que legitimam a recusa terapêutica no âmbito da assistência à saúde, considerando sua necessária ponderação com o direito à vida. As autoras compreendem a

recusa terapêutica como um direito alicerçado na própria Constituição, que reflete uma esfera intangível de proteção da dignidade humana, devendo ser assegurado em hipóteses que não se restringem às situações de terminalidade.

Adotando a premissa de que a instituição exerce atividades típicas da advocacia, Carlos Moreira Lima argumenta que a Defensoria Pública Estadual faz jus à percepção de honorários advocatícios de sucumbência nas causas em que obtém sucesso diante da Fazenda Pública Estadual.

Fábio Holanda e Jardelly Maranhão analisam o fenômeno do crescimento das plataformas digitais relacionadas à economia compartilhada e os prejuízos que dele podem decorrer para os consumidores. A partir de pesquisa qualitativa, de cunho eminentemente bibliográfico, os autores sustentam a hipótese de que o consumidor em geral é utilitarista e impassível às múltiplas discussões éticas que visam regular o fenômeno da economia compartilhada, o que reforça a relevância das iniciativas voltadas a disciplinar a matéria.

Fabricio Resende investiga a relação entre pesquisa empírica, dogmática jurídica e a atuação da advocacia pública. Após propor a revisão da ideia de que a dogmática jurídica seria incompatível com o exame empírico, o autor salienta a importância da coleta e análise de dados para o aprimoramento do exercício das atribuições da advocacia pública relacionadas à prevenção e redução de litígios, à avaliação da legislação, ao desenho de proposta de atos normativos e ao desenho da arquitetura jurídica de licitações e ajustes.

O trabalho de Francisco Sousa tem por objeto o Projeto de Lei do Senado nº 495, de 2017, que trata da introdução dos mercados de água no Brasil. Após situar o debate que envolve o tema na doutrina nacional e estrangeira, o autor aponta argumentos favoráveis e contrários à proposição legislativa mencionada, concluindo que a implantação dos mercados de água poderá proporcionar um importante instrumento de gestão dos recursos hídricos no contexto brasileiro.

Por sua vez, Francisco Santos, Renato Cal e Luana Araújo apontam a inexistência de elementos de accountability capazes de controlar a atuação do Supremo Tribunal Federal. Em seu entendimento, tal

conclusão se mantém hígida mesmo depois da instituição do Conselho Nacional de Justiça, que somente ressaltou o poder de influência daquela Corte, cujo desempenho não se submete às decisões do órgão de controle da magistratura.

Gilvânklím Lima examina o papel do Estado no enfrentamento das crises cíclicas do capitalismo. O autor concentra suas reflexões no modo de atuação do Estado Americano diante da crise econômica de 2008 e defende que o aparato estatal, embora fragilizado, ainda é fundamental para a superação desses episódios críticos.

Lucas Calixto e Alexandre Gastal sustentam a importância do manejo da Ação Civil Pública para a efetivação do direito à saúde, uma vez que referido instituto racionaliza o uso da máquina judiciária e efetiva, de forma ampliada, esse relevante direito fundamental.

O artigo de Orlando Zanon e Romano Enzweiler discorre sobre as características do ressarcimento da perda da chance, caracterizada por uma probabilidade de sucesso ou oportunidade perdida, mediante uma leitura constitucional do direito civil que se reputa capaz de justificar o emprego do nexu causal probabilístico.

Sob a ótica da Hermenêutica Filosófica e da Hermenêutica Política, Rodrigo Barbosa e Edson Silva Filho avaliam proposta de emenda constitucional que visa a contemplar, de modo expresse, a teoria concepcionista no artigo 5º da Constituição da República. O estudo inclui análise de documentos da Assembleia Constituinte relacionados ao tema, os quais revelam a decisão do legislador constitucional de relegar sua disciplina à esfera infraconstitucional.

Taiz Costa investiga a técnica decisória utilizada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 5.105, em que referida Corte, ao expedir o que denominou de “última palavra provisória” acerca da interpretação constitucional, teria adotado postura de deferência ao legislador, sem, no entanto, superar o modelo forte de controle de constitucionalidade consolidado por sua jurisprudência.

Por fim, Tuiscon Haab analisa a Lei de Acesso à Informação, conferindo ênfase aos possíveis conflitos entre os direitos à privacidade individual e à informação sobre a coisa pública que podem decorrer da aplicação desse diploma normativo.

A Escola da AGU reitera, portanto, o agradecimento a todos os envolvidos no processo editorial do periódico e convida o leitor a apreciar os trabalhos científicos ora publicados, propondo a leitura da Revista da AGU eletrônica, disponível em: <http://seer.agu.gov.br>.

Boa leitura!

Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio
Responsável pelo Núcleo de Pós-Graduação e
Pesquisa na Escola da Advocacia-Geral da União

RECEBIDO EM: 15/09/2020

APROVADO EM: 29/09/2020

A TIPICIDADE CAUTELAR FISCAL FACE AO PODER GERAL DE CAUTELA E ÀS CLÁUSULAS GERAIS EXECUTIVAS: LIMITES À APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CPC

***TAX INJUNCTION PROCEDURE BEFORE THE GENERAL
POWER OF CAUTION AND THE GENERAL EXECUTIVE
CLAUSES: LIMITS TO THE SUBSIDIARY APPLICATION
OF THE CIVIL PROCEDURE CODE***

De Braga (Portugal) para Brasília, em 23 de agosto de 2020.

Joaquim Freitas da Rocha

*Doutor em Direito - Ciências Jurídico Políticas pela Universidade de Coimbra,
Portugal. Professor Auxiliar com Agregação e Diretor do Mestrado em Direito
Tributário da Escola de Direito da Universidade do Minho, Investigador no JusGov
(Centro de Investigação em Justiça e Governação), Formador no Centro de Estudos
Judiciários (CEJ)*

Murilo Strätz

*Doutorando em Direito pela Universidade do Minho (Portugal), pesquisador
integrado ao Laboratório de Justiça (JusLab) do Centro de Investigação em
Justiça e Governação (JusGov) daquela universidade, Mestre em Teorias Jurídicas
Contemporâneas pela UFRJ, Instrutor da Escola da AGU e Professor convidado
dos cursos de pós-graduação lato sensu em “Direito Processual” e “Advocacia
Pública” da UERJ. Advogado da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O procedimento cautelar fiscal; 2 A abolição dos procedimentos cautelares típicos pelo CPC/2015; 3 O “Diálogo das Fontes” e a vastidão do poder geral de cautela e das cláusulas gerais executivas; 4 A execução fiscal admite meios coercitivos de cunho extrapatrimonial? 5 O respeito à legalidade democrática, ao devido processo legal e às prerrogativas processuais do executado; 6) Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente escrito trata da relação dialógica potencialmente existente entre o procedimento cautelar fiscal, disciplinado pela Lei nº 8.397/1992, e os novos dispositivos legais que, a partir da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, têm desafiado os paradigmas tradicionais da execução civil. Forjados em textura extremamente aberta, os preceitos trazidos pelo novo Código para assegurar a tutela executiva colocam a efetiva satisfação do exequente acima da previsibilidade das decisões judiciais, franqueando aos juízes a adoção de medidas cautelares e executivas *atípicas* de indução, coerção e sub-rogação sobre o comportamento do devedor. Agrupadas no que se convencionou denominar “poder geral de cautela” e “cláusulas gerais executivas”, tais medidas atípicas visam a assegurar maior efetividade ao cumprimento da obrigação exequenda, quando as ortodoxas medidas *típicas* ou nominadas (arresto, sequestro, arrolamento de bens, busca e apreensão, multa, remoção de pessoas e coisas, protesto etc.) não forem, na visão do juiz, as mais adequadas ao caso. Nesse *diálogo* entre *fontes* legais tão diversas, aqui incluída a Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/1980), importantes postulados norteadores do Estado Democrático de Direito são invocados e acabam protagonizando a discussão. É nessa tensão dialética que aqui são abordados temas como segurança jurídica (incluída a previsibilidade decisional), legalidade, devido processo legal (e os seus corolários do contraditório e da ampla defesa), efetividade da prestação jurisdicional, tipicidade das formas processuais e instrumentalidade.

ABSTRACT: This writing deals with the potentially existing dialogic relationship between the tax injunction procedure, ruled by Law no. 8,397/1992, and the new legal provisions that, since the Civil Procedure Code of 2015 came into force, have challenged the traditional paradigms of civil execution. Forged in an extremely open texture, the precepts brought by the new Code to ensure executive protection place the effective satisfaction of the executor above the predictability of court decisions, allowing judges to adopt atypical precautionary and executive measures

of induction, coercion and subrogation over the debtor's behaviour. Grouped in what has been termed "general power of caution" and "general executive clauses", such atypical measures are intended to ensure greater effectiveness in complying with the enforcement obligation, when the orthodox typical or named measures (seizure, apprehension, fine, removal of persons and things, protest, etc.) are not, in the judge's view, the most appropriate for the case. In this dialogue among such diverse legal sources, including the Fiscal Enforcement Law (Law n.º 6.830/1980), important postulates which guide the Democratic State of Law are invoked and end up leading the discussion. It is in this dialectic tension that the article addresses issues such as legal security (including decisional predictability), legality, due process (and its corollaries of the contradictory and broad defense), effectiveness of jurisdictional provision, typicality of procedural forms and their instrumentality.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Fiscal. Princípios tributários. Fazenda Pública. Poder geral de cautela. Cláusulas gerais executivas. Medidas atípicas. Aplicação subsidiária.

KEYWORDS: Tax Enforcement. Tax principles. Public Finance. General power of caution. General executive clauses. Atypical measures. Subsidiary application.

INTRODUÇÃO

Acalorados debates têm sido verificados, tanto na academia quanto nos tribunais brasileiros, desde a entrada em vigor dos dispositivos que o Código de Processo Civil de 2015 colocou à disposição dos juízes para tornar efetiva e mais célere a tutela satisfativa. A fim de que a satisfação dos credores que buscam o Judiciário se dê de modo integral e em tempo razoável, os artigos 139, IV; 297, *caput*; 301; 536, § 1º; e 805 do novo Código conferem aos magistrados, mediante cláusulas gerais, o poder de determinar a adoção de medidas atípicas ou inominadas em desfavor de devedores, executados ou não.

Seja a partir de um "poder geral de cautela", seja com supedâneo em "cláusulas gerais executivas", juízes passaram a criar, com autorização do Código, providências que não estão expressamente previstas na legislação brasileira, com vistas a coagir o devedor a adimplir seu débito junto à parte credora em juízo.

Dentre as providências que passaram a ser determinadas pelos magistrados para compelir os devedores a satisfazerem o crédito da parte

contrária, mesmo quando este apenas consista em direito a uma obrigação exclusivamente pecuniária, destacam-se as seguintes medidas: a apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou de passaporte, a suspensão do direito de dirigir e a proibição de participação em certames e licitações públicas (inclusive em hipóteses que em nada se relacionam com a Lei de Licitações¹).

Diante do caráter drasticamente invasivo de tais medidas e da ameaça de violação que representam às liberdades fundamentais asseguradas constitucionalmente, o Supremo Tribunal Federal foi instado a manifestar-se em sede de controle concentrado de constitucionalidade, por meio de ação direta cujo processo já conta com parecer favorável da Procuradoria-Geral da República à tese de que aquelas medidas são inconstitucionais, conforme se examinará com mais vagar no tópico 3.

Considerados os desdobramentos que podem ser observados a partir da aplicação prática dessas novas medidas cautelares e executivas no processo civil em geral, bem como a possibilidade de outras perspectivas que porventura surgirão a partir da criação de providências atípicas ainda mais engenhosas por parte dos magistrados, o presente trabalho buscará verificar a legitimidade jurídica da extensão de tais providências à execução fiscal e, mais especificamente, ao procedimento cautelar fiscal.

1 O PROCEDIMENTO CAUTELAR FISCAL

A Lei nº 8.397, de 6 de janeiro de 1992, institui medida cautelar fiscal e dá outras providências, prevendo, em seu artigo 1º, que o procedimento cautelar fiscal “poderá ser instaurado após a constituição do crédito, inclusive no curso da execução judicial da Dívida Ativa”. Já o parágrafo único do dispositivo legal vai além, ao permitir que, nas situações excepcionais ali indicadas, a medida cautelar fiscal seja deferida em favor da Fazenda Pública antes mesmo de constituído o seu crédito (tributário ou não), que se dá com o lançamento, na forma do artigo 142 do Código Tributário Nacional.

A referida Lei nº 8.397/1992 inovou tanto em relação ao Código de Processo Civil de 1973 (CPC então em vigor, mas revogado em 2015 pelo

1 A Lei n.º 8.666/1993 prevê, por exemplo, em seu art. 87, III, que, *verbis*: “Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: [...] III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos” (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em 17/08/2020). Como se vê, trata-se de uma medida típica prevista em favor da Administração Pública no bojo de contratos administrativos, a qual, por motivos óbvios, não pode ser estendida de modo indiscriminado a todo e qualquer credor que busque o Judiciário.

Novo CPC) quanto no que concerne às disposições da Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/1980, até hoje em vigor), pois estes dois diplomas legais não admitiam, e ainda não admitem, qualquer manobra constritiva de bens do devedor da Fazenda *antes* de citado pelo juízo fazendário.

Na execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública, o artigo 10 da Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/1980) só admite a penhora dos bens do devedor se este, em até cinco dias depois de citado, não pagar a dívida nem oferecer bens como garantia à execução.

Regime semelhante de execução é disciplinado pelo Novo Código de Processo Civil (CPC/2015), cujo artigo 829 só permite que a penhora se efetive depois de escoado *in albis* o prazo de pagamento, contado a partir da citação. A diferença básica em relação à sistemática adotada pela Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/1980), além do prazo dado para pagamento (que é menor no CPC), é que o executado pela Fazenda pode oferecer embargos à execução no prazo de 30 (trinta) dias e *desde que* garantido o juízo por penhora, depósito, fiança bancária ou seguro garantia (art. 16 da LEF), ao passo os embargos à execução regidos pelo CPC podem ser opostos no prazo de 15 (quinze) dias e *sem necessidade* de garantia do juízo (art. 914 do CPC).

Portanto, é a Lei nº 8.397/1992 que fornece o suporte legal para a efetivação da penhora cautelar, a pedido da Fazenda Pública credora, sobre o patrimônio do devedor *antes que este seja citado*, incluída a medida judicial de indisponibilidade de seus bens, até o montante do crédito tributário, na forma do que dispõe o artigo 4º, *caput*.

Mas este procedimento fiscal, por ser flagrantemente invasivo e patentemente restritivo de direitos constitucionalmente consagrados - pois atinge o patrimônio do devedor antes mesmo de sua citação para pagamento da dívida -, deve observar outros regramentos da Lei nº 8.397/1992, tais como as exigências contidas nos seus artigos 11, 12 e 13, a condicionarem a eficácia da medida cautelar à propositura, pela Fazenda credora, da execução judicial da Dívida Ativa no prazo de sessenta dias, contados da data em que o seu crédito se tornar irrecurável na esfera administrativa.

Convém, aliás, ter sempre presente que essa mesma Fazenda Pública está subordinada às prescrições emergentes do princípio do Estado de Direito, designadamente as que se materializam nas exigências de constitucionalidade, legalidade e proporcionalidade das suas atuações, além, naturalmente, de ter de respeitar e acautelar as legítimas expectativas

dos contribuintes e obrigados tributários (segurança jurídica e proteção da confiança). Num verdadeiro Estado de Direito, estes últimos não podem ser confrontados com atuações lesivas e intrusivas com as quais, razoavelmente, não podem contar.²

A dúvida que neste contexto exsurge refere-se à possibilidade de aplicação do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015, que entrou em vigor em 16/03/2016) para fundamentar legalmente penhoras antecedentes à citação em execução fiscal, sem a necessidade de observar o procedimento cautelar previsto naquela Lei nº 8.397/1992.

Para resolver essa questão, deve-se levar em conta que, para o bem e para o mal, é clássica a convocação de normas de feição generalista e privatística para a resolução de problemas que aparentemente não são resolvidos em determinado segmento do ordenamento, constatando-se aqui que as disposições dos procedimentos comum e de cumprimento da sentença aplicam-se subsidiariamente à execução de título extrajudicial regida pelo Código de Processo Civil, na forma do art. 771 do CPC. Deve-se considerar, também, o fato de que a própria Lei de Execução Fiscal (LEF) admite a aplicação “subsidiária” do Código de Processo Civil na execução promovida pela Fazenda Pública, consoante estabelece o art. 1º da LEF.

Assim, por via de tríplice remissão legal³, questiona-se se a Fazenda Pública pode valer-se, na execução da Dívida Ativa, da tutela de urgência (seja cautelar, seja antecipada) disciplinada entre os artigos 300 e 310 do CPC, já que os procedimentos executórios específicos silenciam a respeito disso. Trata-se de um silêncio eloquente ou de uma mera omissão a ser suprida mediante aplicação subsidiária do CPC?

2 A ABOLIÇÃO DOS PROCEDIMENTOS CAUTELARES TÍPICOS PELO CPC/2015

Para averiguar-se o cabimento, ou não, da aplicação ao executivo fiscal dos dispositivos topicamente previstos para o processo de conhecimento,

2 Acerca do enquadramento principiológico da atividade administrativa tributária, v. ROCHA, Joaquim Freitas da. *Lições de procedimento e processo tributário*. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 125 e ss.

3 Trata-se de pelo menos três normas legais remissivas, pois há remissão tanto da execução civil quanto da execução fazendária ao processo comum de conhecimento previsto no CPC, conforme já visto, como também remissão do processo de conhecimento do CPC em relação ao processo de execução, na forma do parágrafo único do artigo 318, que estabelece, *verbis*: “Art. 318. Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei. Parágrafo único. *O procedimento comum aplica-se subsidiariamente aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução*” (grifo nosso).

notadamente os que disciplinam a concessão de tutela provisória no Código de 2015, mister que se dê uma breve notícia a respeito das inovações trazidas por este quanto ao tema.

O Novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 13.105/2015), genericamente designado como CPC/2015, em vigor desde o dia 16 de março de 2016, revogou o Código anterior (CPC/1973) e deixou de reproduzir, por opção legislativa, os procedimentos cautelares típicos ou nominados que eram disciplinados pelo estatuto revogado.

No entanto, o Novo Código manteve alguns procedimentos cautelares, não sob um único Livro ou de modo sistematizado, mas sim os espalhou ao longo do seu articulado, tal como se deu, por exemplo, com as típicas cautelares de “produção antecipada de provas” e de “exibição de documento ou coisa”, as quais passaram a integrar o Capítulo da Prova (Parte Especial, Livro I, Título I, Capítulo XII), cujas previsões se iniciam, respectivamente, nos artigos 381 e 396 do Novo Código, sem revestirem a forma de incidentes cautelares típicos ou nominados.

Para a Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Novo Código, o mote deste seria muito mais funcional do que estrutural, vale dizer, o legislador estaria mais preocupado em resolver os problemas que demandam apreciação urgente pelo Judiciário do que em simplesmente colocar à disposição do jurisdicionado uma lista de procedimentos nominados de rígido manuseio, cuja eventual adoção de modo tecnicamente equivocado pelo advogado poderia prejudicar a parte litigante. Extrai-se da própria Exposição de Motivos tal preocupação legislativa em simplificar a concessão de providências de urgência, *verbis*:

Extinguiram-se também as ações cautelares nominadas. Adotou-se a regra no sentido de que basta à parte a demonstração do *fumus boni iuris* e do perigo de ineficácia da prestação jurisdicional para que a providência pleiteada deva ser deferida.⁴

Como bem destaca a doutrina de Marinoni e Mitidiero (2010, pp. 105-107), desde as primeiras versões do Anteprojeto que se converteria no CPC/2015, o legislador acertou ao não reproduzir um segmento exclusivamente destinado ao Processo Cautelar, já que a tutela provisória de urgência é o gênero do qual são espécies as tutelas *cautelar* (de natureza

4 BRASIL. Código de processo civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015, p. 32. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em 30/07/2020>.

instrumental, conservativa ou assecuratória) e *antecipada* (de natureza satisfativa ou antecipatória do mérito, dada sua pronunciada carga meritória), de modo que não se justificaria cindir o tratamento harmônico e geral que o Código deu a esses dois tipos de tutela. Não se deixa de pontuar, porém, que a ausência de previsão mais detalhada pelo Código de certos procedimentos cautelares importantes para a execução – dos quais se destacam o arresto, o sequestro, as cauções, a busca e apreensão e o arrolamento de bens – pode representar impacto negativo à segurança jurídica.⁵

Com efeito, a omissão do legislador de 2015 em disciplinar o rito processual dessas gravosas medidas, ao contrário do que fez o legislador de 1973, acaba por causar danos à previsibilidade e à calculabilidade do que se pode esperar da fase de execução, dada a vagueza do caminho procedimental a ser trilhado na efetivação de tais gravames. Nesta medida, podem suscitar-se algumas dúvidas quanto à conformidade constitucional destas alterações, ao menos num plano abstrato ou teórico.

O Código limitou-se a prever no artigo 301, de modo genérico, que a tutela de urgência de natureza cautelar “pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito”, no que se convencionou denominar, doutrinariamente, de “poder geral de cautela”, a dar-se de modo conjugado com a cláusula geral contida no importantíssimo inciso IV do artigo 139. Este inovador dispositivo legal confere ao juiz uma gama enorme de poderes processuais, entre os quais se incluem “todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. Sobre tais poderes judiciais falaremos um pouco mais no próximo tópico.

O legislador, porém, silenciou sobre o procedimento específico de cada uma dessas invasivas medidas de gravame patrimonial.

5 “O projeto não consta com um livro destinado ao processo cautelar. Trata-se de posição acertada. Também não disciplina tutelas cautelares nominadas. Teria sido ideal, todavia, que o Projeto tivesse mantido certas tutelas cautelares em espécie – o arresto, o sequestro, as cauções, a busca e apreensão e o arrolamento de bens. Reconheceu-se, na esteira do que sustentamos há muito tempo, o fato de a tutela antecipatória fundada no perigo e de a tutela cautelar constituírem espécies do mesmo gênero: tutela de urgência. Seguindo esta linha, o Projeto propôs a disciplina conjunta do tema” (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 106).

Portanto, diversamente do diploma anterior, o atual Código, sincrético por excelência⁶, não prevê o Processo Cautelar, senão apenas um Procedimento Comum para o Processo de Conhecimento (artigos 318 a 512), um Procedimento para o Cumprimento de Sentença (artigos 513 a 538), duas dezenas de Procedimentos Especiais (artigos 539 a 770), algumas espécies de Procedimentos para Execução de Títulos Extrajudiciais (artigos 771 a 913), um Procedimento de Embargos à Execução de Títulos Extrajudiciais (artigos 914 a 920) e os Procedimentos originários e recursais de Impugnação das Decisões Judiciais (artigos 926 a 1044).

Não obstante, o Novo Código não aboliu o “poder geral de cautela” dos juízes (artigos 139, IV, 297, 301, 497, 536, § 1º, 805, entre outros), tampouco a possibilidade de deferimento, por estes, da Tutela Cautelar Provisória de Urgência Requerida em Caráter Antecedente (artigos 305 a 310).

Reconhecido tal “poder geral de cautela”, a pergunta que conduzirá ao próximo tópico impõe-se da seguinte forma, portanto: poderia a Fazenda Pública valer-se da textura aberta do Novo Código de Processo Civil para obter resultado prático equivalente à medida cautelar fiscal prevista na Lei nº 8.397/1992, sem atender às exigências desta?

3 O “DIÁLOGO DAS FONTES” E A VASTIDÃO DO PODER GERAL DE CAUTELA E DAS CLÁUSULAS GERAIS EXECUTIVAS

Num ambiente em que há pluralidade de normas disciplinando o mesmo tema de fundo, tal como se verifica na coexistência dos princípios e regras legais que regem a execução fiscal, o *diálogo* entre os diversos diplomas normativos é o instrumento teórico que legitima o consenso a ser atingido para a resolução de questões jurídicas.

Desse modo, as normas jurídicas envolvidas com um caso não se excluem apenas pelo fato de pertencerem a ramos jurídicos distintos, uma

6 O sincretismo do Novo Código expressa-se, sobretudo, pela extinção dos procedimentos ordinário, sumário, cautelar e de execução de título judicial (essa execução é agora a denominada fase de “cumprimento de sentença”), bem como pela aglutinação, em um único processo, das fases de conhecimento e de cumprimento de sentença, que deixaram de ser processos autônomos para tornarem-se meros módulos ou etapas de um só processo. Apenas a execução de título extrajudicial é que constituiu um processo autônomo, já que o cumprimento de sentença é mera decorrência da fase de conhecimento de um único processo judicial. O sincretismo processual também se manifestou na adoção de um regime jurídico geral para a tutela provisória de urgência, a contemplar, dentro do mesmo Título do Código (Título II do Livro V), tanto a tutela antecipada (de natureza satisfativa) quanto a tutela cautelar (de viés mais instrumental, e menos antecipatório do provimento meritório).

vez que, longe de serem estanques e incomunicáveis, os sistemas donde elas provêm se complementam. O limite apenas residirá naquele ponto de divergência em que se entenda que existirão diferenças fundamentais que impeçam a convocação recíproca (como prudentemente refere o legislador alemão: “[...] *soweit die grundsätzlichen Unterschiede der beiden Verfahrensarten es nicht ausschließen* [...]”⁷).

Sem prejuízo de outros contributos doutrinários, a teoria do Diálogo das Fontes foi desenvolvida por Erik Jayme na Alemanha, e compilada em seu “Curso Geral de Haia”, datado do ano de 1995, no contexto do Direito Internacional Privado, mas acabou transcendendo tal domínio. Tal teoria prega a “coerência restaurada” e a “eficiência funcional”, com vistas a superar a eficiência excludente e formalmente estática representada pelo recurso à hierarquia, à cronologia e à especialidade, enquanto critérios para a resolução de conflitos aparentes entre normas. Ao lado das técnicas tradicionais para resolução de conflitos normativos solúveis⁸, segundo as quais uma das fontes de Direito envolvidas é excluída para que prevaleça outra que com ela se mostra incompatível, Jayme propõe, sem abandonar os métodos já arraigados, que as fontes em conflito tenham uma aplicação coordenada, ao invés de simplesmente receberem o tratamento de exclusão de uma(s) em benefício de outra(s).

Nesse sentido, alertando para a enorme diversidade de fontes altamente heterogêneas com as quais o intérprete do Direito Internacional deve lidar, tais como convenções internacionais, tratados de direitos humanos, constituições nacionais, acordos comunitários e pactos regionais, Erik Jayme exorta os juízes a “coordenar todas essas fontes, ouvindo o que elas têm a dizer”⁹. Em rigor, para o estreito escopo do presente trabalho, trata-se mais de coordenar as diversas *normas* legais emanadas da mesma *fonte* (no caso, o legislador nacional) do que coordenar diferentes *fontes*, até porque, aqui, só se discutem normas de uma única fonte, a fonte legal.

7 Assim dispõe, literalmente, o § 155 da FGO (*Finanzgerichtsordnung*). Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/fgo/_155.html>. Já o legislador português foi um pouco menos prudente, ao referir-se a “aplicação supletiva (...) de acordo com a natureza dos casos omissos” - art.º 2.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário (disponível em: <https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/codigos_tributarios/cppt/Pages/cppt2.aspx>. Acesso em 14/08/2020).

8 Um dos métodos mais clássicos para resolver conflito aparente de normas foi proposto por Bobbio, podendo ser sintetizado a partir dos seguintes postulados: 1) *lex posterior derogat priori* (critério cronológico); 2) *lex superior derogat inferiori* (critério hierárquico); e 3) *lex specialis derogat generali* (critério da especialidade) (BOBBIO, 1995, pp. 91 e ss).

9 « *Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu'elles disent* » (JAYME, 1995, p. 259).

Já no Brasil, onde os critérios cronológico e da especialidade vigoram, respectivamente, nos §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro desde o ano de 1942 (Decreto-lei nº 4.657/1942), Cláudia Lima Marques (2003, pp. 71-99) foi pioneira ao importar os fundamentos teóricos do “Diálogo das Fontes” ao propor um sentido de complementaridade entre o Código Civil de 2002 (CC/2002) e o Código de Defesa do Consumidor (CDC), sobretudo nas matérias de direito contratual e responsabilidade civil. Indo além dos critérios clássicos de solução das antinomias jurídicas (hierárquico, especial e cronológico, propostos por Bobbio), que excluem uma das normas conflitantes, a proposta de Marques era muito mais no sentido de harmonizar e coordenar, e menos no de excluir, a aplicação dos dispositivos do Código Civil que não coincidissem com a normas do CDC. Assim, o fato de o Código de Defesa do Consumidor (CDC) ser lei especial, não afasta eventuais cláusulas gerais do Código Civil (CC) que possam revelar-se favoráveis ao consumidor, da mesma forma que o fato de o CC ser posterior ao CDC (promulgado no ano de 1990, ao passo que o CC é de 2002) não significa que a lei nova tenha derogado a anterior.¹⁰

Transplantando parte do raciocínio dialógico das fontes para o Direito Processual brasileiro, Antonio do Passo Cabral (2020) afirma que não há mais que se falar em “procedimentos” estanques, senão em “técnicas” processuais que se complementam, sejam entre os ritos especiais, seja entre esses e o procedimento comum. De acordo com Cabral, a categoria da “subsidiariedade”, tal como a que o CPC adota ao estabelecer a “aplicação subsidiária” do procedimento comum à execução (art. 318, parágrafo único), deveria ceder lugar à “complementariedade” entre conjuntos normativos. Para Cabral, é assim que o processo se adaptará melhor ao direito material discutido (noção de “tutela diferenciada”¹¹), a dar-se a partir de uma aplicação

10 Cláudia Lima Marques ainda observa que o ordenamento não deveria contentar-se com conceitos estáticos que se aprisionem dentro de certos ramos do Direito, de forma estanque, mas sim compartilhar certas noções com outras áreas jurídicas, tal como se dá, por exemplo, com o conceito consumerista de “hipossuficiente” que o CDC adota ao qualificar uma das partes da relação de consumo. Ao revés, o intérprete deve conjugar tal conceito, no exemplo dado, com outros conceitos de hipossuficiência oriundos dos demais ramos legais, tais como os oferecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Estatuto do Idoso, os quais também tutelam pessoas cuja peculiar condição inspira maior atenção do Estado. Assim, um consumidor idoso ou adolescente deve ser considerado ainda mais hipossuficiente na relação de consumo (MARQUES, 2012, pp. 19 e ss).

11 Segundo a noção de *tutela diferenciada*, os instrumentos processuais devem adequar-se às peculiaridades do direito material que se propõem a tutelar, ao invés de exigir que o direito material se amolde ao processo. Aliás, a nomenclatura correta é “procedimentos” ou “técnicas” diferenciadas, conforme bem advertem Marinoni, Arenhart e Mitidiero, *verbis*: “Antes de tudo, corrija-se a impropriedade de se falar em tutelas jurisdicionais diferenciadas no lugar de procedimentos (ou técnicas) jurisdicionais diferenciados, uma vez que,

conjugada e complementar, ao direito material discutido, das melhores técnicas processuais disponíveis, e não apenas daquelas encontradas no ramo legal específico que disciplina o correspondente objeto temático.

Em suma, Cabral propõe que a *subsidiariedade* na aplicação de *procedimentos* diversos seja substituída por uma *complementariedade* na aplicação das *técnicas* disponíveis.

Abandonam-se, com isso, importantes fundamentos teóricos de que a doutrina tradicional sempre se valeu para sustentar a autonomia jurídica dos procedimentos especiais. Para os processualistas ortodoxos, os procedimentos especiais ostentam as seguintes características: legalidade, taxatividade (tipicidade fechada), excepcionalidade, indisponibilidade, inflexibilidade, infungibilidade e exclusividade. Tais contornos dogmáticos, caríssimos à própria identidade dos “procedimentos especiais”¹², caem por terra diante da radical fungibilidade sustentada por Cabral em relação aos diversos tipos de técnicas processuais que podem concorrer entre si na solução de um caso concreto.

Outro fator a esvaziar a especificidade da execução fiscal e a tipicidade processual da medida cautelar fiscal é o vastíssimo poder geral de cautela que o já referido art. 139, IV, do CPC/2015 veio a atribuir às autoridades judiciárias.

Sobre o tema, Fredie Didier Jr. e Antonio do Passo Cabral, em coautoria sobre negócios processuais atípicos e execução, assim se manifestaram, *verbis*:

conforme já amplamente demonstrado, a tutela é o resultado, no plano jurídico-substancial, proporcionado pelo procedimento. A necessidade de “tutelas diferenciadas aos direitos” é que demonstrou a insuficiência de um único “procedimento” para a “tutela” dos direitos, e, assim, a necessidade de “procedimentos diferenciados” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 360).

- 12 A quantidade desenfadada de procedimentos especiais contidos no Código já vinha sendo criticada pela doutrina desde a expressiva leva de reformas por que o CPC/1973 passou durante a década de 1990, ocasião em que o legislador teria perdido a oportunidade de racionalizá-los e até mesmo de fundir ou extinguir alguns deles, já que muitas de suas características deixaram de lhes ser exclusivas, à medida em que foram sendo incorporadas à parte geral do Código mediante sucessivas reformas processuais. No aniversário de dez anos da importante reforma legislativa feita em 1994 no CPC/1973, Egas Moniz de Aragão lançou a seguinte crítica: “Ninguém jamais se preocupou em investigar se é necessário ou dispensável, se é conveniente ou inconveniente oferecer aos litigantes essa pleora de procedimentos especiais; ninguém jamais se preocupou em verificar se a existência desses inúmeros procedimentos constitui obstáculo à ‘efetividade do processo’, valor tão decantado na atualidade; ninguém jamais se preocupou em pesquisar se a existência de tais e tantos procedimentos constitui estorvo ao bom andamento dos trabalhos forenses e se a sua substituição por outros e novos meios de resolver os mesmos problemas poderá trazer melhores resultados. Diante desse quadro é de indagar: será possível atingir os resultados verdadeiramente aspirados pela revisão do Código sem remodelar o sistema no que tange aos procedimentos especiais?” (ARAGÃO, 2004, p. 205).

A utilidade da previsão, pela lei, de procedimentos especiais executivos está posta em xeque, em razão das incertezas sobre como o art. 139, IV, do CPC será concretizado pelos tribunais. Se a concretização se consolidar na linha de uma ampliação dos poderes do juiz, haverá um esvaziamento da necessidade de procedimentos especiais executivos, tendo em vista a possibilidade de o juiz poder reconfigurar o procedimento comum executivo por quantia certa, para torná-lo mais adequado e efetivo; se a concretização for na linha da aplicação apenas subsidiária desse poder, remanescerá a necessidade de procedimentos especiais executivos, exatamente para dar um tratamento diferenciado a alguns credores (bancos, Fisco e alimentando, por exemplo) ou devedores (Fisco, por exemplo). (DIDIER JR.; CABRAL, 2018, p. 211)

Com efeito, a previsão contida no mencionado art. 139, IV, tem sido utilizada por juízes e tribunais de modo bem elástico, até mesmo nos processos que têm por objeto prestação *pecuniária*¹³, seja na fase de execução, seja na de conhecimento. Exemplo disso é a determinação de apreensão de passaporte e/ou de carteira de motorista de devedores renitentes em adimplir suas dívidas, como expediente dissuasório utilizado pelo juiz para inibir manobras evasivas ao pagamento do valor devido, tal como já decidiram o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹⁴ e o próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹⁵.

- 13 Daniel Amorim Assumpção Neves (2017, pp. 107-150) lembra que, sob a égide do CPC/1973, o Superior Tribunal de Justiça havia firmado jurisprudência no sentido de que não se aplicavam às obrigações pecuniárias as medidas atípicas de indução ou inibição contidas no art. 461 daquele Código, cuja aplicação restringia-se às obrigações de fazer ou de não fazer. Assim, considerando que o CPC/2015 estendeu a possibilidade de utilização de medidas atípicas às obrigações pecuniárias (obrigações de “pagar quantia certa”), aquela jurisprudência deixou de ter base legal, *verbis*: “A consequência mais relevante dessa circunstância era a resistência do Superior Tribunal de Justiça em aceitar a aplicação de *astreintes* na execução da obrigação de pagar quantia certa, ainda que o entendimento fosse criticado por parcela da doutrina. Como o art. 139, IV, do Novo CPC faz expressa menção a ações que tenham por objeto prestação pecuniária, é possível concluir que a resistência à aplicação das *astreintes* às execuções de pagar quantia certa perdeu sua fundamentação legal, afastando-se assim o principal entrave para a aplicação dessa espécie de execução indireta em execuções dessa espécie de obrigação”.
- 14 Agravo de instrumento nº 0063037-69.2018.8.19.0000, 13ª Câmara Cível, Redator p/ acórdão o Des. Agostinho Teixeira, julgado em 29/04/2019. Extrai-se da fundamentação do voto-condutor o seguinte comentário acerca do art. 139, IV, *verbis*: “Pela amplitude das hipóteses tipificadas, vê-se claramente o propósito do Novo Código de Processo Civil de assegurar a concretização dos comandos judiciais, tendência que permeia todo o sistema do processo civil moderno. A parte vencida neste processo não pagou a dívida nem indicou bens à penhora e, ao que tudo indica, oculta o patrimônio. Essa conduta, a meu ver, justifica a adoção das providências excepcionais deferidas no Juízo do 1º grau. E nem se diga que a suspensão do passaporte e da carteira de motorista privará os devedores do direito fundamental de ir e vir. Ao contrário, garantirá a observância de outro direito fundamental; a razoável duração do processo”.
- 15 Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) nº 99.606/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 13/11/2018, de cuja ementa do acórdão extrai-se, *verbis*: “Pode o magistrado, assim, em vista

Tamanho é o potencial alcance do art. 139, IV, que sua constitucionalidade foi contestada perante o Supremo Tribunal Federal (STF) por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.941/DF,¹⁶ proposta pelo Partido dos Trabalhadores em 2018 e ainda pendente de decisão cautelar, sob a Relatoria do Ministro Luiz Fux, por meio da qual a parte autora alega, em suma, ofensa aos princípios da liberdade e da dignidade humana, por descon sideração legal da separação que deve existir entre a pessoa do devedor e o seu patrimônio. De acordo com a fundamentação exposta na ADI,¹⁷ a execução deve incidir sobre o *patrimônio* do devedor, jamais sobre a sua *pessoa* ou sobre atributos inerentes à sua personalidade, tal como o é a liberdade individual de ir e vir.

Vale ressaltar que Procuradoria-Geral da República (PGR), em seu parecer, opinou favoravelmente à ADI, sustentando a inconstitucionalidade de medidas atípicas “que importem em restrição às liberdades individuais como, por exemplo, a apreensão de carteira nacional de habilitação, de passaporte, suspensão do direito de dirigir, proibição de participação em certames e licitações públicas”¹⁸. A PGR postulou fosse declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dessas medidas atípicas.

Porém, supondo-se que o Supremo Tribunal Federal venha, no julgamento da ADI, a contrariar a posição da Procuradoria-Geral da República e a confirmar a tendência de sobrevalorização da textura aberta da cláusula geral contida no art. 139, IV, do CPC, indaga-se: restarão desguarnecidos os princípios da legalidade, da segurança jurídica e do devido processo legal, bem como os seus corolários?

do princípio da atipicidade dos meios executivos, adotar medidas coercitivas indiretas para induzir o executado a, de forma voluntária, ainda que não espontânea, cumprir com o direito que lhe é exigido”. No mesmo sentido o RHC 97876/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 05/06/2018.

16 Andamento processual disponível para consulta pública no sítio eletrônico do STF em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5458217>. Acesso em 02/08/2020.

17 Íntegra da exordial. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/5/art20180511-07.pdf>>. Acesso em: 02/08/2020.

18 “Em face do exposto, a Procuradoria-Geral da República opina pela procedência do pedido, para que se confira interpretação conforme aos arts. 39-IV, 297, 380, parágrafo único, 403, parágrafo único, 536-*caput* e §1º, 773 da Lei 13.105/2015, de forma que o juiz possa aplicar, subsidiariamente e de forma fundamentada, medidas atípicas de caráter estritamente patrimonial, excluídas as que importem em restrição às liberdades individuais como, por exemplo, a apreensão de carteira nacional de habilitação, passaporte, suspensão do direito de dirigir, proibição de participação em certames e licitações públicas” (Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339307343&ext=.pdf>>. Acesso em: 02/08/2020).

Essa é uma das perguntas a que o presente ensaio propõe-se a responder.

4 A EXECUÇÃO FISCAL ADMITE MEIOS COERCITIVOS DE CUNHO EXTRAPATRIMONIAL?

Segundo a clássica lição de Araken de Assis (2018, pp. 194 e ss.), os meios executórios podem ser classificados em: 1) *meios sub-rogatórios*, cuja satisfação independe da participação efetiva do devedor, pois se substituem à vontade deste, tal como se dá na arrematação forçada de algum bem seu; e 2) *meios coercitivos*, por meio dos quais o juiz pretende “constranger” o devedor a pessoalmente solver a dívida, mediante incentivos cominatórios que o convençam a satisfazer o crédito da outra parte, tal como se dá com a imposição judicial de multa diária (*astreinte*) por dia de atraso no cumprimento. Quanto aos meios coercitivos atípicos, Assis teme que sua indiscriminada utilização judicial possa revelar-se desarrazoada e até mesmo arbitrária em alguns casos, ofendendo prerrogativas constitucionais do devedor, notadamente suas liberdades fundamentais.

O artigo 139, IV, do CPC ainda prevê, ao lado dos *sub-rogatórios* e dos *coercitivos* referidos acima, os meios *indutivos* e os *mandamentais*.

A título exemplificativo, poder-se-ia dizer *coercitivo* o meio de execução por força do qual o juiz proíba o devedor de fazer viagens internacionais¹⁹ até que adimpla sua obrigação em relação ao credor, como forma de coagi-lo a satisfazer o respectivo crédito. Imagine-se que o exemplo dado trate de execução de contrato *intuitu personae*, no qual o executado tenha sido escolhido pelo contratante, ora exequente, em razão de suas características personalíssimas, por ser, à guisa ilustrativa, um arquiteto de reconhecimento internacional, e apenas em virtude dessa singular condição o profissional tenha sido contratado para realizar um grande projeto arquitetônico. À primeira vista, de nada servirá ao credor exequente que o juiz mande outro arquiteto realizar o projeto às custas do executado, o que seria um meio executivo *sub-rogatório*. Seria mais interessante ao credor, que pagou por um projeto que não recebeu, optar, pelo menos em um primeiro momento, por um meio executivo *coercitivo*, a fim de constranger o devedor a cumprir sua parte no contrato, ao invés de apenas obter o resultado prático equivalente, que seria alcançável pela designação judicial de outro arquiteto qualquer.

19 A proibição de viajar pode violar o art. 5º, incisos II e XV, da Constituição brasileira.

O problema é saber até onde o juiz estaria autorizado pelo texto constitucional na formulação de medidas coercitivas e indutivas, já que, em execução, tênues são os limites que divisam arbítrio e exercício legítimo do poder judicial na determinação de medidas atípicas, em obediência aos ditames da razoável duração do processo e da efetividade da prestação jurisdicional, incluída a satisfação integral do crédito (CRFB, art. 5º, LXXVIII; CPC, art. 4º).

Considerando que a execução civil deve operar-se sobre os bens do devedor (tanto os presentes quanto os futuros), vale dizer, sobre o seu patrimônio, na forma do art. 789 do CPC, Lenio Streck e Dierle Nunes também se opõem a que o poder geral de cautela e a cláusula geral executiva sejam utilizados pelo juiz para avançar sobre domínios *extrapatrimoniais* do devedor, sobretudo na ausência de tipificação legal. Assim, se a pretensão executória tem natureza estritamente *patrimonial*, não caberia ao juiz determinar medidas de cunho *extrapatrimonial*, como a suspensão do direito de dirigir ou a proibição de viajar para o exterior do país, entre outras que simplesmente poderiam ser “criadas” pela autoridade judicial, sem a participação do legislador (STRECK; NUNES, 2016).

Em matéria fiscal-tributária, a execução sempre terá por objeto prestação pecuniária, de modo que não há que se falar em execução fiscal de obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa, senão apenas de obrigação de pagar quantia certa, até porque as obrigações tributárias acessórias, caso não cumpridas, convertem-se em obrigação principal (penalidade pecuniária), na forma do art.113, § 3º, do Código Tributário Nacional (CTN). Isso já serve de indício para o reconhecimento de eventuais abusos na imposição judicial de medidas extrapatrimoniais atípicas em desfavor do executado pela Fazenda Pública, dotadas de natureza *coercitiva* e voltadas a constrangê-lo a cumprir a prestação pecuniária devida aos Cofres Públicos.

Mas já se viu que o art. 139, IV, do CPC admite medidas coercitivas para assegurar o cumprimento de ordem judicial que tenha por objeto até mesmo uma simples prestação pecuniária.

Portanto, em tese, não há incompatibilidade lógica em o juiz adotar medidas coercitivas na exigência de prestação pecuniária (decorrente de obrigação de pagar quantia certa). Porém, nem todas as medidas coercitivas podem ser adotadas na execução de uma prestação pecuniária.

A multa cominatória (*astreinte*), por exemplo, bem ilustra a situação. O CPC admite a fixação de multa por dia de atraso nas execuções de obrigação

de fazer e não fazer (art. 814), bem como na de entregar coisa certa (art. 806, § 1º), mas silencia quanto a essa possibilidade na execução de quantia certa (artigos 824 e ss), embora imponha a redução, pela metade, do valor dos honorários no caso de integral pagamento no prazo de três dias contados da citação, além de permitir a elevação da verba honorária, a depender do trabalho realizado pelo advogado do exequente (art. 827, §§ 1º e 2º).

Assim, tratando-se de *silêncio eloquente* do Código no que tange à execução de quantia certa, não cabe ao juiz valer-se subsidiariamente da cláusula geral contida no art. 139, IV, para fixar multa diária em desfavor do devedor de prestação pecuniária, por descumprimento à ordem judicial de pagamento.

O mesmo raciocínio aplica-se à execução fiscal.

Mas o juiz poderá proceder à aplicação subsidiária da cláusula geral executiva para determinar outras medidas atípicas além da multa, notadamente as de cunho extrapatrimonial, na execução por quantia certa, aqui incluída a fiscal?

Importa enfatizar que a principiologia própria subjacente ao Direito público e à execução fiscal dificulta transposição acrítica de soluções do CPC.

O cenário ainda é incerto para arriscarmos um prognóstico seguro como resposta a essa pergunta, pelo menos até que o Supremo se pronuncie sobre aquela ADI discutida acima. Mas a prática forense vem acenando com a possibilidade de medidas extrapatrimoniais na execução de quantia certa (cujo objeto é prestação exclusivamente pecuniária), consoante comprovam os precedentes judiciais já relatados nesse trabalho.

Se a jurisprudência se firmar favoravelmente à adoção dessas medidas em execução civil de quantia certa, nada obstará sua extensão à execução fiscal, até porque o crédito da Fazenda goza de preferência em relação à maior parte dos demais, de acordo com o art. 186 do Código Tributário Nacional, c/c o § 4º do art. 4º da Lei de Execução Fiscal.

Desse modo, soaria incoerente que o crédito fiscal, que é preferencial em relação à maioria absoluta dos demais créditos, gozasse de instrumentos processuais menos efetivos de satisfação do que estes em geral gozam. Na verdade, além da possível violação do postulado da unidade do ordenamento jurídico, seria mesmo uma manifestação de falta de sistematicidade normativa que um ordenamento enquadrado pelo Estado de Direito dificilmente poderia tolerar.

Havendo silêncio das leis extravagantes que tratam da execução fiscal - as quais são em regra mais severas que o CPC em relação ao devedor, por serem mais protetivas do interesse público que é representado pelo crédito fiscal -, não há maiores problemas na aplicação subsidiária do CPC, pois tal silêncio não costuma ser eloquente. Há, aliás, previsões legais expressas no sentido dessa aplicação subsidiária, conforme já visto, tanto no CPC, quanto na Lei de Execução Fiscal (LEF).

E exemplos de subsidiariedade não faltam. Restringir-nos-emos abaixo, porém, a ilustrar apenas um, a fim de não perdermos o foco do presente trabalho.

O art. 23 da LEF (ao prever só o leilão judicial) não obsta que a Fazenda faça alienação por sua iniciativa (art. 879, I, do CPC) dos bens penhorados, se assim for do interesse fazendário.²⁰ Por óbvio que não se trata de silêncio eloquente da LEF, haja vista que, na época de sua promulgação, ainda não existia o instituto executivo da “alienação por iniciativa particular”. Aplica-se nesta hipótese, portanto, a subsidiariedade prevista no art. 1º da LEF.

É que, em regra geral, as medidas atípicas devem ser adotadas após o esgotamento das típicas, ou, no caso de absoluta ausência de previsão legal de medida adequada, de modo subsidiário, mas sempre respeitando o contraditório e a exigência de exauriente fundamentação da decisão judicial.

A propósito, é neste sentido a orientação jurídica dada pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) em seu Enunciado nº 12, cujo teor dispõe que, *verbis*:

A aplicação das medidas atípicas subrogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II. (arts. 139, IV, 523, 536 e 771)²¹

20 Neste sentido são os seguintes enunciados interpretativos:

‘Enunciado nº 46 do Fórum Nacional do Poder Público (FNPP): “Na execução fiscal, a alienação por iniciativa particular poderá ser utilizada em detrimento do leilão público, se for de interesse do exequente”. Enunciado 12 do Fórum de Execuções Fiscais da 2ª Região (FEF2R): “Não obstante o disposto no art. 23 da LEF, no sentido de que a alienação de quaisquer bens penhorados será feita em leilão público, é possível a alienação por iniciativa particular do exequente prevista no art. 880 do NCP”.

21 Disponível em: <<http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wpcontent/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>>. Acesso em: 02/08/2020.

Respondendo, por conseguinte, a indagação que constitui o presente tópico, concluímos que a execução fiscal admite, subsidiariamente e de modo assaz excepcional, a adoção de meios coercitivos inominados de cunho extrapatrimonial, desde que observado o contraditório (ainda que a oitiva do executado ocorra em momento posterior à efetivação da medida de coerção), desde que esgotadas todas as medidas típicas, desde que o executado manifeste insolente desprezo pelo cumprimento da decisão²² e desde que indicados, pelo juiz, os fundamentos de fato e os motivos concretos²³ a reclamarem, de modo proporcional e razoável, a adoção da medida atípica escolhida, a tal não se prestando a mera indicação do ato normativo autorizativo.

Nesse caso, conforme entende o STJ, os postulados da proporcionalidade (adequação, necessidade e ponderação) – que são corolários do devido processo legal e, em última instância, do próprio Estado de Direito — deverão ser considerados na decisão que imponha medidas atípicas extrapatrimoniais na execução de obrigação pecuniária.²⁴

5 O RESPEITO À LEGALIDADE DEMOCRÁTICA, AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E ÀS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DO EXECUTADO

Não se nega que o atual CPC tenha trazido o compromisso de garantir um direito fundamental à tutela executiva, a fim de assegurar aos titulares do direito executado não só um provimento jurisdicional que lhes reconheça determinado direito subjetivo, mas, sobretudo, de também

22 Exemplo seria desse tipo de desprezo seria aquele em que o executado ostenta, em suas redes sociais, viagens internacionais caras que demonstram capacidade para pagar a dívida que se recusa a honrar. A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em recente decisão, foi ainda menos exigente, ao manter, por unanimidade, a proibição do devedor de fazer viagens internacionais, mesmo que não sejam turísticas, *verbis*: “Na hipótese em exame, a decisão que determinou a apreensão do passaporte dos pacientes destacou a incompatibilidade da aventada falta de recursos com a realização de viagens internacionais. Efetivamente, os deslocamentos internacionais a negócios ou para visitar familiares, como aquele noticiado na petição inicial do *traz*, realizado pelos pacientes em 17/01/2020, quando já vigorava a ordem de restrição, certamente acarretam dispêndios incompatíveis com a alegação de falta de recursos” (HC 558.313/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 23/06/2020).

23 Não basta a mera indicação do fundamento legal, sem a necessária explicação da sua relação com a questão decidida, na forma do que exige o art. 489, § 1º, do CPC.

24 “Assim, no caso concreto, após esgotados todos os meios típicos de satisfação da dívida, para assegurar o cumprimento de ordem judicial, deve o magistrado eleger medida que seja necessária, lógica e proporcional. Não sendo adequada e necessária, ainda que sob o escudo da busca pela efetivação das decisões judiciais, será contrária à ordem jurídica” (extrato da ementa do aresto proferido no RHC 97876/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 05/06/2018).

lhes oferecer instrumentos efetivos para a satisfação, em tempo razoável, do bem da vida perseguido.

Nessa perspectiva, a partir da segunda e terceira “ondas renovatórias” de Mauro Cappelletti e Bryant Garth²⁵, o processo judicial já não podia mais ser visto como um fim em si mesmo, senão como um *instrumento* para efetiva satisfação do direito vindicado por seu titular. No Brasil, Cândido Rangel Dimamarco foi o processualista pioneiro no desenvolvimento acadêmico da “Teoria da Instrumentalidade das Formas”, ao defender, em 1985, a tese de titularidade de cátedra na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, intitulada “Instrumentalidade do Processo”²⁶. Também José Carlos Barbosa Moreira²⁷ já sustentava, muito antes da formulação do Código de 2015, que o papel das normas processuais deveria ser instrumental em relação ao direito material. Afinal, “o processo ideal é o que dispõe de mecanismos aptos a produzir ou a induzir a concretização do direito mediante a entrega da prestação efetivamente devida, da prestação *in natura*” (ZAVASCKI, 2004, p. 35).

É anódino um Direito Processual cujas disposições encerram-se em si mesmas, como se o processo pudesse satisfazer os interesses legítimos do jurisdicionado apenas lhe oferecendo um sistema formalmente lógico de regras, princípios e técnicas procedimentais, se tal sistema não guarda íntima conexão com a realidade dos direitos materiais que se propõe a tutelar, nem possui um compromisso verdadeiro em efetivar tais direitos. Pertence ao século XIX a denominada “fase científica” do Direito Processual, também conhecida por “Processualismo”, que constituía o paradigma dos processualistas que viam o processo como um fim em si mesmo. A primeira ruptura com esse vetusto paradigma deu-se a partir

25 Cappelletti e Garth, já na década de 1970, referiam-se a três estágios evolutivos do Direito Processual Civil, também chamados de “ondas renovatórias”, quais sejam: 1) a onda da acessibilidade à justiça a todos os cidadãos, principalmente aos hipossuficientes; 2) a onda da instrumentalidade das formas processuais; e 3) a onda da efetividade do processo civil (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

26 A informação pode ser encontrada no sítio eletrônico do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/o-ibdp-e-candido-dinamarco.html>. Acesso em 03/08/2020). A tese ali aprovada foi convertida nessa clássica obra, a qual, apesar de passadas quase quatro décadas, ainda permanece atual (DINAMARCO, 2009).

27 “Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material” (MOREIRA, 2002, p. 181).

das reformas processuais operadas ao longo da década de 1990, voltadas a implementar a já referida fase instrumentalista do processo. Por fim, com o Código de 2015, institucionalizou-se a fase do formalismo ético ou valorativo, também conhecida por *Neoprocessualismo*, a fomentar a resolução do mérito das controvérsias e a atividade satisfativa daí decorrente, ainda que, para tanto, seja necessário flexibilizar certas regras procedimentais cuja observância constitua obstáculo não razoável à consecução dos fins pretendidos pelo Direito.²⁸

Não é por acaso que o Código estabelece, já no seu primeiro Capítulo (intitulado “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”) e logo no seu art. 4º, que “[A]s partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. Com isso o legislador de 2015 pretendeu romper os paradigmas dogmáticos que caracterizavam um Direito Processual excessivamente formalista e pouco efetivo, vale dizer, divorciado da efetiva satisfação dos direitos materiais que pretendia tutelar. Outros exemplos da primazia que o Código pretendeu atribuir ao exame de mérito podem ser encontrados nos artigos 6º, 282, § 2º (mérito a favor de quem se aproveitaria da decretação da nulidade), 488 e 1029, § 3º. Já para o processo de jurisdição voluntária, o legislador foi ainda mais arrojado, praticamente esvaziando o princípio da legalidade, ao prever, no art. 723, parágrafo único, que “[O] juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna”. Tudo em nome da efetividade do processo, enquanto instrumento de satisfação dos direitos materiais perseguidos em juízo.

Tamanha era a preocupação da comunidade jurídica com a efetividade dos direitos substantivos, que a Comissão de Juristas responsável pela elaboração do novo Código fez questão de iniciar a sua Exposição de Motivos alertando para os graves riscos que um sistema processual ineficiente gera para todo o ordenamento jurídico e até mesmo para o regular funcionamento do próprio Estado Democrático de Direito, *verbis*:

²⁸ Em breve síntese, o Direito Processual passou por basicamente quatro fases evolutivas, assim denominadas didaticamente: 1) PRAXISMO ou SINCRETISMO (não havia distinção entre o processo e o direito material, tal como ocorria na Roma Antiga); 2) PROCESSUALISMO (fase científica do Direito Processual que serviu de paradigma durante o século XIX e a primeira metade do século XX, no intuito de afirmar-se com autonomia perante os demais ramos do Direito); 3) INSTRUMENTALISMO (efetividade do processo e tutela dos direitos coletivos, a partir da década de 1980, quando Cândido Rangel Dimamarco defendeu sua tese intitulada “Instrumentalidade do Processo”); e 4) NEOPROCESSUALISMO (formalismo valorativo ou ético nascido a partir dos anos 2000, a encarar a jurisdição como fenômeno bidimensional, na medida em que gera dois produtos normativos: a solução do caso concreto e formulação de um padrão decisório para o futuro).

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.²⁹

Há autores que chegam mesmo a alçar a *efetividade* a princípio jurídico e a identificá-la como um dos corolários da cláusula geral do devido processo legal.³⁰

Todavia, esse novo paradigma, voltado a outorgar máxima efetividade às normas de direito material, obviamente não tem o condão de transformar o processo em instrumento de arbítrio judicial ou de justicamento sumaríssimo do executado, já que o Código de 2015 não é espécie normativa idônea para revogar o regime de liberdades públicas fundamentais previsto na Constituição Federal.

Nesse diapasão, não se admite que a expropriação dos bens do devedor decorra de expedientes transgressores das liberdades fundamentais que, ao lado da dignidade humana, formam o núcleo da ordem constitucional, tal como se afiguraria eventual coação judicial excessiva ou desarrazoada.

Com efeito, os juízes não podem tudo, embora possam muito.

Por mais que o Código de 2015 tenha homenageado a técnica legislativa das “cláusulas gerais”³¹ e, dessa forma, atribuído enorme poder aos juízes, a criatividade judicial na determinação de medidas atípicas

29 BRASIL. Código de processo civil e normas correlatas. – 7ª ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015, p. 24. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em 03/08/2020.

30 Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira afirmam que: “O devido processo legal, cláusula geral processual constitucional, tem como um de seus corolários o princípio da efetividade: os direitos devem ser efetivados, não apenas reconhecidos. Processo devido é processo efetivo” (DIDIER JR.; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 65).

31 Cláusula geral é uma espécie de texto normativo cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o conseqüente (efeito jurídico), indeterminado. Trata-se de técnica contraposta ao Modelo de Tipicidade Estrita (técnica casuística ou de regulamentação por *fattispecie*). Exemplos de cláusulas gerais no novo Código são o poder geral de cautela (art. 301) e as cláusulas gerais executivas (arts. 297, *caput*, 536, § 1º, e 805).

não tem o condão de suprir a ausência de lei sobre determinados temas sensíveis, relacionados à liberdade pessoal, tampouco o condão de afastar norma legal expressa que constitua o estatuto de defesa do executado.

Do plexo de prerrogativas processuais que assistem o devedor em execução fiscal, destaca-se o respeito às regras específicas que constam dos diplomas legais que disciplinam a temática executiva fiscal.

É cediço, porém, que tais diplomas não conferem assim tantos direitos ao devedor das Finanças Públicas, haja vista que a Fazenda costuma gozar de posição processualmente privilegiada na execução de seu crédito (que, por ser público, é preferencial, como já visto), especialmente se tal posição for comparada à situação de um credor particular. Assim, em comparação à execução regida pelo CPC/1973 (estatuto adjetivo em vigor na época da promulgação da LEF), a satisfação do crédito fazendário recebeu tratamento mais favorável pela Lei de Execução Fiscal, bem como pelas leis que lhe sucederam, das quais se destaca, para o escopo do presente trabalho, a Lei nº 8.397/1992, que instituiu o procedimento cautelar fiscal.

Mas, com a edição do Código de 2015 e o conseqüente compromisso ali assumido com a efetiva e não demorada satisfação dos bens jurídicos vindicados em juízo, os credores em geral passaram a contar com instrumentos mais eficazes para a realização de seus créditos. Em contrapartida, a situação dos devedores tornou-se mais delicada, especialmente diante dos amplos poderes que foram então conferidos aos juízes para a adoção de medidas *atípicas* voltadas a constranger o executado a adimplir sua dívida, além de medidas *típicas* como o protesto da ordem judicial de pagamento (art. 517), a inscrição do devedor em cadastros de inadimplentes (art. 782, § 3º), a averbação em registro público do ato de propositura da execução e dos atos de constrição realizados, para conhecimento de terceiros (art. 799, IX, e art. 828), entre outras medidas nominadas.

Em regra, se as novas medidas podem ser aplicadas às execuções regidas pelo CPC, cujo objeto é um crédito comum, pode-se concluir, com muito mais razão, que tais medidas também poderiam ser utilizadas em prol da execução fazendária, cujo crédito, repita-se, é preferencial, já que ele, sendo público, pertence à coletividade, além de ser constituído de modo impessoal, a partir de rígidos ritos burocráticos previstos em lei.

O crédito fiscal merece tratamento especial não apenas em razão de suas características intrínsecas (já que pertence ao Poder Público e, em regra, não decorre da autonomia vontade privada, senão de atividade

administrativa estritamente vinculada aos trâmites legais)³², mas também em razão de um chocante traço extrínseco: o enorme volume de execuções fiscais em tramitação representa 73% do número total de execuções ativas e 39% de todos os processos judiciais pendentes. A sobrecarga de trabalho que tais índices importam para o Poder Judiciário dispensa maiores divagações. Com o intuito de minimizar o impacto colossal causado pelo excessivo número de execuções fiscais, o Senador Antonio Anastasia concebeu o Projeto de Lei n.º 4.257/2019 (BRASIL, 2019)³³, em trâmite no Senado brasileiro. Segundo a ementa do Projeto, este se propõe a modificar a LEF (Lei n.º 6.830/1980), para dela fazer constar dois procedimentos: um que permita a execução fiscal administrativa, e outro que trate de arbitragem tributária.³⁴

Não obstante, por mais especial que seja o crédito fazendário, nem todas as previsões do CPC são aplicáveis à sua execução, já que há créditos ainda mais privilegiados que a Dívida Ativa, como, por exemplo, o crédito alimentício. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz está autorizado pelo art. 528 a, até mesmo, determinar a prisão civil do devedor, o que conta inclusive com o expresse beneplácito da Constituição da República brasileira (art. 5º, LXVII), do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos - PIDCP (art. 11) e do Pacto de São José da Costa Rica – PSJCR (art. 7º, 7), ambos ratificados sem reserva pelo Brasil no ano de 1992.

32 Joaquim Freitas da Rocha, em outro trabalho, já teve a oportunidade de demonstrar que a administração tributária não se pauta por interesses próprios e que os interesses que ela persegue vão muito além da mera percepção da receita pública (ROCHA, 2015, p. 138).

33 Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>>. Acesso em: 03/08/2020. A propósito, em defesa da “administrativização da execução tributária” em Portugal, vide ROCHA, 2019, pp. 33-59.

34 Segundo o Relatório Justiça em Números, de 2019, os processos pendentes de execução fiscal apresentam taxa de congestionamento de 90%, isto é, a cada grupo de cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2018, apenas dez foram baixados. O número de execuções fiscais em curso em 2019 correspondeu a trinta e um milhões, sessenta e oito mil e trezentos e trinta e seis processos, sendo que, somente na Justiça Federal, os respectivos processos representam 45% do seu acervo total e, na Justiça Estadual, 42%. O relatório relata que esses percentuais têm se mantido estáveis ao longo das pesquisas que se iniciaram em 2009. Confira-se as páginas 131 e 132 do referido relatório em: <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/08/4668014df24cf825e7187383564e71a3.pdf>. Acesso em 03/08/2020. Marcelo Guerra Martins e Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti alertam que “tempo de giro do acervo desses processos é de 11 anos, ou seja, mesmo que o Judiciário parasse de receber novas execuções fiscais, ainda seriam necessários 11 anos para liquidar o acervo existente” (MARTINS; CAVALCANTI, 2020, p. 259).

Por óbvio que, dada a ausência de pertinente amparo legal, não se poderá estender essa extraordinária possibilidade de prisão civil ao devedor da Fazenda Pública, ainda que este seja um devedor renitente e, ao mesmo tempo, afortunado. Por mais eficiente que seja uma medida coercitiva como a prisão civil do devedor, ela jamais poderá ser utilizada para além da hipótese legal que resguarda o crédito alimentício.

Portanto, nem todas as medidas previstas no CPC são passíveis de aplicação subsidiária ao executivo fiscal. Mas as medidas gerais, não relacionadas a hipóteses específicas como a do crédito alimentício, poderão, sim, sem maiores problemas, ser aplicadas à execução do crédito fazendário.

No entanto, não cabe ao juiz “pinçar” de todas as leis que regulam as diversas espécies de execução apenas os pontos que entenda favoráveis, pois, assim procedendo, o intérprete acaba por criar novas modalidades de execução, híbridas, que nada guardam do Direito *posto*, pois são frutos espúrios de um Direito *novo*, criado judicialmente à margem da legalidade³⁵ democrática. Isso ocorreria, por exemplo, se o juiz aplicasse à execução fiscal os prazos de pagamento previstos no CPC, embora para o restante do rito seguisse a LEF; ou se o juiz se valesse do procedimento cautelar fiscal previsto na Lei nº 8.397/1992 para tornar indisponíveis os bens do executado e, ao invés de seguir os requisitos e prazos previstos em seu rito, passasse a seguir o novel procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente, tal como previsto nos artigos 305 a 310 do CPC, como se o novo Código, por ser lei posterior, tivesse derogado a lei anterior no que tange à tutela cautelar.

Embora o art. 301 do novo Código outorgue aos juízes um vasto *poder geral de cautela*, aparelhado com um rol suficientemente amplo de medidas típicas e de uma cláusula aberta para efetivação de medidas atípicas, tal poder geral de cautela não pode ser utilizado para esvaziar a normatividade especial que rege a execução fiscal, sob pena de subversão ao postulado constitucional do *due process of law*.

35 Constituindo elemento basilar da democracia, o princípio da legalidade possui duas dimensões básicas em prol da liberdade dos cidadãos: “Pode-se dizer, sem sombra de dúvidas, que este é, então, um dos elementos basilares da democracia e um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Tem-se, assim, a lei como instrumento limitador da atividade estatal e garantidor — e protetor — das liberdades dos cidadãos, conforme explicitado pela Constituição de 1988 em seu artigo 5º, II. Com isso, este princípio possui duas dimensões, sendo uma negativa e outra positiva. É negativa ao passo de que estabelece, para o cidadão, que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei; por outro lado, possui dimensão positiva no sentido de que exige que toda a ação estatal seja realizada nos estritos limites impostos pela lei” (PEDRON; NUNES, 2020).

O próprio princípio democrático da legalidade, expressamente previsto no inciso II do art. 5º da Constituição brasileira, seria vulnerado se o juiz da execução fiscal “optasse” por escolher as regras gerais contidas no CPC em detrimento das regras próprias que regem o rito especial de satisfação do crédito fazendário. A observância dessas regras especiais é prerrogativa processual não apenas da Fazenda exequente, mas também do próprio devedor executado, já que não cabe ao juiz negar vigência à lei aplicável, máxime em tema envolvendo o Fisco. Consoante ressalta Casalta Nabais, o princípio da legalidade fiscal sempre foi considerado o “qualificado princípio da legalidade da administração” (NABAIS, 2003, p. 133).

Afinal de contas, o Judiciário não está constitucionalmente autorizado a legislar em regimes democráticos, uma vez que tal função cabe, ordinariamente, ao Parlamento, que a exerce em parceria com o Chefe do Poder Executivo, de modo soberano. Em suma, a atividade legislativa deve ser exercida pelos representantes eleitos pelo povo, de sorte que não mais se tolera, atualmente, a figura do juiz que se apresente como um “pretor”³⁶.

Assim, por mais que o novo Código contenha cláusulas gerais cautelares e executivas cuja magnitude abarque todas as providências cautelares da Lei nº 8.397/1992 e também as providências executivas da LEF, entendemos que o juiz não está autorizado a desconsiderar os ritos especiais que disciplinam a execução fiscal e o procedimento cautelar fiscal. Mas isso não impede a aplicação subsidiária do CPC nos ritos especiais, nas hipóteses de omissão destes, desde que o silêncio legislativo não seja eloquente.

Essas são as razões que nos fazem discordar da combinação ampla e irrestrita de dispositivos legais extraídos de diplomas diversos, ainda que isso se dê sob o sofisticado epíteto da “complementariedade de técnicas”, em lugar da já consagrada “subsidiariedade de procedimentos”.

Entendemos que os preceitos do CPC só devem ser aplicados à execução fiscal quando esta for silente sobre um dispositivo cuja aplicação se mostre necessária ao caso, e desde que tal silêncio não seja eloquente.

36 “De resto, a própria configuração democrática — ainda que indirecta — das funções normadoras dificilmente toleraria a transformação do juiz numa espécie de pretor. A circunstância de, excepcionalmente, um tribunal ou um conjunto determinado de tribunais terem prerrogativas de controlo normativo e de emanarem actos com conteúdo inegavelmente próximo do dos actos normativos não poderá transformar em regra, o que, sem margem para dúvidas, deve ser encarado como uma exceção” (ROCHA, 2006, p. 118).

Por exemplo, a contagem em dias úteis dos prazos processuais,³⁷ por atingir todos os feitos que tramitam sob a jurisdição civil, é de observância obrigatória também na execução fiscal, já que não cabe a esta norma especial disciplinar tema tão geral. Mas as regras do procedimento cautelar fiscal previstas na Lei nº 8.397/1992, por serem específicas, não cedem lugar às disposições cautelares gerais constantes do CPC, tais como as que fixam prazos para contestação (art. 306) e para ajuizamento da ação principal (art. 308), os quais são mais exíguos que os conferidos, respectivamente, pelos artigos 8º e 11 da lei especial.

Devem, assim, ser respeitados os prazos da lei extravagante, e não os do CPC.

Tal postura presta homenagem ao *Garantismo* Processual, teoria segundo a qual o “*processo justo*” é algo tão importante quanto a própria “*jurisdição*”³⁸, e não um mero apêndice desta. Afinal, as partes litigantes não podem ser consideradas meros objetos de tutela jurídica, senão verdadeiros sujeitos de direito na relação processual.

Para Luigi Paolo Comoglio³⁹, um dos expoentes do *Garantismo* ao lado de Luigi Ferrajoli⁴⁰, o “*processo justo*” é aquele que incorpora a técnica processual mais apropriada à plena realização do conteúdo essencial dos direitos fundamentais da pessoa. Se esta se vê surpreendida com uma decisão judicial que, em execução fiscal, impõe medidas constritivas heterodoxas ou fixa prazos processuais diversos dos previstos nas leis que disciplinam a satisfação do crédito fazendário, clara é a violação daqueles direitos fundamentais com os quais o *Garantismo* e a comunidade jurídica tanto se importam.⁴¹

37 Trata-se da inovação trazida no art. 219 do Código de 2015.

38 Entende-se por *jurisdição* a “função preponderantemente estatal, exercida por um órgão independente e imparcial, que atua a vontade concreta da lei na justa composição da lide ou na proteção de interesses particulares” (GRECO, 2015, p. 69).

39 “*In generale, il processo giusto incorpora la tecnica processuale istituzionalmente più idonea a garantire e a realizzare appieno i contenuti essenziali dei diritti fondamentali della persona*” (COMOGLIO, 2004, p. 401).

40 A obra de Ferrajoli foi pioneira no tema e, mesmo tratando do processo penal, ofereceu bases sólidas para uma visão garantista também do processo civil. Vide: FERRAJOLI, 2014.

41 Em 19/08/2017, o *Garantismo* foi festejado na “*CARTA DE JUNDIAÍ: Pela compreensão e concretização do Garantismo Processual*”, elaborada durante o Colóquio Internacional realizado em Jundiaí/SP, em que se defendeu a efetiva garantia do indivíduo e da sociedade diante da jurisdição, *verbis*: “O *Garantismo* é uma forma de pensar o Processo em suas dimensões analítico-legal, semântico-conceitual e pragmático-jurisprudencial como efetiva GARANTIA do indivíduo e da sociedade perante o poder estatal de exercer a Jurisdição. Se processo é garantia, jurisdição é poder, e este só será legitimamente exercido quando concatenar as regras de garantia estabelecidas no plano constitucional, como o devido processo,

No mesmo sentido é a doutrina brasileira de Calmon de Passos, para quem é imperioso que o processo “atenda a regras cogentes e prévias, respeitados os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, tudo constitucionalmente prefixado”⁴².

Encerramos acrescentando que posturas judiciais de desprezo à lei implicam subversão não só ao “princípio constitucional da legalidade”⁴³, mas também desprezo à segurança jurídica e à própria noção de Estado de Direito, pois representam deliberada inobservância a regras legais que densificam a cláusula constitucional do devido processo legal. Em outras palavras, a independência judicial não dispensa os magistrados de observarem as prerrogativas legais que assistem os litigantes, tais como os postulados da legalidade, da liberdade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como os demais direitos e garantias fundamentais que colocam o ser humano, enquanto sujeito de direitos dotado de dignidade, no centro gravitacional em torno do qual orbita toda a ordem jurídica.

6 CONCLUSÃO

Os créditos da Fazenda Pública, ao serem inscritos em sua Dívida Ativa, gozam de um regime diferenciado de cobrança judicial, dadas “a primazia do crédito público sobre o privado e a especialidade das execuções fiscais”⁴⁴, consoante já assentado com efeito vinculante pelo Superior

o contraditório (=direito das partes, não do juiz), a ampla defesa, a imparcialidade, a imparcialidade, a acusatoriedade, a liberdade, a dispositividade, a igualdade, a segurança jurídica, a separação dos poderes, a presunção de inocência *et cetera*” (Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-29/defesa-garantismo-juristas-fazem-carta-ativismo-judicial>>. Acesso em: 04/08/2020).

42 “Se o Direito é produzido socialmente pelos homens, a vitória mais significativa da modernidade, em termos políticos, foi assentar-se, como inafastável postulado, que sua validade é indissociável do processo de sua produção, processo este incompatível com o arbítrio, exigindo, para legitimar-se, que atenda a regras cogentes e prévias, respeitados os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, tudo constitucionalmente prefixado. Em suma, que sejam atendidas as exigências do devido processo legal, tanto do devido processo legal (devido processo constitucional, seria mais adequado dizer-se) legislativo, quanto do administrativo e do jurisdicional” (CALMON DE PASSOS, 1999, p. 68).

43 Segundo o art. 5º, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

44 Citação extraída da ementa do julgamento proferido pela 1ª Seção do STJ no Recurso Especial n. 1.272.827, Relator o Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 31.5.2013, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, a gerar, portanto, efeitos vinculantes em relação aos demais órgãos judiciais, que deverão seguir, obrigatoriamente, as teses ali firmadas. Nesse julgamento, o STJ assentou que “a nova redação do art. 736 do CPC dada pela Lei n. 11.382/2006 - artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos - não se aplica às execuções fiscais, diante da presença de dispositivo

Tribunal de Justiça (STJ), por meio de seu órgão colegiado máximo com competência em matérias de Direito Público, qual seja, a 1ª Seção⁴⁵.

Assim, não se aplicam à execução fiscal dispositivos do Código de Processo Civil ou da legislação não especializada que fragilizem os preceitos legais vocacionados a tutelar o crédito público, dos quais se destacam os contidos nas Leis n.º 6.830/1980 e n.º 8.397/1992, referidas ao longo do presente trabalho.

Com efeito, não há razão para estender à execução fiscal, por exemplo, a dispensa de penhora para o manejo de embargos à execução pelo executado, pois há regra expressa na Lei de Execução Fiscal a exigir a garantia do juízo como critério de admissibilidade da defesa do devedor. Dessa forma, embora o legislador tenha tornado desnecessária tal garantia desde o ano de 2006 para os demais tipos de execução, o executado pela Fazenda Pública não tem o direito de se beneficiar dessa inovação legislativa, dada a especialidade do executivo fiscal.

Já as medidas que favoreçam a satisfação do crédito público, contudo, poderão ser estendidas da execução comum para o executivo fiscal, tal como se verifica com a aplicação pela Fazenda da “alienação por iniciativa particular”, exemplo dado ao longo desse escrito. É que tal aplicação dá-se *subsidiariamente*, haja vista o silêncio da legislação especial sobre tal instituto, que é novo mesmo no âmbito da execução comum.

O problema surge quando o intérprete pretende estender à execução fiscal previsões legais cuja conformidade constitucional já vem sendo questionada mesmo no âmbito normativo para o qual foram criadas. Esse é o caso dos dispositivos do novo Código que veiculam *cláusulas gerais executivas* e vastos *poderes gerais de cautela*, que passam a ser utilizados para a criação judicial de medidas atípicas potencialmente violadoras de princípios constitucionais basilares, como os da legalidade, das liberdades fundamentais, do devido processo legal e seus corolários da ampla defesa, do contraditório, da razoabilidade (dimensão material ou substantiva do *due process of law*) e da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

específico, qual seja, o art. 16, § 1º, da Lei n. 6.830/80, que exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos à execução”.

45 Com efeito, cabe à Primeira Seção do STJ pacificar a jurisprudência sobre temas de Direito Público, uniformizando os entendimentos das 1ª e 2ª Turmas, especializadas em assuntos publicísticos.

O legítimo compromisso do legislador de 2015 – no sentido de atribuir máxima efetividade às normas de direito material – não pode ser levado ao ponto de transformar o processo em instrumento para o arbítrio judicial, nem para o justicamento do executado mediante restrições desarrazoadas e sem previsão legal a seus direitos, até porque o Código de Processo Civil não é espécie normativa idônea a revogar o regime de liberdades fundamentais previsto na Constituição Federal.

Nessa perspectiva, considerando que a execução fiscal versa exclusivamente sobre obrigações pecuniárias (dever de pagar quantia certa), e não sobre obrigações de fazer ou de abster-se, os artigos 139, IV; 297, *caput*; 301; 536, § 1º; e 805 do CPC não devem ser utilizados pelo juiz para avançar sobre domínios *extrapatrimoniais* do devedor, por ausência de tipificação legal e de adequação ao tipo de crédito perseguido, salvo em situações excepcionalíssimas e devidamente comprovadas. Assim, tendo a execução fiscal uma pretensão de natureza estritamente *patrimonial*, não cabe ao juiz, em regra, determinar medidas de cunho *extrapatrimonial* em desfavor do executado, porquanto o regime executório do crédito fazendário já prevê instrumentos de constrição patrimonial suficientes para garantir a efetiva satisfação dos créditos públicos. A exceção deve ocorrer em hipóteses extraordinárias, nas quais, após terem sido esgotadas todas as medidas constritivas típicas, o executado manifeste insolente desprezo pelo cumprimento da decisão judicial, tal como se dá, por exemplo, na situação em que o executado não paga a dívida, mas faz questão de ostentar, em suas redes sociais, viagens caras de turismo internacional e hospedagens em hotéis luxuosos, demonstrando, assim, que possui recursos financeiros de sobra e prefere gastá-los com atividades de deleite pessoal a cumprir ordens judiciais que lhe mandam honrar as dívidas exequendas.

Dentre os instrumentos legais colocados à disposição da Fazenda para assegurar a execução do crédito público, o trabalho destacou o procedimento cautelar fiscal previsto na Lei n.º 8.397/1992, a permitir a indisponibilidade dos bens do devedor antes de sua citação para pagamento e até mesmo antes de constituído o crédito tributário, como já visto. A expressa previsão dessa medida típica para a execução fiscal torna despiendo o recurso judicial às medidas atípicas que podem ser criadas com base no CPC.

Na execução fiscal, por conseguinte, não há nem necessidade prática nem legitimidade legal e constitucional na criação judicial de medidas atípicas a partir das cláusulas gerais cautelares e executivas previstas no CPC, salvo em casos extremos. Em regra, portanto, revelam-se

desarrazoadas a adoção de medidas como apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou de passaporte, suspensão do direito de dirigir, e proibição de participação em certames e licitações públicas. Quanto a esta última medida, deve-se ressaltar que o art. 87, III, da Lei n.º 8.666/1993 já conferia à Administração o poder de autotutela para, em razão de inexecução total ou parcial do contrato, aplicar ao contratado as sanções de “suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos”.

Destarte, conclui-se que a criação indiscriminada de medidas judiciais que restrinjam liberdades fundamentais do executado, a par de violar o regime constitucional de liberdades fundamentais, pode atentar também contra a própria noção de Estado de Direito, aqui densificada, em sua dimensão metanormativa, pelo protoprincípio da segurança jurídica, a exigir um mínimo de previsibilidade e de razoabilidade das decisões judiciais. Havendo instrumentos legais que asseguram o crédito fiscal, inclusive até mesmo antes de este estar constituído - nas excepcionais hipóteses previstas pela Lei que disciplina o procedimento cautelar fiscal – e antes da citação do devedor para pagamento, entendemos não haver, salvo em situações excepcionalíssimas e comprovadas de *contempt of court*, respaldo jurídico para que se apliquem à execução fiscal as medidas de apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou de passaporte, suspensão do direito de dirigir e proibição de participação em certames e licitações públicas.

Por fim, não verificamos qualquer óbice, porém, na adoção das medidas *típicas* previstas no Código pelo juízo da execução fiscal, como o protesto da ordem judicial de pagamento (art. 517), a inscrição do devedor em cadastros de inadimplentes (art. 782, § 3º), a averbação em registro público do ato de propositura da execução e dos atos de constrição realizados para conhecimento de terceiros (art. 799, IX, e art. 828), entre outras medidas *nominadas* que podem ser aplicadas ao rito da execução fiscal, desde que sejam compatíveis com este procedimento e desde que a ausência de previsão delas na lei especial não decorra de *silêncio eloquente* por parte do legislador.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Egas Moniz de. Reforma processual: 10 anos. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*. Curitiba, n. 33, p. 201-215, dez./2004.

ASSIS, Araken de. *Manual de Execução*. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UnB, 1995.
- BRASIL. *Código de processo civil e normas correlatas*. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015, p. 32. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 30/07/2020.
- BRASIL. *II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo*. Brasília: Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm>. Acesso em: 15/01/2020.
- BRASIL. *Projeto de Lei n.º 4.257/2019*. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>>. Acesso em 03/08/2020.
- CABRAL, Antonio do Passo. “Direito Processual Contemporâneo”. *Webinar* organizado pela *Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU)*, com transmissão ao vivo em 24/06/2020. Disponível em: <<https://youtu.be/2nt-yx9rN-M>>. Acesso em: 24/06/2020.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo – julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e Revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.
- DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. “Negócios jurídicos processuais atípicos e execução”. *Revista de Processo*. v. 275/2018. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/2018, pp. 193-228.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: execução*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, volume I, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

JAYME, Erik. “Identité culturelle et intégration: le droit international Privé Postmoderne (Volume 251)”. In: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1995. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrhc_A9789041102614_01>. Acesso em 30/07/2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. v. 1. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. “O ‘Diálogo das Fontes’ como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme”. In: *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas no Direito Brasileiro*. Cláudia Lima Marques (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. “Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas”. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, p. 71-99, jan.-mar/2003.

MARTINS, Marcelo Guerra; CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. “Poder Judiciário em números e o impasse das execuções fiscais no Brasil”. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 14. V. 21, n° 1. Jan.abril/2020, p. 259. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/43297/31774>>. Acesso em 03/08/2020.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Por um processo socialmente efetivo”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 27, n. 105, 2002, pp. 173-190.

NABAIS, Casalta. *Direito Fiscal*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. “Medidas executivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: art. 139, IV, do novo CPC”. *Revista de Processo*, v. 42, n. 265, mar./2017. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 107-150.

PEDRON, Flavio Quinaud; NUNES, Rafael Alves. “Princípio da legalidade limita poder estatal e protege os cidadãos”. Artigo publicado na *Revista Eletrônica Consultor Jurídico* em 21/02/2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-21/opinio-principio-legalidade-limita-poder-estatal-protege-cidadaos>>. Acesso em 02/03/2020. Acesso em: 19/08/2020.

ROCHA, Joaquim Freitas da. *Lições de procedimento e processo tributário*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

_____. “Sobre a natureza jurídica dos atos praticados em execução fiscal”. In *Execução Fiscal: jurisdição administrativa e fiscal*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, março/2019, pp. 33-59.

_____. “A administração tributária odiosa (repensando os fins e atuações do fisco)”. In *Desafios Tributários*. Porto: Livraria Vida Económica, 2015, p. 127-142.

_____. *Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos*: esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa. Coimbra: versão policopiada, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle José Coelho. “Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o árbitro?”. Artigo publicado em 25/08/2016 na Revista Eletrônica *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpccarta-branca-arbitrio>>. Acesso em: 02/08/2020.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de Execução: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RECEBIDO EM: 03/01/2020

APROVADO EM: 17/08/2020

INSTITUTO JURÍDICO DAS INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS: O QUE ESTÁ EM JOGO?

***LEGAL INSTITUTE OF GEOGRAPHICAL INDICATIONS:
WHAT IS AT STAKE?***

Adriana Zandonade

Doutora e Mestre em Direito do Estado (PUC/SP). Procuradora da Fazenda Nacional em atuação na Procuradoria da Fazenda Nacional no Espírito Santo.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Propriedade industrial; 2 Indicações geográficas; 3 Desenvolvimento econômico, tecnológico e social; 4 Indicações geográficas: meio ambiente e patrimônio cultural; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo versa sobre as indicações geográficas, com o objetivo específico de explorar os interesses envolvidos na aplicação do mencionado instituto, a partir de pesquisa documental e bibliográfica. Inicialmente, situa o tema no quadro dos instrumentos jurídicos de proteção da propriedade industrial e apresenta em linhas gerais a evolução da legislação sobre o assunto. Em seguida, descreve as principais características do regime jurídico das indicações geográficas no ordenamento brasileiro em vigor, distinguindo suas duas espécies: a indicação de procedência e a denominação de origem. Por fim, analisa os interesses afetados na aplicação do instituto, destacando especialmente seus reflexos no desenvolvimento econômico, tecnológico e social e na proteção do meio ambiente e do patrimônio cultural.

PALAVRAS-CHAVE: Indicações geográficas. Propriedade intelectual. Desenvolvimento econômico, tecnológico e social. Meio ambiente. Patrimônio cultural.

ABSTRACT: The article deals with geographical indications, for the purpose of exploring the interests involved in the application of the aforementioned institute, from documentar and bibliographic research. Initially, it situates the theme within the framework of the legal instruments for the protection of industrial property and presents the evolution of legislation on the subject. It describes the main characteristics of the legal regime of geographical indications in the Brazilian order, distinguishing its two species: the geographical indications (in the strict sense) and the appellations of origin. Finally, it analyzes the interests affected in the application of the institute, especially highlighting its reflections on economic, technological and social development and in the protection of the environment and cultural heritage.

KEYWORDS: Geographical indications. Intellectual property. Economic, technological and social development. Environment. Cultural heritage.

INTRODUÇÃO

A busca da valorização de um produto a partir de sua origem geográfica é prática antiga e tradicional, constituindo alvo de proteção jurídica por meio das denominadas indicações geográficas.

O presente trabalho, desenvolvido com base em pesquisa documental e bibliográfica, pretende explorar os interesses envolvidos na aplicação do mencionado instituto, procurando, como resultado, contribuir para aperfeiçoá-lo no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente em razão da recente conclusão do capítulo comercial do Acordo de Associação entre o MERCOSUL e a União Europeia.

A proteção do uso de nomes geográficos para identificar produtos vem sendo regulada no plano legislativo internacional desde a Convenção da União de Paris, de 20 de março de 1883. Recentemente, em julho de 2019, foi concluída a negociação do capítulo comercial do Acordo de Associação entre o MERCOSUL e a União Europeia, no qual, em meio a outros assuntos, foi dado especial relevo ao tema das indicações geográficas, seja pela estipulação de parâmetros normativos específicos e pelo compromisso de modernização dos marcos jurídicos nacionais a fim de harmonizá-los aos padrões internacionais, seja em razão do mútuo reconhecimento de uma extensa lista de produtos, dentre os quais figuram 38 indicações geográficas brasileiras.

É certo que o Acordo não produz efeitos imediatos, uma vez que sua entrada em vigor exige ratificação pelas partes, o que, neste momento, em novembro de 2019, ainda depende de revisão técnica e jurídica, tradução nas línguas oficiais e assinatura formal. De todo modo, sobretudo em virtude da abrangência e da importância econômica do Acordo comercial em pauta, uma atualização da análise do instituto das indicações geográficas no âmbito do Direito brasileiro é importante não só para se aprimorar a tutela jurídica dos ativos imateriais que são seu objeto, como também para orientar a implementação de políticas destinadas a promover no mercado internacional os produtos brasileiros alcançados pela proteção.

Para contribuir com essa tarefa, o presente artigo se propõe a retomar o exame do instituto das indicações geográficas, a partir de pesquisa documental e bibliográfica, com foco em uma reflexão acerca dos interesses que por meio dele se pretende tutelar. Como um dos tópicos de destaque no âmbito da tutela da propriedade industrial, o tema está imediatamente associado à noção de desenvolvimento tecnológico e

econômico, até mesmo por força do artigo 5.º, XXIX da Constituição Federal de 1988. A partir de considerações iniciais sobre a propriedade industrial e sua relevância no âmbito de sociedades complexas, serão traçadas as linhas gerais das indicações geográficas no ordenamento jurídico brasileiro em vigor, tendo em vista o especial propósito de evidenciar valores e interesses que estão em jogo na aplicação do instituto.

1 PROPRIEDADE INDUSTRIAL

A criação intelectual é objeto de tutela jurídica no ordenamento brasileiro, cumprindo destacar desde logo que a Constituição Federal de 1988 trata do tema no artigo 5.º, incisos XXVII a XXIX. A partir da interpretação dos mencionados dispositivos, é possível afirmar que a proteção da criação intelectual se desdobra em duas grandes categorias, a dos direitos autorais (incisos XXVII e XXVIII) e a da chamada propriedade industrial (inciso XXIX).

No que diz respeito à propriedade industrial, importa tomar como ponto de partida o exame do comando normativo expresso no inciso XXIX do artigo 5.º da Constituição Federal:

XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

Nota-se primeiramente, conforme o dispositivo constitucional transcrito, que a propriedade industrial tutela criações industriais (como invenções, modelos de utilidade e desenhos industriais) e sinais distintivos (marcas, nomes de empresas e indicações geográficas, por exemplo).

De outro lado, para além de proclamar o direito à propriedade industrial e remeter à legislação ordinária a correspondente especificação, o texto constitucional vincula explicitamente a respectiva proteção a duas finalidades específicas: o “interesse social” e o “desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

Portanto, no que concerne à propriedade industrial, não se trata de uma proteção fundamentada meramente na teoria dos direitos naturais ou na teoria dos direitos de personalidade, mas na busca de objetivos que transcendem a valorização pessoal do criador ou inventor. A importância do

indivíduo neste contexto é um reflexo de sua importância no plano social. Ou seja, a relevância da criação intelectual, no tópico sob exame, reside na sua utilidade do ponto de vista do interesse social e do desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Apoiado em estudos de caso e farta bibliografia, Robert M. Sherwood observa que “a literatura está repleta de estudos acerca da relação entre inovação e crescimento econômico”, acrescentando que “a proteção à inovação tem sido o fermento do desenvolvimento econômico de muitos países” (SHERWOOD, 1992, p. 11). Com efeito, desde o final do século XVIII e o início do século XIX, a industrialização impulsionou o surgimento de modelos sociais bastante complexos. É o caso da sociedade de consumo, na qual a produção de bens em grande escala, destinada a um enorme contingente de consumidores, levou a uma distinção entre as atividades de produção, distribuição e consumo. Assim, o desenvolvimento econômico de uma sociedade depende de uma eficiência cada vez maior no cumprimento dessas atividades, com menor custo e maior qualidade.

Os reflexos da inovação em outros planos, como o social e o tecnológico, por exemplo, também é apontado em estudos específicos sobre a matéria. Sherwood, na obra acima referida, constatou que uma tutela jurídica eficiente da inovação pode contribuir não só com aspectos como “mudança técnica, difusão do conhecimento, expansão dos recursos humanos, financiamento da tecnologia, crescimento industrial”, mas também para o alcance de uma “alta taxa de retorno social” (SHERWOOD, 1992, p. 187 e 189). Na mesma linha, particularmente sobre o tema das indicações geográficas, veja-se a tese de doutorado de Danièle Hervé Quaranta Cabral (2018, p. 40).

Nesse contexto é que se destaca a propriedade industrial, instituto jurídico que permite a valorização comercial e econômica da criatividade, encorajando o desenvolvimento e o aprimoramento de inovações tecnológicas, caras ao interesse social e ao progresso do País.

Uma vez constatado o vínculo existente entre inovação e desenvolvimento, importa compreender que a proteção jurídica da criação intelectual se realiza primordialmente mediante a instituição de um direito de propriedade incidente sobre esses ativos imateriais. Garante-se ao autor, criador ou inventor o controle sobre sua obra por meio do reconhecimento de sua exclusividade ao uso, gozo e fruição do direito durante períodos determinados, o que inclui o direito de ser remunerado pelo uso (por outros, pela sociedade) do resultado de sua criação intelectual. Ou seja, a proteção

jurídica da criação intelectual se consubstancia na sua transformação em objeto de um direito de propriedade.

O ordenamento brasileiro abriga diversos instrumentos voltados para a tutela do direito de propriedade industrial. Dentre eles, pretende-se no presente artigo revisitar o instituto das indicações geográficas, tema que ora se põe em evidência em razão da recente conclusão das negociações do capítulo comercial do Acordo de Associação entre o MERCOSUL e a União Europeia.

2 INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS

Remonta a uma tradição bastante antiga a ideia de se “associar produtos à sua origem geográfica, como sinônimo de qualidade e boa reputação”, como observa Danièle Hervé Quaranta Cabral (2018, p. 24). A título ilustrativo, lembra a autora que as “indicações de origem podem ser encontradas nos textos bíblicos, como o vinho de En-Gedi e no cedro do Líbano, e também, na Grécia e Roma antigas, como o bronze de Corinto e o mármore de Carrara” (CABRAL, 2018, p. 24).

Do ponto de vista legislativo, o marco inicial da proteção do vínculo de um produto a determinado território é sem dúvida a Convenção da União de Paris (CUP), de 20 de março de 1883. Signatário original do acordo, o Brasil ratificou na íntegra o texto normativo, que passou a fazer parte do ordenamento jurídico nacional por força do Decreto 9.233, de 28 de junho de 1884. Entretanto, a matéria é tratada nessa Convenção apenas de forma indireta e incidental, isto é, meramente como um mecanismo de defesa contra a concorrência desleal. De fato, não há definição do instituto nem lhe é atribuído qualquer conteúdo jurídico. Além da inclusão da genérica expressão “indicações de proveniência ou denominação de origem” como objeto da proteção à propriedade industrial (artigo 1.º), o tema somente volta a ser regulado na referida Convenção na cláusula que estipula a falsa indicação de procedência como fundamento para a apreensão da mercadoria (artigo 10).

O passo seguinte resultou do Acordo de Madri, de 14 de abril de 1891, ratificado no Brasil pelo Decreto 19.056/1929 e atualmente administrado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) – em inglês, World Intellectual Property Organization (WIPO). Ainda sem avançar na definição do instituto e sem assegurar qualquer proteção específica a produtos estreitamente associados a sua origem geográfica (CABRAL, 2018, p. 26), o Acordo de Madri também cuida da matéria do ponto de

vista da repressão à falsa indicação de proveniência de mercadorias. Assim, o Acordo autoriza “a apreensão no ato da importação do produto que indique uma falsa indicação” e “a proibição do emprego em relação à venda, exposição ou oferta de qualquer indicação passível de confundir o público quanto a proveniência do produto” (PORTO, 2007, p. 51).

A abordagem das indicações geográficas meramente no quadro da repressão da concorrência desleal começa a se alterar com o Acordo de Lisboa, de 31 de outubro de 1958. Além de definir as denominações de origem como figura autônoma, o Acordo de Lisboa também estabeleceu a proibição do emprego de termos genéricos e instituiu o sistema internacional de registro de indicações de proveniência previamente protegidas no País de origem. Entretanto, é pouco expressivo o número de participantes do Acordo de Lisboa (apenas 29, em novembro de 2019), ao qual o Brasil não aderiu. Tal situação, como sugere Patrícia Carvalho da Rocha Porto (2007, p. 53), decorreria, de um lado, da ausência de tratamento global – pois o Acordo regula as denominações de origem, mas silencia sobre as indicações de procedência – e, de outro, “do excesso de coerção”, em prejuízo de seus efeitos práticos.

De todo modo, o passo mais significativo na regulamentação do tema é obra do Acordo da Organização Mundial do Comércio sobre os Aspectos do Direito de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (ADPIC) – em inglês, Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) –, em vigor no Brasil por força do Decreto 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Esse é o principal instrumento de proteção dos direitos de propriedade no plano internacional, distinguindo-se pelo fato de haver fixado “padrões mínimos de proteção aos direitos de propriedade industrial” (BORDA, 2016, p. 82).

As indicações geográficas são definidas pelo artigo 22 do TRIPS como:

... indicações que identifiquem um produto como originário do território de um Membro, ou região ou localidade deste território, quando determinada qualidade, reputação ou outra característica do produto seja essencialmente atribuída à sua origem geográfica.

Portanto, pela primeira vez no âmbito da legislação internacional, é adotado um conceito amplo de indicações geográficas, abrangente das espécies denominadas indicação de procedência e denominação de origem, cuja definição, no Direito brasileiro, será abordada algumas linhas

adiante. Além disso, por força do pactuado, o representativo número dos Países signatários do TRIPS (187, em outubro de 2019) se compromete a normatizar internamente o instituto, a partir da base de proteção mínima desenhada no acordo, a fim de coibir o uso indevido de signos distintivos da origem geográfica de um produto.

Em linha com o marco regulatório estabelecido no TRIPS, as indicações geográficas são regidas no Brasil pela Lei 9.279, de 14, de maio de 1996, designada Lei de Propriedade Industrial (LPI). Nos termos de seus artigos 176, 177 e 178, sob a designação geral de indicações geográficas, distinguem-se duas espécies: a indicação de procedência e a denominação de origem.

A indicação de procedência (IP) tutela a associação de produtos ou serviços ao nome geográfico pelo qual alcançaram notoriedade. Eis a definição estabelecida pelo artigo 177 da LPI:

Art. 177. Considera-se indicação de procedência o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que se tenha tornado conhecido como centro de extração, produção ou fabricação de determinado produto ou de prestação de determinado serviço.

Um exemplo que bem esclarece o conceito é o reconhecimento da indicação geográfica “Venda Nova do Imigrante”, registrada no dia 12 de junho de 2018 sob a espécie de indicação de procedência, para identificar o produto denominado “socol”, embutido de carne suína feito do lombo do porco. Esse produto é bastante conhecido no Estado do Espírito Santo, sendo imediatamente associado ao Município de Venda Nova do Imigrante, onde se estabeleceram imigrantes de origem italiana desde o final do século XIX e onde atualmente vivem muitos de seus descendentes, os quais preparam o “socol” conforme receita tradicional de seus antepassados.

A denominação de origem (DO), por outro lado, protege a utilização do nome de país, cidade, região ou localidade de seu território cujas características são determinantes da qualidade de certo produto ou serviço. Tal espécie está definida no artigo 178 da LPI, que adota a definição estabelecida no Acordo de Lisboa:

Art. 178. Considera-se denominação de origem o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que designe produto ou serviço cujas qualidades ou características se devam exclusiva ou essencialmente ao meio geográfico, incluídos fatores naturais e humanos.

A aplicação dessa modalidade pode ser facilmente compreendida a partir do exame da indicação geográfica “Região do Cerrado Mineiro”, cujo registro como denominação de origem data de 31 de dezembro de 2013. O Cerrado Mineiro abrange as regiões do Triângulo Mineiro, Alto Paranaíba e parte do Alto São Francisco, num total de 55 municípios. Constatou-se que o café lá produzido apresenta características que decorrem intrinsecamente de fatores naturais e humanos típicos do referido meio geográfico, tais como a altitude e a estabilidade climática da região (verão quente e úmido e inverno ameno e seco), além de um processo produtivo singular, que acentua os atributos do solo, do relevo e do clima. Desse modo, somente o café cultivado na região do Cerrado Mineiro apresenta as características responsáveis pelo padrão de qualidade que forma a sua reputação.

As espécies designadas como indicação de procedência e denominação de origem integram o gênero das indicações geográficas e, nesse quadro, ambas protegem o uso de nomes geográficos relacionados com a identificação da origem de produtos ou serviços – desde que não considerados de “uso comum” (artigo 179 da LPI).

No que tange à abrangência da proteção jurídica conferida às indicações geográficas, observa-se que o respectivo regime alcança o uso não só de nomes, mas também de representações gráficas ou figurativas e de representações geográficas, como, por exemplo, “o Pão de Açúcar e o Corcovado, na cidade do Rio de Janeiro” (FRÓES, 1996, p. 35). Vale destacar que o Direito brasileiro amplia a proteção mínima estabelecida pelo TRIPS, que é dirigida apenas a produtos, para estendê-la também à indicação geográfica de serviços.

O registro junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), na forma prevista no parágrafo único do artigo 182 da LPI, confere tutela direta à indicação geográfica, sem prejuízo da tutela indireta vinculada à repressão à concorrência desleal, já tradicionalmente adotada na legislação brasileira. O conteúdo jurídico dessa proteção direta inclui a instituição de um direito de cunho essencialmente coletivo e a estipulação de uma vedação, a saber: (a) o direito de uso da indicação geográfica, atribuído em caráter exclusivo aos produtores e prestadores de serviço estabelecidos no local (artigo 182 da LPI); e (b) a vedação do uso, como elemento característico de marca, de indicação geográfica que induza falsa procedência (artigo 181 da LPI). Por fim, são tipificadas como crime as condutas descritas nos artigos 192 a 194 da LPI, violadoras da mencionada disciplina.

É certo que comportam aprofundamento os vários aspectos do regime jurídico do instituto, como ora vigente no Brasil, particularmente em face do extenso tratamento dado ao tema no Acordo MERCOSUL e União Europeia (artigos X.33 a X.39). Todavia, considerados os limites do presente trabalho, a partir das linhas gerais até aqui traçadas, é necessário dirigir o foco da análise aos valores e interesses envolvidos na aplicação das indicações geográficas.

3 DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, TECNOLÓGICO E SOCIAL

As indicações geográficas estão classicamente associadas à ideia de desenvolvimento econômico e tecnológico, bem como de retorno social. Nessa linha está o texto do artigo 5.º, XXIX da Constituição Federal de 1988.

O interesse que presidiu a tutela jurídica da referência de determinado produto a sua origem geográfica, no início, foi a repressão à concorrência desleal. É o que se extrai do exame da Convenção da União de Paris (CUP), como já assinalado no tópico precedente. Desde então, os ordenamentos evoluíram no sentido de uma proteção direta, com a atribuição de efeitos autônomos às indicações geográficas, paralelamente ao tratamento indireto e repressivo fixado nas primeiras legislações. Assim, a análise criteriosa da evolução do tratamento normativo da matéria, a partir dos documentos também já apontados no tópico anterior, demonstra que o mais evidente tipo de interesses em jogo, sem dúvida, diz respeito ao desenvolvimento econômico, como consta, inclusive, do próprio texto constitucional brasileiro em vigor.

O propósito inicial de proteção do comércio por meio da repressão a práticas como a contrafação, a concorrência desleal e a fraude se aprofunda com a atribuição de uma face positiva às indicações geográficas, as quais passaram a constituir um poderoso instrumento de agregação de valor a produtos ou serviços, criando e fortalecendo um processo de credibilidade quanto a padrões de qualidade determinados pelas características que os associam às respectivas origens. Com isso, o instituto permite estreitar o vínculo de confiança com o consumidor, o que geralmente impulsiona o comércio, inclusive no que concerne ao aumento da competitividade do produto ou do serviço, tanto no mercado nacional quanto no plano internacional.

Acontece que – é preciso admitir – com as oportunidades normalmente surgem desafios. Esse é o caso das indicações geográficas, pois a promoção da diferenciação e da competitividade de produtos e serviços regionais, do ponto de vista prático, encontra dificuldades nas próprias limitações naturais dos pequenos negócios envolvidos na extração

ou produção de materiais, ou na prestação de serviços associados a uma indicação geográfica. Com efeito, como esses empreendimentos em geral têm produção em pequena escala, estruturada a partir de saberes locais, a colocação do produto em outros nichos de mercado e a ampliação do alcance do seu reconhecimento pelo consumidor final constituem desafios de cuja adequada solução depende a obtenção de resultados efetivos.

Essas considerações mostram que o desenvolvimento tecnológico é outro interesse fundamental a ser levado em conta. Nesse sentido, o registro de uma indicação de procedência ou denominação de origem pode não só incrementar o comércio como também impulsionar a tecnologia, a partir da necessária interação entre os vários atores das cadeias produtivas e entidades de pesquisa e de fomento, na busca de soluções inovadoras para os mencionados desafios.

Tais interesses de ordem econômica e tecnológica convergem para outra importante área de impacto das indicações geográficas: o desenvolvimento social, num plano mais amplo. A valorização de produtos e serviços vinculados a uma indicação geográfica assume papel muitas vezes decisivo no estímulo a novos investimentos na região, traduzindo-se em trabalho, renda e melhoria das condições de vida da população local, tanto do ponto de vista material quanto no que alcança valores imateriais como a autoestima, por exemplo.

Em suma, o instituto das indicações geográficas estabelece um ponto de conexão entre a economia, a tecnologia e o retorno social, de modo que o desenvolvimento de cada uma dessas áreas repercute inevitavelmente nas outras. O desenvolvimento econômico demanda inovações tecnológicas, enquanto “a introdução de tecnologia nova na economia é responsável por uma boa porção do crescimento econômico da mesma, produzindo [em ambos os casos] alta taxa de retorno social” (SHERWOOD, 1992, p. 18).

Porém, ainda há outros aspectos a serem observados. Embora referidos menos frequentemente nas abordagens sobre o tema na literatura nacional, também estão em jogo valores relevantes nos planos ambiental e cultural.

4 INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS: MEIO AMBIENTE E PATRIMÔNIO CULTURAL

Ao valorizar um produto ou serviço, vários estudos demonstram que o registro de uma indicação geográfica fortalece as cadeias produtivas locais. Desse modo, além das clássicas repercussões de natureza econômica,

tecnológica e social, envolve a consolidação e a promoção da imagem da região e de sua identidade cultural, assim como a preservação ambiental.

A implementação de indicações geográficas, como destaca Jorge Tonietto, “representa gerar riqueza e desenvolvimento, oportunizar o aparecimento de uma nova geração de produtos de qualidade certificada e protegida, agregar valor e impactar positivamente o comércio nacional e internacional” (2003, p. 129).

Especialmente no caso das denominações de origem, em que as características do meio geográfico influenciam de forma decisiva a qualidade do produto ou serviço, é imprescindível a proteção dos biomas nos quais se pratica a atividade. O instituto, portanto, pode fomentar a busca por práticas destinadas a melhorar ou conservar a estrutura do solo, a proteger mananciais, a evitar o uso de produtos químicos tóxicos e a desenvolver meios eficientes de produção que não sejam nocivos para o meio ambiente. Desse modo, as indicações geográficas implicam necessariamente interesses ambientais, em face da relação essencial existente entre a qualidade do produto ou serviço e a preservação dos recursos naturais e da biodiversidade.

Por outro lado, o valor de que se reveste um produto ou serviço associado a uma indicação geográfica não é apenas traduzido em termos de comércio ou economia, mas também compreende o modo de vida de uma comunidade, ou seja, seus “modos de criar, fazer e viver”, que integram o patrimônio cultural brasileiro, nos moldes do artigo 216 da Constituição Federal de 1988. Nessa medida, outro papel fundamental do instituto se desenha no âmbito da proteção do patrimônio cultural (ROCHA FILHO, 2017).

Pontier, Ricci e Bourdon (1996, p. 6) advertem que o problema da definição da cultura reside antes no excesso do que na ausência de significados. De fato, diferentes acepções do termo se vêm acumulando no curso do tempo. Nesse âmbito, destacam-se as elaborações teóricas no campo da Sociologia e, sobretudo, da Antropologia, das quais resulta a concepção de cultura como o conjunto de conhecimentos típico de um grupo social, ou seja, a noção que assume, em síntese, o sentido geral de “forma que caracteriza o modo de vida de uma comunidade em seu aspecto global” (TEIXEIRA COELHO, 2004, p. 103).

Essa noção global de cultura é que foi adotada na Constituição Federal de 1988. O aspecto antropológico é explícito nos dispositivos constitucionais que regem o tema, manifestando-se, inclusive, numa importante alteração de terminologia, verificada, por exemplo, na substituição da antiga expressão

“patrimônio histórico e artístico nacional” por “patrimônio cultural brasileiro” (ZANDONADE, 2012, p. 48-52).

A partir dessa nova concepção de cultura, a Constituição Federal de 1988 consagra os chamados direitos culturais (artigos 215 e 227), cuja delimitação substancial pode ser extraída da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, firmado pelo Brasil em 1985 e ratificado em 1992 (Decreto n.º 591, de 6 de julho de 1992). O artigo XXVII da Declaração Universal dos Direitos Humanos enuncia o seguinte:

1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.
2. Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor.

E o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no item 1 de seu artigo 15, assim estabelece:

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de:
 - a) participar da vida cultural;
 - b) desfrutar o processo científico e suas aplicações;
 - c) beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor.

Portanto, o direito à cultura se apresenta em duas dimensões (ZANDONADE, 2012, p. 52-60): (a) o *direito de participação* da vida cultural da comunidade, que compreende a realização de atividades culturais, ou, por outras palavras, o direito de praticar a cultura, mediante a criação ou a reprodução de manifestações culturais; e (b) o *direito de fruição*, que consiste no direito de desfrutar da cultura e pressupõe não apenas o conhecimento de suas fontes e como o acesso às mesmas, desdobrando-se, segundo José Casalta Nabais (2004, p. 10), nos direitos “ao conhecimento, à informação e à utilização do conteúdo cultural de bens culturais”.

Nesse sentido, as indicações geográficas, nas duas espécies adotadas na legislação brasileira, podem conferir efetividade a direitos

culturais, servindo à promoção e à proteção da cultura: de um lado, podem encorajar “indivíduos e grupos sociais a criar, produzir, difundir e distribuir suas próprias expressões culturais”, o que, conforme a Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, adotada pela Conferência Geral da UNESCO em 2005, é uma forma de atuação estatal na *promoção* da cultura; de outro lado e nos termos do mesmo documento, podem favorecer a preservação e a salvaguarda da diversidade das expressões culturais, por meio de sua valorização, constituindo exemplo de ação estatal de *proteção* da cultura (ZANDONADE, 2012, p. 57).

5 CONCLUSÃO

Na linha das abordagens tradicionais do tema, entende-se que as indicações geográficas favorecem a ampliação do valor econômico de produtos e serviços, abrindo-lhes novas oportunidades nos mercados interno e internacional. Percebe-se ainda que a relevância do instituto não se reduz ao retorno econômico procurado pelos titulares do direito, mas alcança toda a coletividade por meio do incentivo ao desenvolvimento tecnológico e social.

Porém, não apenas em termos de valorização econômica, tecnológica e social se deve abordar o tema das indicações geográficas, uma vez que o registro de indicações de procedência e de denominações de origem também envolve a preservação do meio geográfico e a valorização das expressões culturais de uma comunidade, o resgate de sua história, a proteção de conhecimentos tradicionais e o fortalecimento de sua identidade.

Por outras palavras, muito mais que interesses comerciais, os valores em jogo na aplicação do instituto das indicações geográficas incluem o progresso tecnológico e social, a preservação do meio ambiente e, ainda, a promoção e a proteção da cultura, que são dimensões fundamentais do processo de desenvolvimento e aspectos essenciais da própria soberania.

Em conclusão, seja em face do compromisso de modernização dos marcos jurídicos nacionais, assumido no Acordo de Associação entre o MERCOSUL e a União Europeia, seja diante da formulação de políticas orientadas para a promoção de produtos brasileiros no mercado internacional, não se pode perder de vista a amplitude dos valores e interesses em jogo na aplicação do instituto jurídico das indicações geográficas, como evidenciado neste trabalho.

REFERÊNCIAS

- BORDA, Ana Lúcia de Sousa. A evolução legislativa e jurisprudencial das indicações geográficas no Brasil: uma análise crítica. In: ASSOCIAÇÃO INTERAMERICANA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL (Org.). *Indicaciones geográficas em América Latina: algunas reflexiones*. p. 68-110. Disponível em: <http://www.dannemann.com.br/dsbim/uploads/imgFKUupload/file/Indicaciones_Geograficas_ASIPI_2016.pdf>. Acesso em: 03 out. 2019.
- CABRAL, Danièle Hervé Quaranta. *A indicação geográfica no segmento de queijo artesanal no Brasil e na França: estudo comparativo das IP Canastra e AOP Camembert de Normandie*. Rio de Janeiro: Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, 2018. 277 p.
- CASALTA NABAIS, José. *Introdução do direito do património cultural*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.
- FRÓES, Carlos Henrique. Indicações geográficas e marcas constituídas por nomes de lugares. *Revista da ABPI*, Especial XVI Seminário, p. 34-38. 1996.
- PONTIER, Jean-Marie, RICCI, Jean-Claude, BOURDON, Jacques. *Droit de la culture*. Paris: Dalloz, 1996.
- PORTO, Patricia Carvalho da Rocha. *Indicações geográficas: a proteção adequada deste instituto jurídico visando o interesse público nacional*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2007. 135 p.
- ROCHA FILHO, Sylvio do Amaral. *Indicações geográficas: a proteção do patrimônio cultural na sua diversidade*. São Paulo: Almedina, 2017.
- SHERWOOD, Robert M. *Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1992.
- TEIXEIRA COELHO NETTO, José. *Dicionário crítico de política cultural: cultura e imaginário*. São Paulo: Iluminuras, 2004.
- TONIETTO, Jorge. O conceito de denominação de origem. *Revista da ABPI*, n. 8, p. 56-58, 1993.
- ZANDONADE, Adriana. *O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2012.

RECEBIDO EM: 02/04/2020

APROVADO EM: 03/06/2020

PRESSUPOSTOS FUNDAMENTAIS DA RECUSA A TRATAMENTO MÉDICO NA ASSISTÊNCIA À SAÚDE

FUNDAMENTAL ASSUMPTIONS OF THE REFUSAL TO MEDICAL TREATMENT IN HEALTH CARE

Ana Thereza Meireles Araújo

Pós- Doutoranda em Medicina pelo Programa de Pós-Graduação de Medicina e Saúde da Faculdade de Medicina da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutora em Relações Sociais e Novos Direitos pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito Privado e Econômico pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-Graduada em Direito do Estado pela Fundação Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professora membro do Corpo permanente do Mestrado em Direito Fundamentais e Alteridade da Universidade Católica do Salvador (UCSal). Professora da Universidade do Estado da Bahia (UNEB), da Universidade Católica do Salvador (UCSal) e da Faculdade Baiana de Direito.

Liliane Lins-Kusterer

Pós-Doutora em Medicina e Saúde Humana pela Escola Bahiana de Medicina e Saúde e Saúde Pública. Livre Docente em Bioética pela Faculdade de Medicina da Bahia (FMB-UFBA). Doutora em Patologia Humana pelo Centro de Pesquisa Gonçalo Moniz/ Fundação Oswaldo Cruz/BA. Pesquisadora Visitante da EBMSP. Professora em Regime de Dedicção Exclusiva do Departamento de Medicina Preventiva e Social da Faculdade de Medicina da UFBA e professora permanente do Programas de Pós-graduação em Saúde, Ambiente e Trabalho (FMB-UFBA).

SUMÁRIO: Introdução; 1 Pressupostos constitucionais: autonomia e vulnerabilidade; 2 O direito de recusa a tratamento médico 3 informação e compreensão como conteúdos fundamentais; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: A disciplina jurídica da recusa terapêutica evidencia crescente campo de discussão, na medida em que se identifica a necessidade de ponderar e esclarecer conteúdos normativos relacionados. O artigo destina-se a analisar os fundamentos jurídicos que legitimam a recusa terapêutica no âmbito da assistência à saúde, considerando a necessária ponderação do direito de recusa como expressão da concepção do projeto existencial do indivíduo, ainda que, por vezes, em confronto com o caráter essencial, porém, não absoluto, do direito à vida. A configuração dos pressupostos fundamentais da recusa teve como elementos centrais a conformação harmônica da autonomia e da vulnerabilidade, além da investigação do dever de informação em correlação ao requisito da compreensão pelo sujeito, fontes legitimadoras das decisões que visam refutar protocolos terapêuticos. O estudo é teórico e qualitativo, constituindo-se a partir de revisão bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia. Capacidade. Informação. Recusa a Tratamento Médico. Vulnerabilidade.

ABSTRACT: The legal discipline of therapeutic refusal shows an increasing field of discussion, as it identifies the need to ponder and clarify related normative content. The article aims to analyze the legal foundations that legitimize the therapeutic refusal in the scope of health care, considering the necessary consideration of the right of refusal as an expression of the conception of the individual's existential project, although, sometimes, in confrontation with the essential, but not absolute, character of the right to life. The configuration of the fundamental assumptions of the refusal had as central elements the harmonious conformation of autonomy and vulnerability, in addition to the investigation of the duty of information in relation to the requirement of understanding by the subject, legitimizing sources of decisions aimed at refuting therapeutic protocols. The study is theoretical and qualitative, constituting from a bibliographic review.

KEYWORDS: Autonomy. Capacity. Information. Refusal to Medical Treatment. Vulnerability.

INTRODUÇÃO

A construção das relações entre pacientes e médicos na contemporaneidade aponta para o descortinamento de elementos fundamentais para uma adequada conformação, quais sejam a autonomia, em sua dimensão existencial, e a vulnerabilidade, enquanto uma condição real capaz de limitar a compreensão do indivíduo. A ausência de claros parâmetros éticos, e também jurídicos, sobre os limites da manifestação da autonomia e sobre o tratamento da condição de vulnerabilidade colaboram para a necessidade de reflexão sobre os alicerces que devem direcionar as relações em saúde, situação que configura o problema de pesquisa deste estudo.

À medida em que se possa reconhecer que pessoas com problemas de saúde possam ser titulares da condição de recusar tratamentos médicos consolidados, ao mesmo tempo, também, passa-se a refletir sobre a vida enquanto um direito de natureza fundamental, posto antecedente à condição para o exercício de qualquer outro direito. A possibilidade de recusar tratamentos ou protocolos médicos apontados como essenciais pela Ciência é descortinadora de um novo modo de interpretar o direito à vida. Esta pesquisa parte justamente da desconstituição da necessidade de sustentar a indisponibilidade absoluta do direito à vida, quando imerso em contextos que tangenciam decisões existenciais.

Para que a autonomia possa ser concretizada a partir de parâmetros não prejudiciais a quem deseja exercê-la, torna-se necessário compreender como um outro elemento é capaz de manter-se intimamente relacionado a ela – a vulnerabilidade. Compreender a acepção do termo “vulnerabilidade” demanda apropriar-se de um horizonte significativo de possibilidades que podem se manter relacionadas. A possibilidade de catalogar e identificar vulnerabilidades, sejam elas intrínsecas, extrínsecas, sociais, de gênero, econômicas e outras, não é imediatamente justificadora da necessidade de intervenção profissional que exclua qualquer decisão do paciente. Torna-se então necessário avaliar a medida de harmonização entre a proteção à pessoa em contexto de vulnerabilidade e a salvaguarda do direito de exercício de sua autonomia, elementos de conteúdo constitucional, fundamentais à investigação do problema de pesquisa proposto.

A recusa a tratamento médico deve ser investigada a partir de prospecções diferentes: A recusa, enquanto ato de um paciente que não está em estado de terminalidade, e a recusa em situações de terminalidade, já que, neste caso, é necessário aprofundar conceitos especializados. Recentemente, o Conselho Federal de Medicina aprovou a Resolução 2232/2019, que

estabelece regras gerais sobre a recusa a tratamentos médicos pelos pacientes e sobre o exercício da objeção de consciência. O fundamento capaz de justificar a recusa por pacientes terminais ou não terminais parte do mesmo pressuposto – a autonomia. A recusa a tratamento médico em contexto de doenças terminais é disciplinada pelas Resoluções 1805/2006 e 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina, através das Diretivas Antecipadas de Vontade, admitidas em processos ortotánásicas. Esclarece-se, no entanto, que o objetivo deste artigo não é investigar essencialmente a recusa terapêutica a partir da dimensão delineada pelas Resoluções do Conselho Federal de Medicina, mas analisá-la considerando os fundamentos da legislação ordinária vigente.

O trabalho tem então como objetivo investigar os limites do exercício do direito de recusa a tratamento médico, em prol de conformar os parâmetros de uma adequada atuação profissional, a partir da investigação do dever de informar, o que engloba a aferição da compreensão pelo paciente.

A pesquisa tem natureza teórica, tendo em vista consistir em importante revisão bibliográfica que considera fontes clássicas e atuais, buscando analisar os institutos da autonomia e da recusa a tratamentos médicos a partir de diferentes segmentos de estudo.

1 PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS: AUTONOMIA E VULNERABILIDADE

A multiplicidade de abordagens da autonomia nas diferentes esferas da Ciência, da Filosofia e da Religião descortina a premissa inicial do quanto é desafiador a tentativa de catalogar a extensão da empregabilidade dos seus sentidos e conceitos. A ideia de autonomia então deve ser concebida a partir de uma premissa de natureza interdisciplinar, tendo em vista que a construção do seu conceito absorve nuances relacionadas à temporalidade e ao âmbito de incidência do estudo.

Sob o espectro semântico, a palavra “autonomia”, proveniente do grego, é “formada pelo adjetivo pronominal *autos*, que significa ao mesmo tempo o mesmo, ele mesmo e por si mesmo e *nomos*, que significa compartilhamento, lei do compartilhar, instituição, uso, lei, convenção”. Como significado, tem-se que autonomia é a competência humana em “dar-se suas próprias leis” (SCHRAMM *et al*, 2009, p.3).

Conforme os bioeticistas Beauchamp e Childress (2002), a palavra “autonomia” foi precipuamente empregada para designar a ideia de

autogestão ou autogoverno das cidades gregas. A partir disso, o termo foi estendido às relações individuais e adquiriu sentidos diversos, como autogoverno, liberdade, escolhas individuais, privacidade e vontade. A autonomia então “não é um conceito unívoco nem na língua comum nem na filosofia contemporânea. Muitas ideias constituem o conceito, criando uma necessidade de refiná-lo à luz de objetivos específicos”. Disso decorre que, “como muitos conceitos filosóficos, autonomia adquire um sentido mais específico no contexto de uma teoria” (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p.137-138).

A primeira incursão adequadamente observada sobre o entorno do conceito de autonomia deve partir de uma perspectiva filosófica. Para a filosofia kantiana, a autonomia tem representação no imperativo categórico, tendo em vista exarar a ideia de que a ação conduzida pela liberdade que define uma vontade deva simbolizar uma lei universal. “[...] A aptidão da máxima de toda a boa vontade de se transformar a si mesma em lei universal é a única lei que a si mesma se impõe a vontade de todo o ser racional, sem supor qualquer impulso ou interesse como fundamento” (KANT, 2005, p. 90-91).

A proposta kantiana da ideia de autonomia é aqui relatada com o objetivo de apontar os fundamentos preliminares do sentido filosófico do termo. Sabe-se, no entanto, que o sentido atual da ideia de autonomia, recepcionada pela maioria dos Ordenamentos Jurídicos ocidentais, não a corrobora como uma noção de conteúdo universal.

Para o principialismo bioético, a apreensão do conceito de “ação autônoma” é necessária para que se possa compreender a ideia adequada sobre o sentido bioético de autonomia. Assim, uma ação verdadeiramente autônoma demandaria que o indivíduo agisse com intenção, com entendimento, compreensão e livre de influências controladoras capazes de determinar a sua ação (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002). Tais elementos apontados como indispensáveis para a existência de uma ação verdadeiramente autônoma carregam importante dimensão subjetiva, na medida em que se referem a requisitos como discernimento e possibilidade de compreensão do discurso.

A construção do pensamento principialista sobre uma concepção adequada do que de fato possa integrar a ideia de autonomia corrobora a necessidade de admitir que há elementos de extrema subjetividade e conseqüentemente de difícil aferição associados à noção. Na lógica do principialismo bioético, restou descortinada a semente de problemas que afetam hoje as relações de saúde.

A acepção de uma ideia sobre autonomia sob o espectro da construção jurídica tem como ponto de partida o pluralismo constitucional, revelado pelo reconhecimento do multiculturalismo, da diversidade de concepções de mundo e da construção de projetos existenciais múltiplos. A tendência, não mais unificadora da vigência de uma única concepção religiosa, por exemplo, corrobora a necessidade de pensar o papel do Estado a partir da ideia de fomento à diversidade, somente possível se assumido o protagonismo do respeito à liberdade constitucional de escolha dos indivíduos.

Aqui então é possível perceber a transformação do sentido proposto pela filosofia kantiana, que se apega à ideia de uma noção universal sobre autonomia. O racionalismo kantiano contribui para a formação da base de proteção à esfera da individualidade, mas demanda reinvenção em prol de harmonizar-se com a pluralidade existencial dos sujeitos, que revela dimensões identitárias plúrimas, relativas e antagônicas.

A primeira ideia sobre autonomia numa dimensão jurídica parte justamente da compreensão dos sentidos de individualidade e personalidade. Reconhecer a autonomia como um importante pressuposto jurídico das relações sociais é também redimensionar a atuação do Estado, responsável agora por resguardar o direito de ser livre, de exercer determinadas vontades, de consentir ou de recusar.

O reconhecimento da individualidade e personalidade, como um processo inerente ao Estado de Direito, é revelado pela opção constitucional em atribuir à dignidade da pessoa humana a natureza de fundamento da República. A dificuldade em conceber uma ideia uníssona sobre o que de fato possa se traduzir como dignidade é evidente. “[...] Não é possível a construção de conceito apriorístico e universal de dignidade, pois, num mundo plural, todos têm o direito de construir a própria ideia de dignidade e viver de acordo com ela”, assim, “não obstante a dignidade seja conformada por vários valores, seu principal pilar é a liberdade” (TEIXEIRA, 2018, p.78).

A concretização da ideia de dignidade prevista na Constituição tem como vetor o exercício da liberdade, de modo que “toda hermenêutica jurídica que vise interpretar o modo possível de concretização da dignidade deve ser sempre no sentido de emancipação humana” (TEIXEIRA, 2018, p.79). Permitir que essa dignidade constitucional seja exercida demanda delegar ao indivíduo a construção do seu projeto existencial, considerando os valores que ele escolheu como direcionadores dessa existência.

O sentido de autonomia, contemplando a sua dimensão interdisciplinar, é amplo e agrega aspectos subjetivos, o que a diferencia, a partir de um olhar para o direito positivo, da ideia de capacidade. Assim como autonomia, capacidade é uma palavra que serve a uma pluralidade de significados.

A alteração, em 2015, da teoria das incapacidades, pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, culminou por determinar, nos artigos 3º e 4º do Código Civil, que apenas indivíduos menores de dezesseis anos são considerados absolutamente incapazes, adotando como critério o limite objetivo da idade. Como relativamente incapazes, a norma admitiu outras situações, como os indivíduos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, ébrios habituais e viciados em tóxicos, os que, por causa transitória ou permanente, não possam exprimir sua vontade e os pródigos. Resulta da classificação que o detentor da capacidade civil plena é o indivíduo maior de dezoito anos que não incide nas situações ou causas apontadas pelo artigo 4º do Código Civil brasileiro. Este indivíduo é detentor da prerrogativa da capacidade para o Direito, mas, por vezes, pode estar longe de ser considerado um indivíduo autônomo.

No âmbito das relações em saúde, é notório o quanto a obtenção dos consentimentos para execução de protocolos clínicos ou cirúrgicos tem como pressuposto apenas a aferição da capacidade. O critério objetivo étário previsto na norma é então o único elemento que contingencia a percepção do profissional no processo de averiguação do consentimento do paciente através dos termos assinados. Esse é um grande problema, tendo em vista que aferir a capacidade do indivíduo não garante uma boa avaliação sobre a sua real condição de autônomo.

Como resultante desta constatação, tem-se como fundamental compreender que, inerentes ao processo de obtenção dos consentimentos em saúde, estão as condições de vulnerabilidade. Vulnerabilidade é um conceito nascido fora da perspectiva jurídica, tendo expressão, em especial, na área de saúde, no âmbito dos estudos da bioética. A chegada desse conceito, ou seja, o reconhecimento de que cabia ao Direito disciplinar situações relacionadas à existência de vulnerabilidades, trouxe pressuposições importantes para o cerne dos processos de exercício da autonomia dos pacientes.

A ideia de vulnerabilidade é trabalhada em distintas matrizes teóricas, concernentes às abordagens filosófica, bioética, religiosa e jurídica. É ela interpretada a partir de distintos sentidos, seja como princípio, condição, categoria ou característica (NEVES, 2006). Assim, vulnerabilidade, palavra derivada do latim, significa “ferida” ou susceptibilidade de se ser ferido.

“Esta significação etimológico-conceitual, originária e radical, mantém-se necessariamente em todas as evocações do termo, tanto na linguagem corrente como em domínios especializados [...]” (NEVES, 2006, p.157).

Oposta à uma visão estanque ou hermética do sentido de vulnerabilidade, pode-se aferir o entendimento de Florência Luna, que propõe considerar o aspecto dinâmico e contextual do conceito como parte de seu próprio conteúdo. Somente a partir da proposta que contextualiza a ideia de vulnerabilidade, a partir da dinamicidade, poderia se alcançar um sentido legítimo do que, de fato, deve-se conceber como vulnerável. Assim, a vulnerabilidade deveria ser pensada mediante a ideia de capas. A metáfora das capas aponta a noção de algo mais flexível, algo que pode ser múltiplo e diferente e que, conforme cada situação, pode ser removido um a um, capa por capa. Assim, podem existir diferentes vulnerabilidades operando, elas podem se sobrepor e podem estar relacionadas a diversos problemas diferentes (LUNA, 2008).

Ao destrinchar possibilidades específicas que envolvem as vulnerabilidades, deve-se compreendê-las a partir das condições relacionadas à cada parte da relação. O médico pode também passar à condição de vulnerável se compreendido que a complexidade da ciência médica, da legislação em saúde, das demandas de mercado, hoje, acentua a sua margem de exposição. Acrescente-se, também, que a atividade médica hoje é regulada detalhadamente pelo seu respectivo Conselho de Classe, a partir de Códigos de ética, resoluções e instruções nem sempre facilmente compreendidas pelo profissional destinatário. Há ainda que se registrar o acesso fácil do paciente a informações disponíveis no *google*, o que possibilita o confronto, nem sempre amistoso, entre os conteúdos lidos inadvertidamente e a opinião técnica do profissional.

A vulnerabilidade como condição reconhecida ao paciente ganha contornos diversos, assumindo condições subjetivas, sejam de gênero, idade, escolaridade, aspectos socioeconômicos, ou qualquer outra característica pessoal.

No contexto do direito de recusa, há ainda que se considerar os problemas que envolvem a manifestação da autonomia de pessoas vulneráveis. A simples participação de um ser humano numa relação onde existem riscos à sua saúde e integridade, seja numa comum relação médico-paciente ou numa pesquisa clínica, já o coloca numa condição de vulnerabilidade. Em alguns casos, participar de uma pesquisa clínica pode ser a única forma de acessar os serviços de saúde. Assim, determinados

grupos humanos ou pessoas individualmente consideradas podem se encontrar em condições diversas de vulnerabilidades. As pessoas podem ser feridas, maltratadas, podem sentir dor e essas são possibilidades reais dentro de um ensaio clínico. Todos os indivíduos submetidos a pesquisas científicas são seres humanos vulneráveis (WENDLER, 2017, p.520).

Muitas áreas principais e entrelaçadas de debate surgiram abordando diferentes relatos de vulnerabilidade, dificultando assim um forte entendimento sobre o conceito, bem como sua aplicação consistente e concreta (RACINE; BRACKEN-ROCHE, 2019, p.20). A vulnerabilidade, enquanto um conceito que transita em diferentes áreas da Ciência, encontra significativa dificuldade de pragmatização, já que é essencialmente constituída por uma dimensão subjetiva.

É notório que não se pode considerar apenas a aferição da capacidade do paciente para fins de obtenção de qualquer decisão e formalização do termo de consentimento. Não basta cumprir então a formalidade da obtenção do consentimento sem que sejam observadas as condições pessoais do indivíduo envolvido, aferidas através da percepção de suas vulnerabilidades. A percepção das vulnerabilidades ressignifica o sentido de autonomia para a relação médico-paciente e contribui para legitimar a recusa terapêutica.

2 O DIREITO DE RECUSA A TRATAMENTO MÉDICO

O conflito que origina a possibilidade de reconhecer que pessoas tenham direito de recusar tratamentos médicos tem ponto de partida o problema da definição do conceito de vida e a atribuição do seu valor e proteção.

A constatação de que a vida, sob o ângulo da origem, composição e fim, não pode ser plenamente explicada por postulados puramente científicos evidencia a controvérsia sobre a construção de um único conceito ou visão. Este primeiro pressuposto é essencial para a compreensão das situações que podem envolver o sentido de dignidade existencial do ser humano, relacionada diretamente à ideia de autonomia (MEIRELLES, AGUIAR, 2018, p.129). Assim, “a apreciação da vida humana como bem jurídico conduz à ideia de que outros valores tutelados constitucionalmente lhe sejam confrontados” (MORAES; PIRES, 2005, p.89).

Em importante trabalho sobre o direito de recusa à transfusão sanguínea dos pacientes, Celso Ribeiro Bastos aponta algumas premissas que merecem ser

destacadas. A Constituição acaba por assegurar, do ponto de vista técnico, “a inviolabilidade do direito à vida, assim como o faz quanto à liberdade, intimidade, vida privada, e outros tantos valores albergados constitucionalmente. Não se trata, propriamente, de indisponibilidade destes direitos”. Para o autor, deve-se ter como premissa o fato de que “por inviolabilidade deve compreender-se a proteção de certos valores constitucionais contra terceiros. Já a indisponibilidade alcança a própria pessoa envolvida, que se vê constrangida já que não se lhe reconhece qualquer discricionariedade em desprender-se de determinados direitos” (BASTOS, 2000, p.8).

No mesmo sentido, há quem entenda que “temos direito à vida em relação aos outros, no sentido de que os outros não podem tirar nossa vida. Não há, contudo, algo que estabeleça a existência do mesmo dever para cada um dos seres humanos vivos em relação a si mesmos” (COSTA E FONSECA, 2011, p.492).

Disso resulta a pertinência da discussão com a possibilidade de recusar transfusão de sangue pelos Testemunhas de Jeová por exemplo. A decisão consciente e autônoma do cidadão que opta por recusar o recebimento de sangue assenta, especialmente, no argumento da dignidade, capaz de desautorizar o médico a proceder de maneira compulsória. O recebimento de sangue pelo convicto fere a sua concepção de vida digna e deslegitima o Estado a obrigá-lo a aceitar o procedimento por decisão de outrem, estando ele consciente das implicações decorrentes da sua decisão, tendo em vista o dever informativo concernente à tarefa do profissional envolvido.

Repara-se então que a discussão em torno do exercício da autonomia perante a continuidade da própria existência não está unicamente contingenciada pela aferição de estados terminais. A pluralidade das convicções humanas aponta para discutir também a possibilidade de que, mesmo diante de doenças graves que expressem estados não terminais, as pessoas decidam pela prevalência de uma decisão que tenha como resultado a violação de sua integridade física ou a interrupção de sua vida.

É sabido, no entanto, que a discussão em torno da possibilidade de recusar tratamentos médicos continua expressivamente ligada a quadros clínicos de estados terminais, fomentando a necessidade de pensar a assistência ao processo de morte, motivada pela diminuição do sofrimento e da dor que podem acometer os indivíduos ao final das suas vidas. Ao lado da possibilidade de contemplar as decisões autônomas dos indivíduos em seus processos finais, surge o pressuposto de que eles são titulares do direito de morrer dignamente (MEIRELES; AGUIAR, 2017, p.719).

Alguns elementos se tornaram fulcrais para o alcance deste propósito, de modo que a definição de morrer com dignidade reconhece a qualidade intrínseca e incondicional do valor do ser humano, mas também as qualidades externas de conforto físico, autonomia, significando plenitude, preparação e conexão interpessoal (COOK; GRAEME ROCKER, 2014, p.2506).

O reconhecimento do direito de recusa à submissão a tratamentos médicos é um movimento expansivo e global, normatizado por alguns países e que ultrapassa a fronteira estabelecida historicamente do caráter absoluto ou da total indisponibilidade do direito à vida. Países como Holanda e Bélgica adotaram caminhos legais para o reconhecimento pleno da autonomia dos pacientes terminais para decidir sobre a sua própria morte. No mesmo sentido, o Estado americano de Oregon, que reforçou a admissibilidade de procedimentos, e a Espanha, que manifestou tímidos avanços legais sobre a autonomia do paciente em final da vida (DURÁN, 2004).

O art. 15 do Código Civil determina que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. A primeira ideia extraída do dispositivo é o fato de que a proposição normativa aponta para uma confusão na interpretação do seu conteúdo, criando, em primeira linha, controvérsia a respeito das hipóteses em que podem ser admitidas as negativas terapêuticas por parte dos pacientes. Isso não retira, acrescente-se, o fato de que reconheceu o direito civil brasileiro que a recusa a tratamento médico integra prerrogativa fundamental à construção da personalidade do indivíduo.

A crítica ao dispositivo parte do fato de que a norma usou a expressão “com risco de vida” para disciplinar a possibilidade de recusa, o que tem fomentado discussões quanto às situações em que não há o risco mencionado. Disso resulta que a má redação do artigo pode implicar em interpretá-lo restritivamente (TEIXEIRA, 2010, p.299). Caberia à norma apenas determinar que ninguém pode ser constrangido a submeter-se a tratamentos médicos, o que inclui terapêuticas e intervenções cirúrgicas, sem que seja observada a sua vontade.

A intervenção compulsória em prol de constranger qualquer indivíduo à submissão de um tratamento médico determinado contraria a lógica dos direitos constitucionais e a sistemática dos direitos da personalidade, o que não corrobora a dignidade da pessoa humana como um valor fundamental (SCHREIBER, 2011). Pugna-se por uma interpretação do artigo 15 do

Código Civil que contemple a lógica dos direitos da personalidade a partir do respeito à autonomia do indivíduo. A interpretação ideal parte então do fato de que, havendo ou não risco de vida, há de se preservar a prerrogativa do direito de recusa em prol da proteção da esfera personalíssima da pessoa que optou por não executar um determinado protocolo terapêutico.

Somente pode-se pensar na interpretação adequada do artigo 15 do Código Civil se admitida ideia anterior de que não recai sobre o direito à vida a dimensão da intangibilidade. Como afirma Ana Carolina Teixeira, “não há que se falar na existência de direito absoluto no ordenamento brasileiro, no sentido de não poder ser relativizado em nenhuma hipótese” (TEIXEIRA, 2010, p. 301).

Agravando as controvérsias em torno do Código Civil, eis o conteúdo previsto no artigo 146, §3º, I do Código Penal que determina que não constitui crime de constrangimento ilegal a intervenção médica ou cirúrgica feita sem o consentimento do paciente ou de seu representante, caso seja justificada por iminente perigo de vida. Aqui reside importante crítica à sistemática conferida pelo direito brasileiro no que tange ao reconhecimento da recusa a tratamento médico. Pode-se pensar que o Código Penal esvazia a disciplina conferida pelo Código Civil, na medida em que avaliza decisões médicas que contrariem a vontade do paciente, ainda que este tenha manifestado seu entendimento em sentido oposto. Assim, conforme afirmam alguns autores, “se a transfusão sanguínea for necessária para salvar a vida do paciente, não pode ser considerada uma violação da autonomia de vontade da testemunha de Jeová” (TAKASCHIMA et al, 2016, p.639).

O aval prescrito no Código Penal tem fundamentado decisões médicas em prol de transfundir pacientes que se recusam a receber sangue por convicções religiosas ou, ainda, numa escala mais alargada, para justificar a continuidade de tratamentos médicos desproporcionais em situações de terminalidade. Legítimo seria que a disciplina da recusa a tratamentos médicos fosse revista pelas normas brasileiras, considerando o Direito como um sistema harmônico, que se integre e se complete. Enquanto tal disciplina não é revisada, é fundamental conferir a interpretação ao Código Penal que não desconstrua a esfera individual da personalidade da pessoa, que respeite o seu projeto de existência pessoal.

Residualmente, a recusa terapêutica foi regulamentada por Resoluções do Conselho Federal de Medicina. A Resolução 2232/2019 do CFM estabelece normas sobre a recusa terapêutica por pacientes e sobre a objeção de consciência concernente à relação. A Resolução

1995/2012 estabelece regras sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade, instrumento de formalização da recusa a tratamentos médicos em situações de terminalidade.

A Resolução 2232/2019, em seu artigo 2º, reconhece que “é assegurado ao paciente maior de idade, capaz, lúcido, orientado e consciente, no momento da decisão, o direito de recusa à terapêutica proposta em tratamento eletivo, de acordo com a legislação vigente”, dispondo ainda que “o médico, diante da recusa terapêutica do paciente, pode propor outro tratamento quando disponível.” A Resolução veda a possibilidade de que o médico atenda à recusa do paciente quando este for menor de idade ou adulto que “não esteja no pleno de suas faculdades mentais, independentemente de estarem representados ou assistidos por terceiros”, prevendo que, em caso de discordância com o assistente, representante ou familiares, deve o profissional comunicar o fato às autoridades competentes visando garantir o melhor interesse do paciente.

A referida Resolução anda bem em alguns pontos, quando alinhada à normativa ordinária vigente, mas cria perspectivas não contempladas por lei, fato motivador para propositura de ações judiciais que suspenderam a eficácia de alguns de seus artigos. Previu a Resolução que “a recusa terapêutica manifestada por gestante deve ser analisada na perspectiva do binômio mãe/feto, podendo o ato de vontade da mãe caracterizar abuso de direito dela em relação ao feto”. Por decisão judicial, em sede da ação civil pública 5021263-50.2019.4.03.6100, ajuizada pelo Ministério Público Federal, a Justiça Federal mandou suspender a eficácia desta previsão, bem como parcialmente os artigos 6º e 10º, entendendo o magistrado, na sua decisão, que “somente o risco efetivo à vida ou saúde da gestante e/ou feto deve ser considerado como justificativa legal para afastar a escolha terapêutica da gestante em relação ao parto”.

Acrescente-se que a Resolução não pode inovar na Ordem Jurídica, devendo manter-se alinhada à perspectiva constitucional vigente, onde já se pode reconhecer o direito de recusa como uma dimensão da dignidade da pessoa humana. A Resolução não pode conferir limitações a este exercício, mas, tão somente, disciplinar as condutas dos profissionais submetidos a ela a partir do liame já definido pela legislação ordinária.

Há, ainda, que se registrar a possibilidade de uso de tratamentos alternativos no que tange à recusa à transfusão sanguínea em caso

de pacientes testemunhas de Jeová, embora a questão permaneça controversa quanto à eficácia das terapias secundárias para todos os quadros clínicos e quanto à aceitação de tais alternativas por todos os pacientes (CHEHAIBAR, 2010; GARRAFA; AZAMBUJA, 2010).

A Resolução 1995/2012, que reconhece o direito de recusar tratamentos médicos, através das Diretivas Antecipadas de Vontade, manteve-se alinhada ao Código Penal, que não descriminaliza a eutanásia, sem prejuízo das críticas que saltam aos olhos de quem conhece profundamente a temática. Manteve-se, então, conforme a Resolução, a possibilidade de que, em caso de situações ortotanásicas, poderá o paciente manifestar o seu desejo de recusa a protocolos terapêuticos, devendo, sempre, tal possibilidade ser avaliada pelo profissional responsável. O direito de morrer dignamente e as discussões sobre doenças que avançam para estados terminais compõem temática que demandam reflexões outras não cabíveis na proposta desta abordagem, mas representa uma das formas admitidas de recusa terapêutica no direito brasileiro.

3 INFORMAÇÃO E COMPREENSÃO COMO CONTEÚDOS FUNDAMENTAIS

Os direitos relacionados à existência humana, como a vida, a saúde e as integridades física e psíquica, são tradicionalmente abraçados, considerando argumentos culturais e morais, pelo estigma social da sacralidade (ou intangibilidade). Assim, foram e permanecem, muitas vezes, concebidos socialmente como indisponíveis, ou seja, não direcionados pelo exercício da autonomia.

As complexas relações humanas, inseridas aí as relações de saúde, hoje evidenciam que o estigma da intangibilidade da vida passou a ser questionado, na medida em que a pluralidade moral e o multiculturalismo demandaram reconhecimento, associados, crescente-se, ao acesso à educação, capaz de pluralizar visões opostas sobre uma mesma situação (TAYLOR, 1998; GEERTZ, 2012).

Quando a situação, nascida no âmbito de uma relação de saúde, está fundamentada na perspectiva do exercício da autonomia, passa-se a demandar a necessidade de compreender o direito à vida a partir de dimensões ontológicas múltiplas. A dimensão puramente biológica, alicerçada pelo discurso de manter o ser humano vivo a qualquer custo, torna-se insuficiente na medida em que se reconhece moralmente que o direito de exercer a autonomia tem uma faceta fundamental para a construção do projeto existencial de cada pessoa.

Compete ao profissional da Medicina o dever de informação adequada ao paciente em prol da obtenção correta do seu consentimento. Este pressuposto parece simples e elementar, mas descortina uma realidade delicada, na medida em que aponta evidentes conflitos éticos e jurídicos. Emergem da relação médico-paciente conflitos originados do processo de obtenção do consentimento livre e esclarecido, relacionados principalmente a informações insuficientes e mal compreendidas. Este problema é agravado pela relação onde o paciente manifesta a recusa a submeter-se ao tratamento terapêutico sugerido, já que, em muitas situações, o profissional imprimirá esforços para convencê-lo do contrário.

Este pressuposto aponta para o surgimento de novos entendimentos no que tange à necessidade de reformulação do conceito de autonomia. Ultimamente, a recusa a tratamento médico foi analisada sob a ótica da autonomia individual, com ênfase na escolha e autodeterminação dos direitos do paciente, por influência de concepções bioéticas predominantes. Dentro dos cuidados de saúde, os pacientes, incluindo os Testemunhas de Jeová, procuram médicos não necessariamente porque livremente os escolhem, mas porque deles necessitam, de modo que, muitas vezes, não há uma escolha direta sobre determinados profissionais. Propõe-se separar a autonomia da ideologia do individualismo e do conceito de independência individual, assim, surgiria uma concepção relacional de autonomia, enraizada numa ética de cuidado, que pugna pela interdependência dos indivíduos e pela relacionalidade das decisões (RAJTAR, 2018, p.192).

O exercício da autonomia é revelador de expressivos conflitos de moralidade. “O próprio sentido a ser reconhecido no conceito de autonomia pode emanar espectros morais distintos, ou seja, denotar coeficientes culturais fincados em convicções de ordem individual difíceis de harmonização ou convivência”. As pessoas são, pois, diferentes moralmente e por isso podem expressar decisões morais distanciadas ou estranhas entre si. A concretização da decisão autônoma pode muitas vezes “restar obstada por barreiras de fundo moral, reveladas por meio de limites emanados de recomendações éticas ou normas jurídicas”. (MEIRELES; AGUIAR, 2017, p.728).

As relações em saúde são naturalmente consolidadas pela manifestação do consentimento, reduzido à assinatura de um termo, tradicionalmente conhecido como Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE). A autonomia então é manifestada por meio da expressão direta da vontade do paciente, que é o responsável por ler, compreender, preencher e assinar este documento.

O termo é concebido culturalmente como um processo de formalização para evitar conflitos jurídicos no futuro e não é resultado, na grande maioria das vezes, de um processo de obtenção da decisão do paciente de maneira adequada. Nem sempre quem assina o termo de consentimento compreendeu adequadamente e/ou em totalidade todas as informações prestadas no instrumento. “A não compreensão adequada do conteúdo reduzido a termo é um problema persistente no âmbito da reflexão bioético-jurídica” (MEIRELES; AGUIAR, 2017, p.729). Em sede de recusa a tratamento médico, em situações terminais ou não, compete ao profissional compreender que o processo de obtenção da decisão deve obedecer às etapas que perpassam pela aferição da compreensão pelo sujeito, previamente vulnerável numa relação onde o conhecimento técnico é de domínio significativo apenas do médico.

Cabe então refletir sobre a ocorrência do elemento “compreensão” no cerne das relações de saúde. Conforme Beauchamp e Childress (2002), autores da bioética principialista, deve-se partir da importante distinção entre pessoas autônomas e ações autônomas. Uma ação considerada realmente autônoma deverá reunir indispensavelmente três pressupostos: deve ser manifestamente intencional; estar livre de influências; deve pressupor a compreensão das informações em totalidade. Tais elementos propostos pelos autores como indispensáveis à aferição de uma ação realmente autônoma evidenciam o caráter subjetivo dessa identificação. A concepção de autonomia numa perspectiva bioética desloca-se para a consideração da situação pessoal do agente manifestante da vontade, avaliando-o, inclusive, sob o manto da vulnerabilidade diante da relação em que deva manifestar consentimento.

Estudos atuais acompanham o percalço da bioética principialista à medida em que estabelecem a relação da autonomia com as opções, informações, coerções, ou todo e qualquer elemento que possa influenciar o ser humano na construção de sua decisão sobre determinado assunto. Significa então assumir que certas capacidades, incluindo capacidades mentais de raciocínio e racionalidade, bem como características psicológicas como o autocontrole, também são necessárias para o exercício adequado da autonomia (AHMED, 2017, p.240).

A informação é elemento fundamental na construção de processos decisórios autônomos adequados. A informação, quando dada pelo médico, é capaz de revelar opções terapêuticas disponíveis, riscos do tratamento, ponderação quanto às vantagens e desvantagens da hospitalização ou das diversas técnicas a serem empregadas, revelação quanto aos prognósticos e

ao quadro clínico e cirúrgico, bem como qualquer detalhamento relacionado à situação clínica do indivíduo. A informação, quando dada pelo paciente, também é fundamental para construção adequada das decisões e sugestões médicas. Assim, pode-se, de logo, esclarecer que a informação é um dever recíproco, cabível em prol da construção de uma relação autônoma e segura.

A informação dentro da relação médico-paciente não pode se distanciar de um elemento fático que é a assimetria (CAPRARA; RODRIGUES, 2004). O médico ocupa perante o paciente uma posição de poder, concedida pelo pressuposto da técnica e do conhecimento. Disso resulta que a articulação do discurso é um dever do profissional, uma preocupação humanizante, uma conduta preventiva, profilática. A informação não pode ser concebida como uma obrigação técnica a ser cumprida, precisa ser uma obrigação com credibilidade, pormenorizada, detalhada, conduzida por uma preocupação ética.

As novas tecnologias podem facilitar a dinâmica de atuação dos médicos, mas precisam ser observadas cuidadosamente em relação aos pacientes. Nem todas as pessoas manejam recursos, informações e elementos tecnológicos com facilidade, por isso, podem precisar de orientações mais extremas, mais pontuais, considerando a sua condição de vulnerabilidade.

O consentimento informado está, portanto, intimamente ligado ao conceito de informação, que deve ser compreendida como um processo gradual, que avança progressivamente, não podendo ser reduzido a um simples documento escrito. A redução do conteúdo do consentimento à forma escrita não é suficiente para comprovar que a informação foi devidamente passada. Isto porque as vulnerabilidades, enquanto características singulares do indivíduo, funcionam como óbices ao processo de informação adequada. Assim, o alcance da informação não ocorre com a formação de um documento escrito, já que é necessário atentar para um outro elemento que integra um consentimento verdadeiramente informado: a compreensão.

Como dito, a construção das bases teóricas para uma autonomia adequada em termos de relação médico-paciente deve partir da ideia de ação autônoma, preliminarmente trabalhada pelo principialismo. A escolha autônoma é o ato de governar efetivamente e não significa puramente o autogoverno, pois, mesmo as pessoas autônomas com capacidades de autogoverno, podem não governar a si mesmas em razão de restrições temporárias impostas por doença, pela ignorância, pela coerção, pela fome, pela falta de conhecimento ou por condições que restringem as

opções. Uma ação autônoma pressupõe, então, intenção, entendimento ou compreensão e ausência de influências controladoras (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002).

A capacidade de autogovernar-se, considerando o sentido jurídico do conceito, é insuficiente para pensar na presença da autonomia real do indivíduo. Somente na esfera da vulnerabilidade, onde estão as motivações capazes de impedir a compreensão, é que se pode pensar no desenvolvimento do sentido adequado da autonomia e da legitimidade dos consentimentos escritos. Informar e compreender adequadamente tornam-se pressupostos fundamentais ao exercício do direito de recusa. Não há como exercer o direito de recusa sem que todas as informações relacionadas à situação possam restar evidentes e compreendidas.

4 CONCLUSÃO

O direito de recusa a tratamentos médicos é ainda prerrogativa que evidencia controvérsias nos diversos âmbitos da Ciência, da Religião e da Ética, posto ter relação direta com a refutação do caráter intangível da vida, pressuposto construído ao longo da história culturalmente. O ponto de partida então para compreender como o direito de recusa se constitui como fundamental à existência humana é repensar o estigma de absoluto que repousou sobre o direito à vida a partir das dimensões religiosa e moral.

As múltiplas dimensões da moralidade, da religião e da cultura apontam para a necessidade de compreender o pressuposto da autonomia a partir de um sentido plúrimo, que reconheça a subjetividade como vetor que justifica projetos e concepções de vida diferentes.

A disciplina normativa parte da Constituição Federal, do Código Civil e do Código Penal. A legislação infraconstitucional deve ser repensada no sentido de representar melhor harmonização em seus comandos prescritos, evitando interpretações sobrepostas de conteúdos mal redigidos. A legislação penal não pode ser o único ponto de partida para a solução do conflito, compete ao jurista compreender a recusa como uma prerrogativa originada de conteúdos constitucionais. As Resoluções do Conselho Federal de Medicina devem manter o alinhamento aos comandos da legislação ordinária vigente, de modo a não criar prerrogativas ou supressões de direitos que não coadunam a vontade do legislador.

O reconhecimento da autonomia como fundamental à consubstanciação da relação médico-paciente legítima corrobora a admissibilidade da recusa terapêutica em diferentes situações clínicas. Deve-se interpretar que a recusa não é apenas um direito garantido na esfera da terminalidade, mas, também em situações em que o indivíduo está fortemente convencido da opção que fundamenta as suas convicções. Assim, foi proposta uma investigação que identificasse, nas esferas da Bioética e do Direito, os fundamentos que alicerçam a possibilidade de que sujeitos autônomos recusem tratamentos médicos em situações que não envolvam quadros clínicos com condição terminais.

Para o exercício adequado do direito de recusa, há de se considerar, como pressupostos fundamentais, o dever de informação recíproco, entre o médico e o paciente, e a compreensão destas informações. Não há como se pensar numa relação legítima sem que se compreenda a relevância de tais pressupostos, tendo em vista terem a capacidade de legitimar o desfecho das condutas. A recusa terapêutica tem fundamento nas garantias constitucionais e reflete uma esfera intangível de proteção da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

AHMED, Farrah. The Autonomy Rationale for Religious Freedom. *The Modern Law Review Limited*, 2017: 80(2), p.238–262.

BASTOS, Celso Ribeiro. Direito de recusa dos pacientes, de seus familiares ou dependentes, às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas. *Parecer*, 23 de novembro de 2000.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 fev. 2020.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 fev. 2020.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 fev. 2020.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Tradução de Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

- CAPRARA, Andrea; RODRIGUES, Josiane. A relação assimétrica médico-paciente: repensando o vínculo terapêutico. *Ciências e Saúde Coletiva*, 9(1):139-146, 2004.
- CHEHAIBAR, Graziela Zlotnik. *Bioética e crença religiosa: Estudo da relação medico-paciente Testemunha de Jeová com potencial risco de transfusão de sangue*. Tese. Faculdade de Medicina da USP, São Paulo, 2010.
- COOK, Deborah; GRAEME ROCKER. Dying with Dignity in the Intensive Care Unit. *The new England Journal of Medicine*. June 26, 2014.
- COSTA E FONSECA, Ana Carolina. Autonomia, pluralismo e a recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová: uma discussão filosófica. *Revista Bioética*, v.19, n.2, 2011. p. 485-500.
- CFM. *Resolução 1995/2012*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2020.
- CFM. *Resolução 2232/2019*. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>>. Acesso em: 04 fev. 2020.
- DURÁN, María Ángeles. La calidad de muerte como componente de la calidad de vida. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*. 2004. Disponível em: <<http://www.reis.cis.es/REIS/PDF/REIS106031167998092686pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2020.
- GARRAFA, Volnei; AZAMBUJA Letícia. Testemunhas de jeová ante o uso de hemocomponentes e hemoderivados. *Revista da Associação Médica Brasileira*, v.56 n.6 São Paulo, 2010, p.705-710.
- GEERTZ, Clifford. *A Interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2012.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2005.
- LUNA, Florência. Vulnerabilidad: la metáfora de las capas (CONICET/FLACSO) Publicado en *Jurisprudencia Argentina*, IV, fascículo N° 1, 2008, pp.: 60-67. Disponível em: <[http://www.saludcapital.gov.co/Capacitaciones%20%20Comit%20de%20tica%20para%20la%20Investigacin/6%20Sesi%C3%B3n%2016%20julio%202014/Luna_F\[1\]._Vulnerabilidad_la_metafora_de_las_capas.pdf](http://www.saludcapital.gov.co/Capacitaciones%20%20Comit%20de%20tica%20para%20la%20Investigacin/6%20Sesi%C3%B3n%2016%20julio%202014/Luna_F[1]._Vulnerabilidad_la_metafora_de_las_capas.pdf)>. Acesso em: 08 jan. 2020.

MEIRELLES, Ana Thereza; AGUIAR, Mônica. Autonomia e alteridade como fundamentos da construção do sentido de dignidade existencial diante do direito à vida. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 03, n.1, jan./abr. 2018. p.123-147.

MEIRELES, Ana Thereza; AGUIAR, Mônica. Prática médica e diretiva antecipadas de vontade: uma análise ético-jurídica da conformação harmônica entre os pressupostos autonomia e alteridade. *Revista Jurídica Cesumar*, set./dez. 2017, v. 17, n. 3, p. 715-739.

MORAES, Rodrigo; PIRES, Rodrigo. Transfusão de sangue em pacientes testemunhas de jeová: religião, ética e discurso jurídico penal. *Revista Jur. UNIJUS*, Uberaba MG, V.8, n.8, p.8797, maio 2005.

NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. *Revista Brasileira de Bioética*, v.2, n.2, 2006.

RAJTAR, Malgorzata. Relational autonomy, care, and Jehovah's Witnesses in Germany, *Bioethics*, 2018; 32: p.184-192.

RACINE, Eric; BRACKEN-ROCHE, Dearbhail. Enriching the concept of vulnerability in research ethics: An integrative and functional account. *Bioethics*, 2019: 33, p.19-34.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

SCHRAMM, Fermin Roland; SEGRE, Marco; LEOPOLDO e SILVA, Franklin. O Contexto Histórico, Semântico e Filosófico do Princípio de Autonomia. *Revista Bioética*, v.6, n.1, 2009. Disponível em: revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewArticle/321>. Acesso em: 04 fev. 2020.

TAKASCHIMA, Augusto et al. Dever ético e legal do anestesiologista frente ao paciente testemunha de Jeová: protocolo de atendimento. *Revista Brasileira de Anestesiologia*, 2016, 66(6), p.637-641.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo*. Examinando a política de reconhecimento. Tradução Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo. Autonomia existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v.16, abr./jun. 2018, p.75-104.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo. *Saúde, corpo e autonomia provada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

WENDLER, David. A pragmatic analysis of vulnerability in clinical research. *Bioethics*. 2017: 31, p. 515–525.

WONG, David. Blood transfusion and Jehovah's Witnesses revisited: Implications for surgeons. *Surgical Practice*, 2012: 16, p.128–132.

RECEBIDO EM: 30/04/2019

APROVADO EM: 15/05/2020

**A QUESTÃO DOS HONORÁRIOS
ADVOCATÍCIOS DA DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADUAL EM AÇÕES CONTRA O ENTE
ESTADUAL NO BOJO DA ALTERAÇÃO DO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

***THE ISSUE OF STATE PUBLIC DEFENSE
ATTORNEY'S FEES IN ACTIONS AGAINST STATE IN
THE MIDST OF THE 2015 CIVIL PROCEDURE CODE
CHANGE***

Carlos Augusto Silva Moreira Lima

Mestrando em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná. Especialista em Processo Civil pela Faculdade Unyleia. Pós Graduado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Defensor Público do Estado do Paraná.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Honorários Advocatícios; 1.1 Conceito, Origem e Justificativa; 1.2 A Defensoria Pública faz jus a Honorários Advocatícios de Sucumbência?; 2 A Superação do Enunciado 421 do Superior Tribunal de Justiça; 2.1 A Atual Conformação Constitucional Da Defensoria Pública; 2.2 A Anacrônica Interpretação do Superior Tribunal de Justiça; 2.3 Da Divergência Interpretativa Judicial: A Autonomia do Ministério

Público em contraposição à autonomia da Defensoria Pública; 3 Incorporação da Doutrina do Stare Decisis ao Civil Law; 3.1 Respeito ao Paradigma em Contraposição à Desídia na Verificação da Integridade da Decisão; 3.2 Da Adoção da Decisão do STF como ratio decidendi e da Aplicação da Literalidade do art. 85 do Código de Processo Civil; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: A Defensoria Pública situa-se dentre os instrumentos jurídicos previstos na Constituição Federal para alcançar o objetivo fundamental na redução das desigualdades sociais. Em que pese a Defensoria Pública compreenda uma série de poderes-deveres, sobretudo no campo da tutela coletiva, tutela dos direitos humanos, ela exerce atividades típicas da advocacia, suficiente para atrair o regime da sucumbência também para instituição, previsto no art. 85 do CPC. Dessa feita, há de receber a verba de incentivo ao aprimoramento, superando a remansosa jurisprudência acerca da confusão patrimonial entre a verba destinada ao Fundo de Aparentamento da Defensoria Pública e o caixa do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Novo Código de Processo Civil. Defensoria Pública. Autonomia. Emenda Constitucional 80/2014. Honorários Sucumbências. Inexistência de Confusão. Superação do Enunciado 421 do Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT: Public Defender's Office: one of the legal instruments foreseen in the constitution to achieve the fundamental objective of reducing social inequalities. Although the Office of the Public Defender understands powers and duties, especially in the field of collective tutelage, protection of human rights, it also carries out activities typical of the law, sufficient to attract the regime of succumbency also to institution, foreseen in art. 85 of the CPC. It will receive the incentive for improvement, overcoming the recent case law on the asset mix between the funds allocated to the Fund of the Public Defender's Office and the state-cashier.

KEYWORDS: New Code of Civil Procedure. Public defense. Autonomy. Succumbencial Fees. No Patrimonial Confusion. Overcoming of 421 of the Superior Court of Justice.

INTRODUÇÃO

Segundo informações do IBGE (dados de 2018), cerca de metade da população brasileira tem renda menor que o salário mínimo, e, portanto, faz parte do público-alvo da Defensoria Pública. É certo, ainda, que a Defensoria Pública Estadual, dentro do mapeamento administrativo, é órgão despersonalizado pertencente à pessoa jurídica do Estado (titular da personalidade jurídica de direito público), mas possui dever de atuar com autonomia no processo judicial inclusive contra esse mesmo ente.

Fixadas estas premissas, pretende-se responder se a alocação da instituição no mesmo nível da estrutura administrativa do Estado-Membro - tal qual outras instituições e “poderes”- é obstativa do exercício de sua autonomia orçamentária.

A pesquisa demanda conhecimento de alguns institutos constitucionais, administrativos, civis e trabalhistas, o que enseja o resgate de referências doutrinárias destas áreas, além de atribuir especial enfoque processual civil.

No que diz respeito à temática Processual Civil, analisa-se o art. 85, do Código de Processo Civil, que prevê que o “*vencido pagará ao advogado do vencedor honorários*” sem fazer qualquer distinção para os procedimentos previstos no Código de Processo Civil. Dentre eles, a demanda contra o ente Estadual em que Defensoria Pública Estadual esteja em um dos polos e se consagre vencedora.

Nesse sentido, fundamental a revisão bibliográfica e jurisprudencial para, ao final, concluir pela prevalência da norma processual civil, que determina a imposição de honorários advocatícios ao vencido, seja ele particular ou Estado, sobretudo porque a legislação processual não excluiu os honorários de sucumbência, mas – sem vedá-los – criou regime mais protetivo para a Fazenda Pública.

Há de se retomar a premissa principal da pesquisa e perquirir se diante da autonomia constitucional da Defensoria Pública, deve prevalecer o entendimento acerca da confusão entre os honorários advocatícios sucumbências do Estado, afastando – apenas contra a Fazenda Estadual - a verba destinada ao Fundo de Aparentamento da Defensoria Pública correlata, em especial porque o Plenário do Supremo Tribunal Federal já estabeleceu novo paradigma que deve prevalecer sobre enunciado persuasivo e fora do atual contexto constitucional.

A mesma solução deve ser adotada com a Defensoria Pública da União e processos em que a União for condenada, entretanto, prefere-se, por questão didática, apenas a abordagem relativa à Defensoria Pública Estadual.

Assim, objetiva-se elucidar importante questão que envolve a Defensoria Pública e o serviço de prestação da assistência jurídica integral e gratuita, na medida em que grande acervo de processos de natureza cível contra o Estado é deflagrado pela Instituição e a verba sucumbencial é revertida ao seu Fundo de Aparelhamento.

1 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

1.1 CONCEITO, ORIGEM E JUSTIFICATIVA

Os honorários integram a contraprestação ao serviço desempenhado pelo advogado, sendo classificados em contratuais e sucumbências. Os primeiros, em geral, dizem respeito ao desempenho da atividade propriamente dita, com finalidade de remunerar a mão de obra; os segundos correspondem a uma parcela adicional relacionada à atuação judicial e contenciosa.

No que concerne apenas aos honorários sucumbências, objeto do presente trabalho, situam-se como complementares diante do êxito obtido a partir da pretensão resistida ou causada, sem que percam – diante de evento futuro incerto -sua natureza alimentar e remuneratória da parcela, conforme Enunciado Vinculante n. 47 da STF.

A origem mais remota dos honorários sucumbências remonta a *jus honorium* utilizada por Justiniano. Onófrio (2005, p. 27) aponta que, “nos organismos judiciais romanos a advocacia objetivava gáudio espiritual, as honrarias e reconhecimento de dotes artísticos”, e, portanto, não estava vinculada a efetivo recebimento de pecúnia, mas a prestígio e favores políticos. A referência mais recente é do Código de Processo Civil de 2015, que dispõe no art. 85: “*A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor*”, sem a inclusão de quaisquer condicionantes.

Os honorários de sucumbência serão devidos em razão do exercício da atividade de representação e diante do êxito na demanda, podendo ser acumulados com os honorários contratuais.

Estes, portanto, mostram-se indispensáveis ao exercício da atividade de advocacia e ao aprimoramento do desempenho dos profissionais.

1.2 A DEFENSORIA PÚBLICA FAZ JUS A HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA?

O Estatuto da Ordem dos Advogados define, em seu art. 1º, o conceito de atividade exclusiva de advogado. Veja

Art. 1º São atividades privativas de advocacia:

I - a postulação a ~~qualquer~~ órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; (Vide ADIN 1.127-8)

II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

A legislação que rege o exercício da advocacia nacional conceitua a atividade do advogado, e, além disso, elenca os agentes que também são equiparados a advogados: Veja

Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB),

§ 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

Ainda que não se dispusesse acerca das figuras equiparadas, no que tange ao exercício da advocacia, claro estaria o desempenho da atividade de representação processual, em prol das partes em juízo.

Anote-se que os Advogados Públicos e Defensores Públicos também representam processualmente uma parte, respectivamente, a Administração Pública direta e indireta, e os grupos socialmente vulneráveis. Ambos não podem livremente recusar o desempenho de suas atribuições, ou seja, não há controle do quantitativo de demanda, o que os diferencia do ministério privado, inserido no regime da livre concorrência, que ajusta sua contraprestação, conforme a singularidade e disponibilidade no mercado.

Os Advogados Públicos, diferentemente dos Defensores Públicos, podem receber pessoalmente a verba honorária sucumbencial. À primeira

vista, ao prever a não aplicação do Capítulo V do Estatuto da Advocacia - “*Do Advogado Empregado*” aos Advogados Públicos, a Lei 9.527/97 parecia ter excluído os honorários de sucumbência para essa carreira. Entretanto o legislador quedou-se excluir a incidência do Capítulo VI, que trata especificamente dos honorários sucumbências, em especial o art. 23.

Assim, constata-se que a intenção do legislador parecia direcionar no sentido de extirpar o regime do advogado empregado do regime dos Advogados Públicos *stricto sensu*, mas a técnica legislativa tautológica acabou por preservar os honorários sucumbências.

Quanto à finalidade dos honorários sucumbências, tratam-se de verba à título de incentivo, semelhante ao instituto das *gueltas* do Direito do Trabalho, que, segundo Barros (2007, p. 762) e Godinho (2005, p. 184), possuem natureza remuneratória, relacionada à gratificação ou prêmios pagos com habitualidade por terceiro.

Nessa feita, sem tecer maiores detalhes, por não ser o objeto deste trabalho, seria plenamente possível o recebimento de honorários pessoalmente pelo Defensor Público, não fosse a vedação legal¹, - tal qual a previsão concernente aos Procuradores do Estado. Esta carreira pode receber honorários sucumbências pagos por terceiros em ações cíveis, e, desta feita, é legítima a acumulação de seus subsídios, decorrentes de uma relação estatutária, com os honorários advindos da demanda.

Nesse ponto, cumpre esclarecer a existência do Parecer da Comissão do Advogado Público da Ordem dos Advogados de São Paulo, que entendeu aplicáveis aos Advogados Públicos às disposições da Lei 8.906/94 referentes à verba sucumbencial honorária. Veja:

A interpretação sistemática do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 8906/94, em seus artigos 18 a 23, assegura do Advogado inscrito na OAB, a percepção de honorários convencionados e aos fixados na sucumbência.

Portanto, independentemente de o Advogado exercer sua profissão a título público ou a título privado, os honorários incluídos na condenação lhe pertencem. Logo os artigos 18 a 21 da Lei nº 8.906/94 são aplicáveis,

1 Diferentemente é regido o Ministério Público que possui vedação expressa art. 128, §5, inciso II, alínea “a”, da Constituição da República: as Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos disciplinará que é vedado o recebimento “ a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentuais ou custas processuais”, mais abrangente do que a mera proibição de recebimento pessoal pelo membro.

também, aos advogados estatutários ou celetistas do setor público. (ANDRADE; DIAS, 2005, p. 115)

Em sendo possível a fixação de honorários sucumbências a agentes que percebem por subsídio, uma vez evidenciada a representação processual da parte e o êxito na demanda - tal qual acontece com as procuradorias -, os Defensores Públicos poderiam, pessoalmente, receber honorários sucumbências, que poderiam migrar dos fundos de aparelhamento, para os próprios membros, como fator de estímulo à eficiência e capacitação por iniciativa particular, quando a instituição estiver razoavelmente aparelhada, modificação de regime que prescindiria de autorização legislativa.

Anote-se que a Lei Orgânica da Defensoria Pública, ciente do longo e demorado processo de criação e expansão das Defensorias Públicas pelo Brasil, embora vede o recebimento da verba sucumbencial, pessoalmente, pelo Defensor Público, confere atribuição para a execução dos honorários para os fundos de aparelhamento. Vide art. 4º, inciso XXI, da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública:

XXI – executar e receber as verbas sucumbências decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

A guisa de ilustração, em reforço ao desempenho de atividade de representação processual contenciosa, a Defensoria Pública possui, dentre seu feixe de atribuições, diversas disposições que se enquadram na definição do Estatuto da Advocacia.

Tal constatação evidencia não que Defensores Públicos são advogados - debate que não é objeto deste trabalho -, mas que desenvolvem atividade merecedora de honorários sucumbências, como se depreende dos vinte e dois incisos do art. 4º, da Lei Complementar n. 80/94, na redação conferida pela Lei Complementar nº 132, de 2009. E isto sem prejuízo de outras espalhadas na lei orgânica ou em legislações esparsas.

Cabe questionar se magistrados e promotores de justiça, na qualidade de sujeitos da relação contenciosa, fariam jus a honorários. A resposta é negativa. Primeiro, porque não exercem atividade típica de representação processual de modo parcial de uma pessoa física ou jurídica; segundo,

devido à suposta propalada imparcialidade dos dois cargos em virtude do princípio da inércia e da roupagem de fiscais da lei.

Evidenciada, assim, a possibilidade de a Defensoria Pública receber honorários sucumbências, cabe indagar se o enunciado 421 da Súmula da Jurisprudência Dominante do Superior Tribunal de Justiça permanece íntegro.

2 A SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO 421 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2.1 A ATUAL CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Nenhuma instituição surge pronta e em pleno funcionamento. Muito pelo contrário. São moldadas, a mercê de avanços e retrocessos intimamente ligados ao interesse político de cada época.

Nesse contexto, a Defensoria Pública surge como a mais nova instituição pública do Sistema de Justiça, na medida em que somente passou a integrar o texto constitucional em 1988.

É inegável o fortalecimento Institucional da Defensoria Pública nos últimos anos, mas que esbarra em disputas de espaço político, tal qual se travou na discussão acerca da legitimidade da Defensoria Pública para Ação Civil Pública, em que o Ministério Público, mais propriamente a sua associação de membros, curador do Estado Democrático, ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade² na busca de se manter como o principal deflagrador deste importante instrumento.

No contexto, aflora a crítica de Galliez acerca dos desafios enfrentados pela Instituição:

sua evolução vem sendo desproporcional a sua relevância, pois ao prestigiar os cargos públicos que beneficiam os seus interesses imediatos, acaba por comprometer a eficácia das instituições destinadas a atender a população excluída desse poder. (GALLIEZ, 2007, p. 2)

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº3943. Distrito Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Pesquisa de Jurisprudência*. Julgado em: 07 maio 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 17 jun.2019.

Muito embora o reconhecimento da simetria constitucional com a Magistratura e Ministério Público só tenha sido externalizada pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 5218/PR³ em 2015, após a promulgação das Emendas Constitucionais 45/04; 74/2013 e 80/2014⁴, em que a decisão monocrática-posteriormente ratificada pelo plenário - da lavra do Min. Ricardo Lewandowski, deferiu liminar, com base em precedente do ano de 2007, na ADI 3569⁵, a plena autonomia da Defensoria Pública, ao entender que o art. 134, §2º da Constituição Federal é autoaplicável e de eficácia imediata, haja vista ser a Defensoria Pública um instrumento de efetivação dos direitos humanos.

Nesse ensejo, a Constituição da República disciplinou a divisão clássica de funções do estado – Legislativa, Executiva e Judiciária –, mas não se limitou a teoria criada por Montesquieu. Previu, ainda, um complexo orgânico, intitulado “Funções Essenciais de Justiça”, que possuem uma função neutral, imbricada com o exercício da cidadania de provedoria de justiça – Advocacia Pública, Advocacia Privada, Defensoria Pública e Ministério Público, razão pela qual o constituinte não as elegeu como funções auxiliares ou dispensáveis. Conforme lições.

São essas instituições, pelas suas atividades de caráter técnico-jurídico, que asseguram aos cidadãos a possibilidade de provocar os órgãos estatais de atuação legislativa, administrativa e jurisdicional para a tomada de providências de acordo com as suas respectivas competências. (MOREIRA NETO, 1995, P. 22-25)

Nenhuma das instituições acima pode ser tecnicamente chamadas de poder, pois este é uno, indivisível e indelegável. Numa concepção moderna de estado, mostra-se essencial, não somente por sua localização topográfica na Constituição da República (CRFB), mas por sua missão de instrumento

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 5218/PR. Distrito Federal. Relator: Min. Cármen Lúcia. *Pesquisa de Jurisprudência*. Julgado em 16 janeiro 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 17 jun. 2019.

4 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 99/2017. Brasília. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html>. Acesso em: 17 jun. 2019

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3569. Brasília. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. *Pesquisa de Jurisprudência*, Julgado em 02 abril 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 17 jun. 2019.

para exercício da democracia, o que se alinha com a vigente redação do art. 134 da CRFB, que trata da missão institucional da Defensoria Pública.

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal:

Há evidente função fiscalizatória do exercício das atribuições dos demais poderes, o que determina a condição de expressão e instrumento do regime democrático, ou seja, o regime é democrático por sua existência e é instrumento para manutenção deste regime, mediante expansão do acesso à justiça também por grupos vulneráveis, aqueles que esbarram em obstáculos econômicos, organizacionais e jurídicos.

Retrata-se, portanto, o desempenho de função contramajoritária de tutela das minorias por intermédio do perene e igualitário acesso à justiça, o que demanda uma rede garantias para a instituição e seus membros, tal qual ocorre com as prerrogativas de cada “poder” e as garantias dos agentes políticos que a desempenham.

Nesse contexto, houve a necessidade de conferir expressamente as autonomias funcional, administrativa e orçamentária da Defensoria Pública, bem como as garantias de independência funcional, estabilidade e irredutibilidade de subsídios.

De nada adiantaria atribuir a função de patrocinar causas contrárias ao interesse, por exemplo, do Executivo, diante da possibilidade de represália promovidas através de ingerências na instituição e ataques contra seus membros. Repise-se que o fato de a instituição, no que tange à Defensoria Pública Estadual integrar o nível do governo do Estado, nada afeta na correta leitura de sua autonomia, visto que até mesmo as funções legislativas e judiciárias estaduais também são alocadas na estrutura organizacional dos Estados-Membros, sem perder sua autonomia.

Na realidade, a Defensoria Pública Estadual é uma instituição constitucional autônoma para efetivação dos direitos fundamentais individuais e coletivos, sendo, na qualidade de instrumento para tutela de

tais direitos, uma cláusula pétrea protegida contra supressão, nos termos do art. 60, §4º CRFB⁶.

Dessa forma, evidente sua essencialidade, e decorrente proteção constitucional, sobretudo quando defende interesses contrários ao das Pessoas Jurídicas de Direito Público da mesma esfera de governo, por força da previsão do art. 4º, §2º, da Lei Complementar 80/94⁷.

2.2 A ANACRÔNICA INTERPRETAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O enunciado 421 da Súmula da Jurisprudência Dominante no Superior Tribunal de Justiça dispõe *”Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença.”*

O aludido verbete fora editado nos idos do ano de 2010, com base em julgados que antecederam as reformas promovidas pela Emenda Constitucional 80/2014⁸, entre outras. Alterações constitucionais que colocam o entendimento consagrado pelo Enunciado 421 do STJ⁹ em choque com os arts. 134, em especial os §2º e §4º; e ao art. 168, todos da CF. Tais dispositivos possuem a seguinte redação:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (...)

6 Art. 60 § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

7 Art. 4º § 2º As funções institucionais da Defensoria Pública serão exercidas inclusive contra as Pessoas Jurídicas de Direito Público.

8 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 99/2017. Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc80.htm>. Acesso em: 17-jun-2019.

9 *Súmula 421 STJ*: Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença. Julgado em: 03 mar.2010. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Jurisprud%C3%Aancia/S%C3%BAmulas. Acesso em 17. Jun.2019.

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. - grifei. (...)

§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.

Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º.

Como se depreende, segundo a Constituição Federal, em seu art. 134, reformado pelo constituinte derivado, a Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida, como expressão e instrumento do regime democrático, de promover, de forma integral e gratuita, a orientação jurídica, os direitos humanos e a defesa, em todos os graus, dos direitos individuais e coletivos aos necessitados, tanto na esfera judicial como na extrajudicial (nova redação após a Emenda Constitucional 80/2014).

Para atingir este objetivo, a Defensoria Pública ganhou *status* de Órgão constitucional autônomo, na medida em que, com a redação do art. 134, § 2º da Constituição Federal, passou a ter assegurada autonomia funcional e administrativa, bem como a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

A autogestão está atrelada na autonomia administrativa, e esta, por sua vez, na autonomia financeira. E, somente assim, afastam-se os riscos de interferência política na atividade fim.

Ademais, o art. 168 da Constituição Federal corroborou o entendimento acerca da autonomia financeira da instituição, porquanto estabelece que os recursos correspondentes às suas dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, ser-lhe-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Logo, compete exclusivamente à Defensoria Pública, no exercício de sua autonomia plena, gerir sua atividade e seus recursos, para que seja, portanto, imune a qualquer tipo de ingerência do Poder Executivo, sujeitando-se, somente, aos limites da lei de diretrizes orçamentárias e controle externo promovido pelo Tribunal de Contas, nos moldes do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Para garantir a funcionalidade de suas atividades, o constituinte reformador, como dito, conferiu às Defensorias Públicas a garantia de gestão de seus próprios recursos (autonomia administrativa e financeira), os quais compreendem suas dotações orçamentárias e demais verbas previstas na Lei Orgânica da Defensoria Pública.

A criação de um fundo administrado pela própria Defensoria Pública é uma das fontes alternativas ao orçamento, este sujeito às variações proporcionais à arrecadação tributária; enquanto aquele está vinculado ao exercício das atividades jurisdicionais, que tende a ser incrementado em períodos de crise.

Cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou acerca da constitucionalidade do repasse de parcela da arrecadação com as custas judiciais para a Defensoria Pública. Entendeu a Corte¹⁰ que não foi criada nova taxa – espécie tributária vinculante –, nem sequer houve aumento de tributo – na medida em que somente o produto da arrecadação é destinado ao aperfeiçoamento da jurisdição, a qual a Defensoria Pública integraria. Veja.

(...)o dispositivo questionado na ADI não instituiu uma exação que se amolde a definição de imposto. Criou, isto sim, uma taxa em razão do poder de polícia”. (...)“Logo, são as Defensorias Públicas que verdadeiramente democratizam o acesso às instâncias judiciárias efetivando valor constitucional da universalização da justiça (...) tornando a prestação jurisdicional um efetivo dever de tratar desigualmente pessoas desiguais”.(...) bem aparelhar as Defensorias Públicas é servir, sim, ao desígnio constitucional de universalizar e aperfeiçoar a própria jurisdição como atividade básica do estado e função específica do poder Judiciário.

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3643. Distrito Federal. Relator: Min. Carlos Ayres Brito. *Pesquisa de Jurisprudência*, Julgado em 08 Nov 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 17.Jun. 2019.

Nesse ponto, cabe esclarecer que a Defensoria Pública não integra propriamente a jurisdição, mas está compreendida com instituição deflagradora da prestação jurisdicional do Estado, e, nesse sentido, estaria abrangida pela taxa judiciária como manifestou o Supremo Tribunal Federal. Parcela da taxa judiciária integra o Fundo de Aparelhamento da Defensoria Pública. Este é vocacionado, sobretudo a fazer frente às necessidades de estrutura física da instituição e a capacitar profissionalmente seus membros e servidores, bem como a assegurar recursos para a implementação, manutenção e aperfeiçoamento das atividades desenvolvidas no âmbito da Defensoria Pública, sob pena de prejuízo ao atendimento de seu público-alvo.

Dentre as receitas que compõem o acervo financeiro do fundo, estão justamente os honorários advocatícios resultantes da atividade judicial, exercida por membros da Defensoria Pública. Em outras palavras, as verbas sucumbências integrantes da receita são diretamente proporcionais ao bom desempenho da assistência jurídica integral e gratuita.

Na linha dessa evolução ao acesso à Justiça da população hipossuficiente, a Emenda Constitucional 80/2014 deu nova envergadura constitucional à Defensoria Pública, uma vez que, alocando-a em seção individualizada, alçou a instituição como garantidora dos direitos humanos da população necessitada, nos termos da Lei Orgânica Nacional; constitucionalizou os princípios da unidade, da indivisibilidade e da autonomia; sobretudo, estabeleceu compromisso político com a sociedade brasileira, na medida em que fixou prazo de 8 anos para que a União, os Estados e o Distrito Federal contem com Defensores Públicos em todas as unidades jurisdicionais.¹¹

É importante ressaltar, também, que a Emenda Constitucional 80/2014, reforçando a autonomia institucional e administrativa da Defensoria Pública, determinou a aplicação do art. 93 e do art. 96, II, da Constituição – cf. art. 134, §4º do CF, acima transcrito –, conferindo, dentre outras, iniciativa legislativa exclusiva para o Defensor Público Geral sobre matérias de interesse da instituição, tal qual ocorre com o Poder Judiciário e o Ministério Público.

A propósito, vale destacar que a LC 80/1994, que estabelece normas gerais sobre as Defensorias Públicas dos Estados, alterada pela LC 132/2009, é categórica ao estabelecer que é função da Defensoria

11 BRASIL. Constituição (1988). *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais até 86 de 17/03/2015. Brasília. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conade/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 17 Jun. 2019

Pública “*executar e receber as verbas sucumbências decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores*” (inciso XXI, do art. 4º).

Cumpra consignar que tal previsão deriva da autonomia plena, em especial a financeira e a administrativa, conquistada pela Defensoria Pública pelo constituinte derivado, para fazer cumprir todo o programa exposto acima.

Logo, os honorários advocatícios de sucumbência não são revertidos ao orçamento do Estado, mas sim ao Fundo de Aparelhamento ou Modernização da Defensoria Pública, o qual é gerido e administrado pela Instituição, no desempenho da sua autonomia orçamentária.

Desse modo, inexorável reconhecer que não há confusão entre credor e devedor, visto que essas qualidades não se reúnem na mesma pessoa.

Nesse sentido, elucidativo é o julgado emanado pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul¹², de lavra do proferido após a edição da EC 45/2004:

Tenho que a confusão alegada entre o Estado e a Defensoria Pública não ocorre, a uma, porque a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, concedeu autonomia funcional à Defensoria Pública, ou seja, ela deixou de ser um órgão auxiliar do governo e se tornou um órgão constitucional independente, vale dizer, sem nenhuma subordinação ao Poder Executivo. Além do que, também recebeu autonomia administrativa e financeira. Assim, tenho que é perfeitamente possível o Estado de Mato Grosso do Sul ser condenado a pagar honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública, não ocorrendo a mencionada confusão prevista no artigo 381 do Código Civil.

Como já aludido, a Defensoria Pública Estadual não é órgão do Poder Executivo Estadual. Muito embora esteja no nível estadual, é órgão constitucional autônomo, sendo certo que nem a Defensoria e nem

12 BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso Do Sul. Ação Cível 2007.000590-3-0*, Desembargador Paulo Alfeu Puccinelli, 3ª Turma Cível. DJ: 05.03.2007, JUSBRASIL. Disponível em: <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4038925/apelacao-civel-ac-596/inteiro-teor-12170574?ref=serp>>. Acesso 17. Jun. 2019

o fundo compõe o mesmo “caixa” da pessoa jurídica de direito público. Nesse sentido, esclarece a doutrina que

Se, por um lado, é verdade que os recursos destinados à Defensoria Pública advêm do ente federativo, também é verdade que, aprovado o orçamento, o poder Executivo Estadual já não é livre para gerir tais recursos. A autonomia constitucional impede que o Executivo possa realocar recursos já destinados à Defensoria, que tem “caixa” independente. (SOARES DOS REIS; ZVEIBIL; JUNQUEIRA, 2013, P. 88-89)

Dessa forma, em se tratando de “caixas” independentes, não há falar em confusão. Tão logo destacados os valores para a Defensoria Pública, a gestão é totalmente autônoma.

Anote-se que o conceito de confusão está previsto no Código Civil, no art. 381: “há confusão quando na mesma pessoa reúnem-se as qualidades de credor e de devedor”. Tendo em vista que ninguém pode ser credor e devedor de si mesmo, dá-se a extinção da obrigação.

Tal figura não se sustenta diante da conformação constitucional das “provedorias de justiça” e dos demais poderes estatais.

Assim, como não poderia ser diferente, não pode prevalecer o entendimento sumular em razão da independência plena da Defensoria Pública, bem como de fundo específico, que para fins de operacionalização recebe “CNPJ” distinto, embora não seja esta a nota diferenciadora, mas a conformação constitucional.

Caso prevalecesse o entendimento de que há confusão entre os cofres da Defensoria Pública e do Estado do Paraná, necessário considerar que também o haveria em relação ao Ministério Público - e seu fundo de modernização - e o Estado e, até mesmo, a existência de confusão entre os Poderes Estatais (Poder Legislativo e Judiciário), Tribunais de Contas e o Poder Executivo. Acerca da questão, destaca-se interessante julgado no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná acerca da verba do Fundo da Justiça (FUNJUS), criado pela Lei Estadual/PR n 15.942/2008, com a finalidade de fazer frente aos custos referentes ao processo de estatização de varas judiciárias privadas promovido pelo Tribunal de Justiça do Paraná¹³:

13 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Agravo de Instrumento n. 1161981-5*, Relator Desembargador Salvatore Antonio Astuti, DJ. 14/05/2014. Disponível em: < <https://www.tjpr.jus.br/consulta-2grau> >. Acesso: 17. Jun.2019.

No entanto, ao contrário do defendido pelo Agravante [o Estado do Paraná], as figuras de sujeito ativo e sujeito passivo não se confundem na mesma pessoa, uma vez que as custas constituem-se receitas destinadas ao próprio Poder Judiciário. [...]

Não há, pois, que se falar em confusão, na medida em que as custas judiciais arrecadadas pelas serventias estatizadas destinam-se a órgão integrante da estrutura do Poder Judiciário, e não do Poder Executivo Estadual. Nessa esteira, o art. 99 da Constituição Federal preceitua que “Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira”. O seu § 1º ratifica essa autonomia ao conceder aos tribunais a prerrogativa de elaborarem seus próprios orçamentos.

Diante da limitação encontrada no art. 20, II, B, da Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que estabelece o teto máximo de 6% do orçamento com despesas de pessoal, o FUNJUS acaba por complementar essa renda, com o objetivo de obtenção de receitas para concretizar o processo de estatização das serventias. [...]

Assim, as custas arrecadadas na forma da Lei n. 15942/2008 são devidas ao Poder Judiciário do Paraná pelo Estado o Paraná, não se permitindo concluir pela confusão alegada. [...]

Não há, assim, a confusão alegada, uma vez que o Poder Judiciário possui orçamento próprio, tendo o FUNJUS destinação própria, determinada por lei [...].

O aludido posicionamento, por sua vez, restou consolidado em incidente de uniformização de jurisprudência, restando assentado igualmente que não ocorreria confusão entre credor e devedor já que, ante a autonomia do órgão jurisdicional, não seria plausível considerar que valores destinados ao Tribunal de Justiça se confundiram com aqueles do Estado do Paraná, havendo orçamento e cofres distintos entre eles. Ademais, referidos valores seriam direcionados a um fundo específico com finalidade própria, estabelecendo-se, inclusive, enunciado sumular¹⁴ com a seguinte redação:

14 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, *Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. 1.329.914-8*, Relator Desembargador Silvio Dias. Julgado 20/11/2015. Disponível em: < <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340742833/apelacao-apl-15284129-pr-1528412-9-acordao/inteiro-teor-340742838> >. Acesso em: 17-jun-2019.

É cabível a condenação da Fazenda Pública estadual ao pagamento das custas processuais nos casos em que a serventia for estatizada, não havendo que se falar em confusão patrimonial

Presente as mesmas razões de decidir, o paradigma supra deve ser adotado para resolver a questão da suposta confusão quanto às Defensorias Públicas Estaduais e, conseqüente, superação do Enunciado 421 do Superior Tribunal de Justiça, permitindo que os honorários sucumbências sejam utilizados para o aparelhamento da Instituição.

Isto se dá por motivos translúcidos. Afinal, caso se entenda viável a manutenção de entendimento jurisprudencial, apesar de alterações legais – e constitucionais –, criar-se-ia não só a ideia de que os tribunais teriam poder de “promulgação” de precedentes com força de lei, mas, além disso, que tais são até mesmo superiores a própria Constituição. Realmente, no caso em comento, chegaríamos à conclusão que o poder jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça seria superior até mesmo ao do constituinte derivado, transgressão que se mostra inadmissível.

Diante da reforma constitucional, torna-se patente que o Enunciado 421 do E. STJ¹⁵ não se mostra mais aplicável. Tal tema já foi debatido no E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹⁶

Revisitando o tema, tenho que as inovações legislativas posteriores à edição da Súmula 421, do C. STJ, não mais impedem a Defensoria Pública de receber honorários, quando vitoriosa em causa contra o próprio Estado de que é integrante. [..]

A ideia de autonomia diz respeito, justamente, a esta especificação no orçamento [..] e [S]e os orçamentos são distintos, e se as verbas auferidas têm destinação específica, não há como perpetuar-se a tese da confusão, que norteou a consolidação jurisprudencial.

15 *Súmula 421 STJ*: Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença. Julgado em: 03 mar.2010. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Jurisprud%C3%Aancia/S%C3%BAmulas. Acesso em 17. Jun.2019

16 Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *Apelação Cível n. 1020766-79.2014.8.26.0224*, 10ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Marcelo Semer, julgado 13/04/2015, p. 08/09. Disponível em < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181972278/apelacao-apl-10207667920148260224-sp-1020766-7920148260224/inteiro-teor-181972290?ref=amp>>. Acesso em 17-06-2019.

Com efeito, necessário reconhecer que, em razão da autonomia administrativa, institucional e orçamentária garantidas à Defensoria Pública Estadual, por força do art. 134, § 2º e 4º, e do art. 168 da Constituição Federal, impõe o pagamento de honorários sucumbências em favor do Fundo de Aparelhamento da Defensoria Pública.

2.3 DA DIVERGÊNCIA INTERPRETATIVA JUDICIAL: A AUTONOMIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM CONTRAPOSIÇÃO À AUTONOMIA DA DEFENSORA PÚBLICA

Anote-se que o Judiciário estabeleceu uma diferença¹⁷ entre a autonomia dos Tribunais de Justiça e da Defensoria Pública, pois a seu ver, o art. 99 da Constituição da República expressamente consigna a autonomia financeira do Poder Judiciário, enquanto a previsão relativa à Defensoria Pública é de aplicação do art. 99§2º. Vide disposições abaixo:

Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.

§ 1º Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias.

§ 2º O encaminhamento da proposta, ouvidos os outros tribunais interessados, compete:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV

17 Nem se diga que a revisão promovida pela Emenda Constitucional n. 80/2014 garantiu autonomia financeira à Defensoria Pública, pois, basta cotejar o § 2º do artigo 134 da Constituição Federal com o artigo 99 da Constituição Federal para concluir que a garantia constitucional que lhe foi conferida é de proposição orçamentária, jamais autonomia financeira propriamente dita. Daí que a equiparação ao entendimento majoritário dado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná da cobrança do FUNJUS contra o ente estadual não se sustenta". BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Embargos de Declaração na Ação Civil Pública 0001800-12.2015.8.16.0036*. JD. Juan Daniel Pereira Sobreiro. Vara da Fazenda Pública de São José Dos Pinhais – Comarca da Região Metropolitana de Curitiba. Disponível em: < https://projudi.tjpr.jus.br/projudi/arquivo.do?_tj=a26f3087b26d4ca5a0e81fb34e3e2f38905d401bcc876cef8dccc6981ab752a9ce9c1a91f7dbc26ad>. Publicação Eletrônica em 16/04/2017. Acesso em : 17-jun-2019.

do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (grifei)

I - no âmbito da União, aos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com a aprovação dos respectivos tribunais;

II - no âmbito dos Estados e no do Distrito Federal e Territórios, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais.

Ora, diante de uma mera leitura, vê-se que o legislador constituinte, apenas, escreveu de formas distintas o mesmo instituto. Ou seja, a autonomia administrativa, funcional e orçamentária também se faz presente no art. 99, §2º da Constituição da República. Trata-se, apenas, de evidente relutância e receio de compartilhamento de poderes entre as instituições de estado.

Tal receio, contudo, já não se concebe com relação ao Ministério Público, que caminha à sombra das garantias da magistratura. Cabe notar, nesse ponto, que as disposições relativas ao Ministério Público quanto ao exercício de sua autonomia financeira – da qual ninguém discordam, nem mesmo o Judiciário – possui a mesma redação e técnica legislativa utilizada para disciplinar a autonomia da Defensoria Pública. Veja.

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º - Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas e de provas e títulos; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

§ 4º Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) – **grifei**

§ 5º Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na forma do § 3º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 6º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais.

Importante destacar que, como se depreende da leitura dos dispositivos supra, não existe qualquer menção explícita a autonomia financeira do Ministério Público. E, mesmo assim, concebe-se como indispensável para o exercício *domunus ministerial* a plena autonomia da instituição.

Anote-se que um sistema de justiça deve ser equilibrado para que funcione da maneira correta, sem que o corporativismo acabe por prejudicar a missão constitucional da instituição e os objetivos da Carta Republicana.

3 A INCORPORAÇÃO DA DOCTRINA DO STARE DECISIS AO CIVIL LAW

Vivencia-se, atualmente, um paradigma de aproximação entre os modelos da *Common Law* e da *Civil Law*, retratados não só no campo processual, como também no constitucional.

O *Civil Law* elege a lei como limitador do Judiciário. Entretanto, o desenvolvimento social e o incremento do número de demandas abrem espaço para soluções do modelo da *Common Law*, baseado em decisões paradigmáticas, ou “*stare decisis*” Barboza (2014, p. 226).

Os paradigmas objetivam conferir certeza jurídica, isonomia e segurança, na medida em que casos com os mesmos fatos essenciais são julgados da mesma maneira, sem divergências entre juízes, turmas ou tribunais.

Nesse ponto, importante é o magistério de Akanmidu (*apud* BARBOZA, 2014, p.226), ao advertir que a pretensão de estabilidade e certeza jurídica, a serem estabelecidas nos precedentes, pode contrariar a ideia de adaptabilidade do direito às mudanças. Da mesma forma, ensina que não há imutabilidade absoluta “A integridade não significa apenas estabilidade entre as decisões, é mais que isso, exige respeito ao passado, mas este respeito não significa imutabilidade dos precedentes.

A figura central desta ponderação entre rigidez e adaptabilidade é o magistrado. Seu compromisso deve ser de respeitar o paradigma como engrenagem para o correto funcionamento do sistema, de outro giro, não pode se omitir diante da superação dos fundamentos das decisões.

Vê-se maior dificuldade na mudança¹⁸ informal, silenciosa do ordenamento jurídico; porém em havendo alteração formal, mostra-se desidiosa a atuação meramente copiadora de decisões passadas, sem o filtro crítico do interprete – no caso, o juiz.

Assim, para a modificação do precedente, necessário se faz a coerência com a totalidade do sistema, e não apenas com a decisão anterior.

18 Entende-se por mudança formal do ordenamento jurídico o processo legislativo de emenda à constituição do Estado chancelada pelos representantes do povo. Já a mudança informal representa a absorção da alteração do contexto econômico, político e social, no que tange à interpretação das normas sem propriamente haver existido qualquer alteração textual na Carta Constitucional. Aquela se apresenta por formal iniciativa do legislativa, este exsurge da inferência levada, via de regra, à cabo pelo Poder Judiciário.Referência??

E a coerência pode surgir de uma nova decisão paradigma. Barboza (2014, p. 199) resume a ideia que decorre do “*stare decisis*” a partir de Goodhart (1934):

É a de respeito às decisões judiciais precedentes, ou respeito aos precedentes, decisões que já foram tomadas anteriormente por outros tribunais e que resolveram problema semelhante (*treatlike cases alike*). Diversamente do que ocorre nos sistemas de *civil law*, o *stare decisis* significa que mesmo uma única decisão tomada individualmente pelos tribunais deve ser respeitada, é o que Goodhart chama de “doutrina do precedente individual obrigatório”, ou seja, um só precedente é o bastante para constituir direito e gerar obrigações. (LEGARRE; RIVERA, 2006, p. 109-124)

Anote-se que, ordinariamente, o surgimento do paradigma depende de um conjunto de decisões, o que se pode extrair da disciplina das súmulas vinculantes, incidente de resolução de demandas repetitivas, que, respectivamente, exigem “*reiteradas decisões sobre matéria constitucional*” (Art. 2º da Lei nº 11.417/ 2006) - e “*efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito*” (art. 976, inciso I do Código de Processo Civil).

Entretanto a influência da *Common Law*, seguindo a linha do precedente individual obrigatório, o próprio Supremo Tribunal Federal estará vinculado¹⁹ a suas próprias decisões, pois a formação do precedente não estará atrelada a um conjunto de decisões reiteradas, mas a um paradigma que retrate a totalidade do sistema, e se comprometa com a história da comunidade, a constituição visível e as mutações que representam a constituição invisível. Nesse sentido, as lições de Walichow (*apud* BARBOZA, 2014, p. 188):

Destarte, quando se admite que a Constituição é um instrumento vivo, assume-se também que ela se desenvolve e se adapta as circunstâncias e crenças atuais e sua legitimidade, então, estará na justiça, no consenso,

19 Se discute na doutrina a qualificação dos enunciados vinculantes como atos normativos, mas é certo que representam o grau máximo de qualificação de decisão como ato vinculante e de efeito contra todos. A despeito disso, o art. 103-A, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. prevê que: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

no cumprimento e na soberania do povo atual e não apenas no poder constituinte originário”.

Dessa forma, evidencia-se que, a partir de uma única decisão, da qual se possa extrair nova *ratio decidendi*, objeto de mutações sócio-políticas ou emendas formais do texto constitucional, já é possível que o entendimento criado pelo precedente seja aplicado para todos vinculantes ao próprio Poder Judiciário por inteiro, pois trata da mesma questão de direito.

3.1 RESPEITO AO PARADIGMA EM CONTRAPOSIÇÃO À DESÍDIA NA VERIFICAÇÃO DA INTEGRIDADE DA DECISÃO

Como cediço, a Constituição da República Federativa do Brasil prevê procedimento formal para alteração de seu texto. Ao lado deste mecanismo, a chamada mutação constitucional, em que se modifica o contexto, e, por consequência, a forma de interpretar determinado assunto, mantendo-se íntegro o enunciado constitucional.

Certo ainda que, se diante da mutação informal, há de se mudar a interpretação, ainda mais evidente a partir da reforma constitucional formal, tal como a operada pelas Emendas Constitucionais n. 45, 74 e 80.

À despeito da mudança da compreensão acerca da real interpretação da função essencial e do expresse reconhecimento da autonomia administrativa, funcional e orçamentária das Defensorias Públicas, persistem as decisões judiciais que meramente reproduzem o teor do Enunciado 421 do STJ, olvidando-se da decisão do Plenário do STF.

Nesse sentido, segue o julgado que apenas invoca o enunciado sumular sem o devido cumprimento do art. 489, §1º, inciso V, do Código de Processo Civil²⁰:

Houve sucumbência recíproca, mas não em igual proporção. Por isso, condena-se o Estado do Paraná ao pagamento das custas processuais, à razão de 65% (sessenta e cinco por cento) desse encargo. Descabe, entretanto, a condenação do Estado do Paraná ao pagamento de

20 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA 0001800-12.2015.8.16.0036**. JD. Juan Daniel Pereira Sobreiro. Vara Da Fazenda Pública De São José Dos Pinhais – Comarca Da Região Metropolitana De Curitiba. Disponível em: < https://projudi.tjpr.jus.br/projudi/arquivo.do?_tj=4b30483a5499065c5e57bba21485a3d2b04f8424c6b62de6ada68974d47b8f1e102d7376237443b3>. Publicação Eletrônica em 16/04/2017. Acesso em: 17-jun-2019.

honorários advocatícios à Defensoria Pública, pois, incide a Súmula n. 421 do Superior Tribunal de Justiça.

Além de violar o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais descumpre a norma regulamentadora presente no Código de Processo Civil, na medida em que apenas invoca o enunciado sem tecer quaisquer enfrentamentos sobre as questões postas em debate.

A crítica que se faz não é quanto à decisão em si mesma, mas, portanto, à mera reprodução do enunciado sumular. Na realidade, este é um risco da teoria dos precedentes judiciais, na medida em que não se resgata a *ratio decidendi* dos julgados. Não há um labor interpretativo do juízo, mas apenas de mero “corte e colagem”. E, assim, não se procede à verificação acerca da integridade da decisão e nem a necessidade de sua reforma, sobretudo diante de modificação expressa da constituição.

Assim, a atuação dos juízes não deve ser desidiosa; ao contrário, há de ser desvinculada da mera reprodução de jurisprudência, atenta às reformas constitucionais, formais ou informais, capazes de alterar os pressupostos do paradigma.

3.2 DA ADOÇÃO DA DECISÃO DO STF COMO RATIO DECIDENDI E DA APLICAÇÃO DA LITERALIDADE DO ART. 85 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Fixadas as premissas, há de se fazer aplicar em sua plenitude as disposições do art. 85 do Código de Processo Civil, que regulou exaustivamente a matéria, tendo regulado inclusive honorários contra a Fazenda Pública, nos parágrafos 3º a 7º.

Não se omitiu, portanto, o legislador. Utilizou-se da técnica do silêncio eloquente e exauriu a disciplina dos honorários contra a Fazenda, sem obstá-los.

Nesse sentido, já se manifestou o Plenário do Supremo Tribunal Federal em ação rescisória ajuizada pela Defensoria Pública da União em face da União Federal, julgada procedente, em que fora fixada a condenação na verba honorária em favor da Defensoria Pública situada no nível Federal:

Agravo Regimental em Ação Rescisória. 2. Administrativo. Extensão a servidor civil do índice de 28,86%, concedido aos militares. 3. Juizado Especial Federal. Cabimento de ação rescisória. Preclusão.

Competência e disciplina previstas constitucionalmente. Aplicação analógica da Lei 9.099/95. Inviabilidade. Rejeição. 4. Matéria com repercussão geral reconhecida e decidida após o julgamento da decisão rescindenda. Súmula 343 STF. Inaplicabilidade. Inovação em sede recursal. Descabimento. 5. Juros moratórios. Matéria não arguida, em sede de recurso extraordinário, no processo de origem rescindido. Limites do Juízo rescisório. 6. Honorários em favor da Defensoria Pública da União. Mesmo ente público. Condenação. Possibilidade após EC 80/2014. 7. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo a que se nega provimento. 8. Majoração dos honorários advocatícios (art.85, § 11, do CPC). 9. Agravo interno manifestamente improcedente em votação unânime. Multa do art. 1.021, § 4º, do CPC, no percentual de 5% do valor atualizado da causa.

A ementa da decisão indica que a decisão se fundou na inexistência de confusão diante da autonomia constitucional da Defensoria Pública e, além disso, impôs a multa por agravo protelatório e majoração da verba honorária, em razão de interpretar o recurso da “Fazenda” Federal como manifestamente protelatório, diante da mudança da ordem constitucional e das razões anteriormente apontadas.

Nesse ponto, faz-se imprescindível destacar trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes²¹, no presente julgamento unânime:

Antes das alterações constitucionais, o entendimento dos Tribunais pátrios estava consolidado no sentido de que não poderia a União ser condenada a pagar tais verbas sucumbências a favor da Defensoria Pública em demandas nas quais figurassem em polos adversos. Nesta Corte, a questão foi apreciada no RE 592.730 RG (tema 134), no qual se entendeu não haver repercussão geral da matéria. Confirma-se a ementa do acórdão: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DEFENSORIA PÚBLICA REPRESENTANDO LITIGANTE VENCEDOR EM DEMANDA AJUIZADA CONTRA O PRÓPRIO ESTADO AO QUAL O REFERIDO ÓRGÃO ESTÁ VINCULADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO INCABÍVEL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL”. (RE 592.730 RG, Rel. Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, DJe 21.11.2008). Após as mencionadas alterações constitucionais, a redação do art. 4º da LC 80/94 passou a atribuir à Defensoria Pública a prerrogativa de receber verbas

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Ação Rescisória nº 1.937*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília. Julgado em: 09 Ago 2017 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13320463>>. Acesso em: 17. Jun.2019

sucumbências provenientes de sua atuação, *in verbis* (...). Percebe-se, portanto, que, após as Emendas Constitucionais 45/2004, 74/2013 e 80/2014, houve mudança da legislação correlata à Defensoria Pública da União, permitindo a condenação da União em honorários advocatícios em demandas patrocinadas por aquela instituição de âmbito federal, diante de sua autonomia funcional, administrativa e orçamentária, cuja constitucionalidade foi reconhecida no seguinte precedente: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. ART. 134, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, INCLUÍDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 74/2013. EXTENSÃO, ÀS DEFENSORIAS PÚBLICAS DA UNIÃO E DO DISTRITO FEDERAL, DA AUTONOMIA FUNCIONAL E ADMINISTRATIVA E DA INICIATIVA DE SUA PROPOSTA ORÇAMENTÁRIA, JÁ ASSEGURADAS ÀS DEFENSORIAS PÚBLICAS DOS ESTADOS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004. EMENDA CONSTITUCIONAL RESULTANTE DE PROPOSTA DE INICIATIVA PARLAMENTAR. ALEGADA OFENSA AO ART. 61, § 1º, II, “c”, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. USURPAÇÃO DA RESERVA DE INICIATIVA DO PODER EXECUTIVO. INOCORRÊNCIA. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 2º E 60, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. SEPARAÇÃO DE PODERES. INOCORRÊNCIA. FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA NÃO DEMONSTRADOS. (...) 4. O art. 60, § 4º, da Carta Política não veda ao poder constituinte derivado o aprimoramento do desenho institucional de entes com sede na Constituição. A concessão de autonomia às Defensorias Públicas da União, dos Estados e do Distrito Federal encontra respaldo nas melhores práticas recomendadas pela comunidade jurídica internacional e não se mostra incompatível, em si, com a ordem constitucional. Ampara-se em sua própria teleologia, enquanto tendente ao aperfeiçoamento do sistema democrático e à concretização dos direitos fundamentais do amplo acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e da prestação de assistência jurídica aos hipossuficientes (art. 5º, LXXIV). 5. Ao reconhecimento da legitimidade, à luz da separação dos Poderes (art. 60, § 4º, III, da Lei Maior), de emenda constitucional assegurando autonomia funcional e administrativa à Defensoria Pública da União não se desconsidera a natureza das suas atribuições, que não guardam vinculação direta à essência da atividade executiva. (“.)Ante o exposto, nego provimento ao agravo por ser manifestamente inadmissível e, considerando que o valor dos honorários advocatícios foi fixado em quantia certa (art. 85, § 8º, do CPC), a majoração do art. 85, § 11, do CPC, ocorrerá em percentual de 20% sobre essa base de cálculo. Assim, majoro a verba

honorária em 20% sobre o valor anteriormente fixado, R\$ 8.000,00, totalizando o importe de R\$ 9.600,00, observados os limites previstos nos §§ 2º e 3º do referido dispositivo. (...)

A decisão acabou por resumir todos os pressupostos do trabalho, quais sejam: a reforma constitucional e alteração da conformação constitucional das Defensorias Públicas. Este julgado, dada a aproximação do sistema *Common Law*, já representa o novo paradigma a ser obrigatoriamente observado em todas as instâncias e por todos os juízes, pois evidenciou nova *ratio decidendi*, superando as premissas do Enunciado 421 do STJ e reconhecendo a plena autonomia da Defensoria Pública.

Destaca-se não só a hierarquia, mas a própria influência da *Common Law* no Código de Processo Civil, já vista a decisão ter sido proferida pelo Plenário do STF, após acolhimento da repercussão geral, com caráter vinculante, nos termos do Informativo 886 STF.

Nesse cotejo, retomando as disposições do art. 85 do Código de Processo Civil, a mera leitura das normas demonstra inexistir quaisquer ressalvas para os processos patrocinados pela Defensoria Pública e nos casos em que ela se sagrar vitoriosa frente ao Estado, muito embora o Código tenha disposto sobre a instituição em quarenta e uma oportunidades.

Sendo assim, verifica-se que a opção do legislador foi pela disciplina de honorários sucumbências da Defensoria Pública sem quaisquer vedações, ressalvadas restrições acerca do valor – e não da inexistência – presentes nos §§3º a 7º do art. 85 do Código de Processo Civil, de modo que não subsiste qualquer interpretação que afaste os honorários quando a Defensoria se sagrar vencedora em demanda contra o Estado.

4 CONCLUSÃO

A motivação da pesquisa se pautou na Defensoria Pública em razão do público-alvo coincidir com enorme parcela da população brasileira, sendo certo que a percepção de verba honorária por atuação no processo contencioso Cível se reverterá em prol da prestação do serviço de assistência jurídica integral e gratuita, mediante aparelhamento da instituição.

No segundo capítulo, resgatou-se a origem, a definição, finalidade e natureza jurídica dos honorários advocatícios, para, então, reafirmar que a Defensoria Pública faz *jus* a honorários advocatícios de sucumbência.

No terceiro capítulo, para concluir acerca da superação do Enunciado 421 da Súmula da Jurisprudência Dominante no Superior Tribunal de Justiça, apontou-se a atual conformação constitucional, a esquizofrenia na interpretação judicial entre a autonomia orçamentária do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem como a anacronia do entendimento acerca da confusão entre a verba destinada ao Fundo de Aparelhamento da Defensoria Pública e o caixa do Estado-Membro.

Nesse ponto, foram fundamentais as lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto para conferir, numa concepção moderna de estado, sua similitude com os Poderes da República, haja vista situar-se como Provedorias de Justiça. Tal natureza jurídica impõe função eminente fiscalizatória do exercício das atribuições dos demais poderes, e adoção de uma postura contramajoritária demanda a necessária autonomia nos campos administrativo, funcional e orçamentária para garantir o adequado funcionamento da instituição.

No quarto capítulo, analisou-se a incorporação gradual da *Common Law* ao ordenamento pátrio a partir da implementação da doutrina do *stare decisis*, além de perquirir acerca da imutabilidade do precedente e se um único julgado tem o condão de se tornar vinculante e obrigatório a todos.

Definiu-se que a partir das mutações constitucionais – formais ou informais – tem o magistrado o dever de investigar acerca da manutenção da integridade do precedente e a necessidade de sua alteração, tecendo críticas quanto às atividades meramente copista.

A partir da resposta as questões acima estabeleceram que o enunciado sumular 421 encontra-se superado pelo recente acórdão lavrado no bojo do Agravo Regimental na Ação Rescisória 1937/DF, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, decisão essa que se qualifica como precedente, pois criou uma nova *ratio decidendi*, e, portanto, é vinculante para todo Poder Judiciário, conforme os influxos da *Common Law*.

Por fim, constatou-se que o Código de Processo Civil disciplinou exaustivamente os honorários fazendários impondo unicamente as restrições percentuais, mas sem excluí-los, em especial à instituições autônomas e a afetações específicas. Desse modo, a regra disposta no *caput* do art. 85 deve ter plena incidência: “a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”, consolidando-se que a nova legislação

Processual Civil não estabeleceu quaisquer impedimentos ao recebimento de honorários à Defensoria Pública Estadual quando a Fazenda Pública Estadual é vencida.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Rogério Emílio de; DIAS, Rosa M. Pellegrini. *Parecer - Comissão do Advogado Público da OAB/SP*. Revista de direito e política. São Paulo: vol. 4, jan/mar 2005.

ARAÚJO, Fabiana Azevedo. *A Remuneração do Advogado: Investigações Acerca da Natureza Jurídica dos Honorários de Sucumbência. Advocacia Geral da União*. Disponível em: <<https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/521907>> Acesso em: 17-jun-2019.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de direito Processual Civil*. Salvador: Ed Juspodivm, 2017.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes Judiciais E Segurança Jurídica: Fundamentos e Possibilidades Para A Jurisdição Constitucional Brasileira*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ed. rev. amp. São Paulo: Ed Ltr, 2005.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 3643. Min. Carlos Ayres Brito. Plenário. Julgado em 08.11.2006. Dj 16/02/2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 5 de Outubro de 1988.

BRASIL. *Emenda Constitucional N° 45, de 30 de dezembro de 2004*. dou 31.12.2004.

BRASIL. *Emenda Constitucional N° 74, de 6 de Agosto de 2013*. dou 7.8.2013.

BRASIL. *Emenda Constitucional N° 80, de 4 de Junho de 2014*, dou 5.6.2014

BRASIL. *Lei Complementar N° 101, de 4 de Maio de 2000*. Estabelece Normas de Finanças Públicas Voltadas para a Responsabilidade na Gestão Fiscal e dá Outras Providências. Dou de 5.5.2000

BRASIL. *Lei Complementar N° 132, de 7 de Outubro de 2009*. Altera dispositivos da Lei Complementar N° 80, de 12 de Janeiro de 1994, Que Organiza A defensoria Pública da União, do distrito Federal E dos Territórios E Prescreve Normas Gerais Para Sua Organização Nos Estados, e da Lei N° 1.060, de 5 de Fevereiro de 1950, e dá Outras Providências. dou 8.10.2009

BRASIL. *Lei Complementar N° 80, de 12 de Janeiro de 1994*. Organiza a Defensoria Pública da União, do distrito Federal E dos Territórios E Prescreve Normas Gerais Para Sua Organização Nos Estados, E dá Outras Providências. Dou de 13.1.1994.

BRASIL. *Lei N° 13.105, de 16 de Março de 2015*. *Código de Processo Civil*. Dou de 17.3.2015

BRASIL. *Lei N° 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. dispõe Sobre O Regime Jurídico dos Servidores Públicos Cíveis da União, das Autarquias E das Fundações Públicas Federais. Dou de 19.4.1991

BRASIL. *Lei N° 8.906, de 4 de Julho de 1994*. dispõe Sobre O Estatuto da Advocacia E A Ordem dos Advogados do Brasil (Oab). Dou de 5.7.1994.

BRASIL. *Lei N° 9.527, de 10 de dezembro de 1997*. Altera dispositivos das Leis N°s 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.460, de 17 de Setembro de 1992, E 2.180, de 5 de Fevereiro de 1954, E dá Outras Providências. d.O.U.de 11.12.1997

BRASIL. Supremo Tribunal Federal *Ação Direta de Inconstitucionalidade N 5218*. Min Ricardo Lewandowski. Julgamento Em 16/01/2015. dj 04/02/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade N 3943*. Min. Gilmar Mendes. Pleno. Julgado Em 07.05.2015.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Enunciado Vinculante N 47 da Súmula da Jurisprudência Vinculante do Supremo Tribunal Federal*. Data de Publicação do Enunciado: 2.6.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental Na Ação Rescisória 1.937*. Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. dj 09/08/2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento N. 1161981-5, Relator desembargador Salvatore Antonio Astuti, dj. 14/05/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível N. 1020766-79.2014.8.26.0224, 10ª Câmara de direito Público, Rel. des. Marcelo Semer, J. 13/04/2015, P. 08/09.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. *Ação Cível 2007.000590-3-0*, desembargador Paulo Alfeu Puccinelli, 3ª Turma Cível. dj: 05.03.2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, *Incidente de Uniformização de Jurisprudência N. 1.329.914-8*, Relator desembargador Silvio dias, J. 20/11/2015

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Ação Civil Pública 0001800-12.2015.8.16.0036*. Jd. Juan Daniel Pereira Sobreiro. Vara da Fazenda Pública de São José dos Pinhais – Comarca da Região Metropolitana de Curitiba. disponível Em:<https://Projudi.Tjpr.Jus.Br/Projudi/Arquivo.do?_Tj=4b30483a

5499065c5e57bba21485a3d2b04f8424c6b62de6ada68974d47b8f8be102d7376237443b3>. Publicação Eletrônica Em 16/04/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado N, 421 da Súmula da Jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça*. Corte Especial, Em 3.3.2010 dje 11.3.2010

CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol I. 15 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Fabrício Silva de. *Direito das Obrigações*. Niterói: Impetus. 2010.

CAPPELLETTI, Mauro; Garth, Bryan. *Acesso À Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editora, 1988

CORGOSINHO, Gustavo. *Defensoria Pública. Princípios Institucionais E Regime Jurídico*. 2 Ed. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso De Direito do Trabalho*. 14 Ed. SÃO PAULO: LTR, 2015.

DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; NUNES, Dierle; CREMASCO, Suzana; FRANÇA, Marina; JAYME, Fernando. *Carta de Belo Horizonte –*

Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2 Ed. 2017.

GALLIEZ, Paulo Cesar Ribeiro. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. 2 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEGARRE, Santiago; RIVERA, Julio César. *Naturaleza y dimensiones Del stare decisis*. Revista Chilena de Derecho.v.33n.1, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 Ed. rev. São Paulo: Ed Saraiva. 2015

MOREIRA NETO, Diogode Figueiredo. *A Defensoria Pública Na Construção do Estado de Justiça*. Revista de direito da defensoria Pública, Rio de Janeiro, 1995, Ano Vi, N7

ONÓFRIO, Fernando Jacques. *Manual de Honorários Advocatícios*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVEIRA, Daniel. *Metade dos Trabalhadores Brasileiros Tem Renda Menor Que O Salário Mínimo*, Aponta Ibge. *G1 Rio*. disponível Em: <<https://g1.globo.com>

/Economia/Noticia/Metade-dos-Trabalhadores-Brasileiros-Tem-Renda-Menor-Que-O-Salario-Minimo-Aponta-Ibge.Ghtml> Acesso Em: 17-Jun-2019.

REIS, Gustavo Augusto Soares dos; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; JUNQUEIRA, Gustavo, *Comentários À Lei da Defensoria Pública*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

RECEBIDO EM: 09/09/2019

APROVADO EM: 20/05/2019

O CONSUMIDOR UTILITARISTA E A QUESTÃO REGULATÓRIA DA ECONOMIA COMPARTILHADA

*THE UTILITY CONSUMER AND THE REGULATORY
ISSUE OF THE SHARED ECONOMY*

Fábio Campelo Conrado de Holanda

Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Pós-graduando em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Professor do curso de graduação em Direito e do Programa de Pós-graduação (Mestrado) em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7).

Procurador Federal da Advocacia-Geral da União.

Jardelly de Aguiar Cunha Maranhão

Mestre em Direito pelo Centro Universitário 7 de Setembro. Membro da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/CE. Advogada.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Uma breve evolução da sociedade de consumo de massa; 2 O fenômeno da economia compartilhada e sua complexidade regulatória; 3 O consumidor é um utilitarista em face da eticidade regulatória da economia compartilhada?; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: A justificativa para o desenvolvimento da presente pesquisa é o crescimento das plataformas digitais relacionadas com a economia compartilhada e os correlatos prejuízos que podem gerar aos consumidores. A partir dessa premissa, surge e a pergunta de partida que será enfrentada ao longo do texto é: o consumidor em geral, enquanto vulnerável na relação jurídica com o fornecedor de bens e serviços, tende a adotar uma conduta utilitarista e impassível às múltiplas discussões éticas que visam regular o fenômeno da economia compartilhada? Em que pese o consumidor ser uma figura central nos debates relativos à economia compartilhada, não se olvida que existem complexas situações de ordem ética relacionadas com as searas trabalhista, tributária e concorrencial que se imiscuem na questão (sobretudo no cenário atual de imprevisibilidade inaugurado com a pandemia da COVID-19), evidenciando que o tema reclama uma providência regulatória por parte do estado. Em verdade, convém registrar que o aprofundamento da estrutura da economia P2P não nos traz “novos” problemas, haja vista que a fragilidade das relações de emprego, o racismo, a justa distribuição de renda, as discriminações de gênero e a regulação do direito de propriedade são questões que lhe precedem. Em nosso sentir, a regulação da matéria se mostra relevante para não agudizar tais problemas em relação ao consumidor, que aprioristicamente é considerado um vulnerável.

PALAVRAS-CHAVE: Economia Compartilhada. Regulação. Proteção do Consumidor.

ABSTRACT: The justification for the development of this research is the growth of digital platforms related to the shared economy and the related losses that they can generate to consumers. From this premise, it emerges and the starting question that will be faced throughout the text is: the consumer in general, while vulnerable in the legal relationship with the supplier of goods and services, tends to adopt a utilitarian and impassive conduct to multiple ethical discussions that aim to regulate the shared economy phenomenon? In spite of the fact that the consumer is a central figure in the debates regarding the shared economy, it should not be forgotten that there are complex ethical situations related to the labor, tax and competitive sectors that are involved in the issue (especially in the current scenario of unpredictability inaugurated with the pandemic of COVID-19), showing that the issue calls for regulatory action by the state. In fact, it should be noted that the deepening of the structure of the P2P economy does not bring us “new” problems, given that the fragility of employment relations, racism, the fair distribution of income, gender discrimination and the regulation of the right to ownership are issues

that precede it. In our opinion, the regulation of the matter is relevant to avoid aggravating such problems in relation to the consumer, who is a priori considered to be vulnerable.

KEYWORDS: Shared Economy. Regulation. Consumer Protection.

INTRODUÇÃO

O consumidor do século XXI difere daquele das últimas décadas, notadamente porque a introdução das novas tecnologias nas relações jurídicas contribuiu para uma mudança paradigmática no jeito de pensar, de viver e de consumir. Tarefas que pareciam simples (como tomar um taxi, adquirir um vestido para uma festa ou reservar uma hospedagem nas férias) agora estão mais baratas e acessíveis. É fato, o fenômeno da economia compartilhada está amplamente difundido na sociedade contemporânea.

Consumir colaborativamente representa uma inovação capaz de engendrar uma economia de produção alinhada com benefícios econômicos, sociais e ambientais, trazendo um contraponto aos malefícios da obsolescência programada e ao acelerado descarte de resíduos sólidos que lhe é inerente, na medida em que estende o uso dos bens materiais, ressignificando-os.

A ideia de que os bens (principalmente bens de longa duração e com capacidade ociosa) podem ser compartilhados por pessoas diferentes, já havia inspirado a Diretiva 94/47/CE do Parlamento Europeu (que trata sobre a proteção dos compradores nos contratos relativos à fruição compartilhada de imóveis) e outras normas no direito comparado.

No entanto, em que pese o consumidor ser uma figura central nos debates relativos à economia compartilhada, não se olvida que existem complexas situações de ordem ética relacionadas com as searas trabalhista, tributária e concorrencial (sobretudo no cenário atual de imprevisibilidade inaugurado com a pandemia da COVID-19), evidenciando que o tema reclama uma providência regulatória por parte do Estado.

Pontuada a justificativa para o desenvolvimento da presente pesquisa, surge a pergunta de partida que será enfrentada ao longo do texto: o consumidor em geral, enquanto vulnerável na relação jurídica com o fornecedor de bens e serviços, tende a adotar uma conduta utilitarista e impassível às múltiplas discussões éticas que visam regular o fenômeno da economia compartilhada?

Com o objetivo de enfrentar o questionamento, inúmeros itinerários de natureza transdisciplinar seriam possíveis. Neste caso, elegeu-se tratar no primeiro tópico de uma breve explanação sobre a sociedade de consumo, incluindo o cenário atual, afeiçoado ao ambiente volátil das vivências. O segundo tópico aprofundará o conceito de economia compartilhada, a par da narrativa sobre as principais dificuldades relacionadas com a falta de regulamentação em nível nacional e internacional e, no último tópico, pretende-se refletir sobre a confirmação (ou não) da hipótese sugerida em epígrafe, qual seja, a de ser o consumidor em geral utilitarista e impassível às múltiplas discussões éticas que visam regular o fenômeno da economia compartilhada.

Sob o aspecto metodológico, a pesquisa é qualitativa e de cunho eminentemente bibliográfico, inclusive tangenciando o direito comparado. As críticas que o artigo enfrentará serão suficientes contribuições para a retomada e avanço no tratamento de tema tão caro para o autor, o estudo das relações consumeristas na contemporaneidade.

1 UMA BREVE EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE DE CONSUMO DE MASSA

Como dito, antes do enfrentamento central do problema proposto na pesquisa, necessário compreender como se desenvolveu a dinâmica da sociedade de consumo de massa, a fim de verificar sobre quais premissas se assentou a estratégia da economia compartilhada e todas (ou, pelo menos, algumas) as consequências que lhe são inerentes.

Para tanto, ao jurista se faz imprescindível uma incursão transdisciplinar capaz de compreender o chamado “homo consumericus”, voraz e liberto das antigas culturas de classes. Segundo as reflexões de Holanda (2020, p. 65), a descartabilidade é uma característica desses tempos ligeiros, imiscuindo-se no trato social em geral, com reflexo na família, nas relações profissionais e de consumo.

De fato, analisando a evolução da sociedade de consumo a partir da Revolução Industrial até a atualidade, tem-se, nas palavras de Gilles Lipovetsky, que após a expansão dos grandes mercados, com o início do consumo das marcas e sua sistemática vinculação à publicidade, seguiu-se uma democratização do consumo a partir de meados do século passado, até a época do consumo hiperconsumo em que a ansiedade e a insegurança se elevam ao nível da nossa capacidade de combater a fatalidade e prolongar a nossa esperança de vida (LIPOVETSKY, 2010).

A abordagem de Jean Baudrillard (2014, p. 16-21) sobre a sociedade de massa evidencia as novas formas de consumo, baseadas em grandes shoppings, entupidos de lojas com prateleiras e objetos que hipnotizam o consumidor a fazer parte de toda aquela abundância de coisas, com facilidades de pagamentos, simulam a experiência da felicidade.

Sob uma outra perspectiva, é possível relacionar a evolução do consumo com a existência de três (ou, talvez, quatro) revoluções industriais, sendo na primeira o homem dependente do carvão como fonte de energia para gerir sua produção (o que acarretou o êxodo rural e a saturação dos grandes centros urbanos). Posteriormente, o homem passou a utilizar novas energias, como o petróleo, a água ou o urânio (fato determinante para as fábricas intensificarem suas produções), aliada ao manejo dos meios de comunicação (estes, capazes de refinar as potencialidades do mercado e catalisar a aproximação dos indivíduos). Por fim (ou melhor, até o momento), o advento da era digital, onde a *internet* surge como instrumento de alta escalabilidade (ou seja, *aumento do volume nas atividades de produção, mas sem a ampliação dos custos do negócio*) revela-se capaz de desbravar novos horizontes nas relações jurídicas em geral.

A era digital propicia, por exemplo, a superação da microtecnologia pela nanotecnologia, inclusive com suas implicações consumeristas, como delinea mais uma vez Holanda (2019, p. 143-144) ao ilustrar o déficit informacional do consumidor, que desconhece “as consequências para a sua saúde no manejo de produtos fabricados à base de nanopartículas, inserindo-o numa condição de especial vulnerabilidade, dada a agudização dos riscos”.

A propósito, ao tratar sobre a internet e seus reflexos na sociedade em geral, o pensamento do sociólogo espanhol Manuel Castells (2003, p. 34) é esclarecedor ao pontuar que à vida comunitária virtual “acrescente uma dimensão social ao compartilhamento tecnológico, fazendo da Internet um meio de interação social seletiva e de integração simbólica”.

É fato, a inteligência artificial é quase onipresente nos dias de hoje, não se conseguindo imaginar uma sociedade sem os *smartphones*, que viabilizam alugar um apartamento, comprar um imóvel, adquirir itens no supermercado ou até mesmo conhecer novas pessoas, tudo isso sem sair de casa, sem levantar-se da cama. A introdução da tecnologia na sociedade de consumo certamente contribuiu para a evolução das relações consumeristas e, nesse itinerário evolutivo, muitas pessoas preferem compartilhar a comprar.

A economia compartilhada pode ser caracterizada pela troca ou empréstimo de produtos ou serviços, tendo como fundamentos os princípios da confiança, da boa-fé e da transparência, objetivando ora uma prestação melhor de um determinado serviço, ora a economia de tempo, de dinheiro ou de espaço (MARQUES, 2017, p. 249).

A economia compartilhada surge como uma alternativa, vez que oferece opções sustentáveis e consumo por meio da colaboração entre consumidores (VERBICARO, p. 2017, p. 459). Para outros doutrinadores, trata-se de um novo modelo econômico, mais aberto, cooperativo, onde a confiança ganha posição central nas relações humanas (SCHWARTZ, 2017, p. 224), sendo também compreendido na visão de pensadores estrangeiros como “this note defines the sharing business model as na online intermediary that acts as a Market for P2P services and facilitates exchanges by lowering transaction costs” (KATZ, 2015, p. 1070).

Embora a economia compartilhada continue a crescer (pesquisando os serviços do site www.betrspot.com já existe até um serviço de compartilhamento de coisas que não lhes pertence, como um assento no Starbucks, por exemplo), mecanismos regulatórios têm sido discutidos e aperfeiçoados. É diante desse cenário que o fenômeno da economia compartilhada surge com suas idiosincrasias, sendo esmiuçado no próximo tópico.

2 O FENÔMENO DA ECONOMIA COMPARTILHADA E SUA COMPLEXIDADE REGULATÓRIA.

Com o advento do compartilhamento, não só o modelo de consumo mudou. Antes, as empresas ofereciam seus produtos e seus serviços diretamente aos consumidores, o que se denominou de relações B2C (*business to consumer*), a par de outras relações jurídicas entre empresas (denominado de B2B - *business to business*). Esses são os modelos a partir dos quais a teorização da vulnerabilidade do consumidor foi consolidada (OLIVEIRA, 2018, p. 482).

Ocorre que novas relações se observam e não mais se restringem às duas modalidades em epígrafe, haja vista que agora as pessoas (destinatários finais de bens e serviços) fazem negócios entre si, o que se convencionou por denominar de relações P2P (*peer to peer*) ou C2C (*consumer to consumer*). A lógica é simples: para que comprar um produto ou utilizar um serviço de uma empresa (B2C) quando se pode pegar emprestado de uma outra pessoa (C2C)?

Em verdade, as relações P2P (entre consumidores) não possuem apenas duas pessoas nas relações contratuais, mas sim três: o provedor, o usuário e a plataforma digital. As plataformas digitais podem conectar os usuários do sistema P2P, independente da sua posição geográfica, condição financeira, sexo, cor ou raça, bastando que haja acesso à internet.

O sistema de avaliação na economia compartilhada é uma eficaz ferramenta de verificação do princípio da proteção da confiança neste segmento das relações jurídicas. Publicar aquilo que foi ruim (ou bom) às outras pessoas, impulsiona o mercado do compartilhamento, de forma que os responsáveis por essas plataformas podem identificar possíveis más prestações ou utilizações desses serviços (ou bonificar os que prestaram e se utilizaram daquele serviço da forma correta).

Na sua maioria, as plataformas digitais possuem abas específicas para o compartilhamento de experiências, de forma que usuário possa avaliar o serviço ofertado. Em verdade, o consumidor, ao avaliar um serviço prestado por uma dessas plataformas, está avaliando muito mais do que apenas aquele serviço. O que está, realmente, sendo avaliado é a reputação da plataforma. A lógica é simples: quanto mais avaliações positivas a plataforma tem, melhor ela seria.

Por esse motivo, o que se vê na prática é a máxima precaução das plataformas com os *feedbacks* de seus clientes. Nesta linha, a maioria das plataformas reage a comentários negativos, bonificando os clientes insatisfeitos na tentativa de reverter aquele mal-entendido. Ora, quando mais pessoas dizem que tal serviço é bom, mais pessoas são atraídas a utilizar aquele serviço. Por vezes essas reações são inconscientes. Neste sentido Sharot (2017, p. 154) entende que “nosso cérebro opera de acordo com as regras de que o que é desejado pelos outros deve ser valioso”.

Sobre o poder da influência e as condutas que moldam nosso comportamento, Berger (2017, p. 32) esclarece que “a imitação é motivada por mais do que uma mera coleta de informações. Mesmo quando já sabemos a resposta, o comportamento dos outros pode afetar o nosso, pela pressão social”.

Quanto à responsabilização das plataformas digitais, tem-se que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) prevê taxativamente o conceito de fornecedor, qualificando-o no artigo 3º. A norma prevê a responsabilidade objetiva de fornecedores e prestadores do serviço, o que se leva à reflexão sobre a possibilidade de responsabilizar as plataformas digitais por eventual dano decorrente da má prestação do serviço.

As plataformas digitais no âmbito da economia de compartilhamento são consideradas fornecedoras de serviços? Por meio de uma exegese estritamente literal, elas não seriam consideradas fornecedores, pois a norma não fala em “intermediar serviços”, “estretar laços” ou “aproximar a oferta da demanda”. Por outro lado, sabe-se que o CDC traz o conceito de consumidor equiparado em seu texto, o que induz à reflexão de que poderia haver também um “fornecedor equiparado” (BESSA, 2007, p. 84).

Ocorre que, muitas vezes, os administradores dessas plataformas sequer são proprietários dos bens que os consumidores estão se utilizando, o que traz uma dúvida acerca de possibilidade de eventual responsabilização ocorrer na forma subsidiária, posto que não haveria um vínculo direto entre a plataforma e o consumidor. Por outro lado, algumas dessas plataformas têm seus sistemas tão desenvolvidos que é possível até mesmo fazer o pagamento da prestação do serviço diretamente em seu *site*, o que induziria à responsabilidade solidária junto com o prestador do serviço, com base na teoria do risco-proveito.

Ilustrativamente, uma plataforma digital especializada em aluguel de acomodações ao redor do mundo pode funcionar da seguinte maneira: alguém que deseja alugar uma acomodação em um determinado país acessa o site da plataforma, que disponibiliza vários filtros e perfis. O interessado escolhe a acomodação de seu gosto e a plataforma faz a intermediação com o proprietário do imóvel. Essa relação possui três sujeitos: o que quer alugar, o que aluga e a plataforma. Então como resolver a questão da responsabilidade que envolve a plataforma e os consumidores?

Ao lecionar sobre o conceito de “fornecedor fiduciário”, Schwartz (2017, p. 243) pontua a possibilidade de responsabilizar solidariamente as plataformas digitais por eventual má prestação de serviço, transformando esse intermediador de relações em um verdadeiro garante de obrigações, sobretudo porque há situações em que caso a plataforma não intermediasse a relação, o negócio não se realizaria.

Quer como fornecedor equiparado, quer como fornecedor fiduciário, conclui-se que enquanto não houver uma norma legal expressa, essa discussão permanecerá. A regulamentação das plataformas digitais é um tensionamento atual e que ocupa o legislativo brasileiro (normas municipais já foram editadas, ora autorizando o funcionamento dessas plataformas, ora proibindo), sem descuidar da necessidade de uma regulação nacional que tratasse de questões relativas à competência jurisdicional, aspectos trabalhistas e tributários.

Na Câmara do Deputados, há um Projeto de Lei (nº 7579/2017), de autoria do deputado federal Lucas Vergílio, que dispõe sobre “a regulação da atividade econômica realizada por meio de plataformas digitais que intermedeiem prestações de serviços entre usuários previamente cadastrados”, ou seja, sobre as plataformas digitais. Nos seus quatorze artigos, esse Projeto trata de questões que até então não possuíam regulamentações, como a possibilidade de compartilhamento de *feedback* (positivos e negativos) por plataformas (desde que autorizado pelo avaliado).

O Projeto de Lei tenta pôr fim às discussões acerca de responsabilidade do administrador da plataforma digital, ao prever que “a plataforma intermediadora responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores em virtude da má-prestação do serviço”, ou seja, posiciona-se acerca da responsabilidade objetiva delas, pela má prestação do serviço. Todavia, é apenas um projeto.

Enquanto o Congresso Nacional não edita uma norma conclusiva sobre a questão, Martins (2016, p. 149) recomenda que a responsabilidade da plataforma está diretamente ligada à sua interferência no negócio, de forma que quanto mais a plataforma deixa de ser apenas uma ferramenta que aproxime a oferta da demanda, e passe mais a ser uma verdadeira prestadora do serviço, maiores são as chances de haver a responsabilidade solidária.

Em verdade, os conflitos regulatórios acerca das plataformas que operam na economia compartilhada existem também noutros países. Na Europa, vários tribunais ou municípios e agências governamentais baniram o UberPop, recentemente renomeado UberX (PODSZUN, 2015, p. 59-60). Alguns tribunais tedescos (como os de Hamburgo e Berlim), decidiram que o UberPop não cumpria os requisitos de licenciamento para serviços de táxi trazido pelas normas de transportes de passageiros (DI AMATO, 2016, p. 177-190).

O que se vê, na prática, é a adoção de posturas mais agressivas por parte das plataformas digitais, que iniciam suas atividades na clandestinidade (no sentido de não haver regulamentação), contando com a inércia do legislativo e com a aceitação social, de forma que, posteriormente, se torne muito difícil retirar esses serviços do mercado. Assim, a resolução dos conflitos por vias extrajudiciais parece ser uma alternativa adequada em face do cenário atual da questão, podendo trazer uma solução consensual (e possível) sobre os conflitos.

3 O CONSUMIDOR É UM UTILITARISTA EM FACE DA ETICIDADE REGULATÓRIA DA ECONOMIA COMPARTILHADA?

Como se verificou até aqui, o fenômeno da economia compartilhada é uma realidade em vários lugares do mundo, trazendo indiscutíveis facilidades ao consumidor de bens e serviços e racionalidade no uso de bens de consumo, ressignificando-os. Ocorre, que existem inúmeros e inconclusos problemas regulatórios na atuação das plataformas digitais e a partir disso surge uma indagação: o consumidor em geral tende a adotar uma conduta utilitarista e impassível às múltiplas discussões éticas acerca da economia compartilhada?

Em interessante artigo científico publicado na *Brooklin Law Review*, Hayat (2018, p. 613-646) aborda o tema da economia de compartilhamento no segmento das hospedagens e atesta que determinados anfitriões da plataforma “Airbnb” discriminavam hóspedes por questões de cor (no caso, negros), o que teria levado a plataforma a investir posteriormente cerca de cinco milhões de dólares por um anúncio de trinta segundos no intervalo do Super Bowl de 2017, trazendo a mensagem “#weaccept”, com uma publicidade entoando uma melodia edificante e a montagem de rostos de pessoas de diferentes nacionalidades. Ainda segundo o estudo, alguns anfitriões admitem abertamente que não aceitam negros e se fundamentam no fato do título II do Civil Right Act, de 1964, prever a proibição da discriminação apenas em acomodações “públicas”.

Em razão do flagrante racismo que ainda vige na sociedade norte-americana, é natural que as práticas comerciais o levem consigo, porém, as relações jurídicas sujeitas ao regime da economia compartilhada ainda demonstram certa fragilidade no enfrentamento destas questões sociais, quando incorporadas em sua dinâmica.

Outro exemplo que reforça a necessidade de melhor regulação é o do transporte de passageiros, que além da difícil resolução dos direitos trabalhistas dos motoristas e da questão da segurança dos passageiros (em face do relaxamento na verificação dos antecedentes de seus colaboradores), absorve denúncias de discriminação contra pessoas com deficiência.

Na esteira do pensamento de Magalhães (2019, p. 20), ao abordar a questão do uber e as repercussões da economia compartilhada no segmento do setor de transportes, é importante que a regulação “seja qual for o escopo de sua atuação (sanar falhas de mercado, defender a concorrência ou promover políticas sociais), deve atentar para o interesse coletivo”.

A propósito, em artigo científico publicado na *Washington Law Review* (ALONI, 2016, p. 1397-1460), pontuou-se que algumas pessoas temem que as práticas de P2P prejudiquem a proteção contra a discriminação (tanto em desfavor dos consumidores quanto para os trabalhadores), exemplificando que a plataforma Uber violou a Lei dos Americanos Portadores de Deficiência por não fornecer acomodações razoáveis para este segmento de passageiros.

Tais constatações nos levam a crer que a despeito da publicidade destas plataformas destacar expressões como “compartilhamento” e “colaboração”, em verdade, há menos altruísmo e mais busca por ganho financeiro, e isso não veicula nenhuma novidade.

No entanto, em que pese a constatação de que a força motriz das relações de consumo (ao menos sob o ponto de vista do fornecedor) é a procura por ganhos de capital, não é demais lembrar a reflexão de Bauman em sua obra “a ética é possível num mundo de consumidores?” (2011, p. 148):

O objetivo do Estado Social na sociedade de consumidores, assim como na sociedade de produtores, é defender a sociedade contra o “dano colateral” que o princípio guia da vida causaria caso não fosse monitorado, controlado e constrangido. Esse Estado foi indicado para proteger a sociedade da multiplicação de fileiras de “vítimas colaterais” do consumismo – os excluídos, os desterrados, as subclasses. Sua tarefa é resguardar a solidariedade humana da erosão e proteger o sentimento de responsabilidade ético do desvanecimento.

Em que pesem as inúmeras críticas ao uso das plataformas digitais no âmbito da economia compartilhada, tem-se que as plataformas “Uber” e “Airbnb” estavam avaliadas, em agosto de 2016, em sessenta e oito bilhões de dólares e trinta bilhões de dólares (respectivamente), ao passo que a tradicional rede de hotéis Marriott tinha, ao final de 2015, um valor de mercado de aproximadamente quinze bilhões de dólares (LAUGHLIN, 2017, p. 197-218), o que indica que o fenômeno da economia compartilhada vem crescendo e se consolidando apesar (ou seria “em razão”?) da crise regulatória em questão, fazendo o consumidor, por vezes, “ouvidos de mouco” às questões éticas que tangenciam as plataformas em questão.

No Brasil, é evidente que muitas das provocações judiciais e extrajudiciais em desfavor das plataformas digitais advêm dos próprios consumidores (individualmente considerados ou representados por

associações e pelo Ministério Público), no entanto, tal esforço pontual não tem se mostrado suficiente para conter a abrupta alavancagem deste novo segmento econômico, cujos resultados econômicos se revelam auspiciosos no cenário desregulatório em questão.

A propósito do caráter discriminatório que eventualmente pode se verificar na dinâmica das plataformas P2P, Kelley (2012) é enfática ao afirmar que na ponderação axiológica sobre os interesses em jogo no uso das plataformas, recomenda-se que os regulamentos garantam oportunidades iguais para usuários e provedores, de modo que, por vezes, a não intervenção estatal tem o condão de “impedir ou diminuir a participação de mulheres e minorias raciais na economia P2P. Particularmente, pessoas que se sentem inseguras - por exemplo, mulheres e pessoas trans”.

Voltando ao contexto da pandemia do COVID-19, a situação para muitas pessoas envolvidas com o segmento da economia P2P é dramática, de modo que a desregulamentação não atende ao pluralismo de demandas que orbita esse novo segmento das relações sociais, sujeitando o consumidor às dificuldades multivetoriais advindas da consolidação das plataformas digitais no âmbito da economia de compartilhamento.

4 CONCLUSÃO

Como visto, o compartilhamento é uma nova forma de consumo, inaugurada em caráter sistemático pelas pessoas no século XXI, porém, ainda existem muitos desafios a serem desvendados, dentre os quais a responsabilidade das plataformas digitais, que, apesar de não haver regulamentação legal em nível nacional, parece caminhar para uma solução razoável (qual seja, a de que a análise da responsabilidade da plataforma digital deve se dá de acordo com a sua quantidade de intervenção na relação de consumo, isto é, quanto mais a plataforma interfere, no sentido de concretizar o negócio entre as partes, mais propício ela estará de responder de forma solidária por eventuais vícios).

O compartilhamento de bens e serviços é uma tendência que ainda vai ganhar muito espaço no direito do consumidor no Brasil, sobretudo porque esta nova organização impulsiona a economia através de características como o baixo custo, a facilidade de manuseio, a celeridade das transações *etc.* Destacou-se, ainda, a importância do princípio da confiança na economia compartilhada, que se manifesta através do aprimoramento do mecanismo de *feedbacks* de pessoas que já se utilizaram o serviço.

Extraiu-se que enquanto o Congresso Nacional não normatizar o consumo compartilhado em seus variados aspectos, haverá espaço para a criatividade de soluções nas searas (por vezes, conflitantes) judicial e extrajudicial de disputas e, por fim, em relação à confirmação da hipótese proposta no começo do estudo (qual seja, a de que o consumidor em geral tende a adotar uma conduta utilitarista e impassível às múltiplas discussões éticas que visam regular o fenômeno da economia compartilhada), tem-se que ela foi confirmada, considerando que o desenvolvimento das plataformas digitais de economia P2P tem ocorrido à margem de obstáculos éticos impostos (pontualmente, registre-se) pelos consumidores, sendo incapazes de obstar o incremento de tais atividades (a par dos problemas que vem trazendo a determinadas categorias de pessoas).

Em verdade, convém registrar que o aprofundamento da estrutura da economia P2P não traz “novos” problemas, haja vista que a fragilidade das relações de emprego, o racismo, a justa distribuição de renda, as discriminações de gênero e a regulação do direito de propriedade são questões que lhe precedem. Em nosso sentir, a regulação da matéria se mostra relevante para não agudizar tais problemas em relação ao consumidor, que aprioristicamente é considerado um vulnerável.

REFERÊNCIAS

ALONI, Erez. Plurazing the Sharing Economy. *Washington Law Review*, v. 91, 2016.

BERGER, Jonah. *O poder da influência: as forças invisíveis que moldam nosso comportamento*. Tradução de Cristina Yamagami. São Paulo: Hsm, 2017.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

BOUDRILLARD, Jean. *A Sociedade de Consumo*. Lisboa: Arte e comunicações, 2014, p.16. ISBN:878-872-44-1521-5.

BRASIL. *Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, RJ: Zahar, 2003.

DAVIS, J. Dirija por seu próprio risco: o Uber viola as leis de concorrência desleal ao enganar Uberx Drivers sobre sua cobertura de seguro. *Boston College Law Review*, 1097-1142, 2015.

DI AMATO, Alessio. Uber and the Sharing Economy. *Italian Law Journal*, v. 2, Issue 1, 2016.

EREZ, Aloni. Pluralizing the sharing economy. *Washington Law Review*, v. 91, n. 1, p.1410, mar. 2016.

HAYAT, Norrinda Brown. Accommodating Bias in the Sharing Economy. *Brooklin Law Review*, v. 83, Issue 2, 2018.

HEINRICHS, H. *Sharing economy: a potential new pathway to sustainability*. Gaia 22, 2013, 228–231.

HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de; FREITAS, Ana Virginia Porto de. Do “homo consumericus” ao ser bioético: a função social dos contratos de consumo sob o viés da proteção do meio ambiente. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 15, n. 1, 2020.

HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de; NASCIMENTO, Maria Lúcia Falcão. O direito do consumidor à informação e as nanotecnologias: os novos hipervulneráveis. *Revista Jurídica da Unifort*, Fortaleza, v. 16, n. 2, jul./dez. 2019.

KATZ, Vanessa. Regulating the Sharing Economy Cynerlaw. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 30, n. 1, p. 1070. 2015.

KELLEY, Lauren. *A economia de compartilhamento é segura para as mulheres?* Acesso em: 24 de julho de 2012, <<http://www.shareable.net/blog/is-the-sharing-economy-safe-for-women>> [<http://perma.cc/MJ98-GG4S>]; Mary Emily O'Hara, motorista de Lyft, acusada de ameaçar a ativista Monica Jones em Transphobic Post, THE DAILY DOT (28 de fevereiro de 2016), <http://www.dailydot.com/irl/lyft-driver-monica-jones-location-facebook/> [<https://perma.cc/Y4Y2-5FXX>].

KONRAD, A., Mac, R., 2014. *Airbnb cofounders to become first sharing economy billionaires as company nears \$10 billion valuation*. [Online]. Forbes Available <<http://www.forbes.com/sites/alexkonrad/2014/03/20/airbnb-cofounders-are-billionaires/>> [Accessed 20th October 2015].

LAUGHLIN, Carissa. Arbitration Clause Issue in Sharing Economy Contracts. *Journal of Dispute Resolution*, Issue 1, 2017, p. 197-218.

LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal: Ensaio Sobre a Sociedade do Hiperconsumo*. Lisboa: 2010.

MAGALHAES, Joao Marcelo Rego; CAMINHA, Uinie. O Uber e a reinvenção do Direito Administrativo: os novos horizontes da regulação das atividades econômicas. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 14, n. 1, e32560, jan./abr. 2019. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32560>> Acesso em: dia mês. ano. doi: <<http://dx.doi.org/10.5902/1981369432560>>.

MARQUES, Claudia Lima. A nova Noção de Fornecedor no consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual e o acesso ao consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 111, ano 26, p. 247-268, São Paulo: RT, maio/jun. 2017.

MARTINS, Guilherme. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, Amanda Flavio de. Economia colaborativa e desafios ao ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 115, ano. 27, p. 479-495, São Paulo: RT, jan./fev. 2018.

PODSZUN, R. 'UBER - Um Desafio Regulatório Pan-Europeu'. *Journal of European Consumer and Market Law*, 2015.

SCHWARTZ, Fabio. A economia compartilhada e a responsabilidade do fornecedor fiduciário. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 111, ano 26, p. 221-246, São Paulo: RT, maio./jun. 2017.

SCHOR, J., 2014. *Debating the sharing economy Available*. <<http://greattransition.org/publication/debating-the-sharing-economy>> [Accessed 19th January 2015].

SHAROT, Tali. *A mente influente*. Rio de Janeiro: Rocco, 2017.

VERBICARO, Denis; PEDROSA, Nicolas Malcher. O impacto da economia de compartilhamento na sociedade de consumo e seus defeitos regulatórios. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 113, ano 26. p. 457-482. São Paulo: RT, set./out. 2017.

<<http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?numero=&ano=&autor=&inteiroTeor=economia+compartilhada&emtramitacao=Todas&tipoproposicao=%5BPL+Projeto+de+Lei%5D&data=13/12/201-8&page=false>>. Disponível em: <<http://revolucao-industrial.info/>>.

RECEBIDO EM: 08/05/2020

APROVADO EM: 30/12/2019

A RELAÇÃO ENTRE PESQUISA EMPÍRICA, DOGMÁTICA JURÍDICA E A ATUAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA

***THE RELATIONSHIP BETWEEN EMPIRICAL RESEARCH,
LEGAL DOGMATIC AND THE PRACTICE OF PUBLIC
LAWYERING***

Fabricio Contato Lopes Resende

*Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo (USP). Procurador do Estado de São Paulo*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Pesquisa empírica no âmbito do direito; 2 Pesquisa empírica e dogmática jurídica; 3 Revisão da concepção de dogmática jurídica; 4 O uso de pesquisa empírica na atuação da advocacia pública; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O objetivo deste artigo é discutir em que circunstâncias pesquisas empíricas podem ser empregadas na atuação da advocacia pública. Essa discussão é relevante, porque há atribuições da advocacia pública que demandam exame empírico para seu desempenho, e que podem causar significativo impacto sobre políticas públicas. O exercício dessas atribuições suscita uma série de questões associadas à relação entre pesquisa empírica e direito. Este artigo examina as principais questões que o tema suscita. Argumenta-se que, à luz do atual contexto histórico, é necessário o emprego de concepção de dogmática jurídica que reconheça como próprias de seu campo atividades jurídicas que demandam exame empírico para seu desempenho. O artigo identifica importante espaço para a utilização de pesquisas empíricas na atuação da advocacia pública, e analisa as condições para sua concretização.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia Pública. Pesquisa Empírica. Dogmática Jurídica. Sociologia Jurídica. Interdisciplinariedade.

ABSTRACT: The aim of this article is to discuss under what circumstances empirical research can be employed in the practice of public lawyering. This discussion is relevant, because there are attributions of the public lawyering that demand empirical examination for its performance, and that can cause significant impact on public policies. The exercise of these attributions raises a number of issues associated with the relationship between empirical research and law. This article examines the main issues raised by the topic. In light of the current historical context, it is argued that it is necessary the use of a conception of legal dogmatic that recognizes as belonging to its field legal activities that require empirical examination for its performance. It identifies an important space for the use of empirical research in the practice of public lawyering, and analyzes the conditions for its implementation.

KEYWORDS: Public Lawyering. Empirical Research. Legal Dogmatic. Legal Sociology. Interdisciplinary Approach.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é discutir em que circunstâncias pesquisas empíricas podem ser empregadas na atuação da advocacia pública. Essa discussão é relevante, porque, como será discutido adiante, há atribuições da advocacia pública que demandam exame empírico para seu desempenho, e que podem causar significativo impacto sobre políticas públicas. No entanto, o exercício dessas atribuições suscita uma série de questões associadas à relação entre pesquisa empírica e direito, com destaque para a necessidade de definição do(s) campo(s) apropriado(s) para o desenvolvimento e utilização de pesquisas empíricas no direito, e de suas respectivas limitações. Este artigo examina essas questões.

A expressão “advocacia pública” é utilizada neste artigo para denominar o conjunto de órgãos integrados por profissionais do direito que representa e assessora os Poderes Executivo e Legislativo das diferentes esferas da federação brasileira em relação à dimensão jurídica de toda a sua atuação judicial e extrajudicial. Este artigo emprega a palavra “empírico” com o sentido proposto por Epstein e King, ou seja, com o significado de “[...] evidência sobre o mundo baseada em observação ou experiência [...]”, seja a evidência quantitativa ou qualitativa (2013, p. 11).

A metodologia aplicada neste artigo é característica de estudo analítico, baseando-se em revisão bibliográfica, e no exame de dados e conclusões de pesquisas empíricas já realizadas. Na primeira parte do artigo (item 1), apresenta-se o contexto em que se situa o debate a respeito da realização de pesquisas empíricas no âmbito do direito, que influencia o reconhecimento de campos de investigação empírica de interesse do direito. Na segunda parte (itens 2 e 3), investigam-se a concepção de dogmática jurídica predominante no Brasil, suas limitações, e os ajustes considerados necessários nessa concepção. A partir dessas reflexões, a terceira parte (item 4) trata das condições para o emprego de pesquisas empíricas na atuação da advocacia pública.

1 PESQUISA EMPÍRICA NO ÂMBITO DO DIREITO

Muitos estudos têm observado que, até poucos anos atrás, não havia grande desenvolvimento de investigações empíricas na esfera do direito no Brasil, com a ressalva das análises promovidas há muitos anos por meio da sociologia do direito (cf., dentre outros, NOBRE, 2005, p. 23-24; IGREJA, 2017, p. 11; XAVIER, 2018, itens 2.1 e 2.2.1). Esses estudos indicam um cenário pouco favorável à realização de pesquisas empíricas

em direito em período não muito distante. Porém, estudos recentes têm destacado mudanças em direção a maior fomento a pesquisas empíricas na área (SILVA, 2016, p. 26; XAVIER, 2018, item 2.2.2).

As principais mudanças apontadas por Silva são o surgimento de grupos organizados de pesquisadores voltados a pesquisas empíricas, com reuniões periódicas; a organização de periódicos especializados; e o aumento da disponibilização de recursos para projetos de pesquisa empírica por instituições de fomento, e por órgãos dos Poderes Executivo e Judiciário (2016, p. 26).

Xavier destaca outra mudança no cenário nos últimos anos: nas faculdades de direito no Brasil e em outros países, houve aumento da preocupação com pesquisa empírica sobre o fenômeno jurídico, a qual passa a ocupar uma posição mais central do que aquela muitas vezes reservada para a sociologia jurídica nas faculdades de direito (2018, capítulo II e em particular itens 2.1 e 2.2.2).

Não obstante o atual contexto ser mais favorável ao desenvolvimento de pesquisas empíricas em direito no Brasil, há questões teóricas importantes que precisam ser enfrentadas a respeito da definição dos limites dos campos de investigação empírica considerados de interesse do direito.

A primeira questão que se apresenta foi identificada por Xavier como uma dificuldade epistemológica, nos seguintes termos: a depender da concepção teórica do direito que se adote, o conhecimento empírico poderá ser considerado pertencente ou não ao direito, e ter maior ou menor importância. Assim, depende da concepção teórica do direito que for adotada a admissão de pesquisas empíricas acerca de fenômeno jurídico como atividades internas ao direito, ou o seu enquadramento como atividades externas, e a importância atribuída ao conhecimento empírico no interior do direito (2018, capítulo III).

Diante desse cenário em que há diversas concepções em disputa, Xavier sugere que sejam recusadas propostas que predeterminam o conteúdo do conceito de ciência do direito e afastam concepções alternativas. Por meio dessa recusa de propostas limitadoras do horizonte de concepções teóricas admissíveis, argumenta o autor, evita-se restringir a criatividade dos pesquisadores ou adotar postura incapaz de responder a complexos problemas da realidade social (2018, item 3.6).

No entanto, persiste a relevância de se discutir a possibilidade ou não de definição de uma concepção teórica do direito que sirva de base

teórica comum para investigações empíricas, a fim de facilitar a formação de uma agenda de pesquisas comum, e de fornecer problemas e hipóteses para investigações empíricas de cunho explicativo (ULEN, 2014, p. 64 e 79). Os riscos de limitação da criatividade dos pesquisadores podem ser atenuados por meio da compreensão dessa base teórica como um fundamento provisório, revisável e permanentemente sujeito ao teste de sua adequação em comparação com outras concepções.

Neste item, procurou-se mostrar que a discussão sobre a adequação de diferentes concepções teóricas do direito é relevante para a demarcação do campo de investigações empíricas sobre o fenômeno jurídico. O próximo item busca aprofundar o exame dessa questão em relação à concepção de dogmática jurídica.

2 PESQUISA EMPÍRICA E DOGMÁTICA JURÍDICA

A principal questão examinada neste item é se é possível a realização de pesquisa empírica no âmbito da dogmática jurídica. A expressão “dogmática jurídica” é empregada com diversos sentidos diferentes (RODRIGUEZ, J. R.; COSTA; BARBOSA, 2010, p. 155; TOZO; SOLON, 2010, p. 282 e 305). Nesse exame, parte-se da concepção de dogmática jurídica apresentada por Ferraz Junior (2001), que tem sido considerada a concepção de dogmática jurídica predominante no Brasil (NOBRE, 2005, p. 33; RODRIGUEZ, J. R.; COSTA; BARBOSA, 2010, p. 9; TOZO; SOLON, 2010, p. 307; PINTO JUNIOR, 2018, p. 28).

Ferraz Junior diferencia os conceitos de “zetética” e de “dogmática”. Ele denomina como “enfoque zetético” a investigação de um problema em que os conceitos básicos e as premissas permaneçam abertos a questionamento, e “enfoque dogmático” a investigação de um problema em que seja retirada a possibilidade de questionamento de determinados elementos (2001, p. 40-41).

Essa diferenciação serve de base para a distinção entre a “zetética jurídica” e a “dogmática jurídica”. Ferraz Junior argumenta que o campo de investigações zetéticas do direito é muito amplo, e que essas investigações são incorporadas à esfera do direito em disciplinas específicas, tais como a sociologia do direito e a filosofia do direito. A investigação zetética, continua ele, mantém permanente abertura ao questionamento de quaisquer aspectos de seu objeto de estudo, sem compromisso com a solução de conflitos (2001, p. 44-45).

A respeito da investigação dogmática, Ferraz Junior argumenta que ela é caracterizada por partir de premissas estabelecidas mediante decisão e que não estão sujeitas a questionamento. Assim, ocorre uma limitação das questões objeto da investigação dogmática. Nesse sentido, Ferraz Junior ressalta que a ordem jurídica vigente é o ponto de partida indiscutível de qualquer investigação no âmbito da dogmática jurídica (2001, p. 48).

A dogmática é entendida por ele como uma forma de pensar que não questiona seus pressupostos com o objetivo de realizar sua função. Para o autor, a função da dogmática jurídica é o estabelecimento de condições para a decidibilidade de conflitos delineados pelo direito. Assim, as questões dogmáticas possuem uma função diretiva, objetivando viabilizar uma decisão e nortear a ação. Apesar dessa diferenciação, o autor identifica uma correlação funcional entre questões dogmáticas e zetéticas (FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 85-90).

Uma consequência dessa conceituação é a conclusão de que, no âmbito do direito, a área própria para a realização de pesquisas empíricas é a zetética jurídica, tendo em vista a compreensão da dogmática jurídica como campo inadequado para atividades de observação ou explicação.

Essa concepção de dogmática jurídica é associada a um contexto histórico determinado. Nesse sentido, Ferraz Junior compreende a dogmática jurídica como o resultado progressivo da influência de diferentes culturas ao longo da história (2001, p. 55-81). Ao examinar as origens do pensamento jurídico continental europeu, Ferraz Junior identificou, no positivismo jurídico do final do século XIX, uma forma de pensamento jurídico que serviu de base para o que atualmente ainda é entendido como ciência dogmática do direito (2001, p. 78-79).

A primeira característica apontada dessa forma de pensamento jurídico é a compreensão do direito como um sistema fechado, acabado e sem lacunas. A segunda característica indicada, implícita na primeira, é o entendimento do sistema como um método do pensamento dogmático no direito, associado: i) a procedimento pelo qual as regras jurídicas são atribuídas a um ou mais princípios e deduzidas deles; ii) ao dogma da subsunção (FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 79-80).

Ferraz Junior acrescenta que, como desdobramento dessa tradição do século XIX, a ciência dogmática do direito enxerga o direito como regras postas pelo Estado, e tende a exercer o papel de conservação dessas regras, de sistematização e de interpretação delas para sua aplicação. Adotando

a terminologia de Bobbio, Ferraz Junior classifica essa posição teórica como uma teoria estrutural do direito, que visa à solução de conflitos sociais (2001, p. 82).

Como uma teoria estrutural do direito, a dogmática jurídica deixa de reconhecer como próprias de seu campo de atuação atividades que transcendam a interpretação e aplicação das regras existentes. Seguindo a descrição de Bobbio, pode-se dizer que uma teoria estrutural do direito parte do exame do direito como um conjunto de regras já estabelecidas, preocupando-se com a identificação das regras jurídicas existentes, sua interpretação e aplicação (2007, p. 39-40).

À análise estrutural, Bobbio contrapõe uma análise funcional do direito, que parte do estudo do direito como um conjunto de regras permanentemente sujeitas a mudanças, preocupando-se com o exame dos fatos objeto de disciplina jurídica para a identificação das regras jurídicas adequadas. Essa análise funcional é entendida por Bobbio como a análise crítica de institutos, baseada em avaliação das funções que os institutos desempenham ou podem desempenhar tendo em vista determinado objetivo. Para a realização desse tipo de análise, o jurista é chamado a utilizar técnicas de pesquisa empregadas pelas ciências sociais (2007, p. 40-41, 92-93 e 101-102). Seguindo as definições de Ferraz Junior, a análise funcional do direito é reservada às disciplinas que compõem a *zetética* jurídica.

Conforme acima observado, Ferraz Junior situou a concepção de dogmática jurídica exposta em um determinado contexto histórico. Porém, o que se discute é que, assim como esse conceito de dogmática jurídica surgiu em meio a um dado conjunto de circunstâncias históricas, mudanças nessas circunstâncias podem acarretar modificações paulatinas no conceito de dogmática jurídica ou o seu abandono (cf. RODRIGUEZ, J. R.; COSTA; BARBOSA, 2010, p. 150 e 158).

O emprego da concepção de dogmática jurídica acima apresentada repercute no campo reconhecido para o desenvolvimento de pesquisas empíricas em direito. Embora essa concepção seja predominante no Brasil, há concepções alternativas em debate (cf. ADEODATO, 2010, e RODRIGUEZ, J. R., 2006).

O argumento desenvolvido a seguir é no sentido de que essa concepção predominante de dogmática jurídica necessita de modificações para que possa responder às demandas do atual contexto histórico. Sustenta-se que ela dificulta a compreensão e o exercício de atividades jurídicas que

são realizadas por juristas de uma perspectiva semelhante à da dogmática (ou seja, que tomam a ordem jurídica vigente e seu caráter normativo como pontos de partida imunes a discussão), mas que demandam exame empírico para seu desempenho.

Muitas das atuais atividades dos profissionais do direito pressupõem uma atuação em que o jurista é demandado a identificar e avaliar alternativas jurídicas admissíveis para realização de determinada finalidade, considerando suas potencialidades e riscos à luz das circunstâncias concretas. Para esse tipo de atuação, demanda-se do jurista uma abordagem interdisciplinar, que envolve exame da realidade (PINTO JUNIOR, 2018, p. 28 e 34). Em relação à advocacia pública, podem ser citados como exemplos o desenho da arquitetura jurídica de licitações e ajustes envolvendo a Administração Pública, a elaboração de propostas de atos normativos, a avaliação da legislação, e a promoção de medidas de prevenção e redução de litígios (PINTO JUNIOR, 2018, p. 28).

A Administração Pública atua por meio da execução direta de atividades por seus órgãos e entidades e por meio da celebração de diferentes espécies de ajustes com vários atores para que estes executem atividades de interesse público. Conforme a espécie de objetivo pretendido, há um rol bastante diversificado de ajustes possíveis e de potenciais atores (BUENO; BRELÀZ; SALINAS, 2016, p. 14).

Ajustes com atores privados que possuem finalidade lucrativa em regra são precedidos de licitações, e variam em sua disciplina conforme se trate de contratações por regimes comuns (Leis n^{os} 8.666/1993 e 10.520/2002) ou por regimes diferenciados de contratações (Leis n^{os} 12.232/2010, 12.462/2011 e 13.303/2016), de concessões de serviços públicos (Leis n^{os} 8.987/1995 e 9.074/1995), ou de parcerias público-privadas (Lei n^o 11.079/2004). A variação ocorre conforme o objeto do ajuste e a necessidade que se pretende atender.

Ajustes com organizações sem fins lucrativos também apresentam configurações variadas, diferenciando-se termos de parceria (Lei n^o 9.790/1999), contratos de gestão (Lei n^o 9.637/1998), termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação (Lei n^o 13.019/2014). E, em relação a ajustes entre entes governamentais, há convênios (Lei n^o 8.666/1993) e contratos de consórcios públicos (Lei n^o 11.107/2005).

Não somente a legislação aplicável, o procedimento e o instrumento jurídico para celebração do ajuste variam conforme o objeto e a necessidade,

mas também as cláusulas de cada ajuste demandam redação adequada às peculiaridades de cada situação concreta. Dentro dos limites da ordem jurídica, muitas vezes é possível identificar mais de um instrumento jurídico e potenciais cláusulas para disciplinar a interação entre os atores envolvidos.

O assessoramento jurídico realizado por profissional do direito para desenho da arquitetura jurídica do ajuste, caso se limite a exame do conteúdo das normas jurídicas vigentes e apontamento das alternativas válidas como soluções indistintamente possíveis, trará consigo maior risco de oferecimento de respostas insatisfatórias para enfrentar o problema que justifica a celebração do ajuste.

Isso ocorre porque o grau de adequação de uma alternativa de modelagem jurídica pode variar significativamente conforme o objeto do ajuste, a capacidade operacional dos atores envolvidos, as informações e os recursos disponíveis, as práticas institucionalizadas (do Poder Público, das organizações privadas, de órgãos de controle, e de terceiros), e outros fatores que somente são percebidos por meio de exame empírico (BUENO; BRELÀZ; SALINAS, 2016, p. 15, 17 e 23). Essas são questões que aparecem por ocasião do desenho da arquitetura jurídica de licitações e ajustes, e que não podem ser enfrentadas sem um exame empírico.

A análise jurídica demandada para desenho de proposta de atos normativos e para avaliação da legislação também necessita de exame empírico. Essas atividades necessitam de exame da realidade para a formulação de juízo quanto à adequação de determinada disciplina legislativa aos objetivos pretendidos, para diagnóstico de problemas associados à efetividade da legislação, e para estudo de alternativas jurídicas disponíveis que possam atender aos objetivos pretendidos de modo mais adequado (SALINAS, 2013, p. 136-137).

A promoção de medidas de prevenção e redução de litígios pelo Poder Público igualmente requer exame empírico. Por meio da coleta e análise de dados acerca das características dos litígios envolvendo o Poder Público, torna-se possível a obtenção de informações que contribuam para aumentar a compreensão das causas de litígios. Isso proporciona melhores condições para definição de medidas de prevenção e redução de litígios (GABBAY; CUNHA, 2011; JUNKES, 2015).

Em sentido convergente ao dessa argumentação, os resultados de pesquisas empíricas têm revelado a importância da coleta e análise de

dados para o diagnóstico de causas de litígios judiciais e estudo de medidas para redução de judicialização excessiva (GABBAY; CUNHA, 2010, p. 4; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA [CNJ], 2012, p. 33; JUNKES, 2015, p. 92-93; INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA [INSPER], 2019, p. 15), para identificação de alternativas de resolução extrajudicial de litígios envolvendo o Poder Público (GABBAY; CUNHA, 2011, p. 74-81), e para a avaliação da legislação e de ajustes (SALINAS, 2008, p. 13-14, 16 e 224-226). A esse respeito, remete-se à análise realizada no item 4 deste artigo.

Em síntese, argumenta-se que o desenho da arquitetura jurídica de licitações e ajustes, o desenho de proposta de atos normativos, a avaliação da legislação, e a promoção de medidas de prevenção e redução de litígios são atividades que dependem de exame empírico. Isso justifica uma revisão da concepção predominante de dogmática jurídica no Brasil.

3 REVISÃO DA CONCEPÇÃO DE DOGMÁTICA JURÍDICA

Como ressalta Rodriguez, C. F., é relevante a distinção entre “*análise do direito no contexto jurisdicional*” e “*análise do direito fora do contexto jurisdicional*”: enquanto a primeira visa à aplicação de regras postas para resolução de litígios, a segunda visa à estruturação de novas regras, diferenciando-se da primeira em relação a seus objetivos, premissas consideradas, tipos de raciocínio e habilidades aplicadas (2011, p. 127-128).

No entanto, a concepção de dogmática jurídica tradicional concentra suas preocupações na análise do direito no contexto jurisdicional. Isso faz com que não sejam fornecidos parâmetros suficientes para a compreensão das atividades realizadas por juristas que tomam a ordem jurídica vigente e seu caráter normativo como pontos de partida imunes a discussão, mas que não se inserem no contexto de interpretação e aplicação da legislação vigente para decisão de conflitos, e sim no contexto de estudo de alternativas de criação de nova disciplina jurídica (geral e abstrata, ou individual e concreta) para instrução das autoridades competentes.

A importância da análise jurídica fora do contexto jurisdicional é destacada por Unger. Unger argumenta que, em uma democracia, a indagação relativa ao modo de decisão judicial deve ser considerada um problema especializado, que não limita a prática de análise jurídica voltada a outros objetivos. O objetivo principal da análise jurídica identificado por Unger é a especificação por meio do direito da interação concreta entre ideais ou interesses e instituições ou práticas (2004, p. 134-135).

A proposta de Unger é a de compreender a análise jurídica como imaginação institucional, método voltado a informar o debate em uma democracia sobre futuros alternativos (2004, p. 159-160). De acordo com o autor, a análise jurídica como imaginação institucional é prática que:

[...] tem dois momentos dialeticamente ligados: mapeamento e crítica. [...] O mapeamento é a tentativa de descrever em detalhe a microestrutura institucional juridicamente definida da sociedade por relação aos seus ideais juridicamente enunciados. Chame o segundo momento dessa prática analítica de crítica [...]. Sua tarefa é explorar a interação entre as estruturas institucionais detalhadas da sociedade, tais como representadas pelo direito, e os ideais ou programas professados que essas estruturas frustram ou tornam realidade. (UNGER, 2004, p. 160).

Sem diferenciação entre ramos dogmáticos e não dogmáticos, a proposta de Unger reconhece a importância central para o direito de atividades (denominadas de mapeamento e crítica) que os juristas devem desempenhar que se encontram fora do contexto jurisdicional, e que demandam exame empírico. Assim, essa proposta pode auxiliar na revisão da concepção de dogmática jurídica.

Considerar não pertencente à dogmática jurídica o exame empírico dificulta a percepção de que há uma conexão necessária entre determinadas atividades realizadas por juristas de uma perspectiva dogmática e a coleta de informações sobre a realidade com recortes específicos para atender aos objetivos dessas atividades. Em virtude disso, dificulta a percepção da importância para o profissional que atua no campo da dogmática jurídica de obter essas informações por meio de produção de pesquisas, participação de equipes interdisciplinares, ou utilização de pesquisas produzidas em disciplinas externas ao direito, e de avaliar sua adequação. Isso dificulta o amadurecimento da interação entre direito e outras disciplinas, entre ramos dogmáticos e não dogmáticos do direito e, no interior da dogmática jurídica, a articulação entre análises de aspectos normativos e empíricos (problema diagnosticado com enfoque diverso em SILVA, 2016, p. 38).

Argumenta-se aqui que essas dificuldades podem ser reduzidas por meio de um ajuste na concepção de dogmática jurídica tradicional, para que também abarque atividades realizadas por juristas fora do contexto jurisdicional e que demandam exame empírico. Assim, o objeto da dogmática jurídica passa a ser entendido como o conjunto de atividades que, partindo do não questionamento do ordenamento jurídico vigente e de seu caráter normativo, direciona-se à decisão de conflitos definidos pelo direito, ou

ao estudo de alternativas de criação de nova disciplina jurídica (geral e abstrata, ou individual e concreta).

Essa extensão do objeto da dogmática jurídica, necessária para orientar atividades realizadas por juristas fora do contexto jurisdicional, amplia a função de orientação da dogmática jurídica para além do horizonte de decisão de conflitos, sem acarretar prejuízo à sua autonomia. Por um lado, preserva-se o campo tradicional da dogmática jurídica, com suas premissas e parâmetros direcionados à solução de conflitos definidos pelo direito, por meio de interpretação e aplicação das regras jurídicas vigentes. Por outro lado, questões afetas a atividades realizadas fora do contexto jurisdicional são incorporadas ao horizonte de preocupações da dogmática jurídica, as quais se caracterizam pelo objetivo de informar as alternativas admissíveis de criação de nova disciplina jurídica.

Isso importa na revisão da ideia de que a dogmática jurídica seja incompatível com exame empírico. As características da dogmática jurídica não impedem um exame empírico de caráter aplicado, mais restrito em seus fins do que o realizado em outras disciplinas, com recortes que respeitem as limitações de escopo da dogmática jurídica e seus padrões internos de operação.

Assim, no âmbito da dogmática jurídica, o procedimento de investigação empírica segue a metodologia desenvolvida nas ciências sociais, inclusive quanto aos parâmetros de avaliação dos resultados, observados os recortes metodológicos decorrentes de seu caráter aplicado aos objetivos da dogmática jurídica. Desse modo, no interior da dogmática jurídica, o exame empírico diferencia-se como um procedimento que segue metodologia própria, cujos resultados são descritivos ou explicativos (sempre provisórios e sujeitos a contradição) e não possuem cunho normativo, servindo como elementos de instrução para as atividades dos juristas realizadas fora do contexto jurisdicional.

Essa revisão conceitual da dogmática jurídica não fragiliza sua autonomia. O que se sugere é a incorporação da investigação empírica no âmbito da dogmática jurídica por meio da aceitação no seu interior de um procedimento bem demarcado de exame empírico, baseado em uma interdisciplinariedade em relação às ciências sociais. Sendo esse procedimento bem demarcado, evita-se o risco de uma confusão entre a atividade do jurista e a de profissionais de outras disciplinas, mantendo-se os padrões internos de operação característicos da dogmática jurídica quanto a suas outras atividades diversas do exame empírico. Assim, essa

interdisciplinariedade não elimina as diferenças de abordagem entre o direito e as ciências sociais (sobre essas diferenças, cf. BOBBIO, 2007, p. 48).

As diferenças de abordagem que permanecem decorrem do caráter normativo do direito, voltado à regulação de comportamentos (BOBBIO, 2007, p. 48-49), e das características dos padrões internos de operação da dogmática jurídica, que adota como pressuposto a observância da ordem jurídica vigente sem abertura para questionamento desse pressuposto, e que compreende o direito como um sistema fechado com métodos específicos de interpretação e aplicação de suas regras. Como um procedimento bem delimitado no interior da dogmática jurídica, o exame empírico não corrompe os (tampouco é corrompido pelos) padrões internos de operação da dogmática jurídica empregados em suas outras atividades diversas do procedimento de exame empírico.

Na dogmática jurídica revista com esse escopo, conforme o caso, a pesquisa empírica poderá ser realizada por juristas, por equipes compostas por profissionais com formação jurídica e com outras formações, e por equipes compostas apenas por pesquisadores externos ao direito, observados os recortes metodológicos demandados para atender aos objetivos da dogmática jurídica.

A partir dessa revisão conceitual, o próximo item examina o uso de pesquisas empíricas na atuação da advocacia pública.

4 O USO DE PESQUISA EMPÍRICA NA ATUAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA

A análise de pesquisas empíricas já realizadas aponta que a Administração Pública possui problemas cujo enfrentamento necessita de variadas formas de investigação empírica. Dentre esses problemas, destaca-se o grande número de processos judiciais em que entes públicos são partes, em volume que impacta a duração dos processos e o funcionamento do Poder Judiciário.

A esse respeito, são relevantes as conclusões do CNJ apresentadas há alguns anos em relatório de mapeamento dos cem maiores litigantes (2012). Esse estudo abrangeu o período de 01/01/2011 a 31/10/2011, com informações relativas à primeira instância das Justiças Estaduais e do Distrito Federal, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal, excluídos processos criminais e da Justiça Eleitoral e Militar, e excluído o Ministério Público como parte (CNJ, 2012, p. 4-5). As empresas públicas e sociedades

de economia mista não foram classificadas em “Setor Público”, mas sim nos respectivos setores econômicos (CNJ, 2012, p. 5-6).

Esse estudo identificou os maiores litigantes considerando o percentual de processos em relação ao total ingressado de 01/01/2011 a 31/10/2011, classificando em primeiro lugar o “Setor Público Federal”, com 12,14%, em segundo lugar os “Bancos”, com 10,88%, em terceiro lugar o “Setor Público Municipal”, com 6,88%, em quarto lugar o “Setor Público Estadual”, com 3,75%, e em quinto lugar a “Telefonia”, com 1,84% (CNJ, 2012, p. 8).

Quanto ao saldo residual de processos em 31/03/2010, o relatório indicou como maiores litigantes o “Setor Público Federal” em primeiro lugar, os “Bancos” em segundo lugar, o “Setor Público Estadual” em terceiro lugar, a “Telefonia” em quarto lugar, e o “Setor Público Municipal” em quinto lugar (CNJ, 2012, p. 9).

O estudo do CNJ encerrou-se com observação a respeito da dificuldade de conhecer o que se litiga, informação necessária para identificação de litígios de massa e de causas de litigiosidade (2012, p. 33). Apesar de não ter aprofundado a análise do conteúdo dos processos, esse estudo revelou que, no período examinado, o setor público encontrava-se entre os maiores litigantes na Justiça.

Outra pesquisa sobre os maiores litigantes baseou-se em dados coletados junto a Tribunais de Justiça de onze Unidades da Federação, abrangendo os anos de 2010 a 2013 (JUNKES, 2015, p. 9). Essa pesquisa apontou a existência de variações relevantes entre as Unidades da Federação pesquisadas, e concentração de grande parte das ações em número reduzido de atores. Em oito das onze Unidades da Federação pesquisadas, identificou-se que os Poderes Públicos municipais, estaduais e federal estavam no polo ativo da maior parte das ações em primeiro grau. Por outro lado, em oito das onze Unidades da Federação pesquisadas, identificou-se que bancos, empresas de crédito, de financiamento e investimentos encontravam-se no polo passivo da maior parte das ações em primeiro grau (JUNKES, 2015, p. 12-13).

A verificação do grande número de ações em que o Poder Público é parte suscita indagação quanto às causas dessa litigiosidade. Essa questão foi examinada em pesquisa empírica coordenada por Gabbay e Cunha, que consistiu em estudo exploratório sobre aumento da litigiosidade e demandas repetitivas (2010). A partir de análise jurisprudencial das

demandas repetitivas nos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul e de São Paulo e no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, essa pesquisa selecionou dois casos para pesquisa qualitativa, por meio de entrevistas em profundidade, estudo de casos e grupos de discussão. Os casos selecionados foram “desaposentação” na Justiça Federal e “cartão de crédito” na Justiça Estadual (GABBAY; CUNHA, 2010, p. 4 e 7-8).

As conclusões gerais da pesquisa apontaram a existência de causas de aumento de litigiosidade e morosidade que são externas e internas ao Judiciário, as quais podem ser esporádicas, sazonais ou permanentes. Dentre as causas externas, indicou-se a regulação administrativa e legislativa, ao disciplinar o exercício de direitos de maneiras que criam “zonas cinzentas regulatórias”, caracterizadas por propiciarem o aparecimento de controvérsias interpretativas sobre o direito aplicável a um caso concreto, e oportunidades para construção de teses jurídicas (GABBAY; CUNHA, 2010, p. 9-10 e 157-158).

A pesquisa também apresentou conclusões específicas quanto aos casos estudados, dentre as quais a de que a existência de instância administrativa perante o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) não tem evitado a judicialização de demandas, e de que não há nítida definição da relação entre a resolução de conflitos na via administrativa e na via judicial, o que pode aumentar a litigiosidade (GABBAY; CUNHA, 2010, p. 159-160).

Outra pesquisa empírica que examinou causas de litigiosidade foi realizada pelo INSPER, tendo por objeto a judicialização da saúde (2019). Essa pesquisa envolveu a coleta e análise de dados de gestão processual sobre demandas de saúde, a mineração de dados por meio de programas de computador em repositórios de jurisprudência e Diários Oficiais da Justiça de vinte e quatro Estados e dois Tribunais Federais, estudo qualitativo de decisões judiciais e entrevistas semiestruturadas com atores-chave em cinco Estados das cinco regiões do país (INSPER, 2019, p. 14-15).

A partir do levantamento de dados realizado, a pesquisa apontou que o número de processos judiciais relacionados à saúde pública e suplementar distribuídos em primeira instância aumentou aproximadamente 130% entre 2008 e 2017, superando o crescimento do número total de processos judiciais em primeira instância no período, que se indicou ser de 50%, conforme relatórios “Justiça em Números” do CNJ. A pesquisa também apresentou dados do Ministério da Saúde no sentido de que, em sete anos, houve aumento de aproximadamente treze vezes em suas despesas com processos

judiciais, alcançando R\$ 1,6 bilhão em 2016, o que se avaliou corresponder a parcela significativa dos recursos alocados discricionariamente pela autoridade pública (INSPER, 2019, p. 13 e 46).

Uma das conclusões da pesquisa é a de que não há um único fenômeno de judicialização da saúde, mas sim uma significativa variedade de assuntos, razões de litígio e consequências sobre as políticas de saúde pública e de saúde suplementar, com relevante heterogeneidade regional. Em virtude disso, argumentou-se que é preciso identificar e separar os tipos de judicialização da saúde para sua compreensão (INSPER, 2019, p. 15 e 167-168).

A partir da observação de práticas que estão sendo adotadas em alguns Estados, a pesquisa sugeriu também o investimento de União, Estados, Distrito Federal e Municípios na instituição de órgãos ou processos extrajudiciais de solução de conflitos que possibilitem a análise de demandas por produtos e serviços não disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde antes de sua judicialização. O objetivo seria o de aprimorar a análise técnica dessas demandas e identificar hipóteses em que a judicialização poderia ser evitada (INSPER, 2019, p. 163).

Essa exposição de parcela das conclusões de pesquisas empíricas realizadas nos últimos anos mostra a importância de coleta e análise de dados para o diagnóstico de causas de litígios judiciais envolvendo o Poder Público, e o estudo de medidas para redução de judicialização excessiva.

A análise de pesquisa coordenada por Gabbay e Cunha (2011) indica que a pesquisa empírica também é relevante para a identificação de alternativas de resolução extrajudicial de litígios envolvendo a Administração Pública. Essa pesquisa examinou o desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas a partir da análise de conflitos envolvendo a Administração Pública que têm por objeto um interesse público, social ou coletivo, e que, ao serem submetidos ao Judiciário, envolvam a busca de tutela coletiva (GABBAY; CUNHA, 2011, p. 13).

A partir de exame jurisprudencial no Tribunal de Justiça de São Paulo e em bancos de dados de entes governamentais e não governamentais, a pesquisa selecionou três casos para análise em razão de suas características. Houve realização de estudo de casos, baseado em entrevistas presenciais de diferentes atores envolvidos nos casos selecionados (GABBAY; CUNHA, 2011, p. 17-18).

A pesquisa indicou relevantes desincentivos ao uso da via extrajudicial pela Administração Pública para resolução de conflitos. Um desincentivo indicado foi a ausência de uma solução rápida para o conflito, por ser preciso movimentar diferentes estruturas internas de decisão que podem não atuar em harmonia. Outro desincentivo indicado foi a ausência de clareza no tocante ao que pode ser submetido a transação (GABBAY; CUNHA, 2011, p. 74-77).

Dentre suas propostas para incentivar o emprego da via extrajudicial, a pesquisa sugeriu a elaboração de disciplina mais clara a respeito de transação pela Administração Pública, abrangendo a definição com clareza das matérias, valores, limites e competência, de meios de deliberação interna eficientes, e de procedimento com diretrizes que proporcionem maior controle e transparência das decisões. Porém, ressaltou-se que as variações dos casos impossibilitam a padronização de um único modelo (GABBAY; CUNHA, 2011, p. 80-81).

Desse modo, essa pesquisa sugere que o exame empírico é relevante para a identificação de fatores de incentivo ou desincentivo à resolução extrajudicial de litígios, e para o estudo do modelo mais adequado a cada caso concreto.

A análise de pesquisa realizada por Salinas (2008) mostra que a avaliação da legislação e de ajustes também demanda exame empírico. Essa pesquisa consistiu em estudo de caso sobre as normas de controle de transferências de recursos público para entidades do terceiro setor (SALINAS, 2008).

Essa pesquisa utilizou dados primários de entrevistas semi-estruturadas com 18 entidades sem fins lucrativos de São Paulo que celebraram pelo menos um convênio ou termo de parceria com a Administração Pública federal. A pesquisa também utilizou dados secundários oriundos do Tribunal de Contas da União e de trabalho acadêmico empírico que investigou como o Poder Público tem atuado em relação aos instrumentos de termo de parceria (SALINAS, 2008, p. 176-182).

Com base nesses dados, a pesquisa procurou identificar padrões de comportamento dos órgãos públicos e das entidades sem fins lucrativos tomadoras de recursos para avaliação dos impactos da legislação examinada. Nessa análise, considerou-se a existência de diferentes instrumentos

previstos na legislação que disciplinou as transferências voluntárias (SALINAS, 2008, p. 20).

Uma das conclusões da pesquisa foi a de que os instrumentos previstos na legislação para disciplinar as transferências voluntárias a entidades do terceiro setor não observaram um equilíbrio entre os interesses do setor público e do setor privado sem fins lucrativos. A pesquisa apontou, como consequência desse desequilíbrio, o aumento da oposição à execução da legislação e a redução da probabilidade de realização dos objetivos pretendidos com a sua edição, particularmente o objetivo de assegurar a regular e eficiente aplicação dos recursos públicos destinados aos ajustes com entidades do terceiro setor (SALINAS, 2008, p. 13-14 e 223-226).

Assim, a análise realizada nessa pesquisa mostra que o exame empírico pode contribuir para a identificação de obstáculos à implementação de determinada legislação, e para a percepção do grau de adequação de alternativas de ajuste aos objetivos pretendidos.

Os resultados de pesquisas empíricas expostos neste item mostram a necessidade de exame empírico para o enfrentamento de diversos problemas envolvendo a Administração Pública. Por outro lado, esses problemas manifestam-se por ocasião do exercício das atribuições da advocacia pública relacionadas à promoção de medidas de prevenção e redução de litígios, à avaliação da legislação, ao desenho de proposta de atos normativos, e ao desenho da arquitetura jurídica de licitações e ajustes.

Portanto, o uso de pesquisas empíricas mostra-se importante na atuação da advocacia pública para o exercício dessas atribuições, seja pelas características dessas atividades (pelas razões expostas no item 2), seja pelas características dos problemas da Administração Pública que precisam ser enfrentados. Em um primeiro passo, trata-se de perceber a conexão entre determinadas atividades realizadas pela advocacia pública de uma perspectiva dogmática e a coleta de informações sobre a realidade com recortes específicos para atender aos objetivos dessas atividades. O passo seguinte é o estudo das condições necessárias para a obtenção dessas informações a partir de metodologia apropriada, o que poderá envolver a produção de pesquisas, a participação em equipes interdisciplinares, ou a utilização de pesquisas produzidas em disciplinas externas ao direito.

Seja na hipótese de produção de pesquisas ou de utilização de pesquisas produzidas externamente ao direito, uma condição para o uso adequado do exame empírico na atuação da advocacia pública é a capacitação

de seus integrantes em métodos de pesquisa empírica (cf. XAVIER, 2018, capítulo V). A partir dessa capacitação, a advocacia pública poderá planejar ou fomentar pesquisas empíricas relevantes para o exercício de suas atribuições, levando em consideração os problemas mais urgentes e os meios disponíveis para pesquisá-los.

Destaca-se aqui a importância de que o exame empírico no âmbito da advocacia pública seja conduzido com observância dos padrões metodológicos próprios de pesquisas empíricas. Como registra Xavier, pesquisas empíricas são construções a respeito da realidade, as quais sempre são parciais e limitadas, como consequência do recorte adotado na pesquisa, e estão sujeitas a falhas e contestações (2018, item 5.1). Por outro lado, há metodologia própria para a realização de pesquisas empíricas, desenvolvida nas ciências sociais e aplicável às pesquisas empíricas relevantes para a dogmática jurídica. Dentre os padrões metodológicos recomendados, Epstein e King ressaltam a recomendação de fornecimento de informações que possibilitem a replicação e avaliação da pesquisa empírica, e de explicitação do grau de incerteza de suas conclusões (2013, p. 23, 47-48 e 62-63). A observância desses padrões metodológicos é medida que facilita a avaliação dos resultados da pesquisa por terceiros.

5 CONCLUSÃO

Em sua primeira parte, este artigo examinou como a discussão sobre a adequação de diferentes concepções teóricas do direito influencia a demarcação do campo de investigações empíricas sobre o fenômeno jurídico. A partir desse contexto, na segunda parte, buscou-se revisar a concepção de dogmática jurídica predominante no Brasil, tendo em vista atribuições atuais da advocacia pública que demandam exame empírico.

Aproveitando contribuições de Bobbio e Unger, sugeriu-se a compreensão da dogmática jurídica como um conjunto de diretrizes não só para uma análise estrutural do direito, mas também para uma análise funcional do direito, de modo a abarcar uma série de questões que se situam fora do contexto de decisão de conflitos na esfera jurisdicional. Tratou-se também de consequências desse entendimento, particularmente quanto à necessidade de preocupação com as diferenças metodológicas entre as atividades abarcadas por essa concepção revisada de dogmática jurídica, e quanto às suas respectivas esferas de aplicação.

Na terceira parte, as reflexões anteriormente realizadas foram utilizadas para análise do uso de pesquisa empírica pela advocacia pública.

Partiu-se de dados empíricos obtidos de fontes secundárias para traçar um diagnóstico de problemas da Administração Pública cujo enfrentamento necessita de exame empírico. A partir disso, identificou-se importante espaço para a utilização de pesquisas empíricas na atuação da advocacia pública, observadas determinadas condições e limites.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 455p.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução Daniela Beccacia Versiani; revisão Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007. 285p.
- BUENO, Ricardo Luiz Pereira; BRELÀZ, Gabriela de; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Administração pública brasileira no século 21: seis grandes desafios. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 67, p. 7-28, dez. 2016. Edição Especial.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *100 maiores litigantes*. [Brasília], 2012. 33p. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2018.
- EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. Tradução Fábio Morosini et al. São Paulo: Direito GV, 2013. 253p. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11444/Pesquisa_empirica_em_direito.pdf?sequence=3>. Acesso em: 20 mar. 2018.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. 364p.
- GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (Coords.). *Diagnóstico sobre as causas de aumento das demandas judiciais cíveis, mapeamento das demandas repetitivas e propositura de soluções pré-processuais, processuais e gerenciais à morosidade da Justiça*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2010. 202p. Relatório de Pesquisa. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_fgv_edital1_2009.pdf>. Acesso em: 23 maio 2018.

_____; _____ (Coords.). *O Desenho de Sistemas de Resolução Alternativa de Disputas para Conflitos de Interesse Público*. São Paulo: Fundação Getulio Vargas, 2011. 92p. Relatório de Pesquisa. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/38Pensando_Direito1.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

IGREJA, Rebecca Lemos. O Direito como objeto de estudo empírico: o uso de métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica em Direito. In: MACHADO, Maíra Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 11-37. Disponível em: <<http://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2017/12/MACHADO-Ma%C3%ADra-org.-Pesquisar-empiricamente-o-direito.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA. *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. [Brasília], 2019. 172p. Relatório de Pesquisa. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2019.

JUNKES, Sérgio Luiz (Coord.). *O uso da Justiça e o litígio no Brasil*. Coordenação Científica Maria Tereza Sadek. [Brasília]: [Associação dos Magistrados Brasileiros], [2015]. 94p. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/uso-justica-litigio-brasil-pesquisa-amb.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

NOBRE, Marcos. Parte 1. In: _____ et al. *O que é pesquisa em direito?* São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 23-38.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. Pesquisa jurídica no mestrado profissional. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 27-48, jan./abr. 2018.

RODRIGUEZ, Caio Farah. *Sentido, valor e aspecto institucional da indeterminação jurídica*. São Paulo: FD/USP, 2011. 174p. (Tese de Doutorado em Direito do Estado). Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-06072012-085443/publico/Tese_Doutorado_FDUSP_Caio_Farah_Rodriguez_Completa.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Pesquisa empírica e Estado de Direito: A dogmática jurídica como controle do poder soberano. In: *XV Congresso Nacional do CONPEDI*. 2006. 17p. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/teoria_do_direito_jose_rodrigo_rodriguez.pdf>. Acesso em 28 dez. 2019.

_____; COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva e; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Coord.). Formalismo, Dogmática Jurídica e Estado de Direito: um debate sobre o direito contemporâneo a partir da obra de Tércio Sampaio Ferraz Jr.. *Cadernos Direito GV*, São Paulo, v. 7, n. 3, p. 1-195, maio 2010.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. *Avaliação Legislativa no Brasil: Um Estudo de Caso sobre as Normas de Controle das Transferências Voluntárias de Recursos Públicos para Entidades do Terceiro Setor*. São Paulo: FD/USP, 2008. 256p. (Dissertação de Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito). Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-31032009-153959/publico/Dissertacao_Natasha_VF_2.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2016.

_____. A lei como instrumento de ação governamental: fundamentos teóricos, limites e potencialidades. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, Porto Alegre, n. 8, p. 129-155, 2013.

SILVA, Fabio de Sá e. Vetores, Desafios e Apostas Possíveis na Pesquisa Empírica em Direito no Brasil. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, [São Paulo], v. 3, n. 1, p. 24-53, jan. 2016.

TOZO, Lucas Suárez de Oliveira; SOLON, Ari Marcelo. Dogmática Jurídica: caracterização de um conhecimento jurídico historicamente construído. *Revista Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, n. 19, p. 281-308, jan./jun. 2010.

ULEN, Thomas S. Um Prêmio Nobel para a Ciência Jurídica: teoria, trabalho empírico e o método científico no estudo do direito. In: PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (Orgs.). *Direito e economia em dois mundos: doutrina jurídica e pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: FGV, 2014. p. 29-87.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. Tradução de Caio Farah Rodriguez, Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004. 236p.

XAVIER, José Roberto. *A Pesquisa Empírica e o Direito*. Rio de Janeiro: Autografia, 2018.

RECEBIDO EM: 17/07/2019

APROVADO EM: 02/04/2020

MERCADOS DE ÁGUA

WATER MARKETS

Francisco Arlem de Queiroz Sousa
Mestrando, Especialização em Direito Público, em Direito Tributário e Finanças
Públicas. Advogado da União - Procurador-Chefe do Dnocs - Departamento
Nacional de Obras Contra as Secas

SUMÁRIO: Introdução; 1 Instrumentos de Política Ambiental; 2 Mercados de Água; 3 Debate sobre os mercados de água no Brasil; 4 Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente artigo se propõe, com base em revisão bibliográfica, a analisar a introdução dos mercados de água no Brasil, objeto do Projeto de Lei do Senado nº 495, de 2017. A proposição legislativa tem sofrido severas críticas com foco na alegação de que com sua aprovação haverá a privatização das águas, bens de domínio público e de uso comum do povo. Contrariamente, quem defende a inovação legal sustenta que os mercados de água trarão mais eficiência na gestão hídrica, além de contribuir para a preservação do meio ambiente. Por meio da abordagem dos instrumentos econômicos de política ambiental, faz-se uma contextualização dos mercados de água em vários países, ao final concluindo que sua implantação cria um importante instrumento de gestão dos recursos hídricos no contexto brasileiro e que os riscos de privatização, em razão da aprovação do PLS nº 495, de 2017, são infundados.

PALAVRAS-CHAVE: Meio ambiente. Instrumentos de política ambiental. Cobrança pelo uso. Mercados de água. PLS nº 495/2017.

ABSTRACT: The present article proposes, based on a bibliographical review, to analyze the introduction of water markets in Brazil, object of Senate Bill No. 495, of 2017. The legislative proposal has been severely criticized with a focus on the claim that with its approval will be the privatization of water, public property and common use of the people. On the contrary, those who defend legal innovation maintain that water markets will bring more efficiency in water management, besides contributing to the preservation of the environment. Through the approach of the economic instruments of environmental policy, a contextualization of the water markets in several countries, in the end concluding that its implantation creates an important instrument of management of the water resources in the Brazilian context and that the risks of privatization, in reason for the approval of PLS nº 495, of 2017, are unfounded.

KEYWORDS: Environment. Environmental policy instruments. Charging for use. Water markets. PLS nº 495/2017.

INTRODUÇÃO

Na região do Cariri, localizada no sul do Estado do Ceará, a água que brota da Chapada do Araripe é negociada pelos agricultores locais no Cartório Público da cidade do Crato desde a década de 1850.

Kemper, Gonçalves e Bezerra (1999) relatam que para evitar conflitos recorrentes por água agricultores de cana-de açúcar que viviam ao longo do rio Batateira concordaram em alocar certas quantidades de “telhas d’água” com base no tamanho de cada fazenda e essa repartição privada ainda hoje é aceita tacitamente pela comunidade, muito embora no Brasil as águas sejam públicas por expressa disposição constitucional.

Nessa senda, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 495, de 2017 (Anexo A), de autoria do senador cearense Tasso Jereissati, que tem como objetivo alterar a Política Nacional de Recursos Hídricos - PNRH (Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997) para introduzir os mercados de água como instrumento destinado a promover alocação mais eficiente dos recursos hídricos.

A massiva rejeição popular ao PLS nº 495, de 2017¹, revela que essa matéria é controversa e desperta muita polêmica entre nós, especialmente porque o Brasil é o maior detentor de “ouro azul” em todo o mundo, possuindo cerca de 12% (doze por cento) das reservas de água doce existentes no planeta.

Muitos enxergam nessa proposta a gota d’água que está faltando para privatizar de fato as águas no Brasil², tratando um bem vital para o ser humano como se fosse um “commodity” qualquer, mercantilizando-a para que seja apropriada pelo sistema econômico capitalista de acordo com sua finalidade precípua que é a obtenção de lucro.

Em contraposição há aqueles que vislumbram os mercados de água como um mecanismo eficaz no combate ao desperdício e que, paralelamente, protegem o meio ambiente à medida em que tornam menos necessária

1 Até a data de conclusão deste artigo a consulta pública disponível na página do Senado Federal informa que a matéria recebeu 102.488 (cento e dois mil, quatrocentos e oitenta e oito) votos contrários e apenas 1.065 (mil e sessenta e cinco) votos a favor. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=131906>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

2 Inexistem atualmente águas de domínio privado no Brasil, pois de acordo com a Constituição Federal (artigos 20, III, VI e VIII, e 26, I) as águas pertencem à União ou aos Estados (também ao Distrito Federal), não havendo dominialidade municipal.

a construção de equipamentos para armazenamento de água (açudes, barragens, etc.), os quais reconhecidamente causam impactos ambientais.

Faz-se necessário, portanto, beber na fonte dos ensinamentos doutrinários nacionais e estrangeiros e com base em ampla pesquisa bibliográfica abordar esse importante instrumento econômico de política ambiental, procurando responder a questões centrais da discussão, as quais giram em torno de sua constitucionalidade e legitimidade social.

Para tanto, partir-se-á de uma explanação genérica dos instrumentos de política ambiental, em especial aqueles de natureza econômica voltados para a gestão dos recursos hídricos, identificando e explicitando como funciona a cobrança pelo uso de água bruta, instrumento adotado na Política Nacional de Recursos Hídricos.

Na sequência abordar-se-á sucintamente sobre a implantação dos mercados de água em várias partes do mundo e das tentativas infrutíferas de sua introdução no Brasil até o presente momento, por meio do resgate histórico de propostas legislativas que não obtiveram êxito.

Por fim, passar-se-á, sem pretensão de esgotar o tema, ao confronto analítico das principais teses expostas por aqueles que criticam e pelos que defendem a criação de mercados de água no País.

1 INSTRUMENTOS DE POLÍTICA AMBIENTAL

Os problemas ambientais em sua imensa maioria são oriundos de externalidades negativas, ou seja, de consequências prejudiciais ao meio ambiente ocasionadas pelo exercício de uma atividade econômica como, por exemplo, a fumaça expelida pela chaminé de uma fábrica ou os efluentes de uma indústria que são lançados em um rio.

As externalidades negativas têm em comum o fato de gerarem um custo que não é suportado pelo sistema econômico que o gerou, mas por terceiros (pescadores no exemplo do rio), de modo que o preço do bem ou serviço não contempla o “sacrifício” impingido à sociedade, bem como o mercado não se preocupa em eliminá-las, pois não está “pagando” por elas (ANTUNES, 2009, p. 57-73).

“As formulações mais ou menos canônicas do princípio do poluidor-pagador apontam assim invariavelmente para a necessidade de fazer o agente econômico incorporar o custo social da sua actividade nos seus

custos privados” (D’ALTE, 2008, p. 1), por isso ao lidarmos com bens públicos essa falha de mercado (externalidades negativas) necessita da atuação estatal para corrigi-la³, fazendo uso dos meios a sua disposição, ou melhor, dos instrumentos de políticas públicas.

No contexto do meio ambiente, os instrumentos de política pública podem ser classificados em (MOURA, 2016): Instrumentos regulatórios ou de comando e controle (C&C) - são restrições legais, regulamentações ou restrições sobre as condutas dos agentes econômicos, a exemplo dos padrões⁴ (limite para a poluição sonora, do ar, da água, etc.), das licenças (licenciamento ambiental) e dos zoneamentos.

Instrumentos de Informação: disponibilizam informações com o intuito de orientar, influenciar ou persuadir os agentes econômicos em prol do meio ambiente, como por exemplo a rotulagem energética de eletrodomésticos, selos ambientais ou por meio de estudos direcionados a disseminar valores ambientais.

Instrumentos voluntários e de cooperação: são focados na vontade dos agentes envolvidos ou do seu desejo de cooperar para a solução dos problemas ambientais, podendo-se citar os conhecidos termos de ajustamento de conduta.

Instrumentos Econômicos: baseiam-se nos princípios do poluidor-pagador, usuário-pagador ou protetor-recebedor e atuam sob o comportamento dos agentes econômicos por meio da imposição de custos ou direitos a benefícios, de acordo com sua interação com o meio ambiente.

1.1 INSTRUMENTOS ECONÔMICOS DE POLÍTICA AMBIENTAL

Os instrumentos econômicos servem para atribuir um preço a um bem escasso de forma a promover seu uso racional e eficiente, visando a internalização dos custos ecológicos (MOURA, 2016, p. 111).

Esses instrumentos não têm por finalidade um ganho ambiental, mas o reconhecimento que uma parte do meio ambiente pode ser utilizada e essa utilização pressupõe um pagamento por parte de quem deles se beneficia.

3 Para maiores detalhes acerca dessa temática consultar as obras “The Economics of Welfare” e “The Problem of Social Cost”, de Arthur Pigou e Ronald Harry Coase, respectivamente.

4 As resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama que estabelecem a capacidade de suporte do meio são exemplos de instrumentos regulatórios.

Desse modo, de acordo com D'alte (2008, p. 4)

[...] ao invés de estabelecer metas de qualidade ambiental a cumprir indiferenciada e equitativamente por todos os utilizadores, estabelecesse antes o nível máximo admitido de utilização do recurso, permitindo-se depois aos diferentes utilizadores que realizem entre si a sua gestão, garantindo uma distribuição equitativa dos custos marginais do controlo ambiental da totalidade das utilizações.

A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (fruto da ECO-92), no seu décimo sexto princípio, conclamou aos países que participaram da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na cidade do Rio de Janeiro em 1992, a fazerem uso de instrumentos econômicos:

As autoridades nacionais devem procurar promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais”.

Exemplos de instrumentos econômicos de política ambiental são⁵: a) tributação (impostos - ICMS ecológico, CIDE combustíveis, taxas, tarifas e *royalties*); b) criação de mercado (ex.: permissões comercializáveis e sistemas devolução - ex.: logística reversa); c) subsídios (ex.: pagamentos por serviços ambientais ou isenção de imposto territorial rural - ITR) e fundos ambientais d) títulos ambientais (ex.: cota de reserva ambiental).

1.2 INSTRUMENTOS ECONÔMICOS DE POLÍTICA AMBIENTAL E OS RECURSOS HÍDRICOS

Dentre os instrumentos econômicos de política ambiental acima citados, interessa-nos aqueles baseados em preço (tarifa) e os baseados em quantidades (criação de mercado), no âmbito dos recursos hídricos.

1.2.1 MECANISMOS DE PREÇO

Mecanismos de preço são instrumentos econômicos de gestão ambiental, no qual uma entidade reguladora estabelece um valor e a

5 A Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, popularmente conhecida como Novo Código Florestal, elenca, em seu art. 41, uma série de linhas de ação voltadas à conservação e melhorias da qualidade dos recursos naturais.

quantidade vai se ajustando conforme o preço estipulado. A cobrança pelo uso de recursos hídricos é o mecanismo de preço adotado na PNRH.

1.2.1 COBRANÇA PELO USO DA ÁGUA

O que a Tragédia dos Comuns (HARDIN, 1968) ensina é que o livre acesso a recursos finitos gera uma disputa irracional pelos indivíduos que agem de acordo com seus próprios interesses em prejuízo de toda a comunidade e nesse contexto as regras do livre mercado não têm aplicabilidade.

A Política Nacional de Recursos Hídricos - PNRH reconhece a água como recurso limitado, dotado de valor econômico e a cobrança pelo uso dos recursos hídricos⁶ é um dos seus instrumentos, sendo um mecanismo econômico de proteção ambiental consubstanciado no princípio do usuário-pagador, não representando a tarifa cobrada pelas companhias de águas e esgoto estaduais, mas uma remuneração pelo uso de um bem público.

A cobrança serve para apontar o valor econômico da água, racionalizar seus usos, internacionalizar os custos ambientais, preservar sua qualidade e obter recursos financeiros para gerir o sistema⁷.

Por ser o valor cobrado muito baixo, pode-se de antemão ressaltar que ele não tem promovido uma mudança comportamental entre os usuários (isso é facilmente comprovável, pois muito comum vemos nas cidades, mesmo nas regiões de clima semiárido, pessoas lavando calçadas com água tratada), tampouco a arrecadação é significativa para financiar os custos com a política da água.

O processo de cobrança ocorre de baixo para cima. Inicialmente as agências de água, as quais exercem a função de secretaria-executiva dos comitês de bacia hidrográfica, propõem os valores aos respectivos comitês de bacia hidrográfica⁸ que, por sua vez, sugerem os valores ao

6 Prevista no inciso IV do art. 5º da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997 (BRASIL, 1997).

7 Nos termos do art. 19 da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997 (BRASIL, 1997): A cobrança pelo uso de recursos hídricos objetiva: I - reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor; II - Incentivar a racionalização do uso da água; III - obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos.

8 Alínea "b" do inc. XI do art. 44 da Lei nº 9.433, de 1997 (BRASIL, 1997).

Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH)⁹ ou aos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos (de acordo com o inc. VI do art. 37 da Lei nº 9.433, de 1997)¹⁰.

Por fim, as agências de águas ou entidades sem fins lucrativos que tiverem recebido delegação do CNRH para atuar como agências de água¹¹ ficam responsáveis por cobrar e arrecadar (inc. III do art. 44 da Lei nº 9.433, de 1997).

Muito embora os comitês de bacia hidrográfica simbolizem o ideário de democracia deliberativa, é possível observar neles também as dificuldades. Compostos por representantes do poder público e da sociedade civil¹² para estabelecer o valor “justo” da cobrança, na prática, tem-se observado que a representação da sociedade civil se constituiu em foco de resistência, buscando evitar a cobrança.

Decorre daí que os valores são definidos politicamente com base em acordos e levam em conta o impacto da cobrança sobre os custos dos usuários ao invés de se importarem com questões centrais como o custeio das infraestruturas de gerenciamento das águas e a mudança de atitude para maximizar sua utilização e, sobretudo, evitar desperdícios.

1.2.2 MECANISMOS DE QUANTIDADE

Os mecanismos de quantidade são instrumento econômicos de gestão ambiental, no qual uma entidade reguladora estabelece uma quantidade e

9 No âmbito federal a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000 (BRASIL, 2000), estabelece: Art. 4º A atuação da ANA obedecerá aos fundamentos, objetivos, diretrizes e instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos e será desenvolvida em articulação com órgãos e entidades públicas e privadas integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, cabendo-lhe: [...] VI - elaborar estudos técnicos para subsidiar a definição, pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos, dos valores a serem cobrados pelo uso de recursos hídricos de domínio da União, com base nos mecanismos e quantitativos sugeridos pelos Comitês de Bacia Hidrográfica, na forma do inciso VI do art. 38 da Lei nº 9.433, de 1997.

10 A Resolução nº 48, de 21 de março de 2005, do Conselho Nacional de Recursos Hídricos, estabelece os critérios gerais para a cobrança pelo uso dos recursos hídricos no âmbito federal.

11 Ver a Lei nº 10.881, de 9 de junho de 2004 (BRASIL, 2004).

12 Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997 (BRASIL, 1999: Art. 39. Os Comitês de Bacia Hidrográfica são compostos por representantes: I - da União; II - dos Estados e do Distrito Federal cujos territórios se situem, ainda que parcialmente, em suas respectivas áreas de atuação; III - dos Municípios situados, no todo ou em parte, em sua área de atuação; IV - dos usuários das águas de sua área de atuação; V - das entidades civis de recursos hídricos com atuação comprovada na bacia.

o preço se ajusta através do mercado. Dentre os existentes, os mercados de água são a modalidade que nos interessa e que será tratada doravante.

2 MERCADOS DE ÁGUA

Nos mercados de água os usuários voluntariamente negociam seus direitos de uso de água, parcial ou totalmente, temporária ou permanentemente, de acordo com as necessidades existentes e obedecendo as normas de órgão regulador.

Segundo Endo *et al.* (2018), para que se implante um mercado de água é necessário que haja um arcabouço legal permitindo direitos sobre a água; que exista separação entre os direitos de água e propriedade da terra e; por último, que não haja confisco do direito pelo não uso da água¹³.

Existem experiências desse tipo em várias partes do mundo. Gvcés (2017, p. 270) anota que a Espanha é o único país da Europa onde existem transações comerciais de água, provavelmente por ser o país onde mais há eventos de escassez hídrica e pela existência de infraestrutura que permite transferências entre bacias.

No âmbito da União Europeia existem diretrizes sobre alocação de recursos hídricos que deixam aberta a possibilidade de se estabelecerem mercados de água para os demais países (GVCES, *Ibid.*, p. 271), mas somente a nível de uma mesma bacia, pois os custos administrativos seriam elevados para o emprego de um mercado de água à nível de União Europeia.

Embid Irujo (2013, p. 107) noticia que no item 4.3 de “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social europeo y al Comité de las regiones¹⁴”, se disse que:

O estabelecimento de um mercado para os direitos de uso da água e mecanismos de comércio com um limite máximo definido em relação ao meio ambiente pode constituir uma oportunidade de pagamento por serviços ecossistêmicos e, portanto, contribuir para a obtenção de um equilíbrio sustentável nas bacias hidrográficas com déficit. Outra

13 Discordamos dos autores quando os mesmos enquadram o Brasil dentro de um grupo com 66 (sessenta e seis) países, os quais atenderiam duas das três condições necessárias, pois a condição que eles apontam como primordial (arcabouço legal permitindo direitos sobre a água, inclusive, realocação) ainda não existe, pelo menos até que o PLS nº 495, de 2017, se transforme em lei.

14 Titulada “Informe sobre la revisión de la política europea de lucha contra la escasez de agua y la sequía” [Bruselas 14.11.2012 COM (2012) 672, final].

vantagem que pode ser alcançada é, por exemplo, a realocação (temporária ou permanente) de direitos de uso de água entre usuários econômicos, o que pode gerar benefícios econômicos adicionais¹⁵. (Tradução livre).

Os Estados Unidos aparecem na vanguarda dos mercados de água em face de dois acontecimentos, um judicial e outro natural. No primeiro, por volta de 1855, um Tribunal da Califórnia julgou a disputa entre Irwin e Phillips, na qual ambos exploravam diferentes minas de ouro, mas usavam a água do mesmo riacho, sendo que Irwin ficava à montante e Phillips logo depois, reclamando que o primeiro desperdiçava água, não lhe restando quase nada.

O Tribunal Californiano decidiu que Irwin tinha preferência até um certo volume por ter se instalado antes e aquilo que sobejasse seu limite pertenceria à Phillips até outro limite determinado, devendo ambos respeitar as respectivas cotas, em um sistema similar à nossa outorga.

Como depois da guerra civil norte-americana muitos colonos se dedicaram à “caça do ouro”, a solicitação de outorgas judiciais cresceu juntamente com a escassez de água, levando os juízes a não mais concederem novas outorgas, permitindo apenas cessões de titularidade entre outorgados que abandonassem suas minas com outros que chegassem em busca de ouro, formando-se, desse modo, um mercado.

O outro fator foi o clima do oeste americano que contribuiu para que os mercados de água surgissem pioneiramente não só na Califórnia, mas também no Arizona e no Colorado, levando-os a adotar um sistema particular de alocação de água diferentemente do restante do país denominado de regime de apropriação prévia, os quais “podem ser considerados como direitos de usufruto ou um direito a usar a água, que surgiram devido à necessidade, em um clima semiárido, de transportar a água dos rios para pontos remotos” (GVCES, 2017, p. 209).

Na apropriação prévia vigora uma ordem de prioridades conhecida como “*first in time, first in right*”, onde quem primeiro solicitar o direito de usar água, tem superioridade sobre os demais usuários, que possuem direitos inferiores.

15 No original: “El establecimiento de un mercado de derechos de uso del agua y de mecanismos de comercio con un límite máximo definido en relación con el medio ambiente puede constituir la oportunidad de pago por servicios ecosistémicos y, por ende, contribuir al logro de un balance sostenible en las cuencas fluviales con déficit. Otra ventaja que puede conseguirse es, por ejemplo, la reasignación (temporal o permanente) de derechos de uso del agua entre usuarios económicos, lo cual puede generar beneficios económicos adicionales”.

No Chile os mercados de água foram estabelecidos na década de 1980 e nesse país as propriedades de outorgas de exploração de água são escrituradas e livremente transacionadas, podendo ser, inclusive, deixadas por herança.

Gomez (2018, p. 1) noticia que o Código de Águas de 1981 foi elemento “chave nesta reforma do mercado, baseada na idéia de que o acesso à água é um bem econômico, cuja alocação é gerenciada com mais eficiência por meio de direitos de propriedade, preços e mercados privados¹⁶”.

Bauer (2009) descreve o modelo chileno como um exemplo paradigmático do livre mercado, com a proteção da propriedade privada mais forte do mundo e que tem muito pouca ou quase nenhuma interferência regulatória do governo sobre o uso privado da água. Mesmo assim, desde 1995 o parlamento tenta alterar os mercados de água no Chile em razão de dificuldades no fornecimento de água potável à população, mas tem esbarrado na alegação de que as outorgas são direitos adquiridos e não podem ser suprimidos.

Na Austrália a gestão de recursos hídricos se deu inicialmente pela construção de reservatórios até que uma decisão do Conselho de Governos Australianos de 1994 decidiu incentivar a criação de mercados de água, sendo que a bacia Murray-Darling (formada pelos rios Murray e Darling) é a mais expressiva, responsável por 85 % (oitenta e cinco por cento) das transações permanentes de água na Austrália (GVCES, *Ibid.*, p. 154).

No relatório Governança dos Recursos Hídricos do Brasil, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (2015, p. 242) sugere que o Brasil adote mecanismos de transferência de água entre usuários, pois isso pode permitir que novos usuários possam acessá-la, bem como permite priorizações, contribuindo para um uso mais eficiente.

2.1 MERCADOS DE ÁGUA NO BRASIL

O Brasil adotou o “modelo francês”, também conhecido como “modelo de negociação¹⁷”, para gerenciamento de recursos hídricos (lembrando que

16 No original: “[...] clave en esta reforma de mercado, el cual se basó en la idea de que el acceso al agua es un bien económico, cuya asignación se gestiona más eficientemente a través de los derechos de propiedad privada, precios y mercados”.

17 “A peculiaridade desse modelo é a negociação entre usuários e os órgãos gestores para o estabelecimento das metas ambientais para cada bacia, a partir das quais são estimados os custos de recuperação decorrentes e as respectivas taxas a serem cobradas aos usuários” (HISSA, 2005, p. 37).

a França é um país unitário) e se afastou do modelo americano, baseado na negociação de direitos de uso de água entre usuários.

A primeira tentativa legislativa, que se tem notícia, de criação de mercados de água no Brasil foi feita pelo, à época, Deputado Federal, Paulo Magalhães, por meio do Projeto de Lei nº 6.979, de 2002.

Nessa proposta a criação dos mercados de água vinha inserida no bojo de uma regulamentação mais específica da cobrança pelo uso de recursos hídricos e criação de um Fundo Nacional de Recursos Hídricos.

A proposição legislativa recebeu críticas do Relator da Comissão de Defesa do Consumidor¹⁸, Deputado Fernando Gabeira, e findou por ser rejeitada, sendo arquivado o projeto inteiro em razão de sucessivos pareceres contrários na Comissão de Minas e Energia (CME), em 2009, e na Comissão de Finanças e Tributação, em 2012, face a sua incompatibilidade e inadequação financeira e orçamentária.

Contudo, o Deputado Paulo Magalhães não se deu por vencido e em 2015 apresentou o Projeto de Lei nº 287, que em linhas gerais reproduziu as mesmas ideias rejeitadas no Projeto de Lei nº 6.979, de 2002.

Dessa vez, coube ao Deputado Federal Daniel Coelho, da Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, opinar pela rejeição da proposta legislativa, com base nos mesmos argumentos esposados na Comissão de Defesa do Consumidor ao Projeto de Lei nº 6.979, de 2002.

Incansável, o Deputado Paulo Magalhães requereu o apensamento do PL nº 287, de 2015, ao Projeto de Lei do Senado nº 429, de 2015 (que na Câmara Federal recebeu o número 4.452, de 2016), alegando se tratarem de matérias correlatas (muito embora não o fossem), estando ambos atualmente na Comissão de Minas e Energia¹⁹.

18 Alegou o Relator que: “[...], o “Mercado das Águas” que o projeto propõe criar e estimular, parece-nos incompatível com o princípio de que as águas, no Brasil, constituem bens de domínio público da União e dos Estados. Este princípio é claramente colocado no inciso III do art. 20 e no inciso I do art. 26 da Constituição Federal e é reforçado na Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, cujo art. 1º o define como um dos princípios da Política Nacional de Recursos Hídricos”. Parecer do Relator, Dep. Fernando Gabeira, pela rejeição. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=102787&filename=Tramitacao-PRL+1+CDC+%3D%3E+PL+6979/2002. Acesso em: 17 abr. 2019.

19 Até a data de conclusão deste estudo.

Da Casa Baixa, a ideia de se comercializar outorgas chega a Casa Alta por meio do Projeto de Lei do Senado nº 495, de 2017, de autoria do Senador cearense Tasso Jereissati, que altera a Lei nº 9.433, de 8 janeiro de 2017, para incluir os Mercados de Água como instrumento da Política Nacional de Recursos Hídricos.

Nas justificativas ao PLS nº 495, de 2017, o senador Tasso Jereissati rebate os argumentos de que os mercados de água significam privatização desse bem natural que é de domínio público por expressa disposição Constitucional (art. 20, inciso III, e art. 26, inciso I).

Assevera que sua criação seria uma ferramenta útil para períodos de secas e estiagens prolongadas, pois promoveria uma alocação eficiente de recursos hídricos em atividades que gerariam mais emprego e renda, otimizaria os benefícios socioambientais e econômicos, indo ao encontro da Declaração de Dublin sobre Água e Meio Ambiente²⁰.

Em meio à polêmica proposição legislativa, passar-se-á a expor os argumentos favoráveis e contrários a implantação dos mercados de água no país, externando, ao final, nosso posicionamento.

3 DEBATE SOBRE OS MERCADOS DE ÁGUA NO BRASIL

A proposta legislativa de autoria do Senador cearense tem gerado intensos debates e enfrentado duras críticas, mas também encontra quem a defenda e a aponte como saída para enfrentar a crise hídrica e ao mesmo tempo preservar o meio ambiente.

3.1 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS

Principiando pelas críticas, muitos apontam o risco de haver privatização da água e também dificuldades relacionadas à definição dos preços na hipótese de as transações serem raras ou complexas. Essa dificuldade é abordada por D'Alte (2008, p. 7):

A fixação de um valor económico da água deparase, naturalmente, com um conjunto de dificuldades resultantes das respectivas características físicas e económicas e dos parâmetros constitucionais e legais que balizam a sua gestão pública. Não há, naturalmente, um valor unívoco

20 Disponível: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=7334551&ts=1554321140864&disposition=inline>. Acesso em: 17 abr. 2019.

para a água, como, de resto, não existe um valor único para qualquer bem negociado em mercado. Mas os valores da água variam com uma maior amplitude, dado que a sua valoração incorpora não apenas as alterações de bemestar social associadas à sua utilização atual e potencial ou seja, o valor dado ao seu uso, medido de acordo com o esforço que o agente econômico está disposto a realizar para obter a utilização do recurso (*willingness to pay*).

Para Fábio Giori, secretário de Saneamento da FNU – Federação Nacional dos Urbanitários – e presidente do Sindicato dos Trabalhadores em Água, Esgoto e Meio Ambiente do Espírito Santo – Sindaema, “está muito claro: quem tem dinheiro, compra e usa água. Quem não tem, vai passar por dificuldade”²¹.

Alega-se que o risco de monopólio e especulação é muito grande, pois setores mais capitalizados poderiam adquirir outorgas de água sem comprovação de necessidade atual ou futura, apenas com intuito de lucrar às custas desse bem vital.

Rosegrant e Binswanger (1994, p. 122) elencam algumas das críticas ao estabelecimento de um comércio de direitos de propriedade de água, ressaltando os altos custos de transação na irrigação e investimento para desenvolver os mercados de água; as externalidades negativas impostas à terceiros; a redução da produção de alimentos em razão da possibilidade de comercializar água para outros usos; e, o favorecimento aos ricos em detrimento dos pobres.

Paiva (2012) é enfático ao afirmar que:

Não podemos ser ingênuos quanto ao interesse de numerosas instituições internacionais de que os direitos de uso de água sejam transferíveis. O mercado tem causado danos em todos os níveis e graus no que se refere a tudo, inclusive à informação. Como os cidadãos andam sendo completamente mal informados pelo “mercado de notícias” sustentado pelas empresas privadas – ou, se preferirem, os anunciantes – e o efeito direto da má informação prestada tem sido a cegueira em relação à realidade, torna-se urgente o esclarecimento de alguns pontos básicos fundamentais.

Thobani (1994, p. 111) aponta que “o principal argumento contrário aos mercados de água é de que seu custo de estabelecimento e operação

21 Disponível em: <<http://www.fnucut.org.br/projeto-que-cria-mercado-da-agua-quem-tem-dinheiro-compra-e-usa-agua-quem-nao-tem-vai-passar-por-dificuldade/>> Acesso em: 4 mai. 2019.

é alto em comparação com o potencial de lucro”, ou seja, os chamados “custos de transação” (infraestrutura de transporte de água e custos de regulação, fiscalização, etc.) seriam desvantajosos.

Enfatiza ainda como efeito direto o prejuízo a terceiros, pois usuários à jusante não mais se beneficiariam das “sobras” de água dos usuários à montante, haja vista que esses se motivariam a economizar para vender seus direitos de água a outros consumidores, tais como usinas termelétricas ou grandes industriais (Ibid., p. 111).

Outro tipo de impacto sobre terceiros ocorreria nas transferências entre bacias hidrográficas, onde poderia haver o desabastecimento de uma região para suprimento de outras mais fortes economicamente.

Em suma, os mercados de água apresentariam um discurso pintado em tons de verde como forma de solução para escassez, mas esconderiam a privatização e mercantilização, bem como a busca desenfreada por lucro, atendendo àqueles que estão preocupados com os riscos que as crises hídricas podem impor aos negócios, almejando obter garantias especiais por meio da criação desses mercados.

3.2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS

Os argumentos favoráveis, por sua vez, têm viés não apenas econômico, mas também ambiental. Para os ecologistas os mercados de água seriam a solução para acabar com a construção desenfreada de barragens e açudes. Nessa perspectiva Nunez (2009, p. 153) assevera que:

Em termos práticos, e em relação à atual crise hídrica, uma das vantagens mais atraentes do estabelecimento de mercados no recurso é que o estabelecimento de transferências voluntárias facilitaria o movimento de quantidades significativas de água dos usuários agrícolas para as grandes cidades, evitando assim a necessidade de construir obras de infraestrutura caras que, na maioria dos casos, são realizadas com altos subsídios governamentais e cujos custos financeiros, em muitos casos, não se recuperam. Para os ambientalistas, as transferências também são benignas porque evitam impactos ambientais adversos que muitas obras de infraestrutura acarretam²². (Tradução livre).

²² No original: “En términos prácticos, y en relación con la crisis actual del agua, una de las ventajas más atractivas de establecer mercados en el recurso es que el establecimiento de transferencias voluntarias permitiría facilitar el movimiento de cantidades importantes de agua de los usuarios agropecuarios a las grandes ciudades, evitando así la necesidad de construir costosas obras de infraestructura que en la

Para alguns economistas eles são uma forma mais eficiente de alocar um recurso escasso. Uma primeira vantagem consistiria na maior eficiência na alocação de água, pois, exemplificativamente, se um agricultor tem uma outorga de 20 (vinte) mil litros e sabe que pode vender a parte não utilizada, ele economizaria, além de se motivar a comprar novas tecnologias mais modernas que aumentem a eficiência hídrica.

Outra vantagem é que o preço de alocação seria encontrado naturalmente de forma mais eficiente pelas interações do mercado e não aleatoriamente ditado por um órgão governamental, implicando em uma transferência de poder e permitindo que o direito sobre a água fosse transferido daqueles usos de menor valor para outros de maior valor.

Thobani (1994, p. 110) acrescenta como vantagem indireta a redução da saturação e salinização do solo pela redução do consumo de água, bem como a possibilidade de ampliação de crédito rural para pequenos produtores que passariam a contar com um “ativo” que poderia ser usado como garantia de empréstimo bancário.

Lachman *et al* (2016, p. 128) avalia que “mecanismos de água são atraentes como forma de alocação, porque são economicamente eficientes, responsivos a mudanças de condições e são voluntários²³”, além de “flexível em resposta a mudanças nas condições, como as necessidades de novos usos, flutuações temporárias no suprimento ou escassez de água a longo prazo²⁴” (p. 130). (Tradução livre).

Os defensores dos mercados de água apontam, ainda, mais vantagens como: a participação voluntária dos usuários; os preços revelando os custos de oportunidade; e, a conservação dos recursos hídricos sendo estimulada (CASTRO, 2012, p. 13).

mayoría de los casos son llevadas a cabo con altos subsidios del gobierno y cuyos costos financieros en muchos casos no llegan a recuperarse. Para los ambientalistas, las transferencias también son benignas porque evitan impactos ambientales adversos que muchas obras de infraestructura acarrearán”.

23 No original: “[...] water mechanisms are attractive as a means of allocating because they are economically efficient, responsive to changing conditions and are voluntary”.

24 No original: “[...] flexible in response to changing conditions such as the needs of new uses, temporary fluctuations in supply, or longer-term water scarcity”.

3.3 OS MERCADOS DE ÁGUA SÃO PROBLEMA OU SOLUÇÃO?

Preliminarmente é necessário saber que a possibilidade de transferência gratuita de outorgas entre usuários já é uma realidade²⁵. A grande inovação trazida pelo PLS nº 495, de 2017, na verdade, é que elas passariam a ser onerosas, respeitando-se sempre a inalienabilidade das águas públicas.

Em nossa opinião as críticas não são justificáveis. Primeiro, conforme dito, é desarrazoado falar em privatização das águas nacionais com a aprovação do PLS nº 495/2017, pois ela permanecerá, como todo e qualquer bem público, sendo impenhorável, inalienável e imprescritível. Até mesmo a cobrança instituída na Política Nacional de Recursos Hídricos não é, e continuará não sendo, pela venda da água, mas pelo seu uso durante um determinado período de tempo.

Essa, inclusive, é a característica fundamental dos mercados de água na Espanha, conforme anota Embid Irujo (2013, p. 93)

O mercado que cria a Lei 46/1999, de 13 de dezembro, não é um mercado de água, mas, como eu já disse várias vezes, é um mercado de direitos de uso da água. Esse será o objeto das transações que operam sob sua proteção. De maneira alguma poderia ser um mercado de água em que na Espanha eles são bens de domínio público (vide art. 2 da L TRLA) e, como tal, e por decisão direta da Constituição (ex art. 132), são inalienáveis. O que será o objeto da transação são os direitos de uso da água²⁶. (Tradução livre).

O risco de monopolização, ainda que factível hipoteticamente, seria de fácil inibição, pois continuará havendo a necessidade de prévia outorga a ser dada pelo órgão de governo responsável, ou seja, o controle regulatório das outorgas permanecerá, além de poderem ser criados mecanismos de controle sobre as cessões entre usuários.

25 Resolução nº 16, de 8 de maio de 2001 do Conselho Nacional de Recursos Hídricos: [...] Art. 2º: A transferência do ato de outorga a terceiros deverá conservar as mesmas características e condições da outorga original e poderá ser feita total ou parcialmente quando aprovada pela autoridade outorgante e será objeto de novo ato administrativo indicando o(s) titular(es).

26 No original: "El mercado que crea la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, no es un mercado de aguas sino, como vengo diciendo repetidamente, es un mercado de derechos de uso de agua. Ese va a ser el objeto de las transacciones que operen a su amparo. En modo alguno podría ser un mercado de aguas en cuanto que en España son bienes de dominio público (vid. art. 2 de L TRLA) y, como tales y por directa decisión de la Constitución (ex art. 132), son inalienables. Lo que va a ser objeto de la transacción son los derechos a utilizar el agua".

Ademais a tentativa de dominar mercados relevantes de bens e serviços existe em diversos setores essenciais da economia e para isso, ao invés de se vedarem totalmente as transações comerciais, criaram-se entidades em defesa da livre-concorrência e contra os monopólios, como é o caso do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

No que concerne a possibilidade de especulação, é possível evitá-la com a imposição de que os pedidos de outorga venham embasados com a documentação comprobatória da necessidade da quantidade solicitada para que sejam deferidos, bem como se podem criar multas para quem mantém os direitos sem aproveitamento dentro de um prazo razoável.

Os usos prioritários em situações de escassez – consumo humano e dessedentação animal – são preservados no PLS nº 495, 2017, e a alegação de que os empresários jamais permitiriam que suas outorgas fossem retomadas esbarra em um princípio geral do direito plasmado na supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Esse princípio nuclear é afirmado como norteador do regime jurídico administrativo desde a década de 1960 (HACHEM, 2011, p. 41) e tem como referência na doutrina brasileira o professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 99):

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI, ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social²⁷.

Várias leis e institutos jurídicos como a encampação²⁸ prevista na Lei Geral de Concessões e Permissões de Serviços Públicos²⁹, as cláusulas

27 Não entraremos na polêmica acerca da superação desse princípio, o qual para nós permanece, ao lado da indisponibilidade do interesse público, como pilar do regime jurídico administrativo. À propósito conferir Hachem (2011).

28 Segundo Carvalho Filho (2018, p. 516) a encampação como forma extintiva da concessão, estatuinto como pressuposto o intuito de a Administração retomar o serviço delegado por razões de interesse público.

29 Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (BRASIL, 1995).

exorbitantes contempladas na Lei Geral de Licitações e Contratos³⁰, a revogação de atos inconvenientes ou inoportunos expressa na Lei que regula o Processo Administrativo Federal³¹, são decorrências do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Desse modo as hipóteses de expropriação em razão de necessidade ou utilidade pública, bem como os parâmetros de compensação, deve ser previstos no PLS nº 495, de 2017, de forma a dar segurança jurídica aos participantes do mercado e garantir que os usos prioritários estejam assegurados.

Por fim, ainda que a alocação de água passe a ocorrer onerosamente entre particulares, sempre haverá necessidade da presença do estado na regulação e fiscalização, garantindo o funcionamento correto e adequado dos mercados de água e assegurando que os usos prioritários (consumo humano e dessedentação animal) sejam respeitados.

4 CONCLUSÃO

Para a Organização das Nações Unidas a água é um direito humano essencial e necessário para se gozar plenamente a vida e todos os outros direitos humanos³² e entre nós tramita a Proposta de Emenda Constitucional nº 4, de 2018, que inclui a água potável entre os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição de 1988³³.

Paralelamente, viu-se que o Projeto de Lei do Senado nº 495, de 2017, visa alterar a Política Nacional de Recursos Hídricos para introduzir os mercados de água como instrumento destinado a promover alocação mais eficiente dos recursos hídricos.

Muito embora seja um bem dotado de valor econômico, o preço da água no Brasil tem sido determinado administrativamente com base em considerações políticas que não refletem as realidades locais e tampouco incentivam seu uso eficiente.

30 Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (BRASIL, 1993).

31 Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (BRASIL, 1999).

32 Resolução da Assembleia Geral da ONU A/RES/64/292, de 28 de julho de 2010. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?sym_bol=A/RES/64/292>. Acesso em: 13 jun. 2019.

33 Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132208>>. Acesso em: 8 jun. 2019.

A implantação dos mercados de água no Brasil não implica torná-la uma “commodity³⁴”, pois ela é um direito fundamental e seu reconhecimento como tal dispensa a necessidade de qualquer previsão expressa no ordenamento jurídico, haja vista sua essencialidade para a existência da vida.

Apesar do alarde, constata-se que o ordenamento jurídico pátrio já positivou institutos básicos para a criação dos mercados de água no País (outorga, cobrança e transferência) e sua implantação não significará a privatização das águas nacionais, que são públicas por expressa disposição constitucional.

Saliente-se que apesar de não serem os mercados de água a hecatombe descrita por seu críticos, é primordial que o estado detenha capacidade institucional para fiscalizá-los e que exista vontade política para estabelecer a legislação necessária, prevendo hipóteses de expropriação em face dos usos prioritários e as respectivas compensações, em casos de necessidade ou utilidade pública, bem como que se estabeleçam sanções severas em caso de descumprimento das obrigações assumidas.

Certamente também se faz necessário que haja uma ampla discussão na sociedade para conscientizar a população acerca dos objetivos e dos benefícios que serão gerados com a criação dos mercados de água, especialmente no que tange a promoção da eficiência e conservação dos recursos hídricos.

Por fim, outro ponto que merece ser ressaltado é que a instituição dos mercados de água não significa a abolição do compromisso com a equidade de acesso aos recursos hídricos, um dos 17 (dezessete) objetivos de desenvolvimento social que compõem a Agenda 2030.

Diante de todo o exposto, conclui-se que se os mercados de água no Brasil forem criados e modelados no sentido de conciliar a eficiência na alocação dos recursos hídricos com proteção ao meio ambiente e equidade social, a inovação legislativa proposta no PLS nº 495, de 2017, será um divisor de águas em termos de governança dos recursos hídricos nacionais.

34 Algo que, infelizmente, é feito com a água mineral, bem que deveria pertencer à coletividade, mas que é extraído e apropriado pelos poucos que a engarrafam (empresários).

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, David. Externalidades negativas sobre o meio ambiente. *Revista de Ciências Gerenciais*. v. XIII, n. 18, ano 2009.
- BAUER, Carlos. Dams and Markets: Rivers and Electrical Power in Chile. *Natural Resources Journal* n. 49, p. 583-651. Disponível em: <<http://bcn.cl/24hui>>. Acesso em: 15 abr. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*, Capítulo III – DOS CONTRATOS. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 17 jun. 2019.
- _____. *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*, Capítulo X – DA EXTINÇÃO DA CONCESSÃO, Art. 35. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 13 jun. 2019.
- _____. *Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997*, Capítulo IV – DOS INSTRUMENTOS, Art. 5º. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9433.htm>. Acesso em: 13 jun. 2019.
- _____. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*, Capítulo XIV – DA ANULAÇÃO, REVOGAÇÃO E CONVALIDAÇÃO, Art. 5º. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 17 jun. 2019.
- _____. *Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000*, Capítulo II – DA CRIAÇÃO, NATUREZA JURÍDICA E COMPETÊNCIAS DA AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS – ANA, Art. 4º. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9984.htm>. Acesso em: 13 jun. 2019.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32ª ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.
- CASTRO, César Nunes de. *Gestão das águas: Experiências internacional e Brasileira*. Brasília; Ipea, 2012.
- D'ALTE, Tiago Souza. O mercado de águas em Portugal: o comércio de títulos na Lei da Água. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU*, Belo Horizonte, ano 7, n. 38, mar./abr. 2008. Disponível em: <<http://bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=53220>>. Acesso em: 7 jun. 2019.
- EMBID IRUJO, A. *Las características del mercado de derechos de agua en España* *Derecho y Ciencias Sociales*. Octubre 2013, nº 9 (La problemática del agua en el

mundo actual). Pgs. 90-110 ISSN 1852 – 2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP.

ENDO, Takahiro; KAKINUMA, Kakinuma; YOSHIKAWA, Sayaka; KANAE, Shinjiro. *Are water markets globally applicable?* Environmental Research Letters, v. 13, n. 3, march 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.1088/1748-9326/aaac08>>. Acesso em: 17 jun. 2019.

GOMEZ, Eduardo Baeza. *Mercado del agua en Chile e inscripción y transacciones de los derechos de aprovechamiento de aguas*. Biblioteca del Congreso Nacional del Chile. Asesoría Técnica Parlamentaria. Disponível em: <<https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=130134&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

GVces. *Estudo de Aplicação de Instrumentos Econômicos à Gestão dos Recursos Hídricos em Situações Críticas: Sumário Para Tomadores de Decisão*. Centro de Estudos em Sustentabilidade da Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2017.

HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HARDIN, Garrett. “The Tragedy of the Commons”. *Science*, v. 162, n. 3859 (13 de dezembro de 1968).

HISSA, Inah abreu. *Análise da realidade da fonte batateira no cariri-ce: aspectos econômicos e legais do mercado de águas*. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento e Meio Ambiente) - Universidade Federal do Ceará, 2005.

KELMAN, Jerson. Outorga e cobrança de recursos hídricos. In: THAME, Antonio Carlos de Mendes (Org.). *A cobrança pelo uso da água*. São Paulo, 2000.

KEMPER, Karin E.; GONÇALVES, Jose Yarley de Brito; BEZERRA, Francisco Willian Brito. *Water allocation and trading in the cariri region - Ceara, Brazil*. World Bank Technical Paper n. 427. Wahington, DC, 1999.

LACHMAN, Beth E.; RESETAR, Susan A.; NIDHI, KALRA; SCHAEFER, Agnes Gereben; CURTRIGHT, Aimee E. *Water Market Mechanisms*. In *Water Management, Partnerships, Rights, and Market Trends: An Overview for Army Installation Managers* (pp. 127-188). RAND Corporation, 2016 Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/10.7249/j.ctt1bct12f.13>>. Acesso em: 17 jun. 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 30. ed. rev. e atual. - São Paulo, Malheiros, 2013.

MOURA, Adriana Maria Magalhães de. *Governança ambiental no Brasil: instituições, atores e políticas públicas* / organizadora: Adriana Maria Magalhães de Moura – Brasília: Ipea, 2016.

NUNEZ LUNA, Alejandra. *Concepciones teóricas sobre la crisis de los recursos hídricos y su regulación*. Isonomía, México, n. 31, p. 137-176, Oct. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/sciel.php?script=sci_arttext&pid=S140502182009000200008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 Jun. 2019.

OCDE (OECD em inglês). *Water Governance in Brazil*. OECD Studies on Water, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264238121-en>, 2015.

PAIVA, Fábio. *Gestão mercantil da água: a esperança delirante de que o livre mercado é o bem*. 2012. Disponível em: <<http://www.culturacritica.cc/2015/02/gestaomercantildaaguaaesperancadelirante-de-que-o-livre-mercado-e-o-bem/?lang=pt-br>>. Acesso em: 5 maio, 2019.

ROSEGRANT, Mark W.; BINSWANGER, Hans P. Mercados para o comércio de direitos de água: Uma possibilidade de maior eficiência na irrigação em países em desenvolvimento. In: MILLAR, Agustín A. *Gerenciamento dos Recursos Hídricos e o Mercado de Águas*. Brasília: Secretaria de Irrigação, 1994.

SOHAIL, M.; CAVILL, S. *Ethics: making it the heart of water supply*. *Proceedings of ICE, Civil Engineering*, v. 159, p. 11-15, 2006. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1680/cien.2006.159.5.11>>.

THOBANI, Mateen. Direitos de águas comercializáveis: uma solução para os problemas generalizados de demanda de água. In: MILLAR, Agustín A. *Gerenciamento dos Recursos Hídricos e o Mercado de Águas*. Brasília: Secretaria de Irrigação, 1994.

RECEBIDO EM: 09/03/2018

APROVADO EM: 08/05/2018

A (IN)EXISTÊNCIA DE ACCOUNTABILITY EM RELAÇÃO AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

***THE (IN) EXISTENCE OF ACCOUNTABILITY IN RELATION
TO THE SUPREME FEDERAL COURT***

Francisco Geraldo Matos Santos

*Doutorando em Direitos Humanos (PPGD/UFPA). Mestre em Ciência Política pela
Universidade Federal do Pará (PPGCP/UFPA). Especialista em Direito Processual
Penal pela Faculdade Damásio (SP), e em Direito Público pela mesma instituição.
Professor do Curso de Direito da Escola Superior Madre Celeste*

Renato Ribeiro Martins Cal

*Mestre em Ciência Política junto à Universidade Federal do Pará. Especialista em
Direito Processual pela Universidade da Amazônia- UNAMA. Auditor de Controle
Externo - TCE/PA*

Luana Broni de Araújo

*Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Pará. Graduada em
Filosofia pela Universidade do Estado do Pará.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A *Accountability* E O Surgimento Do CNJ; 2 O Supremo Tribunal Federal Como Superpoder; 3 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente artigo trata da (in)existência de elementos de *accountability* em relação ao Supremo Tribunal Federal- STF, discorrendo, em primeiro momento, do conceito de *accountability* e suas diversas espécies, tratando na sequência da importância do Conselho Nacional de Justiça- CNJ, quando da reforma do Poder Judiciário, como elemento importante para o avanço da transparência em relação ao narrado Poder. Contudo, à guisa conclusiva, entende-se que o surgimento do CNJ acabou por ressaltar a posição de “superpoder” do STF, tratando por último da decisão que concedeu aos membros de diversas carreiras, inclusive magistratura, o direito a receber auxílio-moradia.

PALAVRAS-CHAVE: *Accountability*. Supremo Tribunal Federal. Conselho Nacional de Justiça. Super-Poder.

ABSTRACT: This article deals with the (in) existence of elements of accountability in relation to the Federal Supreme Court (STF), discussing, in the first moment, the concept of accountability and its diverse species, dealing with the importance of the CNJ, when reforming the Judiciary, as an important element for the advancement of transparency in relation to the narrated Power. However, by way of conclusion, the CNJ's emergence has come to emphasize the STF's “superpower” position. Lastly, it deals with the decision granting members of several careers, including the judiciary, the right to receive housing assistance.

KEYWORDS: Accountability. Federal Court of Justice. National Council of Justice. Super Power.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho procura num primeiro momento discutir o conceito de *accountability* e suas diversas espécies, de modo a conceder uma visão geral deste instituto e sua significância para, em momento posterior, tratá-la na perspectiva do Poder Judiciário.

Posteriormente será analisada a criação do Conselho Nacional de Justiça- CNJ, como um importante passo para o aprimoramento da *accountability* no âmbito judiciário, que até então possui poucos mecanismos que tratassem da transparência de seus negócios internos das mais diversas espécies, contando, apenas, com Corregedorias diretamente ligadas aos tribunais fiscalizados e que, não por acaso, pouco resultado traziam, no sentido de tornar aquele Poder *accountable*.

Em seguida se discute até que ponto a implementação do CNJ representou, efetivamente, a criação de um instrumento de *accountability* em relação ao próprio Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Toda a discussão no intuito de responder ao seguinte problema de pesquisa: O Supremo Tribunal Federal está sujeito a algum mecanismo de *accountability* idôneo?

A pesquisa teve o propósito de contribuir para o debate concernente à inexistência de elementos de *accountability* em relação ao STF, que com o desenho institucional inaugurado pela Carta de 1988 passou a ser protagonista na relação entre os Poderes, transbordando a própria seara jurídica e passando a atuar como um verdadeiro agente político com poderes, praticamente, ilimitados, algo que é camuflado, em certa medida, pela regra da separação dos poderes, que prega a existência de uma relação marcada pela harmonia e pela independência (art. 2º, da CF), situação que impede a real percepção dos poderes inerentes à condição de ocupante do ápice do Judiciário, algo que paradoxalmente foi inclusive ressaltado com a reforma do Poder Judiciário e a criação do CNJ.

Os dados apresentados nesta pesquisa foram encontrados de forma secundária, coletados no site do Supremo Tribunal Federal. Foi, também, realizada pesquisa bibliográfica em livros, periódicos especializados, teses, dissertações, artigos científicos e diplomas normativos, com o fito de selecionar o referencial teórico que tem, de algum modo e de forma geral, abordado pesquisas dessa natureza.

1 A ACCOUNTABILITY E O SURGIMENTO DO CNJ

A *accountability* é concebida como elemento essencial para o fortalecimento da democracia e de instituições republicanas, servindo ao rompimento com a ideia de uma Administração Pública clientelista, tendo como um de seus elementos essenciais a concepção de estar sob constante vigilância de alguém. Desta forma as instituições tendem a funcionar melhor (SOUSA, 2014).

Em relação ao conceito de *accountability*, preciosas as palavras de Tomio e Filho (p. 30, 2013):

Em uma definição preliminar, *accountability* significa a necessidade de uma pessoa ou instituição que recebeu uma atribuição ou delegação de poder prestar informações e justificações sobre suas ações e seus resultados, podendo ser sancionada política, pública, institucional e/ou juridicamente por suas atividades.

Por certo, o conceito de *accountability* perpassa pela necessidade de prestar informações, portanto, estando ligado irremediavelmente a ideia de transparência e de que o agente que possui este dever, de prestar informação, não atua em nome próprio, tanto que deve justificar suas ações e omissões, e potencialmente pode sofrer sanções aplicadas por terceiros em decorrência de sua atuação/omissão.

Logo, a percepção de que atribuições de agentes não são exercidas, ou mesmo atribuídas por interesse próprio, e sim sob uma ótica coletiva e que, portanto, não podem ser executadas em um âmbito essencialmente privado, quer dizer, ao arrepio de qualquer espécie de fiscalização, seja por outras instituições componentes do Estado ou qualquer do povo, faz parte do espírito da *accountability*, pois com a vigilância incessante e a possibilidade de sancionar desvios, o titular da atribuição tende a melhor exercer seu desiderato.

Em relação aos modelos de *accountability*, estes são classicamente divididos em duas espécies: vertical e horizontal. O primeiro ocorre em uma lógica de cima para baixo e tem como representante ordinário a aprovação ou desaprovação de um agente por meio da obtenção de votos que concedam o direito à reeleição, ou não. Contudo, esta não é a única forma de controle vertical, que se verifica também por denúncias ou pela exposição pública. O controle horizontal, por sua vez, diz respeito ao realizado dentro do próprio Estado (SOUSA, 2014 e TOMIO; FILHO, 2013).

O Poder Judiciário, via de regra, realiza o controle dos demais Poderes no que tange a aferição do respeito às leis (o termo deve ser entendido de forma ampla: norma-regra e norma-princípio). Contudo, a construção de um Judiciário não eletivo e, em certa medida, indiferente a qualquer espécie de pressão popular faz com que as categorias de *accountability* tradicionais não sirvam bem ao estudo dos mecanismos de controle (JÚNIOR, 2016).

A construção da imagem de um Judiciário forte parece ter surgido, pelo menos em alguma medida, com a Carta de 1988 e pelo descrédito do modelo eletivo que permeia os demais Poderes da República, conduzindo a perspectiva de atividade política como algo naturalmente negativo e incapaz de implementar a série de direitos insculpidos na Carta de 88 (PAULA, 2014).

Todavia, mesmo o Poder Judiciário com todas as suas peculiaridades, não pode ficar à margem da necessidade de controle e transparência que permeia a visão mais moderna de Administração Pública.

Por isso, foram desenvolvidas outras formas de *accountability* que se adequam melhor a lógica Judiciária e suas peculiaridades, são elas: *accountability* judicial decisional, *accountability* judicial comportamental e *accountability* judicial institucional (SOUSA, 2014).

A *accountability* judicial decisional trata da decisão das questões judiciais propriamente ditas, quer dizer, de dizer o direito ao caso concreto e perpassa pela necessidade de publicidade dada aos julgamentos realizados por aquele Poder, como se percebe pelo art. 93, IX, da CF. Este tipo de *accountability* ocorre dentro do próprio Poder Judiciário pelo manejo das diversas espécies recursais (SOUSA, 2014).

A *accountability* judicial comportamental versa do recebimento de informações a respeito do comportamento exigido pelos magistrados, seja de suas condutas ou de sua produtividade, inclusive, com a possibilidade de aplicação de sanções. (SOUSA, 2014).

A *accountability* judicial institucional trata das atividades institucionais não ligadas à atividade judicante propriamente dita (SOUSA, 2014).

Nesta lógica de aprimoramento da *accountability* no Poder Judiciário, foi a criado o Conselho Nacional de Justiça-CNJ, que surge da necessidade de implementar práticas de transparência da atividade judicial.

Por certo não se deve desperceber que a criação do Conselho Nacional de Justiça- CNJ, representou, em certa medida, um avanço na perspectiva de implementar mecanismos de *accountability* horizontal no âmbito do Poder Judiciário.

Diz-se de certo modo porque o espectro de alcance do próprio CNJ não atinge questões de fundo jurisdicional, quer dizer, é um órgão interno do Poder Judiciário, mas que não pode rever decisões judiciais, atuando, apenas, em órbita administrativa e financeira, o excluindo, por óbvio, da *accountability* judicial decisional.

Uma das razões que teria levado à criação do CNJ teria sido a necessidade de combater comportamento corporativista no âmbito judicial (SOUSA, 2014).

Contudo, quando se analisa a composição do Conselho, é possível perceber que é formado, em sua maioria, por integrantes do próprio Poder Judiciário, inclusive, possuindo como presidente o presidente do Supremo Tribunal Federal-STF ou, em suas ausências, o vice-presidente da Corte Maior¹.

1 Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal; II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; VI - um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; XI - um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal; § 1º O Conselho será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e, nas suas ausências e impedimentos, pelo Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal. § 2º Os demais membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. § 3º Não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas neste artigo, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal. § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções

Portanto, a composição do Conselho é algo que nitidamente enfraquece a relação de *accountability*, pois quando juízes, compreendendo-se esta expressão de forma ampla (englobando desembargadores e ministros), tem a função de fiscalizar seus pares, é possível imaginar, pelo menos em questões de interesse da categoria, que as medidas de fiscalização tendam a ser efêmeras, caso contrário se aceitaria como normal que fiscais punissem a si mesmos.

É importante ressaltar que parte dos demais membros que compõem o CNJ atua em relações jurídicas processuais, quer dizer compartilham do mesmo ambiente profissional, sendo oriundos do Ministério Público ou da Ordem dos Advogados do Brasil- OAB, algo que, também, pode corroborar para uma relação de *accountability* fraca.

Desta forma, quase a integralidade dos Conselheiros tem origem em carreiras que se não são diretamente ligadas à atividade judicante (das diversas justiças) com ela se relacionam intimamente, algo que não deixa de servir como um indício de que o corporativismo judicial não seria totalmente aniquilado com a criação deste desenho institucional, pois os integrantes compartilham elementos comuns que potencialmente poderiam levar a tomada de decisões não com base no melhor funcionamento institucional (objetivo da *accountability*), mas em uma lógica de benefício próprio (aqui não se deve entender “próprio” como do indivíduo em si, mas de seu grupo).

De modo a melhor demonstrar, segue tabela que traz a carreira de origem dos integrantes do CNJ, o número de membros de cada uma e o percentual correspondente em cada situação.

administrativas, assegurada ampla defesa; IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa. § 5º O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes: I receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários; II exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral; III requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios. § 6º Junto ao Conselho oficializar o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. § 7º A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.

Tabela 1 – Composição do CNJ por carreira

| CARREIRAS DE ORIGEM | NÚMERO DE MEMBROS | COMPOSIÇÃO(%) |
|----------------------------|--------------------------|----------------------|
| MAGISTRADOS | 9 | 60% |
| MINISTÉRIO PÚBLICO | 2 | 13,33% |
| ADVOGADOS | 2 | 13,33% |
| CIDADÃOS | 2 | 13,33% |
| TOTAL | 15 | 100% |

FONTE: Elaboração própria, com base na Constituição Federal de 1988.

Apesar da criação do Conselho ter decorrido de processo de Emenda Constitucional e, portanto, não depender formalmente da participação do STF (tanto em sua iniciativa, como se percebe pela leitura do art. 60, da CF² quanto na discussão do projeto de Emenda), não deve ficar desapercibido que o amplo espectro de poderes normativos atribuídos as suas decisões, associado à inafastabilidade de jurisdição e a alta fragmentação partidária no espaço legislativo, são fatores que corroboram para que o STF seja uma arena extremamente relevante para decidir definitivamente questões substanciais, inclusive, no que tange a criação de um órgão de fiscalização do próprio Judiciário, daí possíveis fatores explicativos para a criação de um CNJ repletos de membros do Poder Judiciário ou de atores ligados à atividade judicial (CARVALHO; LEITÃO, 2013).

Desta forma, diante de sua composição, não se pode afirmar contundentemente que o advento do CNJ tenha resultado na inexistência do corporativismo judicial, porém o surgimento daquele representou considerável avanço em relação ao cenário anterior, em que a única forma de controle no Poder Judiciário era a existência de corregedorias disfuncionais e que pouco, ou quase nada, eram capazes de fazer, principalmente, em relação à apuração de infrações cometidas por magistrados.

Neste caminho Abhner Youssif Mota Arabi relatou a realidade da Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo- TJSP na década anterior à criação do CNJ, em que, apenas, um magistrado, em todo o período, recebeu a penalização máxima administrativa, além do que 96%

² Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

das reclamações contra juízes foram arquivadas sem a devida apuração via processo administrativo disciplinar (SOUSA, 2014).

O relato é esperado, na medida em que as corregedorias são compostas por membros do próprio tribunal, sendo muito próximas daqueles que devem se sujeitar ao crivo das investigações. O CNJ, apesar de ser componente do Poder Judiciário (controle interno) e formado, em sua maioria, por magistrados, inaugurou uma forma de apuração em que realiza o controle estando distanciado do âmbito específico do tribunal fiscalizado, fazendo com que a possibilidade de influência em sua atuação seja sensivelmente reduzida (o que não significa que a composição é ideal, por certo não é).

Não que as Corregedorias dos diversos órgãos jurisdicionais tenham sido extintas com o advento do CNJ, mas que aquelas devem prestar contas a respeito do arquivamento e das decisões referentes a processos administrativos disciplinares que apuram a conduta de magistrados à Corregedoria Nacional (órgão componente do CNJ).

Em relação a necessidade de “prestação de contas” (elemento essencial da *accountability*), o CNJ expediu a Resolução nº 135/2011. Segue tabela com a fundamentação legal e as respectivas atribuições que evidenciam o dever de prestar informação pelas Corregedorias locais à Corregedoria Nacional:

Tabela 2 – Principais atribuições do CNJ, presentes na Resolução nº 135/2011.

| ATRIBUIÇÃO | PRAZO | DISPOSITIVO |
|--|-------|---------------|
| Dever de comunicar à Corregedoria Nacional os procedimentos prévios arquivados. | 15 | Art. 8, §3º |
| A competência do tribunal de abrir Pad ou de aplicar penalidade não exclui a atuação do CNJ. | - | Art. 12 |
| Abertura de Pad por determinação do CNJ. | - | Art. 13 |
| Acolhida a proposta de abertura de Pad, deverá ser informado o CNJ. | 15 | Art. 14, § 6º |
| Dever de comunicar o resultado do Pad ao CNJ. | 15 | Art. 20, §4º |

FONTE: Elaboração própria, com base na Resolução nº 135/2011.

É interessante obter um panorama geral a respeito das atribuições administrativas do CNJ, presentes no art. 103-B, da CF, de forma a melhor compreender a formação de uma *accountability*, ainda que fraca:

Tabela 3 – *Principais atribuições do CNJ, presentes na Constituição Federal de 1988.*

| ATRIBUIÇÃO | DISPOSITIVO DE BASE |
|---|---------------------------|
| Controle da atuação administrativa e financeira e do cumprimento dos deveres funcionais pelos juízes. | Art. 103-B, §4º |
| Apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário. | Art. 103-B, §4º, II |
| Receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgão do Poder Judiciário. | Art. 103-B, §4º, III |
| Avocar processos disciplinares em curso e determinar a aplicação de sanções administrativas. | Art. 103-B, §4º, III |
| Representar ao Ministério Público nos casos de crime contra a Administração Pública ou abuso de autoridade. | Art. 103-B, §4º, IV |
| Rever processos disciplinares de juízes. | Art. 103-B, §4º, V |
| Elaborar relatórios relacionados a atividade judicial. | Art. 103-B, §4º, VI e VII |

FONTE: Elaboração própria, com base na Constituição Federal de 1988.

Logo o cenário inaugurado pela instituição do CNJ, mesmo com todas as reservas apresentadas, é melhor do que o anterior, em que sequer existia a figura do Conselho, que acaba tendo importante atuação, pelo menos, no que tange à *accountability* judicial comportamental, tendo em vista a possibilidade de aplicação de penalidades administrativas e de que suas decisões possuem natureza vinculante em relação aos órgãos do Judiciário, com exceção do STF, como, inclusive, tratado nos autos da Adin nº 3.367, de relatoria do então Ministro César Peluso.

2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO SUPERPODER

É difícil imaginar a criação de um desenho que possa de uma única vez equilibrar a necessidade de autonomia necessária para o bom exercício da função judicante (e aí é importante ressaltar as garantias funcionais e institucionais) e a imprescindível fiscalização (*accountability*), tendo em vista que nenhum Poder estatal tem utilidade por si mesmo, só existindo por uma necessidade social.³

3 Matriz da expressão check and balances.

A própria construção de um sistema em que os juízes passam por um processo de seleção próprio (concurso de provas e títulos), estando alheios aos mecanismos de controle eletivos a que estão sujeitos os membros dos demais Poderes, faz com que a ideia de *accountability* vertical reste, praticamente, inexistente na órbita judicial.

A Constituição de 1988 elaborou uma complexa ordem de controle (externo e interno) que permeia todos os Poderes e se relaciona complexamente, além da própria tripartição de Poderes, lastreada na perspectiva de manutenção de independência e harmonia (sistema de freios e contrapesos).

Na verdade, analisando o texto constitucional de uma forma sistemática, há uma crescente atribuição de poderes direcionados ao próprio Judiciário. Nessa linha de argumentação, Engelmann (2016) aduz que o protagonismo judicial tem sido objeto de estudo da ciência política desde a segunda metade da década de noventa.

Ocorre havendo um emaranhado complexo de mecanismos de controle e alguns elementos de *accountability* horizontal (como a necessidade de aprovação do Senado Federal para nomeação de membros de Tribunais Superiores), verifica-se que não são suficientes para permitir a criação de *accountability* nem do tipo vertical nem do horizontal em relação ao próprio STF.

Quando se analisa a hierarquia do Judiciário pós-reforma deste Poder, é perceptível que o surgimento do CNJ não teve o efeito de subjugar-lo de qualquer forma, mas, a contrário senso, acentuou sua condição como topo da pirâmide, cabendo sempre a tomada da última decisão (OLIVEIRA, 2013).

Desta forma, deve-se reparar que as decisões do CNJ não vinculam o próprio STF, e que o princípio da inafastabilidade de jurisdição faz com que as questões judiciais tenham a potencialidade de chegar à Corte Maior no uso de sua competência originária ou por meio do exaustivo sistema recursal.

Logo, em última medida, o próprio STF tem a aptidão para decidir causas das mais diversas questões, inclusive, de interesse dos próprios membros (Ministros do STF) e da carreira da magistratura em geral.

Além desta aptidão potencial para resolver uma grande gama de questões, o Supremo pode, por meio de vários instrumentos, decidir

questões judiciais de repercussão nos demais poderes de forma que tais decisões tenham efeito vinculante, como: a edição de súmulas vinculantes, decisões tomadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade ou decisões tomadas em sede de recursos extraordinários repetitivos.

Em relação ao controle concentrado de constitucionalidade, deve-se ressaltar que o rol de legitimados para ingressar diretamente no STF questionando a constitucionalidade de diversas espécies de atos normativos é considerável, além do que, apenas, alguns sofrem algum tipo de restrição quando do questionamento dos atos normativos (Governador e a mesa da Assembleia Legislativa devem demonstrar a pertinência temática).

O interessante, de acordo com o rol dos legitimados, é perceber que mesmo um partido com apenas um representante no Congresso Nacional, o mesmo é legitimado capaz de provocar o controle abstrato de constitucionalidade, situação que em um cenário legislativo extremamente fragmentado como o brasileiro tende a acentuar ainda mais a atuação da Suprema Corte por esta via, não havendo motivo de aglutinar apoio político para o manejo da ação constitucional.

Além do considerável número de legitimados, ainda existem diversas espécies de ação de controle concentrado de constitucionalidade, quais sejam: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Ação -ADI, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão- ADO, Ação Declaratória de Constitucionalidade- ADC e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF.

Logo, associando-se o largo número de legitimados e as diversas ações de controle, gera-se o cenário ideal para que diversas questões cheguem diretamente a Corte Maior e sejam decididas com efeito *erga omnes* e força vinculante em relação a toda a Administração Pública, excluindo-se desta lógica, apenas, o próprio STF, evitando-se assim a impossibilidade de revisão de seus próprios julgados, e o Congresso quando do exercício de sua atividade legislativa típica.

Neste sentido as palavras de Tomio, Filho e Kanayama (p. 306, 2017): “Em verdade, a instituição do controle abstrato de constitucionalidade tornou os tribunais constitucionais e supremas cortes como o principal (e definitivo) árbitro das disputas federativas”.

Segue tabela demonstrando o número de demandas de controle concentrado autuadas no STF de 1988 até 2017, em consulta realizada junto ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, em 26/12/2017:

Tabela 5 – *Número de ações de controle concentrado autuadas no STF de 1988 até 2017.*

| Ações de Controle Concentrado | ADI | ADO | ADC | ADPF |
|--------------------------------------|------------|------------|------------|-------------|
| Total | | 6.389 | | |

FONTE: Elaboração própria, com base em informações presentes no site do STF.

Portanto, é evidente o gigantesco volume de ações que são autuadas no STF tratando das mais diversas matérias, algo que é, inclusive, decorrência da adoção de uma Constituição analítica, permitindo o resguardo, pela via de controle concentrado, de um sem número de direitos, o que, por via reflexa, faz com que o ápice do Judiciário possa atuar de diferentes formas (diversas técnicas interpretativas) capazes de moldar o ordenamento jurídico sem a possibilidade de contraposição às suas decisões por parte dos demais Poderes.

A respeito dos efeitos das decisões nas demandas de controle concentrado seguem as palavras de Lenza, 2017 (fl. 407/408):

De modo geral, a decisão no controle concentrado produzirá efeitos contra todos, ou seja, *erga omnes*, e também terá efeito retroativo, *ex tunc*, retirando do ordenamento jurídico o ato normativo ou lei incompatível com a Constituição. Trata-se, portanto, de ato nulo.

Em relação às súmulas vinculantes, estas surgem de decisões reiteradas do STF e são editadas pelo quorum de 2/3 dos seus componentes, quando tomadas reiteradas decisões sobre matéria constitucional, possuindo como característica, que inclusive faz parte de sua alcunha, a de vincular os demais Poderes em suas Administrações diretas e indiretas, excetuando-se o próprio STF e o Legislativo em sua atividade legiferante, como disposto no art. 103-A, da CF.

Resta evidente a força deste mecanismo de *accountability* horizontal em que a Corte Maior determina o entendimento acerca de questões controvertidas e que já foram decididas reiteradamente pelo tribunal.

Tal mecanismo jurisdicional, *prima face*, parece buscar a estabilidade do sistema jurídico e, por consequência, das próprias relações sociais.

Contudo, ao mesmo tempo em que se compreende a Súmula Vinculante como um mecanismo de pacificação judicial (no sentido de reduzir inseguranças), não se deve duvidar da extrema força que representa no sentido de produzir um efeito cascata deliberado por poucos agentes (11 Ministros).

Por mais que tais decisões não detenham a aptidão genérica de petrificar a atividade legislativa propriamente⁴ dita, quer dizer, de obstar a possibilidade de inovar o mundo jurídico por meio da edição de atos normativos (leis ordinárias, leis complementares etc), nada impede que tais questões cheguem a Suprema Corte e sejam declaradas inconstitucionais, por exemplo.

O STF é o guardião da Constituição (art. 102, da CF⁵), portanto, a apreciação da constitucionalidade/ inconstitucionalidade de atos normativos é sua. A visualização do narrado panorama é fundamental para demonstrar como a competência outorgada constitucionalmente o alçou, talvez até inadvertidamente, ao patamar de um superpoder, em que o Supremo diz o direito em situações que, por vezes, não parecem se coadunar aos ditames constitucionais, seja pela utilização de diversas técnicas interpretativas ou pela utilização de normas-princípios.

A amplitude do poder do STF em basicamente qualquer ramo do Direito e, por consequência, em qualquer aspecto da vida social está relacionada à perspectiva pós-positivista que transcendeu o mero Estado de Direito, partindo para um Estado Constitucional de Direito, em que qualquer ramo da Ciência Jurídica deve ser percebido pela lente da Constituição o que, logicamente, amplia a própria jurisdição constitucional (BARROSO, 2005).

Exemplo emblemático do poder presente nas mãos da Corte Constitucional pode ser extraído do processo MS 27931/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29/6/2017, em que o Tribunal concedeu ao art. 62, § 6º, da CF⁶, interpretação no sentido de reduzir consideravelmente

4 Não se deve perder de vista que pelo menos indiretamente a decisão do STF pode gerar reflexos na atuação dos parlamentares, no sentido de inibir a atuação contrária aos posicionamentos do tribunal, pois futuramente a norma seria declarada inconstitucional, o que acaba tendo um efeito inibidor.

5 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

6 Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

o efeito coercitivo imposto pelo Texto Constitucional, que claramente atuou no sentido de forçar a apreciação célere das Medidas Provisórias, que segundo a dicção literal do dispositivo as MPs não apreciadas em 45 dias, contados de sua publicação, gerariam o trancamento de pauta de todas as demais deliberações legislativas em cada uma das casas do Congresso Nacional.

A decisão da Corte Maior caminhou no sentido de atenuar os efeitos da disposição constitucional, aplicando interpretação que limitou o trancamento de pauta a matérias que poderiam ser tratadas por MP em leis ordinárias, permitindo deliberações em todas as demais matérias, como: projetos de leis complementares ou leis ordinárias que tratem das matérias dispostas no art. 62, § 1º, da CF.

Portanto, restringindo, demasiadamente, os efeitos da literalidade da Constituição em matéria que vai além dos limites do Poder Judiciário, mas que reflete na atividade política desempenhada pelas Casas que compõem o Congresso Nacional, o que exemplifica bem a dicotomia vivida pela Corte: atuando tanto como ápice da estrutura jurídica e como importante elemento de decisão na seara política.

Não se desconhece que a interpretação da Constituição não é uma atividade exercida exclusivamente pelo STF, ou mesmo pelos operadores do Direito de uma forma geral, mas uma atividade cada vez mais difundida na sociedade como um todo, propiciando que os diversos segmentos tenham suas próprias compreensões dos dizeres da Carta Magna, situação que acaba produzindo alguns efeitos, como: influenciar a atuação do STF e a aplicação de seu entendimento rotineiro até que a Corte Maior se manifeste expressamente (FALCÃO; OLIVEIRA, 2013).

Existem alguns elementos que concederam maior notoriedade às práticas judiciais, inclusive, as decisões da Suprema Corte, e isso tende a permitir que a sociedade, mais inteirada, emita opiniões e tenha percepções próprias, como o surgimento da TV Justiça (Lei n. 10.461/2002) e a criação do CNJ.

[..]

§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

Contudo, tal fato não necessariamente implica que as narradas percepções serviram como mecanismo de pressão em relação aos Ministros quando do exercício de sua atividade judicante (*accountability* vertical social), tendo em vista que o Judiciário, diante do desenho institucional vigente, possui os instrumentos materiais idôneos para concretizar suas decisões, ainda que impopulares.

A criação do CNJ representou considerável avanço para implementar *accountability* no Judiciário, mas, especificamente em relação ao STF, aquele não acrescentou tanto, pois a instância máxima do Poder Judiciário é o próprio Supremo Tribunal Federal e é este quem, em última instância, diz o próprio Direito, de forma que os mecanismos de *accountability*, ordinários ou específicos, não parecem surtir efeito em relação ao mesmo⁷.

A falácia de uma tripartição de poderes absoluta, em que o STF é excluído do sistema político e colocado exclusivamente em uma órbita jurídica impede a real percepção da realidade do poder que possui (OLIVEIRA, 2013).

A criação da dualidade de sistemas que não se interpenetram (jurídico e político) obscurece a percepção dos reflexos das decisões da Suprema Corte, e a gama de poderes normativos que aquela angariou, principalmente com o advento de Texto Constitucional analítico, concedendo protagonismo ao Judiciário, que acaba por decidir uma série que questões relacionadas ao plexo robusto de direitos inaugurados.

O Supremo Tribunal Federal mais do que a cúpula do Poder Judiciário, é um ator relevante na tomada de decisões substanciais e detentor da última palavra para as questões mais relevantes, o que por certo repercute na atividade política, tendo em vista que esta ocorre por meio da observância de normas, normas estas que podem ser alvo de análise do STF (como no próprio caso do processo legislativo, quando se analisou brevemente a decisão relacionada ao trancamento de pauta no caso das Medidas provisórias).

Neste sentido, de ressaltar a força do STF, é importante rememorar a concessão do pagamento de auxílio-moradia a todos os magistrados, membros do ministério público, entre outros cargos, concedida por liminar nos autos da Ação Originária 1.773, Distrito Federal, de Relatoria do

7 O STF tem a competência de julgar e processar originariamente as demandas contra o CNJ, como assevera o artigo 102, I, r da CF.

Ministro Luiz Fux, em que este concedeu, mediante tutela antecipada, em 2014 o narrado benefício.

Tal situação demonstra bem o patamar que o STF alcançou no desenho institucional inaugurado pela Carta de 1988, em que por meio de decisão precária (diz-se precária, pois não alcançou ainda a questão de fundo definitiva) criou despesa de grande monta sem a estipulação prévia de receita que lhe fizesse frente (a própria criação de ônus, sem trânsito em julgado, em relação à Fazenda Pública já se mostraria incabível).

Portanto, usurpou, em certa medida, a necessidade de implementação de vantagens por meio da escorreta atividade legiferante ou da consolidação orçamentária pelo próprio Executivo (na lógica da elaboração do orçamento), sendo que a Corte maior, até a presente data, ainda não julgou definitivamente a questão, de forma que por meio de um juízo precário vem repercutindo efeitos financeiros de grande monta até os dias atuais em benefício de categorias específicas (e que estão presente, via de regra, na lógica das relações processuais), o que pode explicar a falta de urgência em levar a questão para julgamento com maior celeridade.

Por mais que tal decisão seja impopular, sobretudo quando se analisa o contexto atual, em que se fala na implementação de uma série de reformas por conta da crise econômico-financeira que o país atravessa, houve nitidamente demora demasiada na análise da questão (concessão da tutela antecipada), que, somente, no dia 19/12/2017, restou pronta para julgamento colegiado.

O valor da concessão do auxílio moradia não é uniforme, mas gira em torno de R\$4.377,73 (quatro mil, trezentos e setenta e sete reais e setenta e três centavos)⁸, valor este substancialmente superior a renda nominal média mensal per capita, trazida pelo PNAD, com dados de 2016, por unidade da federação. Exemplificando a questão, no DF, detentor da maior renda familiar per capita, o valor desta é de R\$2.351 (dois mil, trezentos e cinquenta e um reais), quantia muito inferior ao benefício denominado auxílio-moradia, o que demonstra a desproporção do valor pago.

Segue tabela com as principais tramitações da narrada demanda judicial, sendo interessante observar que o Ministério Público da União-MPU, na figura de seu Procurador Geral da República- PGR, à época,

8 Valor obtido quando da consulta da transparência do TST. Diz-se que não é uniforme, pois cada tribunal tem competência para defini-lo.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros, emitiu parecer favorável ao pagamento de auxílio-moradia, inclusive, no que tange os membros do próprio Ministério Público e que, no mesmo dia, o Min. Luiz Fux deferiu a tutela antecipada:

Tabela 6 – *Principais tramitações da AO 1.773/DF.*

| TRAMITAÇÃO | DATA |
|---|------------|
| Distribuído ao Relator, Min. Luiz Fux. | 19/04/2013 |
| Manifestação do PGR favorável ao auxílio-moradia e sua extensão aos membros do MPF. | 15/09/2014 |
| Deferida a tutela antecipada pelo Relator, Min. Luiz Fux. | 15/09/2014 |
| Inclusão em Pauta. | 19/12/2017 |

FONTE: Elaboração própria, com base em informações presentes no site do STF.

A própria natureza da parcela, ainda revela outra questão, por ser indenizatória, não se sujeita ao teto, ou aos subtetos, estipulados constitucionalmente, portanto, a questão ganha ainda mais relevo, pois representa ganho substancial usufruído pelos próprios Ministros do STF, que, em última análise, decidem a questão: dizem o próprio Direito.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível constatar que o desenho institucional do STF brindou a criação de um Supremo Tribunal Federal independente, não só pelas garantias institucionais e funcionais, mas por uma lógica complexa de concessão de poderes normativos robustos, além da própria lógica recursal associada ao princípio da inafastabilidade de jurisdição e dos meios materiais de implemento de suas decisões, o libertando de instrumentos de *accountability* realmente eficazes, diferentemente, do que ocorre com os demais Poderes da República, fazendo com que cada vez mais a dicotomia cuidadosamente construída de duas esferas distintas e que não se influenciam (jurídica e política), reste esfacelada.

Por mais que a criação do CNJ tenha representado um aprimoramento da *accountability* no Poder Judiciário, isto não alterou a situação do STF, pois este não se submete às decisões do CNJ, o que, mais uma vez, ressalta o Poder de influência da Corte Maior, inclusive, em processos que sequer, formalmente, lhe diriam respeito (processo de Emenda Constitucional).

Em verdade, a criação do CNJ não enfraqueceu a figura do STF, mas, ao contrário, a ressaltou, tornou mais proeminente.

A decisão de concessão de auxílio moradia, demonstra bem o poder do Judiciário e, mais especificamente, do STF, que por meio de uma decisão precária que repercute efeitos a razoável lapso temporal, prescindiu do escorreito processo legislativo de elaboração orçamentária e de toda sua complexidade, determinando o pagamento da narrada parcela a membros de diversas carreiras, inclusive, magistrados, o que claramente pode ser questionado sob diversos aspectos, inclusive, em relação à legitimidade democrática.

Portanto, é necessário questionar o desenho posto para perceber que o modelo de tripartição de poderes ruiu e que não há instrumentos de *accountability* capazes de controlar a atuação do STF, nem mesmo o CNJ.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: *Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil*, ano 23, n. 82, 2005.

CARVALHO, Ernani; LEITÃO, Natália. O poder dos juízes: Supremo Tribunal Federal e o desenho institucional do Conselho Nacional de Justiça. *Revista de Sociologia e Política*, v. 21, n. 45: 13-27 mar. 2013.

ENGELMANN, Fabiano. Julgar a política, condenar a democracia? Justiça e crise no Brasil. *Rev. Conj.* August. Porto Alegre, v. 7, n. 37, p. 09-16, ago./set. 2016, ISSN: 21788839.

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiano Luci de. *O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista?* São Paulo: Lua Nova, 88: 429-469, 2013.

JÚNIOR, Francisco Soares Reis. Dez anos do Conselho Nacional de Justiça: breve balanço das ações de *accountability* do CNJ nos tribunais de justiça estaduais (2005-2015). *Revista da Esmam*, São Luís, v. 10, n. 10, jan./dez. 2016.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Eduardo Santos de. O Sistema Político Brasileiro hoje: o governo do Supremo Tribunal Federal e legitimidade democrática. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 15, no 33, maio/ago. 2013, p. 206-246.

PAULA, Carolina Gattolin de. *A atuação do STF no pós-88: impacto sobre o equilíbrio entre os poderes*. Dissertação (Mestrado)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

SOUSA, Mônica Teresa Costa. *Accountability e Poder Judiciário: Das Razões De Existir Do Conselho Nacional De Justiça*. *Revista da AJURIS*, v. 41, n. 136, dez. 2014.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; FILHO, Ilton Norberto Robl. *Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de justiça (cnj)*. *Revista de Sociologia e Política*, v. 21, n. 45: 29-46, mar. 2013.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; FILHO, Ilton Norberto Robl; KANAYAMA, Rodrigo Luis. Controle de constitucionalidade abstrato e concentrado no Brasil, Espanha, Itália, México e Portugal. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 36, enero-junio 2017.

RECEBIDO EM: 09/01/2019

APROVADO EM: 16/04/2019

**O ESTADO E O SEU PAPEL NA SOLUÇÃO
DAS CRISES CÍCLICAS DO CAPITALISMO:
UMA REFLEXÃO A PARTIR DA CRISE
ECONÔMICA DE 2008**

***THE STATE AND ITS ROLE IN THE SOLUTION OF THE
CYCLICAL CRISES OF CAPITALISM: A REFLECTION
FROM THE ECONOMIC CRISIS OF 2008***

Gilvânklm Marques De Lima

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB.

Juiz Federal em Campina Grande - PB.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Crise: caracterização do momento; 2 A Crise de 2008: origens e consequências; 2.1 As origens da Crise de 2008; 2.2 A Crise de 2008 se globaliza; 3 O papel do Estado na solução das crises do Capitalismo; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho busca analisar se o Estado ainda possui um papel relevante no enfrentamento das crises cíclicas do capitalismo. Como problema de pesquisa, questiona-se qual seria o espaço ainda ocupado pelo Estado nestes cenários de crise. Parte-se da hipótese de que o Estado ainda é o agente que possui os melhores instrumentos para o enfrentamento destas crises. A partir do estudo da forma como o Estado Americano atuou na crise que inicialmente surgiu no segmento de hipotecas dos Estados Unidos, com reflexos posteriores sobre a economia global, conclui-se que o Estado, mesmo enfraquecido e endividado, ainda é um ator relevante e fundamental no enfrentamento das crises do capitalismo.

PALAVRAS-CHAVE: Estado. Capitalismo. Crise de 2008. Intervenção.

ABSTRACT: This paper seeks to analyze if the State still has a relevant role in facing the cyclical crises of capitalism. As a research problem, it is questioned what would be the space still occupied by the State in these crisis scenarios. It starts from the hypothesis that the State is still the agent that has the best instruments to deal with these crises. From the study of the way in which the American State acted in the crisis that first arose in the mortgage segment of the United States, with later reflections on the global economy, it is concluded that the State, even weakened and indebted, is still a relevant actor in face of the crisis of capitalism.

KEYWORDS: State. Capitalism. Crisis of 2008. Intervention.

INTRODUÇÃO

O ano de 2008 foi marcado, no cenário econômico, por mais uma das crises cíclicas do capitalismo. Desta vez, um incremento na concessão de crédito para aquisição de imóveis nos Estados Unidos, sem as cautelas necessárias, provocou, inicialmente, um aumento descontrolado no preço dos imóveis, seguido de elevação da inadimplência nos pagamentos das dívidas garantidas por hipotecas, o que colocou em xeque a confiança na capacidade das instituições financeiras em honrar a liquidação dos depósitos sob sua responsabilidade, ensejando uma crise de liquidez que se disseminou pela economia global.

Partindo dos estudos desenvolvidos por Bauman e Bordoni (2016) a respeito da crise da modernidade e nas pesquisas realizadas por Lapavistas (2009) relativas à fase financeira do capitalismo, procuramos avaliar o papel do Estado na resolução das crises cíclicas que são inerentes a este modelo, bem como avaliamos as considerações que se propagam atualmente no sentido de que o Estado perdeu a capacidade de assumir um papel relevante na crise global, não havendo sido, ainda, identificado um agente capaz de assumir a responsabilidade de propor e levar adiante soluções para a crise da modernidade.

Mediante a aplicação do método de abordagem indutivo, avaliamos o papel que o Estado Americano desempenhou na superação da crise de 2008, tendo como hipótese inicial a de que o Estado, mesmo fragilizado, continua exercendo um papel fundamental na solução das crises do capitalismo, o que sinaliza que a solução da crise atual ainda pode e talvez deva ser buscada em suas estruturas de intervenção e regulação da economia.

O trabalho encontra-se dividido em três partes. Na primeira, analisamos o que caracteriza um momento de crise. Na segunda, procuramos identificar as origens da crise de 2008 e as consequências econômicas e sociais advindas dela para a economia global. Na última parte, discorreremos a respeito do papel que o Estado possui na identificação de possíveis soluções para as crises cíclicas do capitalismo, uma vez que ainda não foi encontrado um ator político e social que possa assumir, a contento, a posição estratégica que o Estado ainda ocupa. Ao final, analisamos a validade da hipótese proposta e apresentamos as conclusões deste estudo.

1 CRISE: CARACTERIZAÇÃO DO MOMENTO

As grandes transformações sociais são antecedidas de períodos de perplexidade e incertezas, que trazem inquietações por dificuldades de se vislumbrar, com segurança, o que virá após o momento nebuloso que se

vivencia. Tem-se uma crise quando a única certeza que se possui é a de que as estruturas socioeconômicas existentes no momento não mais persistirão por muito tempo e algo novo, cujas características não se conhece muito bem, está para despontar no horizonte.

De acordo com Bauman e Bordoni (2016, p. 20), “ A crise é um momento de decidir que procedimento adotar, mas o arsenal de experiências humanas parece não ter nenhuma estratégia confiável para se escolher. ”

O ser humano médio busca previsibilidade em relação ao seu futuro. Com raras exceções, os indivíduos não encontram paz de espírito quando não possuem um mínimo de segurança de que terão como suprir as suas necessidades básicas no porvir. O que traz a desestabilização social nos momentos de crise é exatamente essa supressão de balizas que portem um mínimo de previsibilidade em relação ao amanhã.

Bauman e Bordoni (2016, p. 122), chamam de interregno os

tempos nos quais se acumula quase diariamente a evidência de que os modos velhos, familiares e testados de fazer as coisas já não funcionam; ao passo que seus substitutos mais eficientes ainda não são visíveis – ou são precoces, voláteis e rudimentares demais para serem percebidos ou levados a sério quando (e se) percebidos.

A crise, portanto, pode ser vista como a implosão das estruturas existentes e que forneciam segurança e um mínimo de previsibilidade aos indivíduos. O momento do interregno é aquele em que se constata que os mecanismos com os quais se lidava com os problemas que até então surgiam já não mais funcionam e aqueles capazes de substituí-los a contento ainda não foram encontrados.

O vivenciar de um momento de crise é doloroso. A insegurança com relação ao que se consolidará em substituição ao que existe atormenta e desestabiliza os indivíduos. Cada um sabe que a transformação da realidade até então conhecida é iminente e tem a consciência de que ela não pode ser paralisada. É no momento de crise que afloram com mais força os preconceitos, a intolerância em relação ao diferente, que passa a ser responsabilizado pela crise que se vivencia, devendo, portanto, ser erradicado, como se isso fosse suficiente para contorná-la.

A raiva dos afetados pela crise se volta contra o que eles erroneamente consideram a sua causa. Durante a chamada revolução industrial, por

exemplo, os trabalhadores que se encontravam perdendo os seus empregos por causa da mecanização se voltaram contra as máquinas, alçadas à categoria de responsáveis pela supressão dos postos de trabalho. Durante a crise do liberalismo nos anos 30, o nazismo encontrou nos judeus, ciganos e outras minorias os bodes expiatórios para serem responsabilizados pela perda de poder aquisitivo e consequente pauperização da maior parte da população da Alemanha, o que acabou por se difundir para outras nações da Europa e levou à Segunda Guerra Mundial.

A crise estimula o discurso da jardinagem social. Como se tem indivíduos que passam a ser responsabilizados por ela, então são considerados ervas daninhas a serem erradicadas. Os demais, tidos por desejáveis, devem ser cultivados, a fim de que se reproduzam e passem a ocupar todos os espaços na sociedade. Esse tipo de visão acabou, por exemplo, por gerar a eugenia que foi muito difundida na Europa durante as primeiras décadas do século XX, tendo sido levada, até as últimas consequências, pelo nazismo (BAUMAN, 1999, p. 35-39).

Ela é uma fase de esgotamento do que se teve até o presente e sinaliza que algo novo surgirá, mas não se sabe exatamente o que é. Lutar contra a dinâmica da transformação em curso é inócuo, constituindo ato de desespero dos atingidos, cujo maior perigo se encontra na canalização dos sentimentos errantes da população em pânico em favor de ideologias que somente aprofundam o sofrimento, tal como o fascismo, o nazismo e o stalinismo.

2 A CRISE DE 2008: ORIGENS E CONSEQUÊNCIAS

O ano de 2008 marcou, na economia, o cenário de uma crise de liquidez localizada no segmento de hipotecas nos Estados Unidos, o que provocou uma convulsão acentuada nos mercados globais, cujos efeitos persistem até o momento e ainda não se tem certeza de quais serão as consequências que advirão daquele momento.

De acordo com Lapavitsas (2009, p. 19 e 22), pode-se dizer que a crise de 2008 decorreu de falta de liquidez do sistema financeiro, que acabou por contaminar a economia real. Segundo ele, o capital emprestável era abundante no mercado, mas havia escassez de meio líquido, ou seja, dinheiro, para fazer frente às obrigações das instituições financeiras.

Uma vez produzido um espírito de desconfiança em relação à capacidade dos bancos em honrar os depósitos de que eram titulares,

provocou-se uma corrida dos correntistas até às instituições financeiras para sacar os seus depósitos e, não havendo dinheiro disponível para honrar integralmente esses saques, ocorreu uma convulsão na economia real, pois se passou a desconfiar seriamente da capacidade dos bancos de restituir os valores depositados.

As raízes da crise, no entanto, são mais profundas. 2008 marcou, apenas, o seu estopim.

2.1 AS ORIGENS DA CRISE DE 2008

O final da Segunda Guerra Mundial consolidou na Europa o Estado de Bem-Estar Social ou Estado Providência. Trata-se de um modelo de organização estatal no qual o Estado exerce uma forte influência no cenário econômico e se responsabiliza pela prestação direta de serviços considerados essenciais à população. Ele constitui, segundo Bauman (2001, p. 153 e 182), o resultado da convivência do capital e do trabalho no mesmo ambiente, relacionamento típico da fase por ele denominada de “capitalismo pesado”.

Sem romper com o modo de produção capitalista, uma vez que a iniciativa privada continua a existir e a obtenção de lucro decorrente da atividade econômica não é condenada, o Estado, no entanto, intervém com força na economia, regulando a atuação dos agentes econômicos e protegendo os mais vulneráveis socialmente.

É no modelo de Estado de Bem-Estar Social que se desenvolvem os sistemas públicos de saúde voltados ao atendimento universal da população, os modelos de previdência com foco na assistência aos trabalhadores quando do acometimento de riscos sociais, que inviabilizem ou mitiguem a capacidade de obtenção da subsistência por meio do trabalho, bem como busca assegurar um mínimo de acesso à educação aos integrantes das classes trabalhadoras.

Esse modelo de Estado, que alcançou o seu apogeu durante os anos sessenta do século XX, também se colocava como um contraponto ao modelo de organização socialista que se estabelecera no leste europeu, capitaneado pela extinta União Soviética.

O Estado Providência se propunha, portanto, a mitigar as tensões sociais decorrentes da desigualdade social que é inerente ao modo de produção capitalista mediante a prestação de serviços essenciais à população

e, com esse agir, propunha-se a enfraquecer os movimentos de contestação voltados à modificação da forma de organização social capitalista.

O Estado de Bem-Estar Social, no entanto, possui custos acentuados que precisam ser financiados por meio de uma tributação elevada, para fazer frente à suas despesas. Piketty (2014, p. 465), ressalta que durante a fase inicial do Estado Social, o poder público - em virtude da participação acentuada nas riquezas nacionais por meio da arrecadação de tributos, assumindo entre um quarto e um terço da renda nacional, dependendo do país - foi capaz de arcar com prestações importantes de serviços demandados pela população, como saúde e educação.

Essa interferência estatal no mercado, acompanhada de uma carga tributária crescente, fez surgir questionamentos ao modelo estatal em apreço que foram se acentuando a partir dos anos 70 do século XX, sendo contidos, apenas, pela necessidade de se fazer o contraponto ao bloco socialista então existente.

Com o desmantelamento da União Soviética¹ no início dos anos noventa do século XX e a implosão do bloco socialista, disseminou-se que o modelo capitalista havia vencido a guerra ideológica e se confirmava como o único modo de organização econômica e social capaz de perdurar no tempo.

Esse novo cenário aprofundou as críticas ao Estado intervencionista, considerado perdulário e ineficiente, fazendo ressurgir, sob uma nova roupagem discursiva, o antigo modelo liberal, baseado numa suposta autorregulação dos agentes econômicos pelo mercado.

Micklethwait e Wooldridge (2015, p. 224), defendem, por exemplo, uma ampla reforma na estrutura do Estado, fundamentada nos seguintes pontos: a) revitalização dos modelos de privatização, retirando o Estado de atividades que não sejam de sua competência; b) corte de subsídios; c) reforma dos direitos sociais, a fim de assegurar que eles atendam a quem realmente necessita de proteção do Estado, devendo os modelos de proteção social serem sustentáveis a longo prazo.

O Estado, antes tido como um agente fundamental na prestação de serviços em favor da coletividade, passou a ser visto como um ator que atrapalha o desenvolvimento econômico, defendendo-se que a sua atuação na economia deve ser a mínima possível, restrita tão somente a

1 A União Soviética foi formalmente extinta no dia 26 de dezembro de 1991. No dia anterior, o seu último líder, Mikhail Sergueievitch Gorbachev, havia renunciado e declarado extinto o seu cargo, transferindo os seus poderes, inclusive o controle do arsenal nuclear, para o então presidente da Federação Russa, Bóris Iéltsin.

proteger um ambiente dotado da segurança necessária para que as relações econômicas possam se desenvolver livremente.

Essa retirada gradativa do Estado do papel de provedor de serviços básicos para a população, explica Lapavitsas (2009, p. 42-43), fez do acesso ao crédito para o custeio de despesas com saúde e educação, por exemplo, assumir importância acentuada no cotidiano das famílias de trabalhadores.

Os rendimentos que auferem do seu trabalho, em geral, não são suficientes para a contratação dos serviços que, em outros tempos, eram providos pelo Estado, impondo aos trabalhadores o recurso aos bancos em busca de crédito, a fim de custearem essas despesas, o que os tornam reféns do sistema financeiro.

Esse cenário no qual a renda dos trabalhadores assumiu uma importância muito grande para a lucratividade dos bancos, fez eles se distanciarem do capital industrial e comercial, voltando a sua atenção para os rendimentos dos particulares (LAPAVITSAS, 2009, p. 7-8).

Tem-se um crescimento econômico estimulado não pela produção de riquezas, mas fomentado pelo consumo, estimulado por uma renda fictícia dos trabalhadores, pois depende do acesso ao crédito, de sorte que, ao se restringir esse acesso, a capacidade de consumo das famílias é reduzida sensivelmente, contendo a expansão da economia.

A presença do capital financeiro, representado pelos bancos, é fundamental para que esse quadro de crescimento estimulado pelo consumo possa se manter. Não há incremento de renda dos trabalhadores. O que existe é a utilização dos seus rendimentos como capital apropriável pelos bancos, que em troca lhes fornece crédito, mediante pagamento de juros, que acaba por consumir, ao final, a própria renda dos trabalhadores.

É por isso que a contratação de empréstimos para a liquidação de outras dívidas preexistentes se tornaram constantes. Os bancos se apropriam dos recursos em circulação na sociedade de duas formas: por meio da captação do excedente de capital gerado pela produção industrial ou pelo lucro produzido por outros segmentos econômicos, que são investidos nessas instituições financeiras em troca de uma remuneração²; e mediante

2 Ocorre, nessa primeira situação, a acumulação financeira, vista como a “centralização em instituições financeiras especializadas de lucros industriais não reinvestidos e de rendas não consumidas, que têm por encargo valorizá-los sob a forma de aplicação em ativos financeiros – divisas, obrigações e ações – mantendo-os fora da produção de bens e serviços (CHESNAIS, 2005, p. 37)”.

a apropriação de parte da renda dos que recorrem ao crédito ofertado pelos bancos para suprir as suas necessidades de consumo.

Os bancos passaram de agenciadores do capital necessário ao desenvolvimento industrial e do setor de serviços para fomentadores do rendimento produzido a partir da aplicação do próprio capital.

Mediante intrincadas relações travadas no âmbito do mercado financeiro, o capital é investido em títulos que são comercializados dentro do próprio mercado e não investidos na produção de bens e serviços. O capital, portanto, produz rendimentos a partir da replicação de si mesmo, não se materializando em nenhuma produção na economia real.

O investimento no mercado financeiro não se volta, precipuamente, ao estímulo de um segmento da economia real. Ao contrário, o que se busca, mediante o acesso a taxas de retorno que podem ser pré ou pós fixadas, é assegurar um incremento no próprio capital investido na aquisição de títulos emitidos por Estados, conhecidos como títulos da dívida pública ou emitidos por agentes privados, que podem ser bancos, companhias e outros agentes da economia real ou virtual.

A lógica de investimento numa determinada atividade produtiva, a fim de se obter retorno a partir do êxito econômico dela decorrente, vem sendo deixada gradativamente no passado. O investimento, na fase financeira do capital, é feito em títulos, que podem não se encontrar atrelados a nenhum segmento da economia real, de forma que o rendimento produzido advém da especulação gerada com a comercialização dele mesmo, baseada na confiança de que em determinado momento futuro o seu valor de comercialização no mercado financeiro será maior do que o apresentado em dado momento.

Chesnais (2005, p. 50) explica que “estamos diante de uma lógica econômica em que o dinheiro entesourado adquire, em virtude de mecanismos do mercado secundário de títulos, e da liquidez, a propriedade ‘miraculosa’ de ‘gerar filhotes’.”

Essa forma de comportamento do capital financeiro é muito propensa à produção de crises sucessivas, que podem ser muito profundas, com reflexos marcantes na economia real. Isso porque o retorno do capital investido deixa de ser proveniente do êxito econômico de um determinado empreendimento e passa a depender exclusivamente da confiança do mercado na valorização crescente de um título. Se um clima de desconfiança

é produzido e ele se dissemina no mercado, a classe de títulos atingida tem o seu valor reduzido a praticamente nada, fazendo que as fortunas desapareçam durante um pregão da bolsa de valores.

É a partir desse pano de fundo que a crise econômica de 2008 precisa ser avaliada.

2.2 A CRISE DE 2008 SE GLOBALIZA

Os bancos americanos, com as suas operações de crédito voltadas majoritariamente para a renda privada dos trabalhadores, sem a adoção das cautelas adequadas - pois se admitia, inclusive, a contratação de empréstimos para a liquidação de operações antecedentes baseados na mesma garantia já ofertada pelo mutuário - fez com que os trabalhadores permanecessem endividados de forma indefinida, o que acometeu o mercado, em certo momento, com a desconfiança relativa a solvabilidade do modelo de crédito, embora as agências de avaliação de risco de crédito não tenham apontado a possibilidade de comprometimento da saúde do mercado financeiro, antes do colapso do sistema ocorrido em 2008.

Isso começou a ocorrer com o sistema de hipotecas. Os trabalhadores, sem condições de acumular recursos suficientes para a aquisição de moradias, precisavam recorrer aos bancos para a obtenção de crédito destinado à compra de tais bens.

Como garantia pelo pagamento da dívida, os mutuários ofereciam a mesma propriedade imóvel objeto do financiamento, de forma que, ocorrendo o inadimplemento da dívida numa determinada fase de execução do contrato, o banco financiador se apropriava do imóvel, que era vendido e com o valor obtido o saldo devedor do financiamento era liquidado e o eventual remanescente, se existisse, era devolvido ao mutuário.

Com o excesso de capital emprestável em posse dos bancos e com o aprofundamento das operações financeiras voltadas para a renda privada, em especial dos trabalhadores, houve um incremento na oferta de recursos para a aquisição de imóveis sem uma avaliação mais cautelosa a respeito da capacidade do mutuário de honrar os compromissos financeiros assumidos.

Isso provocou, segundo Harvey (2015, p. 34), uma diferenciação acentuada entre o valor de troca e o valor de uso das habitações. Em suas palavras:

No colapso mais recente do mercado imobiliário dos Estados Unidos, cerca de 4 milhões de pessoas perderam suas casas por execução de hipoteca. A busca de valor de troca impediu que elas tivessem acesso à habitação como valor de uso. Um número incontável ainda está “com a corda no pescoço” por causa dos financiamentos hipotecários: essas pessoas compraram uma casa no auge do boom e agora devem a uma instituição financeira mais dinheiro do que a casa vale no mercado. Proprietários não conseguem se desfazer de suas propriedades e se mudar sem uma perda substancial. No auge do boom, o preço das casas estava tão alto que muitas pessoas não conseguiam ter acesso a seu valor de uso sem assumir uma dívida que no fim, não conseguiam pagar. Depois do colapso, o peso financeiro de ter de arcar com um grupo de valores de uso teve efeitos nitidamente nocivos. Em suma, a busca desenfreada do valor de troca destruiu a capacidade de muitas pessoas de adquirir e sustentar o acesso aos valores de uso da habitação.

Isso fez com que os preços dos imóveis subissem de forma descontrolada, estimulando o refinanciamento de hipotecas antigas com base no novo preço de mercado do imóvel. Com o excedente obtido, o proprietário investia no consumo de novos bens ou serviços.

As dívidas garantidas pelas hipotecas eram reunidas e transformadas em títulos comercializados pelos bancos. Assim, a rentabilidade desses títulos tinha como fundamento econômico a própria valorização dos imóveis que serviam de garantia das dívidas, bem como a capacidade de pagamento dos mutuários.

As limitações de crescimento da renda dos trabalhadores contratantes dos empréstimos garantidos pelas hipotecas não foi um fator devidamente considerado pelos bancos. Assim, como uma parte considerável dos mutuários era composta de trabalhadores de menor renda, como negros, mulheres e latinos, a perda de emprego ou mesmo as limitações de rendimentos deram ensejo a inadimplementos crescentes, aumentando o número de retomada de imóveis.

Isso provocou um incremento no número de imóveis disponíveis para comercialização, fazendo os preços caírem, produzindo uma crise de confiança nos títulos emitidos pelos bancos lastreados em dívidas hipotecárias, de forma que os portadores desses títulos também buscaram retirá-los de suas carteiras de investimento o mais rápido possível, o que os levou a uma acentuada perda de valor.

Como os títulos emitidos com base nas hipotecas de liquidação duvidosa haviam sido incorporados às carteiras de bancos e investidores de todo o mundo, uma crise de confiança que, a princípio, se localizara num segmento bastante limitado da economia americana, disseminou-se por todo o mundo, provocando verdadeiros tremores na economia mundial.

De acordo com Lapavitsas (2009, p. 12-13), a crise americana de 2008 se globalizou porque as hipotecas de liquidação duvidosa foram titularizadas e comercializadas em bloco com instituições de todo o mundo, que as haviam incorporado aos seus ativos. No momento em que as dívidas hipotecárias deixaram de ser honradas, esses títulos perderam credibilidade no mercado, gerando o ambiente de pânico que culminou na crise de liquidez de 2008.

Uma vez instaurada a crise, a tão propalada capacidade de autorregulação do mercado financeiro foi colocada à prova. O que se viu, no entanto, foi uma sucessão de falências de grandes bancos, até então considerados sólidas instituições financeiras, deixando atônitos correntistas que, não raro, haviam confiado as economias de toda uma vida à gestão daquele banco falido.

Como se tinha uma crise de liquidez, pois não havia meios líquidos, ou seja, dinheiro suficiente em poder dos bancos para fazer frente às suas obrigações, explica Lapavitsas (2009, p. 19 - 54) que a solução encontrada para a crise foi o comprometimento de parte dos fundos públicos oriundos das contribuições arrecadadas dos cidadãos em geral para solver as dívidas contaminadas que os bancos haviam incorporado aos seus balanços.

O Estado passou a atuar, portanto, utilizando os recursos dos contribuintes para socorrer os bancos em dificuldades. Por outro lado, os trabalhadores vulneráveis, que se encontravam perdendo os seus imóveis, foram deixados à própria sorte, não recebendo qualquer assistência estatal.

3 O PAPEL DO ESTADO NA SOLUÇÃO DAS CRISES DO CAPITALISMO

O discurso do Estado mínimo que tanto vem se disseminando nos últimos anos foi colocado à prova durante a crise de 2008 e o que se viu, na verdade, foi que a capacidade de autorregulação do mercado e os mecanismos de resolução de suas próprias crises continuam sendo uma falácia, o que já ficara demonstrado durante a crise de 1929.

Como se viu durante a implosão do liberalismo clássico, a capacidade do mercado de resolver as crises que produz, sem a interferência do Estado, não se sustenta. O grande problema da atualidade e que faz da crise presente mais perversa é a limitada capacidade de atuação do Estado decorrente do seu endividamento e da inexistência de meios próprios que possam ser utilizados de forma eficiente na contenção da crise.

Explicam Bauman e Bordoni (2016, p. 10 - 12), que a crise industrial de 1929 foi superada por meio da intervenção firme do Estado, que passou a atuar como um indutor direto da atividade econômica. Mas, durante a crise atual, com Estados endividados e fragilizados, essa capacidade de intervenção estatal é bastante limitada.

Esse quadro decorre, segundo Chesnais (2005, p. 24), do modo de financiamento das despesas públicas baseado no endividamento em lugar da cobrança de tributos. Assim,

Os juros devidos sobre o principal da dívida (serviço da dívida) absorvem uma fração sempre maior do orçamento do Estado, das receitas das exportações e das reservas do país, de sorte que a única maneira de fazer face aos compromissos do serviço da dívida é tomar um novo empréstimo (CHESNAIS, 2005, p. 39).

Como ao Estado vem sendo imposta a retirada da atividade econômica, mediante programas de privatizações e a sua capacidade de tributação é objeto de questionamentos - pois se sustenta que a tributação implica subtração de capital produtivo que poderia ficar em posse dos agentes econômicos e acaba sendo transferido para uma estrutura ineficiente e perdulária como o Estado - o resultado disso é um Estado fragilizado e, conseqüentemente, incapaz de intervir nas crises cíclicas que são produzidas pelo capitalismo.

Os Estados Unidos tiveram condições de intervir durante a crise de 2008 não porque dispusessem de recursos excedentes em posse do Tesouro para serem utilizados no socorro aos bancos. Na verdade, o Estado Americano amarga há anos um *deficit* crescente, que vem sendo financiando mediante a extração de recursos dos demais países, em especial dos mais pobres, pois emitem a moeda que se converteu em divisa mundial, ou seja, o dólar americano, o que viabiliza a extração de riquezas dos demais países “no contexto da financeirização e do fluxo de capitais livres” (PAINCEIRA, 2011, p. 333).

De acordo com Paineira (2011, p. 349-350), os crescentes déficits comerciais dos Estados Unidos são financiados pela emissão de títulos

da dívida pública que são comercializados globalmente, possuindo como garantia a promessa do governo de que serão honrados em dólar.

No entanto, quando os demais países se deparam com um quadro em que a intervenção estatal se faz necessária para solucionar as crises produzidas pelo capitalismo, não se encontram em posse de mecanismos de atuação eficientes.

A crise de 2008, pontualmente solucionada no mercado americano por meio da intervenção do Estado, permanece produzindo frutos nefastos ao redor do mundo, incapaz de ser combatida por Estados fracos e endividados.

Hoje o que se vislumbra no horizonte é uma disseminação global de problemas que são deixados como externalidades de um sistema que não mais possui raízes. A imigração da mão de obra excedente, em busca de emprego e melhores condições de vida em países distantes pressiona os sistemas locais de saúde, educação e emprego. Cria-se um cenário, nas palavras de Bauman e Bordoni (2016, p. 149-150), em que os problemas globais buscam soluções localizadas, num fenômeno que ele denomina como “glocalização”³.

A desconstrução do Estado como autor principal na busca de solução para problemas generalizados na sociedade possui implicações graves. Reduzir o seu papel ao de aparelho de coerção organizado com a finalidade de impor a ordem, é algo que o torna incapaz de atuar como um agente relevante na solução das crises produzidas pelo capitalismo.

Não se defende aqui a existência de um Estado forte, absolutista, que controle todos os segmentos da vida em sociedade⁴. Isso seria um outro extremo cujos efeitos nefastos já se conhece de longa data. O que se sustenta é que o Estado deve possuir os instrumentos necessários para agir de forma relevante nas situações de crise. Para isso, ele precisa controlar setores estratégicos da economia, quer por meio direto, quer mediante agências de regulação que sejam capazes de se impor aos agentes econômicos e não serem controladas por eles.

O Estado também não pode abdicar dos meios necessários para promover a equalização econômica na sociedade. O desmonte dos modelos

3 Bauman e Bordoni (2016, p. 150), definem “glocalização” como sendo “centros locais de conserto fornecendo serviços e reciclando a produção da indústria global de problemas”.

4 Isso seria um modelo de Estado com inspiração totalitária, tal como se verificou no nazismo alemão e no stalinismo soviético.

de atenção universal à saúde e de previdência por repartição que se verifica na atualidade terão como consequência transferir para a indigência setores importantes da população, aumentando a desigualdade e o sofrimento de parcelas crescentes dela.

O desenvolvimento econômico visto nas últimas décadas não trouxe como consequência uma melhor distribuição da renda. O que se constata é um aumento da concentração de renda nas mãos de poucas pessoas, que desperdiçam dinheiro com futilidades, enquanto um grande contingente da população sequer possui segurança alimentar⁵.

Como justificar um aumento do número de bilionários, inclusive em países com graves distorções na distribuição de renda como o Brasil, quando o mundo continua rodeado de famintos e desassistidos? Alguma coisa provavelmente se encontra muito errada com a chamada globalização, pois os seus benefícios continuam distantes do cotidiano da maioria das pessoas.

A concentração das riquezas globais nas mãos de poucos é uma chaga que a financeirização aprofundou. Esse jogo de especulação onde o capital que nada produz consegue se multiplicar, associado a um Estado fraco e manipulado por agentes financeiros nacionais e internacionais, produziu um cenário de crise no qual não se consegue vislumbrar uma solução duradoura.

Enquanto na crise do capital industrial de 1929 a solução do problema foi introduzida e conduzida pelo Estado, na crise atual não se conhece quem será o agente do qual advirá a solução.

As pessoas são deixadas num estado de perplexidade e de incerteza no tocante ao futuro. Não há mais um Estado forte para o qual possam olhar em busca de socorro. Os detentores do capital financeiro movem-se com rapidez ao redor do globo e não esboçam qualquer preocupação em solucionar os problemas que afligem as grandes massas de despossuídos.

O capital financeiro não tem compromisso com o bem-estar social. Na crise das hipotecas de 2008, a intervenção do Estado controlado pelas

5 De acordo com o relatório da organização não-governamental OXFAM, intitulado "Recompensem o trabalho e não a riqueza", cujos dados foram reproduzidos no Jornal El País, de toda a riqueza que o mundo produziu em 2017, oitenta e dois por cento se concentrou nas mãos de um por cento mais rico da população mundial. Quanto aos cinquenta por cento mais pobres da população do mundo, absolutamente nada lhes foi destinado.

forças do capital financeiro socorreu os bancos em dificuldades. As pessoas que se encontravam perdendo as suas casas por não conseguirem honrar a dívida contraída foram deixadas à própria sorte e efetivamente perderam os seus imóveis. O socorro econômico se voltou apenas para os bancos. As pessoas, com os problemas gerados pelas hipotecas não liquidadas, foram esquecidas.

A falta de identificação de um agente capaz de atuar de forma relevante para resolver a crise atual é um problema maior do que a crise em si. Quando se tem segurança a respeito do “locus” no qual a solução do problema pode ser buscada, o espírito de incerteza inerente ao momento de transição vivenciado tende a ser minorado. Mas, quando se olha para o horizonte e não se enxerga um sinal de onde a solução do problema poderá partir, o que era incerteza torna-se desespero.

Apesar do aparente consenso que se tem formado atualmente no sentido de que a solução para a crise atual não se encontra no Estado, não vemos um agente como maior capacidade de atuação na busca de solução para a crise, apesar de todo o processo de fragilização a que ele foi submetido.

No entanto, para que o Estado assuma relevância na construção de soluções para a crise atual, é preciso superar a ideia de Estado mínimo e com capacidade de tributação limitada e exposta a constantes questionamentos, tal como se verifica atualmente.

É preciso que o Estado adquira novamente relevância na prestação de serviços básicos como saúde, educação, segurança e previdência. A atuação do mercado nesses segmentos não tem como foco solucionar as desigualdades sociais que dificultam o acesso de parcelas consideráveis da população a esses serviços. Ao contrário, movido pela intenção do lucro, a atuação dos agentes privados nesses segmentos da economia tende a aprofundar o quadro de desigualdades, excluindo os segmentos sociais mais vulneráveis.

Para a prestação a contento de serviços básicos de qualidade, a capacidade de tributação do Estado deve ser preservada. Não é admissível o discurso de que, sendo perdulário, o Estado é um agente a quem se deve direcionar a menor soma possível de recursos da coletividade. Não podemos esquecer que vivenciamos um quadro de concentração de renda elevado, no qual se reclama uma tributação que atue como elemento de redistribuição da renda concentrada nas mãos de poucos. Esses recursos, transferidos

para o Estado, precisam ser aplicados de forma adequada na prestação de serviços em favor da coletividade, em especial, dos menos assistidos.

Dizer que o Estado não é o agente adequado para prover a solução para a crise atual, quando não se consegue identificar qualquer um outro que possa trazer a solução almejada, significa deixar o clima de incerteza, próprio da crise, converter-se em desespero, tal como ressaltamos anteriormente e é em cenários assim, de massas sem esperança no futuro, que podem surgir os demagogos capazes de cativá-las e produzir grandes catástrofes como as que já se vivenciou na história.

Assim, entendemos que a solução para a crise atual ainda se encontra no Estado, que deve ter os seus instrumentos de atuação dos quais foi desapropriado devidamente restabelecidos, haja vista que o mercado já demonstrou que é capaz de produzir as crises, como se verificou no caso das hipotecas norte-americanas, mas é incapaz de solucioná-las sem a intervenção externa, que, naquela situação, partiu do Estado.

4 CONCLUSÃO

A crise decorrente do colapso do sistema de crédito hipotecário nos Estados Unidos, que teve o ano de 2008 como um marco temporal relevante, trouxe questionamentos a respeito de quem poderia atuar como agente produtor de soluções, diante de um cenário de Estados endividados, fragilizados e também desacreditados pela população e por agentes econômicos.

O que se verificou nos anos seguintes é que o mercado, hoje dominado pelo capital financeiro, que pode se locomover rapidamente ao redor do globo, reproduzir-se sem qualquer impacto produtivo na economia real, é incapaz de resolver as crises internas que produz no sistema financeiro, bem como solucionar os problemas próprios da globalização, como imigração, desigualdades e falta de assistência para segmentos importantes da população.

Na falta de identificação de um agente capaz de atuar de forma relevante na solução da crise atual, partimos da hipótese de que esse agente pode ser o Estado que, não obstante o processo de descrédito e perda de instrumentos de atuação na economia a que vem sendo submetido nos últimos tempos, ainda possui uma burocracia organizada e instrumentos que, se reabilitados, podem se converter em mecanismos adequados para atuação na crise, em especial no que se refere ao atendimento do

crescente número de desassistidos em direitos sociais, como educação, saúde, segurança e previdência.

Para isso, é importante que haja uma reversão no discurso de desconstrução do Estado que veio se disseminando nos últimos tempos, com a preservação de sua capacidade de tributar e regular os agentes econômicos em nível local e global.

Dispensar o Estado como agente capaz de atuar para solucionar o quadro de crise atual, deixando o capital financeiro livre para se reproduzir e gerar as suas crises, sem que se tenha um agente capaz de atuar para contorná-las, somente induzirá a criação de um cenário que rapidamente poderá passar da incerteza ao desespero, com consequências nefastas e imprevisíveis.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. *Modernidade e ambivalência*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

CHESNAIS, François (org.). *A finança mundializada: raízes sociais e políticas, configuração, consequências*. Tradução de Rosa Maria Marques e Paulo Nakatani. - São Paulo: Boitempo, 2005.

HARVEY, David. *17 Contradições e o Fim do Capitalismo*. Tradução de Rogério Bettoni. São Paulo: Boitempo, 2015.

LAPAVITSAS, Costas. *El capitalismo financiarizado: expansión y crisis*. Traducción Diego Guerrero. Madrid: Maia, 2009.

MICKLETHWAIT, Jonh; WOOLDRIDGE, Adrian. *A quarta revolução: a corrida global para reinventar o Estado*. Tradução Afonso Celso da Cunha Serra. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015.

PAINCEIRA, Juan P. Los países em desarrollo en la era de financiarización: de la acumulación del déficit a la de reservas en divisas. In: MORERA, Carlos et. al. *La crisis de la financiarización*. México: UNAM, 2011. p. 309-358.

PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

ROSSI, Marina. 2017: o ano do maior aumento de bilionários da história. *El País*, Madri. 22 jan. 2018. Economia. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/01/17/economia/1516220669_272331.html>. Acesso em: 27 fev. 2018.

RECEBIDO EM: 11/09/2019

APROVADO EM: 20/05/2020

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DO DIREITO À SAÚDE

*THE PUBLIC CIVIL ACTION AS AN INSTRUMENT TO
PROTECT TO RIGHT TO HEALTH*

Lucas Fernandes Calixto

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) em parceria com a Universidade de Caxias do Sul (UCS) /RS. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Meridional (IMED). Juiz Federal.

Alexandre Fernandes Gastal

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do processo individual ao processo coletivo; 2 A ação civil pública; 3 O processo coletivo a serviço do direito à saúde; 4 Conclusão; Referências

RESUMO: O modelo de processo individual para efetivação do direito à saúde mostrou-se insuficiente. Tal modelo representa uma disfunção do sistema, ao privilegiar o demandante individual, e sobrecarrega o Poder Judiciário. Assim é que o instrumento coletivo, especialmente a ação civil pública, revela-se importante ferramenta para efetivação e maximização desse importante direito. O presente artigo busca justamente trabalhar o uso da ACP na tutela do direito à saúde, apresentando os principais aspectos que otimizam a prestação jurisdicional.

PALAVRAS-CHAVES: Direito à saúde. Judicialização do direito à saúde. Processo coletivo. Direitos Coletivos. Ação Civil Pública.

ABSTRACT: The individual process model for the realization of the right to health was insufficient. Such a model represents a dysfunction of the system, privileging the individual contender, and overloading the Judiciary. Thus, the collective instrument, especially public civil action, proves to be an important tool for the effective and maximization of this important right. This article seeks precisely to work the use of the ACP in the protection of the right to health, presenting the main aspects that optimize the jurisdictional provision.

KEYWORDS: Right to health. Judicialization of the right to health. Collective process. Collective rights. Public Civil Action.

INTRODUÇÃO

O artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz um rol de direitos sociais, dentre os quais se encontra inserido o direito à saúde, que vem delineado, mais pormenorizadamente, a partir do artigo 196, que estabelece ser a saúde “direito de todos e dever do Estado”.

Esse direito, social fundamental, carece de uma ampla efetivação, sendo deficitária a sua prestação por parte do Poder Público. Nesse cenário de crise da política pública, cresce a quantidade de ações judiciais que buscam garantir as prestações de saúde.

Ocorre que tais processos, em sua grande maioria, são demandas individualmente ajuizadas. Isso é, na busca da plena garantia do direito à saúde, as pessoas acabam demandando o Poder Público através de processos individuais, gerando sobrecarga de trabalho ao Poder Judiciário e disfunção do sistema, que acaba por resolver aquele processo individualmente considerado, mas deixa em aberto o litígio quando analisado sob uma perspectiva ampla.

Nesse cenário, avulta a importância do estudo de instrumentos coletivos que possam buscar uma solução ampla ao problema de efetivação do direito à saúde. De fato, o processo individual deita raízes em um tipo de litigiosidade que não mais justifica seu uso hodiernamente. Nesse sentido, a litigiosidade macro de hoje exige soluções que possam resolver as contendas de forma ampla, de modo a racionalizar o uso do aparato judicial e as próprias contas públicas, que acabam recebendo grande impacto em demandas que buscam políticas públicas.

O presente artigo parte, pois, desta inquietação. Primeiro inicia traçando um paralelo entre o processo individual e o processo coletivo. Nessa parte ainda registra os conceitos de direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.

Em um segundo momento volta a atenção à ação civil pública, como um dos instrumentos de maior relevância para o processo coletivo. Analisa alguma de suas particularidades em comparação ao processo individual, bem como pontua alguns de seus diferenciais no tratamento da coisa julgada e da legitimidade.

Por fim, trata do processo coletivo a serviço do direito à saúde e, apresenta como possível o manejo da ação civil pública, citando inclusive

recente julgado do STJ que assenta a legitimidade do Ministério Público nessa matéria.

1 DO PROCESSO INDIVIDUAL AO PROCESSO COLETIVO

O Código de Processo Civil de 1973 foi estruturado a partir de uma visão individualista dos conflitos. De fato, o processo (como instrumento da função jurisdicional) servia como meio de solver conflitos surgidos entre particulares ou entre particulares e Administração Pública, valendo-se das tutelas reparatória ou preventiva. É parte, pois, de um modelo concreto (que trabalha com a ideia de solução do litígio posto), não prevendo mecanismo de solução de conflitos abstratos (ZAVASCKI, 2017, p. 8).

Nada obstante, Zavascki (2017, p. 18) identifica que a partir de 1985 diversas modificações legislativas transformaram substancialmente, não apenas o próprio Código, mas o próprio sistema processual no qual estava inserido, não havendo mais a restrição a um modelo individualizado e concretista. O autor identifica duas fases ou ondas de reformas, quais sejam, uma primeira, a partir de 1985, a introduzir instrumentos a dar conta de demandas de natureza coletiva e a segunda onda, a partir de 1994, visando aprimorar os instrumentos já previstos no Código de Processo. (ZAVASCKI, 2017, p. 18)

Como exemplo de inovações legislativas da primeira onda, Zavascki (2017, p. 19) identifica a Lei 7.347/85, que disciplinou a ação civil pública, além dos demais diplomas de tutela de direitos transindividuais e tutela de direitos individuais de uma forma coletiva, como o próprio Código de Defesa dos Consumidores (CDC) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Relativamente à segunda onda, dentre os diversos diplomas de aperfeiçoamento da legislação, destaca-se a valorização que se deu à tutela específica da obrigação, valorização essa que carregou consigo uma gama de dispositivos que conferiram ao juiz “uma espécie de *poder executório genérico*” (ZAVASCKI, 2017, p. 24), de modo a garantir maior efetividade ao processo.

Mais recentemente, o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), marca a passagem de um Estado Legislativo para um Estado Constitucional (NUNES, 2015, p. 490). Isso significa dizer que a matriz de inspiração do novo Código passa necessariamente pela análise constitucional, diferentemente do sistema anterior em que havia preponderância da lei. A Constituição, como norma suprema e dotada de força normativa, conforma

as leis, dentre as quais o próprio Código de Processo Civil, o qual passa a agasalhar os valores e diretrizes da Constituição de 1988.

Dentro de tais valores, destacam-se a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica. Esta última, com efeito, é a matriz inspiradora de diversos institutos que visam a uniformizar a jurisprudência, aproximando o modelo brasileiro do modelo vigente na *common law*. É neste contexto de uniformização que também se dispensa maior atenção às demandas coletivas, já que elas possuem o potencial de uniformizar decisões, pacificando conflitos de massa e resolvendo as chamadas macrolides.

A preocupação com os direitos ditos coletivos, contudo, não surge apenas com o advento do novel CPC. De fato, já nos anos de 1977 (com posterior publicação em 1988), José Carlos Barbosa Moreira¹ manifestara preocupação com a pouca utilização da ação popular de 1965, já antevendo o crescimento das demandas de massa (MOREIRA, 1988, pp. 110-123). Nesse contexto é que o autor traçou, ainda que de forma bastante incipiente, os conceitos dos chamados direitos difusos e coletivos, que posteriormente estariam inseridos no CDC.

É a partir desses conceitos – de direitos difusos e coletivos – que se pode aprofundar o estudo sobre o chamado processo coletivo. Neste panorama, há quem o defina pelas suas especificidades diante do processo individual (tratamento diferenciado para a legitimação e coisa julgada, por exemplo). Nesse sentido, destaca-se a lição de Antonio Gidi:

Segundo pensamos, ação coletiva é a proposta por um legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada). Aí está, em breves linhas, esboçada a nossa definição de ação coletiva. Consideramos elementos indispensáveis para a caracterização de uma ação como coletiva a legitimidade para agir, o objeto do processo e a coisa julgada (GIDI, 1995, p. 16)

Entendemos, contudo, que tais elementos são apenas acidentais, não sendo caracterizadores do processo (ou da ação) coletiva. Trilhamos a linha, nesse ponto, de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., que identificam

1 O artigo citado chama-se: A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela dos chamados “interesses difusos” (MOREIRA, 1988, pp. 110-123). Como dito, o aludido artigo é, originalmente, de 1977, ano da primeira edição da obra.

o processo coletivo com seu objeto litigioso, qual seja, a relação jurídica coletiva posta em juízo. Nas palavras dos autores:

O processo é coletivo se a relação jurídica litigiosa é coletiva. Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um grupo (comunidade, categoria, classe etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero grupo). Se a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo, está-se diante de um processo coletivo.

Assim, processo coletivo é aquele em que se postula um direito coletivo *lato sensu* (situação jurídica coletiva ativa) ou se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, por exemplo). Observe-se, então, que o núcleo do conceito de processo coletivo está em seu objeto litigioso: coletivo é o processo que tem por objeto litigioso uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva. (DIDIER JR e ZANETI JR, 2014, p. 2)

Importante a afirmação dos autores no sentido que não só o processo é coletivo quando se está diante de um grupo, mas quando a própria relação jurídica litigiosa envolve direito ou estado de sujeição coletivo. Isso ocorre, pois o processo coletivo, para além de contar com um legitimado ativo coletivo (Ministério Público, Defensoria Pública etc), também se instaura quando a situação posta é coletiva, o que explica, em grande medida, a coletivização dos chamados direitos individuais homogêneos.

De fato, a advertência de Barbosa Moreira não perde a atualidade. Passados 30 anos da Constituição de 1988, ainda não se verifica, na prática, um uso otimizado das ações coletivas. Não se desconhece o avanço (teórico, legislativo e mesmo jurisprudencial) quanto ao tema; ocorre que há direitos – como o direito à saúde de que aqui se trata – que ainda carecem de um tratamento coletivo.

Instrumento de importância destacada para tanto é a ação civil pública, a qual, em grande medida, contribuiu para a superação (ou ao menos o avanço) de um processo de cunho individualista para um processo coletivo.

Analisar-se-á brevemente esse instrumento para então partir ao tema central do presente artigo, que é a análise do processo coletivo como forma de efetivação do direito à saúde.

2 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A ação civil pública é, talvez, o instrumento mais difundido e que alçou o processo coletivo a um grau de importância destacado no cenário jurídico brasileiro. Foi por meio dela que se superou o problema de legitimação da ação popular, que a despeito de prever a participação do cidadão, olvidou-se que raramente dispõe esse mesmo cidadão de condições (materiais, econômicas ou jurídicas) de postular junto ao Poder Judiciário.

De fato, a ação civil pública abriu um leque de legitimados que contam com tais condições, sendo aptos² a defender litígios de massa através da legitimação extraordinária. Assim, acaba-se superando esse “inconveniente” (como dizem MARINONI et al, 2015) relativo ao não acesso de grande parte dos cidadãos ao sistema de justiça.

Antes de adentrarmos mais propriamente os contornos da ação civil pública, necessário diferenciar, ainda que brevemente, os conceitos de direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.

A classificação em questão está disposta no artigo 81, parágrafo único, do CDC, o qual, juntamente com a Lei da Ação Civil Pública, compõe o chamado “microsistema da tutela coletiva”³. Segundo o CDC, os direitos coletivos (em sentido amplo) são divididos em: difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.

Os direitos difusos e coletivos em sentido estrito pertencem ao grupo dos chamados direitos transindividuais, isto é, direitos que são, em essência, coletivos (e não individuais com tratamento coletivo, como os individuais homogêneos). Hugo Nigro Mazzili assim os conceitua:

Difusos são interesses de grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático muito preciso. Em sentido lato, os mais autênticos interesses difusos, como o meio ambiente, podem

2 Não se adentrará, aqui, na importante discussão a respeito da legitimação em rol fechado constante do sistema brasileiro em detrimento da legitimação adequada do sistema norte-americano. Para uma completa análise sobre representatividade adequada vide LEONEL, 2002, pp. 168 e seguintes.

3 A existência desse “microsistema da tutela coletiva” dá azo ao que MANCUSO chama de sistema de “interdependência-complementariedade” das normas regentes do processo coletivo brasileiro. Diz o autor (MANCUSO, 2007, pp. 57-58), nessa linha, que as normas de processo coletivo (CDC, LACP, CPC etc) atuam como verdadeiros “vasos comunicantes”, já que integrariam um autêntico subsistema processual coletivo.

ser incluídos na categoria do interesse público. Outro exemplo clássico de interesse difuso é o dos destinatários de propaganda enganosa.

[...]

Assim, segundo o mesmo Código, coletivos são os interesses “transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (art. 81, II). Como exemplo, teríamos as pessoas, prejudicadas pela cobrança de um aumento ilegal de mensalidades escolares ou prestações de um consórcio. (MAZZILLI, 1992, p. 2)

Já os direitos individuais homogêneos, como se adiantou, são direitos essencialmente individuais que possuem, por conveniência, um tratamento coletivo. São direitos – ao contrário dos dois precedentes – divisíveis, podendo ser identificado cada um de seus titulares. Gregório Assagra de Almeida assim os conceitua:

Usando os critérios do CDC, extrai-se que, pelo aspecto *subjetivo*, os direitos ou interesses individuais homogêneos têm como titulares pessoas perfeitamente individualizadas, que também podem ser indeterminadas, mas determináveis sem nenhuma dificuldade. Pelo aspecto *objetivo* e pelo caráter predominantemente individualizado, são eles sem dúvida divisíveis e distinguíveis entre seus titulares. Sob o aspecto de sua *origem*, possuem eles origem comum. Em relação a essa origem comum é que existe ponto de semelhança entre os direitos ou interesses individuais homogêneos e os direitos ou interesses difusos, pois ambas as categorias, diferentemente dos direitos coletivos em sentido estrito, dos quais se exige prévia relação jurídica base, nascem ligadas pelas mesmas circunstâncias de fato, não obstante sejam, quanto à titularidade e objeto, totalmente distinguíveis.

São considerados direitos ou interesses *acidentalmente coletivos* e recebem o tratamento processual coletivo – daí serem designados como sendo apenas acidentalmente coletivos –, pois se constituem de *vários interesses ou direitos individuais homogeneamente considerados*, que estão ligados pela origem comum (...) (ALMEIDA, 2003, pp. 491-492)

A partir da conceituação (e separação) dos direitos transindividuais (difusos e coletivos em sentido estrito) e individuais, é que Zavascki (2017, pp. 39-49) constrói importante diferenciação na defesa de uns e outros

em juízo. Para ele, não há que se confundir a defesa dos direitos coletivos e a defesa coletiva de direitos (individuais). Tal diferença dá origem ao uso da Ação Civil Pública para os primeiros e Ação Civil Coletiva para os segundos. Nas suas palavras:

É preciso, pois, que não se confunda defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos (individuais). Direitos coletivos são direitos subjetivamente *transindividuais* (= sem titular individualmente determinado) e materialmente *indivisíveis*. Os direitos coletivos comportam sua aceção no singular, inclusive para fins de tutela jurisdicional. Ou seja: embora indivisível, é possível conceber-se uma única unidade da espécie de direito coletivo. O que é múltipla (e indeterminada) é a sua titularidade, e daí sua transindividualidade. “Direito coletivo” é designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o direito difuso e o coletivo *stricto sensu*. É denominação que se atribui a uma especial categoria de direito material, nascida da superação, hoje indiscutível, da tradicional dicotomia entre interesse público e interesse privado. (...)

Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação *homogêneos* em nada altera e nem pode desvirtuar essa sua natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de *homogeneidade*, o que permite a defesa coletiva de todos eles. (...) (ZAVASCKI, 2017, pp. 39-40)

É certo, ainda, que a ação civil pública, para além de ter como objeto os direitos transindividuais (difusos e coletivos em sentido estrito), também se presta para a proteção de direitos individuais indisponíveis. Nesse sentido, veja-se o que diz Mazzilli:

A defesa de interesses individuais pelo MP, por meio de ação civil pública, só se pode fazer, pois, enquanto se trate de direitos indisponíveis, que digam respeito à coletividade como um todo, única forma de conciliar essa iniciativa com a destinação institucional do MP (art. 127, caput da CR). Assim, p. exemplo, as providências do MP são exigíveis, até mesmo com o ingresso de ação civil pública, para assegurar vaga em escola, tanto para uma única criança, como para dezenas, centenas ou milhares delas; tanto para se dar escolarização ou profissionalização a um, como a diversos adolescentes privados de liberdade. (MAZZILLI, 1992, p. 3)

Nesse norte, o objeto da ação civil pública é bastante amplo, constando do artigo 1º da Lei 7.347/85. Importante destacar o inciso IV, incluído pelo CDC, que refere ser tutelável pela ação civil pública “*qualquer outro interesse difuso ou coletivo*”. Ou seja, há um amplo leque para a tutela de direitos transindividuais pelos legitimados ativos, sendo certo ainda que ao Ministério Público também cabe a defesa dos direitos individuais homogêneos indisponíveis, como se apontou acima.

Aliás, a legitimidade para a propositura da ação civil pública, diferentemente do modelo norte-americano das *class actions*, segue um rol fechado (artigo 5º da Lei da ACP). Além do Ministério Público, também são legitimados a Defensoria Pública, os entes federativos, as autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista, além de associações que estejam constituídas há mais de um ano e que possuam pertinência temática com o tema sobre o qual verse a ação.

À semelhança do que ocorre na seara penal, a ação civil pública pode ou não ser precedida de um inquérito (denominado inquérito civil). Serve esse procedimento para colheita de elementos de informação hábeis a propositura de futura ação civil pública. No bojo do inquérito poderá ser celebrado o termo de ajustamento de conduta (TAC), que é ferramenta importante de prevenção de litígios e reparação de danos por parte do Ministério Público. Referido TAC tem eficácia de título executivo extrajudicial (artigo 5º, §6º da Lei 7.347/85).

Há ainda tratamento específico da coisa julgada, que opera *secundum eventum probationis* no caso dos direitos transindividuais, ou *secundum eventum litis*, no caso de direitos individuais homogêneos, no que se diferencia do processo individual comum⁴.

Estas nuances da ação civil pública (e do processo coletivo de maneira geral) evidenciam seu regime diferenciado quando defrontado com o processo individual. Seja uma legitimidade ditada por um rol, seja mesmo a possibilidade da celebração de TAC's antes do ajuizamento da ação, e, como visto brevemente, um regime especial no tratamento da coisa julgada, alçam o processo coletivo a instrumento importante de efetivação de direitos, realizando justiça de forma mais ampla.

4 Não há a pretensão, no presente trabalho, de aprofundar as diferenciações, ou adentrar o importante tema da coisa julgada nas ações coletivas. Recomenda-se, para tanto, a excelente obra de BERTOLO, 2006, pp. 293-316.

Aliás, é nesse sentido que se tem defendido, nada obstante o silêncio do artigo 1º da Lei 7.347/85, que é possível o controle de políticas públicas via ação civil pública⁵. Com efeito, vivendo o Brasil verdadeira crise das políticas públicas, cada vez mais o Poder Judiciário é chamado a intervir em prol dos direitos fundamentais.

Neste cenário, avulta de importância o processo coletivo como instrumento de efetivação do direito à saúde, mormente quando considerado o enorme volume de ações individuais que visam obter tutela semelhante, o que acaba desorganizando o orçamento público e gerando um excesso de processos no já congestionado Poder Judiciário.

3 O PROCESSO COLETIVO A SERVIÇO DO DIREITO À SAÚDE

Como se referiu, o uso da ação civil pública em questões de saúde conduz, a um só tempo, à racionalização do uso da máquina judiciária, que poderia ater-se com mais afinco aos casos individuais – que fogem do tratamento uniforme da ação coletiva – que lhe são submetidos, bem como à concretização do direito à saúde, dada a viabilidade de alcance de um maior número de pessoas que estejam em situação fática semelhante.

No aspecto, vale recordar, trilhando a lição de Voltaire de Lima Moraes (MORAES, 2007, pp. 127-131), que a ação civil pública não mais se restringe à natureza jurisdicional clássica ou tradicional, assumindo, com o passar dos anos, uma nova feição, imiscuindo-se em temas tradicionalmente afetos à atividade administrativa.

De fato, tal invasão na atividade administrativa está intrinsecamente ligada à denominada judicialização da política. Deveras, sendo omissor o administrador, cabe ao Poder Judiciário fazer implementar as políticas públicas através de decisões ou sentenças proferidas no bojo de processos individuais ou coletivos.

A nova feição adquirida pela ação civil pública com o passar do tempo atingindo hoje em dia, como se referiu acima, atividades tipicamente administrativas, tem estreita correlação com o próprio conceito de direito à saúde, que também se expandiu, não se identificando mais tão somente com a mera ausência de enfermidade.

5 Nesse sentido, por exemplo, MANCUSO, 2002, pp. 751 e seguintes.

No ponto, destaca-se que o direito à saúde é conceito abrangente, a compreender o completo estado de bem-estar do indivíduo, conforme expresso na Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS) de 1948 (BRASIL, 1948). Essa ideia, que muito além da mera capacidade orgânica, alcança a plenitude psicofísica do indivíduo demanda prestações públicas que para além das sanitárias propriamente ditas, exige uma rede completa – e complexa – de políticas públicas.

Aliás, reflexo dessa complexidade inerente ao conceito do direito à saúde é a pandemia do novo coronavírus (COVID-19) que devasta sistemas de saúde por todo o globo. Não só a própria enfermidade traz desafios para os Estados no campo sanitário, desde a sua prevenção à sua cura, como desponta como de maior complexidade à atenção ao completo bem-estar das pessoas como apregoado pela OMS, já que a pandemia trouxe consigo uma abrupta e radical mudança na sociedade, atingindo às mais diversas áreas das relações humanas (desde o trabalho, até a própria interação entre as pessoas).

Não sem razão é que toda essa complexidade dificilmente seria bem versada em processos individuais. A própria garantia do direito à saúde como um plexo de atuações do Estado já demonstra a insustentabilidade de um modelo jurisdicional individual.

Ocorre que, talvez por inadequação de formação, ou mesmo ante o predomínio individualista que dominou por longo tempo o ordenamento jurídico brasileiro (inspirando, como se viu, o próprio CPC de 1973), tais conflitos de massa (decorrentes de omissão administrativa) acabam sendo judicializados de forma individual, de modo que a judicialização da política, antes referida, passa a ser pulverizada nos mais diversos juízos. Comentando a forma de judicialização (preponderantemente individual) da política, Rodolfo de Camargo Mancuso assim aponta:

A conflitiva sociedade de massa em que hoje vivemos não mais encontra meio satisfatório de expressão de suas angústias, expectativas e frustrações nas instâncias executiva e legislativa, donde vir bater às portas do Judiciário, fazendo-se representar por entes exponenciais adrede credenciados por certas normas de regência. Todavia, nem sempre as demandas coletivas têm encontrado ambiente receptivo - e, pior, muita vez vêm manejadas em modo inadequado - em parte por conta da própria formação tradicional de nossos operadores do Direito, pouco afeiçoados às peculiaridades daquelas ações. (MANCUSO, 2002, p. 7)

Esse panorama reflete diretamente no dia a dia forense, no qual se verifica a preponderância das ações individuais em detrimento de ações coletivas. Aliás, chama a atenção que somente no ano de 2018 é que restou assentada, pelo Superior Tribunal de Justiça, a legitimidade do Ministério Público para intentar demanda coletiva em matéria de saúde. Tal se deu em decorrência do julgamento dos Recursos Especiais 1.681.690/SP e 1.682.836/SP, afetados à sistemática dos recursos repetitivos, tendo sido firmada a seguinte tese (tema 766):

O Ministério Público é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos nas demandas de saúde propostas contra os entes federativos, mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados, porque se refere a direitos individuais indisponíveis, na forma do art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). (STJ, 2018)

O julgamento dos recursos acima demonstra a superação de um paradigma de processo individual, que inspirava o Código de Processo Civil de 1973, para um sistema que pense mais no coletivo, isto é, na busca de soluções que abranjam o maior número de pessoas possível.

Nesse sentido, é também importante citar a advertência feita pelo Ministro Edson Fachin quando do julgamento do Recurso Extraordinário 566471/RN, em 11.03.2020 (STF, 2020), o qual versa sobre a possibilidade de concessão, pelo Estado, de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave sem condições financeiras para comprá-lo. Durante o voto, pontuou o Ministro que as tutelas condenatórias que busquem a efetivação do direito à saúde deveriam ser, preferencialmente, pleiteadas em ações coletivas, de modo a se conferir a máxima efetividade à universalidade que rege o direito à saúde.

Com efeito, o uso de instrumentos coletivos para aviar demandas de saúde acaba por evitar o que se denomina de “microjustiça”, que é justamente o que ocorre nas demandas individuais, em que não se verifica o contexto global de uma determinada política pública, pois o que se busca em última análise é a resolução do caso concreto.

Nessa ótica, o processo coletivo tenta evitar o efeito perverso de privilegiar aquele que demandou individualmente em detrimento dos que assim não o fizeram, seja por inércia, seja mesmo por impossibilidade (fática, jurídica ou financeira). As considerações finais do artigo “Da farmacialização do Judiciário: breves considerações”, de autoria de Zillá Oliva Roma são exatamente nesse sentido:

Um dos direitos fundamentais sociais que têm tido excessivo acesso à Justiça é o direito à saúde, via demandas individuais, por meio das quais inúmeros cidadãos buscam o fornecimento gratuito de medicamentos por parte do Estado, fármacos estes não incluídos nas listas oficiais dos programas oferecidos pelo governo.

Na esmagadora maioria das vezes, o Judiciário defere o pedido da parte autora, determinando o fornecimento do fármaco, de modo que, no plano macro, equivale à metáfora do “cobertor curto”, na qual, ao puxar o cobertor para cobrir a cabeça, acaba-se desprotegendo os pés. Ou seja, acaba-se deixando outros milhares de cidadãos desamparados, “descobertos”. Isso porque tão somente as pessoas que logram superar os custos do processo (físicos, emocionais, financeiros, sociais, culturais, de informação etc.) têm a chance de conseguir outros medicamentos, além do que, muito provavelmente, os recursos públicos necessários ao cumprimento das inúmeras ordens judiciais seriam retirados dos programas de saúde já existentes.

O que se deveria incentivar é a revisão ou implementação de políticas públicas de saúde pela via judicial, especificamente em sede de processo coletivo (ação civil pública), não a adjudicação judicial tradicional em face de demandas individuais sem a projeção de efeitos extra autos. (ROMA, 2017, p. 14)

De fato, a concessão de medicamentos através de ações individuais acaba não só gerando efeito em relação àqueles que não demandaram, como também no próprio orçamento público que se vê comprometido por decisões de diversos juízos. A racionalização do sistema com o uso das ações coletivas não viria em benefício apenas dos cidadãos e do próprio direito à saúde (com sua efetivação otimizada e potencializada para além do processo individual), mas também para a própria Administração Pública, que poderia planejar ações específicas para cumprimento da tutela coletiva.

Nesse norte, atenção especial deve ser dispensada também à fase de cumprimento da sentença coletiva. Não raro tal fase apresenta-se complexa devido a generalidade de alguns provimentos jurisdicionais. O desiderato maior da ação coletiva, como verdadeiro instrumento a serviço do direito material, é a efetivação dos direitos nela discutidos, sendo, no caso da saúde, a otimização e maximização desse importante direito social fundamental, de modo que devem ser bem delineados os provimentos na fase de conhecimento para viabilizar a sua execução.

Para tanto, não se deve olvidar, em qualquer das fases (conhecimento ou cumprimento de sentença), que o processo é pautado pelo que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira denomina como formalismo valorativo⁶. Isto é, ainda que o provimento jurisdicional padeça de alguma generalidade, há de se prestigiar o cumprimento de ordem a garantir a efetivação dos direitos, ainda que se admita certa margem de liberdade aos atores do processo.

Assim, a salvaguarda do direito à saúde, com o fornecimento de medicamentos e tratamentos a um número maior de pessoas, depende da ruptura de um modelo de processo individualista, que tende a resolver os casos a partir de uma lógica binária de direito à saúde e obrigação estatal, muitas vezes esquecendo que subjacente à pretensão encontra-se um aparato de política pública que demanda – coletivamente – seja efetivado. Essa ruptura, acredita-se, começa a se instaurar a partir das decisões judiciais que priorizem as ações coletivas, instigando os legitimados ativos para a sua propositura e assim garantindo, de uma forma maximizada, o direito à saúde assegurado na Constituição.

4 CONCLUSÃO

O modelo individualista de processo, inspirador do Código de Processo Civil de 1973, cedeu, ao longo do tempo, para um modelo coletivo. Esse modelo, inspirado a partir dos valores constitucionais estampados na Constituição de 1988, pretende encarar o litígio em toda a sua amplitude, visando não apenas resolver o processo, mas verdadeiramente encerrar o conflito a ele subjacente.

Neste passo, identificam-se diversas mudanças, separadas em ondas de reformas, que modificaram o tratamento da solução dos litígios, transformando a legislação então em vigor. Tais ondas demarcam a inserção de mecanismos (a partir de 1985) a dar conta de demandas de natureza coletiva e o aprimoramento dos instrumentos já existentes no Código de Processo Civil (a partir de 1994).

Mais recentemente o Código de Processo Civil de 2015 marca a passagem de um Estado Legislativo para um Estado Constitucional, isto

6 O formalismo valorativo encontra-se diretamente relacionado com a cooperação e boa-fé no processo. A esse respeito, confira-se o seguinte excerto do artigo “O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo” de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “Por outro lado, o formalismo-valorativo, informado nesse passo pela lealdade e boa-fé, que deve ser apanágio de todos os sujeitos do processo, não só das partes, impõe, como visto anteriormente, a cooperação do órgão judicial com as partes e destas com aquele.” (OLIVEIRA, 2006, p. 81)

é, a matriz inspiradora do novel Código são os valores agasalhados pela Constituição, mais especificamente a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica. É com base neste último valor (segurança jurídica) que cresce o número de institutos que visam a pacificar conflitos de massa, já que traduzem uniformidade as decisões judiciais, resolvendo as denominadas macrolides.

O processo coletivo forma-se a partir da verificação do seu objeto litigioso. Nesse processo de verificação importante é a definição, posta no CDC, de direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. Com efeito, a dicotomia direitos transindividuais e individuais homogêneos dá azo à categorização da ação coletiva em Ação Civil Pública e Ação Civil Coletiva.

A primeira (ACP) supera um problema de acesso, presente na ação popular, ao outorgar legitimação a entes como Ministério Público e Defensoria Pública. De fato, a ação popular, apesar de se inspirar em uma ideia de cidadania, acaba olvidando que as pessoas enfrentando normalmente as mais variadas dificuldades para ir a juízo, sejam essas de ordem material, seja mesmo de ordem jurídica.

Nessa trilha, a legitimação em rol fechado no âmbito da ACP trouxe a lume um uso mais difundido das ações coletivas, sendo protagonista nesse aspecto o Ministério Público. Nada obstante, ainda se verifica certo apego às ações individuais, decorrendo isso, quiçá, de uma formação cultural individualista dos operadores do direito.

O espectro de atuação da ACP no âmbito dos direitos transindividuais é notório, sendo esse o campo próprio para seu manejo. De todo modo, justamente com o escopo de ampliar e coletivizar o processo, tem se entendido que os direitos individuais homogêneos indisponíveis também podem ser objeto de defesa pelo Ministério Público em uma ACP.

Nesse ponto, importante a menção ao julgado do STJ, referido no presente trabalho, que confere legitimidade ao Ministério Público para a defesa de prestações de saúde via ACP, e da advertência feita recentemente pelo Ministro Edson Fachin quando do julgamento do Recurso Extraordinário 566471/RN, em 11.03.2020, quanto à tentativa de prevalência das ações coletivas, tanto quanto possível, frente às demandas individuais. O direito à saúde, atualmente, vem sendo defendido preponderantemente via ações individuais, o que gera uma sobrecarga de trabalho ao Poder Judiciário, e uma disfunção do sistema que acaba por

privilegiar o demandante individual em detrimento daqueles que, por inércia ou por outras condições (jurídicas, financeiras ou de outra ordem), não ajuízam ações.

No ponto, de enorme importância o uso das ações coletivas, em especial da ação civil pública. De fato, o processo coletivo deve estar a serviço da efetivação dos direitos fundamentais, servindo como instrumento para sua otimização e ampliação. No caso do direito à saúde, o uso da ACP torna-se fundamental, já que, a um só tempo, racionaliza o uso da máquina judiciária e efetiva – de forma ampliada – esse importante direito fundamental.

Assim é que o presente trabalho buscou trazer referências a fim de demonstrar a importância do uso dos instrumentos coletivos de acesso à justiça (em especial da Ação Civil Pública) para efetivação do direito à saúde, que, como prestação dependente de atuação da administração pública, causa grande impacto orçamentário e desorganização das finanças públicas quando deferido a partir de demandas individuais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro – Um Novo Ramo do Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BERTOLO, Rozangela Motiska. *A coisa julgada nas ações coletivas*. In OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. (Coord). *Eficácia e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRASIL. Decreto n. 26.042, de 17 de dezembro de 1948. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 21 abr.2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.681.690/SP. Relator Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 25.04.2018, DJ 03.05.2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=81553403&num_registro=201701602137&data=20180503&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 01 dez.2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.682.836/SP. Relator Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 25.04.2018, DJ 30.04.2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/>

mediado/?componente=ATC&sequencial=81548623&num_registro=201701602352&data=20180430&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 01 dez.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 566471/RN, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 11.3.2020, Plenário, j. 11.03.20. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=566471&numero=969&pagina=1&base=INFO>>. Acesso em: 21 abr.2020.

DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR, Hermes. Conceito de processo jurisdicional coletivo. *Revista de processo*, vol. 229/2014, pp. 273-280, mar/2014.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NUNES, Camila. Do código Buzaid ao novo Código de Processo Civil: uma análise das influências culturais sofridas por ambas as codificações. *Revista de processo*, vol. 246/2015, p. 485-511, ago/2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas*. In: MILARÉ, Edis (Coord). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. A projetada participação equânime dos co-legitimados à *propositura da ação civil pública: da previsão normativa à realidade forense*. *Revista dos Tribunais*, v. 796/2002, p. 11-38, fev/2002.

_____. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A Ação Civil Pública. *Revista dos Tribunais*, v. 682/1992, p. 24-30, ago/1992.

MORAES, Voltaire de Lima. *Ação civil pública: alcance e limites da atividade jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela dos chamados “interesses difusos”, in MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual Civil*: primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 110 a 123.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS nº 26, 2006. Disponível em: < <http://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/74203/41899>>. Acesso em: 01 dez.2018.

ROMA, Zillá Oliva. *Da farmacialização do Judiciário: breves considerações*. Revista de Processo, v. 270/2017, pp. 279-310, ago/2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

RECEBIDO EM: 10/10/2019

APROVADO EM: 22/10/2019

A PROBABILIDADE NO DIREITO DE DANOS: O CASO DA PERDA DA CHANCE

PROBABILITY IN TORTS: LOSS OF CHANCE

Orlando Zanon

Doutor em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Dupla titulação em Doutorado pela UNIPG (Itália). Mestre em Direito pela UNESA. Pós-graduado pela UNIVALI e pela UFSC. Professor Programa de Pós-graduação da UNIVALI, da Escola da Magistratura de Santa Catarina (ESMESC) e da Academia Judicial (AJ). Membro da Academia Catarinense de Letra Jurídicas (ACALEJ). Juiz de Direito.

Romano José Enzweiler

. Doutorando na Universidade do Vale do Itajaí. Juiz de Direito

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Constitucionalização Do Direito Civil; 2 Uma Nova Responsabilidade Civil: O Colapso Da Culpa E O Esboroamento Do Nexo Causal; 3 A Perda Da Chance Como Dano Autônomo (Ou A História Contada De Trás Para Frente); 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: No presente artigo procura-se verificar as transformações sentidas nos domínios da responsabilidade civil, estabelecidas a partir da complexificação da sociedade, com o objetivo de justificar o emprego do nexos causal probabilístico nos casos de perda da chance. Destaca-se a perda da chance como uma das novas formas ressarcitórias, a utilizar a álea (ocorrência do resultado final) como quantificação do dano (consistente na própria chance que se perdeu). Explora-se, inicialmente, o que se vem denominando de constitucionalização do direito civil para, na sequência, tratar dos conhecidos filtros ressarcitórios (culpa e nexos causal) e sua flexibilização com a adoção do modelo blame culture. Conclui-se admitindo a existência do nexos causal probabilístico, tendo como exemplo a perda da chance. Quanto à metodologia empregada, destaca-se que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados o cartesiano e o texto final foi composto na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Probabilidade. Direito de danos. Perda da Chance

ABSTRACT: This article seeks to verify the changes felt in the areas of civil liability (torts), established from the complexification of society. It stands out the loss of chance as one of the new forms of compensation, to use the alley (occurrence of the final result) as quantification of the damage (consistent with the chance itself lost). Initially, what is being called constitutionalization of civil law is explored, in order to deal with the known reimbursement filters (guilt and causal link) and its flexibility with the adoption of the blame culture model. We conclude by admitting the existence of the probabilistic causal link, taking as an example the loss of chance. As for the methodology, it is emphasized that in the investigation stage we used the inductive method, in the data processing phase we used the Cartesian method and the final text was composed on the basis of deductive logics. In the various stages of the research we used the techniques of the referent, the category, the operational concept and literature survey.

KEYWORDS: Probability. Torts. Loss of chance

INTRODUÇÃO

O presente artigo discorre sobre as características do ressarcimento da perda da chance em uma sociedade complexa, influenciada pela *blame culture*, mediante uma leitura constitucional do direito cível, com o objetivo de justificar o emprego do nexos causal probabilístico nos casos de perda da chance.

Vem a sociedade complexa (CAMPILONGO, 2000; CAMPILONGO, 1997; MARTINS, 1996; MARTINS, 1997; SOUZA, 1995) dando mostras do esgotamento da racionalidade do seu sistema (CANARIS, 2012) jurídico, o que se caracteriza pela (mas não só) (FARIA, 1996) dispersão de interesses, assimetria cultural e, no caso brasileiro em particular, pela marcante estratificação social.

Conforme assevera consistente literatura, além da inadequação da estrutura normativa (BARROSO, 2013, p. 36-8) às novas formas de riqueza (ENZWEILER, 2000), experimenta-se, no que aqui interessa, a aparente disfuncionalidade dos mecanismos legais destinados à efetiva responsabilização civil daqueles que causam prejuízos ou danos (TORRES, 2008, p.108) a outrem, o que pode precipitar a erosão do tecido social (FACCHINI NETO, 2006, p. 171-218; ANDRESSA JUNIOR, 2009, p. 177-214).

Mesmo na seara constitucional, possui o dano (e sua reparação e inevitabilidade, seja pela presença do estado prestamista, seja pela atividade do estado protetor) importância singular, inclusive como limitador à autonomia privada (BARROSO, 2014).

Com efeito, tem-se afirmado que, quanto mais difusa e opaca se revela a cidadania social (HIRSCHMAN, 1995), a partir do declínio do próprio indivíduo (IANNI, 1996), quanto mais pulverizadas, enfim, as percepções acerca das potencialidades e necessidades humanas (individuais e coletivas), menores as possibilidades de coesão e consenso (CANOTILHO, 1999) em torno, *v.g.*, das implicações e alcance do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais (SARLET, FENSTERSEIFER, 2014; SARLET, 2010; FACCHINI NETO, 2006).

Daí a necessidade de se verificar a possibilidade de ressarcimento por danos causados a bens até faz pouco não tutelados pelo direito, como é o caso da perda da chance, caracterizada por uma probabilidade de sucesso ou oportunidade perdida.

Esta é a contextualização para este artigo, focado na aplicação da teoria da perda da chance, assumindo-a como uma das respostas fornecidas pelo sistema jurídico à exigência posta pela sociedade complexa na recomposição justa dos danos civis, mediante o emprego donexo causal probabilístico, sob uma leitura constitucional deste campo jurídico.

Quanto à metodologia empregada, destaca-se que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados o cartesiano e o texto final foi composto na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica

1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

É lugar comum, razão pela qual não se lhe dedica aqui mais profunda reflexão, o argumento da superioridade hierárquico-normativa da constituição, servindo ela como “fundamento de validade das normas inferiores” (CANOTILHO, 1998).

Dessa forma também se dá, regra geral, consoante a doutrina, quando da interpretação (BARROSO, 2013, p.36; GRAU, 2015, p.158) e aplicação das leis ordinárias (e das cláusulas gerais nelas inseridas), as quais devem, bem por isso, ser lidas a partir dos princípios constitucionais que as informam (LARENZ, 1997; AUER, 2007, p. 41-77; NEVES, 2013). Isto porque “os fatos sociais são plasmados pela ordem jurídica, que os valoram em confronto com a tábua axiológica constitucional” (TEPEDINO, 2019, p.29). Nessa linha lógica, “cada Direito não é mero agregado de normas, porém um conjunto dotado de unidade e coerência – unidade e coerência que repousam precisamente sobre os seus (dele = de um determinado Direito) princípios” (GRAU, 2015, p.162).

Notadamente, “a dignidade desempenha um papel não apenas na caracterização do dano causado por violações aos direitos humanos, mas também na responsabilização do Estado em reparar o dano”. Assim o é porque uma violação dos direitos humanos fere “a dignidade e o respeito devidos a cada ser humano. A punição de quem praticou o ato restabelece a dignidade e a autoestima da vítima e da comunidade”(BARROSO, 2014, p.32).

Guiada pelos direitos fundamentais e pelo princípio da dignidade da pessoa é que se vai, agora, modelando a base para a repaginação da tábua valorativa que permeia a responsabilidade civil contemporânea - dedicando-se especial ênfase às assimetrias (MIGUEL, 1989, p.62),

à proteção do vulnerável, do hipossuficiente e, de maneira mais detida (FACCHINI NETO,, 2006, p. 171-218), das vítimas -, cujo eixo central parece agora residir na preocupação com o ressarcimento do dano (DIAS, 2012), examinando-se, à largada e conceitualmente, se se trata, inclusive, de admitir nova categoria de patrimônio a ser protegido ou de danos a serem indenizados. Inclusive, afasta-se da discussão o conceito de culpa, quando necessário e pertinente, dispensando-se, eventualmente, em situações excepcionálissimas, a demonstração do nexo de causalidade.

Nesse contexto temporal-evolutivo, foi tomando densidade, então, a ideia centrada na necessidade (para a justa decisão) de se aplicarem os direitos fundamentais às relações entre particulares (CANARIS, 2012; UBILLOS, 2006; CANARIS, 2006, p. 225-46; ANDRADE, 2006, p. 273-300), sem que isto implique na vulgarização que se quer justamente evitar.

Compondo essa nova tecitura normativa e com vistas a promover o acertamento entre o momento tecnológico e o tempo das leis, passou o Código Civil Brasileiro, de forma indisfarçável, a ser orientado por balizamentos (SOUZA, 2002) que se distanciam dos vetustos modelos decisórios oitocentistas lastreados, no que aqui pertine, (quase) exclusivamente na culpa e na boa-fé subjetiva, tornando também seus os princípios da socialidade, eticidade e efetividade (ou operabilidade, como querem alguns) (GONÇALVES, 2003; REALE, 2003; TRINDADE, 1997).

Para tanto e com o intuito de conferir maior plasticidade e, portanto, relativa perenidade à lei, utiliza-se o sistema, abastança, de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e normas programáticas, cabendo ao Poder Judiciário concretizar os mandamentos ético-jurídicos ali insertos a partir, repita-se, da matriz constitucional, em que pese a constatação de que as constituições nacionais (especialmente nos países comunitários europeus) estão “gradativamente perdendo em centralidade” (SARLET, 2007, p.121).

Corolário dessa escolha legislativa, eventual violação das obrigações impostas pela boa-fé objetiva poderá se traduzir em inapelável responsabilização do lesante.

2 UMA NOVA RESPONSABILIDADE CIVIL: O COLAPSO DA CULPA E O ESBOROAMENTO DO NEXO CAUSAL

A partir de uma leitura constitucional, institutos clássicos do direito civil estão sendo relidos, através de mutação interpretativa que lhes confere

aplicabilidade no contexto de uma sociedade complexa. Não foi diferente com relação aos conceitos de culpa e de risco.

Nesse cenário, *res perit domino* ou ainda *casum sentit dominus* são expressões que sintetizam a antiga ideia geral segundo a qual o dono suporta o prejuízo, quer dizer, o dano resultante da perda da coisa resta para o seu proprietário. Com temperos e nuances a seguir destacados, a regra é mantida até hoje. Em decorrência, só se poderá falar na responsabilização de outro (retirando dos ombros do dono da coisa danificada o prejuízo) se houver uma razão jurídica para tanto.

Daí surgirem os conceitos, tão comumente utilizados, de “culpa” e “risco”.

Para que haja responsabilização, diz-se normalmente, são necessários o ato (ação ou omissão) do lesante, a presença de culpa sua (culpa / dolo), a existência de um dano e, a conectar todos estes elementos, um nexo de causalidade.

O fundamento culpa, será visto, restou atenuado, ao tempo em que o nexo causal se encontra fragmentado pelas novas teorias que o relativizam, mitigam, eclipsam ou até, em certos casos extremos, dispensam.

A noção de culpa (de caráter moral (PINTO, 1999, p.119), com forte colorido religioso) influenciou profundamente a responsabilidade civil, assegurando justificativa ética ao dever de indenizar. Consequência disso que, para alguns, só se poderia falar em responsabilidade civil na medida em que verificada a culpa do lesante, pois a vontade (de determinar-se livremente) era o substrato da vinculação contratual e o alicerce da responsabilidade havida fora de seus domínios e limites (NORONHA, 2007, p.114).

O século XX, ápice do capitalismo industrial, viu-se marcado por duas grandes guerras, crises econômicas de dimensões globais (já apontando para a mundialização e interdependência dos diversos mercados), avanços tecnológicos inimagináveis, bem como pela transfiguração da geopolítica planetária, exigindo, na outra ponta e como medida adaptativa, de reequilíbrio, maior sensibilidade ético-jurídica para enfrentamento da intrincada temática respeitante à indenização, aqui tomada em seu sentido original de *indene*, isto é, sem dano, incólume, ileso. Enfim, teve-se como necessário abandonar a noção de responsabilidade sustentada apenas na ideia de culpa “a fim de realizar uma ordenação jurídica objectivamente justa” (PINTO, 1999, p.98), buscando-se fundamento nas diversas teorias do “risco” para, daí, objetivar a responsabilidade do lesante.

A introdução da noção de culpa como justificativa da responsabilidade civil é fruto de lenta evolução doutrinária, legislativa e jurisprudencial.

Visando saciar um sentimento imanente de justiça (PASOLD, 2013, p.85) (ou por vezes de vingança) e buscando com isso, tanto quanto possível, a reparação do dano experimentado pela vítima, passou-se a contornar a discussão relativa à presença da culpa (SCHREIBER, 2009), admitindo-se e aplicando-se, na solução dos casos concretos (e de maneira sempre mais estendida), as presunções, inversões de ônus da prova e objetivação da responsabilidade (inclusive, extraordinariamente, na modalidade agravada (NORONHA, 2007; FACCHINI NETO, 2006), chegando-se ao modelo inacabado da responsabilidade fundada no conceito de solidariedade (FACCHINI NETO, 2006), também denominado de “seguro social” (NORONHA, 2007, p.407), lançando mirada, repita-se, não mais na culpa do lesante, mas no ressarcimento do prejuízo.

Numa síntese, deixou a culpa de figurar como o principal ou quase único elemento no qual se sustenta o sistema de responsabilidade civil, admitindo-se o dever ressarcitório mesmo nas hipóteses de sua patente ausência, sob o fundamento de que a vítima não pode “ser forçada a suportar prejuízo por ação de outrem, ainda que não culposa” (NORONHA, 2007, p.117).

Chega-se hoje a admitir, em casos especialíssimos, o dever de reparação de danos não causados pela pessoa ao final responsabilizada (nem por alguém dela dependente), desde que presente a conexão dano-atividade.

Pelo princípio do risco (FACCHINI NETO, 2006), tomado aqui em suas várias acepções (risco-atividade, risco-proveito, risco-criado (NORONHA, 2007, p.433), garantia, objetiva agravada etc.), os danos verificados não devem ser suportados pela vítima, mas sim pelo responsável, seja ele (ou não) o efetivo causador do prejuízo (princípio da “causação”/ não tolerância à violação dos direitos), tudo sem se perquirir de dolo ou mesmo de culpa do agente. Demarcada restou, então, a distância entre lesante e responsável.

3 A PERDA DA CHANCE COMO DANO AUTÔNOMO (OU A HISTÓRIA CONTADA DE TRÁS PARA FRENTE) (PEDRO, 2008; ALCOZ, 2007; KING JR., 1981; PRÉVOT, 2007)

Mediante uma releitura constitucional dos conceitos de dano e de risco, a responsabilidade civil pela perda da chance ganhou contornos específicos, mormente ante o viés probabilístico de análise do nexos causal nestes casos.

Sem embargo, para efeitos de ressarcimento das vítimas, têm os tribunais de vários países (aí sempre apoiados pela doutrina) mitigado os filtros da reparação civil (FACCHINI NETO, 2006), utilizando de expedientes até pouco tempo tidos como incomuns, a fim de superar as “dificuldades criadas pela não verificação do nexo de causalidade” (FERREIRA, 2011, p.93) como ocorre, por exemplo, com a perda da chance.

A partir deste “imperativo social da reparação” (SCHEREIBER, 2007, p. 74), alargaram-se as hipóteses ressarcitórias fundadas, atualmente, mais na “desgraça da vítima do que na possibilidade jurídica de imputação dos infortúnios ao sujeito que se considera responsável”(NORONHA, 2007, p.407). Para muitos, com isto, da vitimização individual passou-se à vitimização social (*blame culture*), isto é, adotou-se uma “cultura da culpa”, caracterizada pela ausência de vontade em assumir riscos e aceitar responsabilidades por erros devido ao receio de críticas ou acusações (SCHEREIBER, 2007, p.75).

Intenso, marcante e, vale dizer, todavia pouco claro tem sido o debate doutrinário e jurisprudencial travado acerca da aplicação da teoria da perda da chance envolvendo a responsabilidade civil.

A apreensão do conhecimento científico teve como corolário o dilatar das fronteiras éticas do saber, impondo a assunção de riscos (de variados matizes) não imaginados (SOARES, ALMEIDA, 2000-2002, p. 12-16) em passado recente e, nesse andar, apresenta-se a perda da chance como uma fórmula ressarcitória fluida, aparentemente adaptável a vários sistemas jurídicos, de fácil aplicação e, portanto, geradora de uma suposta sensação de justiça, bem ao encontro da socialização do prejuízo adredemente mencionada, chegando a afirmar os que a rechaçam, talvez não sem razão, que aí se encontra o “paraíso do juiz indeciso” (SILVA, 2007, p.87).

O tema não está ainda completamente amadurecido em solo brasileiro, em que pese a excelência doutrinária formada nos últimos anos (ALMEIDA, 2013; ANDRESSA JUNIOR, 2009; AZEVEDO, BEZERRA JUNIOR, 2011-2012; CARNAÚBA, 2013; GONDIM, 2005; HIGA, 2012; KFOURI NETO, 2002; LUCAS, 2009; ROCHA, 2010; ROSÁRIO, 2009; SAVI, 2012; SCHONBLUM, 2009; SILVA, 2007; SOUSA, 2011; TEIXEIRA, 2012; VIEGAS, SILVA, RABELO, 2012).

Há, noutra ponta, problemas com a irrefletida tentativa de importação de doutrinas, técnicas ou institutos sem a necessária avaliação de sua adequada ou conveniente incidência por aqui (NEVES, 2013).

Debate acaloradamente a mais categorizada doutrina acerca da natureza jurídica da perda de uma chance, passando a jurisprudência brasileira, lamentavelmente, quase sempre ao largo da discussão. Afinal, do que se trata? Da interrupção do processo aleatório? Cuida-se de conceito relativo à causalidade jurídica, de uma causalidade parcial? Ou, por outra, refere-se a um novo tipo de dano, autônomo, que reconhece a chance mesma como interesse legítima e juridicamente protegido e, por isso, indenizável quando perdida? Constitui dano patrimonial, emergente ou na modalidade lucro cessante? Ou, ainda, tem a perda de chance a ver com danos extrapatrimoniais, anímicos, reconhecíveis, por exemplo, em face de ausência de informação suficiente a arranhar algum princípio maior (como o da proteção ao meio-ambiente)? Cuidar-se-ia, enfim, apenas de uma sofisticada técnica, de um método decisório desenvolvido pela jurisprudência francesa e exportada para o mundo ocidental?

Tem-se dito (SILVA, 2007) que diante da presença de interesses aleatórios alegadamente prejudicados, o que se indeniza não é o chamado resultado final, mas a própria perda da chance de obtê-lo e, por isso, o valor do ressarcimento há de ser proporcional à probabilidade desperdiçada ou interrompida.

Vale, para melhor entender os contornos do tema, reproduzir precioso resumo (FERREIRA, 2011, p.200) fornecido acerca da aplicação da perda da chance na jurisprudência italiana, em muito assemelhada aos julgados brasileiros. Assevera “uma primeira orientação que a chance indenizável se sustenta na avaliação quantitativa da probabilidade da respectiva materialização, que deve ser superior a 50%”. Esta posição vem aparentemente defendida (SAVI, 2012) no Brasil por alguns que a importaram justamente da Itália, mas não encontrou eco na jurisprudência nacional.

Uma segunda orientação, lastreada nos mesmos pressupostos da primeira, mais flexível, porém, admite “que a probabilidade de concretização da chance se traduza numa percentagem inferior a 50%”. Esta abordagem foi, ao que consta, albergada pelos Tribunais brasileiros.¹

Uma terceira orientação repudia o aspecto quantitativo, apreciando a probabilidade de materialização da chance em termos qualitativos, pois “bastaria para o efeito uma probabilidade razoável”. Por fim, “uma quarta

1 “A probabilidade de que determinado evento aconteceria ou não aconteceria, não fosse o ato de outrem, deve ser séria, plausível, verossímil, razoável. E, no caso concreto, a chance de que a vítima destinaria ao filho menor parcela de seus ganhos é bastante razoável, e isso é suficiente para gerar a obrigação de reparar a perda” (STJ, AgRg no Ag 1222132/RS, DJe 15/12/2009).

e última orientação tende a afirmar a independência da indenizabilidade da chance relativamente ao respectivo grau de concretização, o qual não poria em causa o respectivo *an*, mas teria expressão apenas ao nível do *quantum* indemnizatório” (FERREIRA, 2011, p.200).

Noutro giro, e como tentativa de localização temporal da matéria, alega-se representar a perda da chance um terceiro estágio na linha evolutiva das técnicas destinadas à reparação de lesões a interesses aleatórios (CARNAÚBA, 2012).

Com o surgimento da teoria da perda da chance, porém, indeniza-se justamente a chance perdida, um dano atual (e não futuro) e, mais importante, “ao contrário dos métodos anteriores, a reparação de chances não ignora a incerteza, tampouco almeja eliminá-la. A álea é simplesmente acomodada dentro da estrutura da responsabilidade: em razão do deslocamento da reparação, a incerteza deixa de ameaçar a existência do prejuízo e passa a interferir em sua quantificação”, outrossim, “a reparação de chances perdidas envolve sempre uma certeza e uma probabilidade. A primeira - a certeza - é constatada quando da identificação do prejuízo reparável; e a outra - a probabilidade - entra em cena no momento da mensuração do prejuízo” (CARNAÚBA, 2012, p.139-71).

Tida como um prejuízo em si mesma, a chance absorve a álea, permitindo a constatação da lesão, passando a incerteza não a impedir o ressarcimento, mas a quantificá-lo.

Como referido pela doutrina nacional,

[...] a conduta do réu não interrompe o processo aleatório em que se encontrava a vítima, fazendo com que haja apenas uma diminuição das chances de auferir a vantagem esperada. Nesses casos, o processo aleatório foi até o seu momento derradeiro e a ciência estatística é utilizada apenas para medir em que grau a conduta do réu contribuiu para a causação do dano final (SILVA, 2007, p. 230).

Admitem, até mesmo os que aceitam sem reservas a aplicação da teoria da perda da chance no direito brasileiro, a necessidade de a ela serem impostos limites.

Sendo a chance um objeto abstrato, sem dimensão material, de boa sonoridade e fácil aplicação em tempos midiáticos, presta-se ela também comodamente à vulgarização, “porta aberta aos interesses pouco

importantes, pois pode a vítima, sempre, encontrar supostas chances perdidas em razão de um evento danoso. Por isso têm os juízes exigido que a chance deva ostentar uma importância particular” (CARNAÚBA, 2012, p. 193-71).

E essa “importância particular” pode ser traduzida, com temperamentos, como a chance “real e séria”, expressões não sinônimas, largamente adotadas em jurisprudência e literatura afetas ao tema e que apresentam, segundo observam alguns, certo grau de hierarquia, pressupondo o termo “sério” a existência da expressão “real”, porque esta (a realidade) antecede aquela (a seriedade). Assim, por exemplo, no caso de responsabilidade médica, o paciente desenganado/terminal não possui chance real de cura. Portanto, tal chance não pode ser tida como «séria» (HIGA, 2012).

Percebe-se, sem dificuldades, que o aspecto nuclear da perda da chance reside justamente nas probabilidades envolvidas na hipótese concreta e, quanto menores estas, menor se dirá a chance perdida, por ausência ou tibieza de seus filtros (retirando-lhes o caráter sério e real).

Ademais disso,

a chance não será considerada séria se a vítima não for capaz de comprovar seu interesse particular naquela oportunidade perdida. Esta prova é normalmente extraída dos esforços que a vítima havia empregado na obtenção da vantagem aleatória. O objetivo dos tribunais é de descartar os falsos interesses, inexplicavelmente ‘descobertos’ pela vítima apenas no momento em que esta propôs sua ação de reparação (CARNAÚBA, 2012, p. 139-71).

Portanto, a análise quanto ao cabimento do ressarcimento da perda da chance está calcada, em considerável medida, na análise da probabilidade do dano.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constitucionalização do direito civil, trazendo valores e princípios maiores à sua interpretação e aplicação, faz-se presente também na seara ressarcitória, figurando como eixo central a proteção (reparação) da vítima, do lesado.

Daí falar-se no ocaso dos tradicionais filtros da responsabilidade civil – nexos causal e culpa –, não mais capazes de alcançarem, em

sua totalidade, as necessidades surgidas com a complexidade social contemporânea, a qual exige uma resposta adequada à multiplicidade dos sentidos e possibilidades da vida.

Nesse cenário, deixa a incerteza de servir como excludente de responsabilidade para configurar-se ela também – a contingência – como elemento quantificador do ressarcimento.

Alargadas as hipóteses indenizatórias, diante do “imperativo social da reparação” e no contexto de uma verdadeira *blame culture*, surge a teoria da responsabilidade pela perda da chance, cujo núcleo é a *álea*, *buscando reparar não o dano incerto e futuro (irreparável), mas a oportunidade perdida pelo ato (comissivo ou omissivo) praticado pelo lesante, o que se constitui no objeto do ressarcimento do dano (certo e atual e, portanto, admitido pelo ordenamento brasileiro).*

Para sua aplicação eficaz, deve-se remarcar a necessidade de a chance se qualificar como séria e real, sem o que se corre o risco de serem indenizados falsos interesses, apenas “descobertos” pelo lesado quando da propositura da ação judicial.

REFERÊNCIAS

ALCOZ, Luis Medina. La teo5m. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 3 reimpressão. Coimbra: Almedina, 2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Coimbra: Gradativa, 1999.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. *Revista dos Tribunais*, ano 101, v. 922, agosto/2012, p. 139-171.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. São Paulo: Método, 2013.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, 12 ed. 2 tiragem, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ENZWEILER, Romano José. *Os desafios de tributar na era da globalização*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *O novo código civil e a constituição*, 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo, Saraiva, 1989.

FERREIRA, Rui Cardona. *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance* (em especial na contractação pública). Coimbra: Coimbra, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Principais inovações no código civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. *Revista dos Tribunais*, ano 94, v.840, out. 2005, p. 11-36.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 17 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil: a perda de uma chance no direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRSCHMAN, Albert. *A retórica da intransigência*. Perversidade, futilidade, ameaça. Tradução de Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IANNI, Octávio. *Teorias de globalização*. 2 ed. Rio de Janeiro: C. Brasileira, 1996.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus*

probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

KING JR., Joseph H., Causation, valuation and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences. *The Yale Law Journal*, v. 90, n. 6 (May, 1981). New Haven: The Yale Law Journal Company, Inc., 1981, p. 1353-1397.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, 3 ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LUCAS, Laís Machado. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. Análise de sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro a partir de um estudo comparado. *IV mostra de pesquisa da pós-graduação - PUC/RS*, 2009, p. 570-572.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Desafios do século XXI*. São Paulo: Pioneira, 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Uma visão do mundo contemporâneo*. São Paulo: Pioneira, 1996.

MIGUEL, Paula Castello Miguel. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

NORONHA, Fernando. *Obrigações*. 2 ed, São Paulo: Saraiva, 2007.

PASOLD, Cesar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. ebook <<http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>>.

PEDRO, Rute Teixeira. *A responsabilidade civil do médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*. Coimbra: Coimbra, 2008.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. atualizada, 12 reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1999.

PRÉVOT, Juan Manuel; CHAIA, Rubén Alberto. *Pérdida de chance de curación*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.

REALE, Miguel. *Principais controvérsias no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROCHA, Vivian de Almeida Sieben. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. *Direito & Justiça*, v. 36, n. 1, jan./jun. 2010, p. 45-60.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. *A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo código civil e a constituição*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo. *Direitos fundamentais e direito privado - uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian W. Mendlowicz. “A teoria da perda da chance como solução para o “se” indenizável”. *Revista da EMERJ*, v. 12, n. 48, ano 2009, p. 87-101.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise comparativa*. São Paulo: Atlas, 2007.

SOARES, Henrique Caivano. ALMEIDA, Marcos de. Uma reflexão ética sobre o erro médico e a responsabilidade profissional. *Saúde, ética e justiça*, 5/7, 2000-2002.

SOUSA, Rafael Luiz Lemos de. O juiz e o cálculo da indenização na responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance na interposição de apelação cível intempestiva. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, v. 86, janeiro-março 2011, p. 23-39.

SOUZA, Hamilton Dias de (Org.). *A reengenharia do estado brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SOUZA, Sylvio Capanema de. *O novo código civil. Livro I - do direito das obrigações*. CEDES - Centro de estudos e debates. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2002.

TEIXEIRA, Dayane Aguiar. *Teoria da perda de uma chance: a possibilidade de indenização diante de diagnósticos médicos imprecisos*. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. Ativismo judicial e construção do direito civil: entre dogmática e práxis. *Novos estudos jurídicos*, Itajaí, n. 1, p. 22-52, 2019.

TORRES, Guillermo Cabanellas de. *Diccionario jurídico elemental*. 19 ed. Buenos Aires: Heliasta, 2008.

TRINDADE, Roberto Júlio. O princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro. *Revista do Direito do Consumidor*, 23-24/199, jul.-dez. 1997.

UBILLOS, Juan María Bilbao. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; SILVA, Carlos Brandão Ildefonso; RABELO, César Leandro de Almeida. A responsabilidade civil pela perda de uma chance nas relações jurídicas civis e do trabalho. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, v. 24, n. 277, julho 2012, p. 22-47.

RECEBIDO EM: 23/10/2019

APROVADO EM: 06/04/2020

**TEORIA CONCEPCIONISTA E A RESPOSTA
CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA:
CONSIDERAÇÕES HERMENÊUTICAS
SOBRE A PEC 29/2015**

***CONCEPTIONIST THEORY AND THE
CONSTITUTIONALLY ADEQUATE ANSWER:
HERMENEUTIC CONSIDERATIONS ON THE PEC 29/2015***

Rodrigo Pedroso Barbosa

*Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Especialista em
Direito Penal e Processual Penal pela EPD. .*

Edson Vieira da Silva Filho

*Pós Doutor em Direito pela Unisinos. Doutor em Direito pela Unesa. Mestre
pela Universidade São Francisco. Mestre pela Universidade Federal do Paraná.
Professor auxiliar da Faculdade de Direito do Sul de Minas e membro do Núcleo
Docente Estruturante.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A PEC 29/2015 e Sua Justificação; 2 A Omissão Eloquente do Texto Constitucional; 3 Em Busca de uma Resposta Adequada; 4 Considerações Finais; Referências

RESUMO: O presente artigo visa analisar a Proposta de Emenda à Constituição 29 de 2015, para incluir a teoria concepcionista à redação do *caput* do artigo 5º da Constituição da República, tecendo-se considerações sob a ótica da Hermenêutica Filosófica e da Hermenêutica Política, através do método bibliográfico e com marco teórico nas obras de Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer, Lenio Luiz Streck e Ronald Dworkin. Inicialmente a justificativa para a proposta é analisada, com seus elementos averiguáveis demonstrados como falsos, e os não averiguáveis descartados por sua imprecisão. Passo seguinte, sob a acusação de omissão do texto constitucional, os arquivos históricos da assembleia constituinte são analisados, demonstrando que antes de uma omissão, a não inclusão de uma teoria sobre o marco inicial da vida no texto foi uma decisão positiva do legislador constitucional, relegando o caso específico do aborto à legislação infraconstitucional. Por último, observa-se que a proposta, à luz da Hermenêutica Filosófica, uma vez descartada a justificativa apresentada, é adequada e compatível com a atual constituição, porém, à luz da Hermenêutica Política, a resposta é contrária, pela rejeição da proposta.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria Conceptionista. Hermenêutic. Crítica Hermenêutica do Direit. Proposta de Emenda à Constituição.

ABSTRACT: This article aims to analyze the Constitutional Amendment Proposal 29 of 2015, to include the conceptionist theory to the main text of the 5th article of the Brazilian Constitution, making considerations through the light of the Philosophical Hermeneutics and Political Hermeneutics, using the bibliographic method and the theoretical references on the works of Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer, Lenio Luiz Streck and Ronald Dworkin. Initially, the justification for the proposal is analyzed, with its verifiable elements shown to be false, and the non-verifiable ones disregarded due to their imprecisions. On the next step, under the accusation of omission of the constitutional text, the historical archives of the constitutional assembly are analyzed, showing that instead of an omission, the non-inclusion of any theory regarding the initial temporal mark of life in the text was a positive decision by the constitutional legislator, leaving the specific case regarding abortion to the infraconstitutional law. Lastly, the proposal is observed through the lens of the Philosophical Hermeneutics, concluding that, once the original justification is disregarded, it is adequate and compatible with the current constitution, however, through the light of the Political Hermeneutics, the answer is the opposite, and the proposal must be rejected.

KEYWORDS: Conceptionist Theory. Hermeneutics. Critical Legal Hermeneutics. Constitutional Amendment Proposal.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa estudar e apresentar considerações sobre a Proposta de Emenda Constitucional 29 de 2015 (BRASIL, 2019a), desarquivada em 12 de Fevereiro de 2019. Tal estudo e análise será feito à luz da Hermenêutica Filosófica, com marcos teóricos em Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer e Lenio Luiz Streck, bem como da Hermenêutica Política de Ronald Dworkin.

O objetivo principal é analisar se a positivação da teoria concepcionista no texto constitucional, nos termos da Proposta de Emenda à Constituição, se enquadra dentro das propostas e limites da Constituição da República de 1988. Inicialmente, serão analisados, isoladamente, a justificação pelo autor do projeto, em seus diversos pontos.

Como segundo objetivo específico, serão estudados os arquivos e anais da Assembleia Constituinte que levou à criação do atual texto constitucional, para se tentar identificar as decisões do legislador constitucional sobre o tema, se alguma, e se o atual silêncio do texto constitucional é uma omissão ou intencional. Por último, a justificação e a própria proposta, isolada de suas justificações, serão analisados, primeiro pela óptica da Hermenêutica Filosófica, e em seguida da Hermenêutica Política, para verificar sua possibilidade e adequação enquanto resposta nos horizontes constitucionais.

Tais questionamentos são importantes devido à relevância dos temas envolvidos, desde a liberdade religiosa, liberdades individuais, propostas legislativas visando a legalização do aborto e outras, em sentido oposto, tentando remover as atuais permissões legais para a prática, como no caso de estupro. Tudo isso seguindo a histórica decisão do Supremo Tribunal Federal que, na ADPF 54, permitiu o aborto de fetos anencéfalos. As bancadas religiosas estão cada vez mais proeminentes e fortes no congresso nacional (em 2019 com 91 integrantes da bancada evangélicas, 84 na câmara dos deputados e 7 no senado (AGÊNCIA BRASIL, 2019)), e o atual presidente se elegeu sob o *slogan* de “Brasil acima de tudo; Deus acima de todos”.

Inicialmente a justificativa para a proposta é analisada, com seus elementos averiguáveis demonstrados como falsos, e os não averiguáveis descartados por sua imprecisão. Passo seguinte, sob a acusação de omissão do texto constitucional, os arquivos históricos da assembleia constituinte são analisados, demonstrando que antes de uma omissão, a não inclusão de uma teoria sobre o marco inicial da vida no texto foi uma decisão positiva do legislador constitucional, relegando o caso específico do aborto

à legislação infraconstitucional. Por último, observa-se a adequação e compatibilidade da proposta com a atual constituição sob a óptica da Hermenêutica Filosófica e da Hermenêutica Política.

A escolha da hermenêutica filosófica é, antes de tudo, uma opção entre várias possíveis. Não é a única resposta possível, ou necessariamente melhor ou pior do que as demais (e.g. Alexy, Perelman, Habermas). É uma resposta possível e, por si própria, “se distingue somente no nível da objetivação. As respostas não estão – de antemão – à disposição do intérprete, como um catálogo em que este “escolhe” uma delas como sendo a melhor” (STRECK, 2017b, p. 410).

Em toda pesquisa há a necessidade da realização de um corte epistêmico e, assim, reconhece-se, porém não se endereça, questões como a da total descriminalização do aborto, objeto da ADPF 442 (BRASIL, 2019n). Também a questão específica do Princípio da Vedação ao Retrocesso, que tem relação direta com mudanças normativas desta espécie (que tratam tanto do direito à liberdade individual como de fundamento teológico) merece um estudo próprio à luz da Hermenêutica Filosófica que, se aqui empreendido, não apenas mudaria o norte do presente trabalho, como resultaria, devido a necessária reconstrução de horizontes, muito exceder os limites de um artigo científico. Por último, a questão específica da laicidade (*in casu*, a incorporação de normas de cunho teológico) não é aqui debatida pelo mesmo motivo, sendo melhor trabalhada em outro lugar (BARBOSA, 2020).

O presente trabalho utiliza o método bibliográfico, com a análise do projeto de emenda constitucional objeto dos estudos, do texto constitucional, legislação pátria e obras dos marcos teóricos Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer, Lenio Luiz Streck e Ronald Dworkin, e documental, com análise dos anais da assembleia nacional constituinte.

1 A PEC 29/2015 E SUA JUSTIFICAÇÃO

Em 12 de Fevereiro de 2019, o Senado Federal desarquivou a PEC 29/2015:

O Plenário do Senado Federal decidiu nesta terça-feira (12) desarquivar a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 29/2015, que altera o art. 5º da Constituição para determinar a “inviolabilidade do direito à vida desde a concepção”. A concepção ocorre quando o espermatozoide encontra o óvulo dentro da trompa de falópio e o fertiliza, dando

origem ao zigoto. A proposta será enviada para análise da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) (BRASIL, 2019k).

O projeto, registrado como de autoria de 29 Senadores de diversos partidos e posições no espectro político (direita, centro e esquerda), visa alterar o *caput* do art. 5º da Constituição Federal, e contém essencialmente esta única previsão:

Art. 1º - o *caput* do artigo 5º passa a ter a seguinte redação:

“Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito a vida desde a concepção, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:” (NR)

Art. 2º - Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua promulgação (BRASIL, 2019a).

A justificação é bastante sumária e, uma vez que é parte essencial de qualquer análise sobre o presente projeto, deve ser transcrita na íntegra:

A presente emenda constitucional não altera absolutamente nada no artigo 5º, ela apenas acrescenta o termo “desde a concepção”.

A omissão no texto constitucional sobre a origem da vida vem permitindo grave atentado à dignidade da pessoa humana que se vê privada de proteção jurídica na fase de gestação, justamente a fase em que o ser humano está mais dependente de amparo em todos os aspectos.

Nossa Carta Magna foi promulgada no ano de 1988. Os enormes avanços na ciência registrados nos últimos 20 anos na FETOLOGIA e na EMBRIOLOGIA com o conhecimento do nosso DNA vieram ressaltar a concepção como o único momento em que é possível identificar o início da vida humana.

Em poucos dias de gestação o coração já está funcionando. Entre 11 e 12 semanas todos os órgãos já estão presentes no corpo da criança. Atualmente é cientificamente possível garantir a perfeita sobrevivência de uma criança nascida de um parto com apenas 18 semanas de gestação, algo completamente impossível na década de 80.

Portanto, este pequeno acréscimo, de apenas um termo esclarecendo ao artigo 5º, adequa nossa Constituição Federal aos atuais avanços

científicos e terá o poder de garantir o direito à vida de milhares de crianças brasileiras que são assassinadas por falta de proteção jurídica.

Sala das Sessões, de 2015

Senador Magno Malta (BRASIL, 2019a)

Alguns detalhes, dignos de nota, devem desde já ser destacados: a afirmação de que em nada altera o texto do artigo; a afirmação de que o texto constitucional foi omissivo; a afirmação que o conhecimento sobre DNA tem relação com o momento de origem da vida; a afirmação que cientificamente a concepção é o único momento possível de início da vida humana; a possibilidade de garantia de sobrevivência de uma criança nascida de um parto com apenas 18 semanas de gestação; que a proposta visa adequar a constituição aos avanços científicos; que milhares de crianças são assassinadas por falta dessa proteção jurídica; e a assinatura do Senador Magno Malta.

Inicialmente, vale caracterizar do que se trata o DNA, o Ácido Desoxirribonucleico. Trata-se de uma macromolécula (e, portanto, nem mesmo uma célula) (FERREIRA, 2019). Apesar do DNA ser a estrutura que identifica os seres vivos, este não é, em si, vivo, sendo apenas uma cadeia de nucleotídeos, e não possui qualquer relação com o momento de início da vida, podendo ser encontrado nas células mesmo depois da morte, e nos gametas masculino e feminino. Assim, o “conhecimento do nosso DNA” não possui qualquer relação com o início da vida.

A afirmação de que a atual ciência pode garantir a sobrevivência de crianças nascidas de um parto com apenas 18 semanas também carece de qualquer fundamentação. Cientificamente, o limite de viabilidade, quando a chance de sobrevivência é de 50%, ocorre na 24 semana, e tal limite se encontra essencialmente inalterado desde a década de 1990. Para fins médico-estatísticos, as chances de sobrevivência de uma criança nascida de um parto com apenas 18 semanas é 0%.¹ Atualmente, as duas crianças mais jovens a sobreviver a um parto prematuro são James Elgin Gill (CANADA.COM, 2019), Canada, com 21 semanas e 5 dias de gestação e Amillia Taylor (BBC NEWS, 2019), EUA, com 21 semanas e 6 dias de gestação.

Uma vez que a justificativa não especifica a quais avanços científicos se refere, é impossível analisar a veracidade desta afirmação. Entretanto, já

1 Diversos estudos científicos relevantes devem ser citados. Entre eles: KAEMPF, J. W. *et al.* (2019), MORGAN, M. A.; GOLDENBERG, R. L.; SCHILKIN, J (2019).

foram devidamente descartados o “conhecimento do DNA” e a falácia sobre a garantia de sobrevivência de um parto com apenas 18 semanas, restando apenas a questão do suposto consenso científico sobre o início da vida na concepção.

A definição de que milhares de crianças brasileiras são assassinadas é também problemático por sua imprecisão bem como conflito de definições. Claro, se equiparar-se um nascituro com uma criança, e um aborto com assassinato, essa leitura poderia ser feita. O quantitativo de “milhares” também carece de maiores esclarecimentos, pois abortos legais não chegam a “milhares” em um ano, ao passo que os ilegais, estes sim, chegam a centenas de milhares.²

Afirma também o senador, na justificativa, que de acordo com a ciência, somente é possível identificar a concepção como o início da vida. Tal posição também não se sustenta. Inclusive, as ciências biológicas ainda indicam que 17 momentos podem ser considerados como o início da vida humana, conforme indica a Dra. Ricki Lewis, PhD em genética, escrevendo para a *Public Library of Science*. Notadamente, 2 dos momentos possíveis, e já aventados, ocorrem anteriormente à concepção. No caso, a autora indica que, em sua opinião, o marco temporal mais adequado é o da 21ª semana (14º marco temporal de sua listagem), quando o feto possui uma chance muito pequena de se tornar um bebê prematuro, se feito o parto (LEWIS, 2019). Anthony KENNY (2008) oferece, pragmaticamente, três possibilidades: na concepção, no nascimento, ou entre os dois. Conclui, emitindo sua opinião, que o marco deve ser o 14º dia de gestação, correspondente ao 9º marco temporal da lista de possibilidades da Dra. Ricki Lewis. Independente de qual marco temporal é o escolhido, não há nenhum consenso científico.

Restam, assim, dois pontos da justificativa a serem considerados. O primeiro, sobre a omissão no texto constitucional, e o segundo sobre o proponente, o senador Magno Malta, ambas merecendo considerações mais profundas.

2 A OMISSÃO ELOQUENTE DO TEXTO CONSTITUCIONAL

Sobre a assertiva de que o texto constitucional foi omissivo, tal assertiva pode ser facilmente desconstruída, através de uma análise dos Anais da Assembleia Constituinte e das Bases de Dados da Assembleia Nacional Constituinte de 1988. Uma busca pela palavra “concepção”

² O Huff Post Brasil, citando como fonte o Ministério da Saúde, indica 1.636 abortos legais no Brasil em 2017. No mesmo ano, de acordo com o Datasus, foram registrados 190.510 internações e procedimentos decorrentes de abortos ilegais. Uma proteção jurídica poderia impedir os primeiros, hoje legais, mas não os últimos, já ilegais. Fonte: HUFFPOST (2019).

retorna nada menos que 368 resultados, dentre os quais 275 Emendas, 69 Avulsos, 16 Sugestões e 8 Artigos.

A Emenda 00089 de 30/06/1987, comissão de sistematização, de autoria do constituinte Nilson Gibson (PMDB/PE) propunha a adequação da alínea “A” do inciso I do art. 12 do Projeto de Constituição, acrescentando-se a redação “O Estado garante o direito à vida, desde a concepção sendo punidos por lei práticas e normas abortivas.”. Tal emenda foi rejeitada, com o argumento de que “Assuntos amplamente debatidos, a opinião predominante é no sentido de remeter à legislação ordinária (penal), a punição do aborto” (BRASIL, 2019b).

Em sentido contrário, foi rejeitada a emenda 08888 de 07/08/1987, de autoria de Jamil Haddad (PSB/RJ), proposto a inclusão na enumeração do art. 347 do projeto de constituição, incluindo o direito de interromper a concepção. Novamente, o motivo da rejeição foi que “[n]ão consideramos que o tema “aborto” seja matéria constitucional. A sua criminalização ou não deve ser objeto do código penal” (BRASIL, 2019c).

Nota-se, também, a emenda 00223, comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, parcialmente aprovada, de autoria de Haroldo Lima (PCdoB/BA), que visava suprir a expressão “desde a sua concepção até a morte natural, nos termos da lei” do inciso I do art. 301 (único) do anteprojeto da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais (BRASIL, 2019d).

Mais veementemente é o parecer que rejeitou a emenda 00070, comissão de sistematização, proposta por Sotero Cunha (PDC/RJ) para dar ao art. 263, §4º do projeto de constituição a garantia aos homens e mulheres de determinar o número de seus filhos e planejamento familiar, “sem infringir o princípio de proteção à vida desde a concepção”. Tal posição foi rechaçada, com o parecer:

A emenda abrange o §4o. do artigo 263 do Projeto de Constituição (A), modificando sua redação no sentido de nele incluir princípio de proteção à vida, desde a concepção. Visa a Emenda a não deixar aberto o caminho para a prática livre do aborto, ou seja, para impedir que um casal tenha, em suas mãos, o direito de decisão sobre vida ou morte do filho.

Pela rejeição, por referir-se à vida desde a concepção. Trata-se de posicionamento contrário ao aborto, o que diverge da orientação adotada pela Comissão de Sistematização, que considera a matéria afeta à legislação ordinária (BRASIL, 2019e). (grifo nosso)

Por último, vez que diante de tantos exemplos alguns devem ser selecionados, em detrimento de outros, destaca-se a também rejeitada emenda 01721, comissão de sistematização, de Matheus Iensen (PMDB/PR) em 13-01-1988, pela nova redação do §2º do art. 6º do projeto de constituição, apontando que “a lei protegerá a vida, desde a concepção [...]”. Tal emenda foi selecionada não pelo seu teor, igual a tantos outros, mas pela justificativa sobre “a necessidade dessa proteção, melhor uma obrigação, como decorrência de uma lei Divina”, apontando a fundamentação bíblica para tal em Levítico, capítulo 17, versículos 11 e 14, deixando claro a motivação religiosa e, mais ainda, no livro sagrado de uma religião específica (BRASIL, 2019f).

Nos debates constitucionais, em especial da Comissão de Sistematização, pode se observar, novamente, a proposição da teoria concepcionista, nas palavras Sra. Constituinte Sandra Cavalcanti, ao afirmar:

[...] O direito à vida começa a partir do momento da concepção, e o feto tem que estar igualmente protegido da tortura, da violência que é um aborto provocado, pela mesma alínea que, amanhã, vai proteger o adolescente, o moço e o adulto. Para compatibilizar este texto, a alínea a terá que ter uma outra redação: “adquire-se a condição de sujeito, de direito à vida desde a concepção” (BRASIL, 2019g, p. 174)

Já a Sra. Maria Amélia de Almeida Teles levou a seguinte redação para uma proposta de futura Constituição contendo:

Art. 2º A mulher tem o direito de conceber, evitar a concepção ou interromper a gravidez indesejada, até noventa dias de seu início. Compete ao Estado garantir esse direito através da prestação de assistência integral às mulheres na rede de saúde pública.

Parágrafo único. Serão respeitadas as convicções éticas, religiosas e individuais. (BRASIL, 2019g, p. 347)

Sobre tal proposta, comenta o Sr. Constituinte Virgílio Guimarães que “a sua proposta é bastante completa: o direito de interromper a gravidez e decidir sobre a maternidade, o direito de assistência para poder ser mãe em boas condições – coisa que não está existindo no Brasil.” Ao que completa a Sra. Maria Amélia de Almeida Telles, apontando que dados da ONU demonstram que, no Brasil, a cada 100 partos que são realizados 50 seriam abortos, e 4 milhões de abortos anualmente que provocam 400 mil mortes de mulheres, sendo a quarta *causa mortis* de mulheres em idade fértil (BRASIL, 2019g, p. 348).

Digno de nota, a título de aparte e com pertinência temática, o pronunciamento seguinte do Sr. constituinte Mário Maia, em seu relato:

Mas quero falar, principalmente, como médico, cirurgião, ginecologista, obstetra, anesthesiologista e como médico de aldeia, que trabalhou e ainda trabalha nos adentrados de nosso País. Quero dizer que, ao longo dos meus 32 anos de atividade médica, nunca surpreendi uma mulher que engravidasse com a intenção de depois abortar. A mulher, às vezes, é levada pelas circunstâncias a praticar o aborto de uma gravidez indesejável, mas ela, previamente, não desejou e não teve nunca a maldade de querer engravidar pelo simples fato de depois abortar. Acho que isso é muito importante para a apreciação desse problema, pois quando se conceitua a vida, nós perguntamos: é uma situação, é um conceito criado pelo homem quando começa a vida? Estabelecemos, dentro da nossa moral ocidental, que a vida começa no momento da concepção. Entretanto, o óvulo é uma célula viva que vai gerar vida; o espermatozóide é também uma célula viva que vai gerar vida. Quando se coloca a camisa-de-vênus não se está evitando também a vida? Não se está abortando a vida, antes da concepção? (BRASIL, 2019g, p. 348-349)

As atas das comissões, aqui representada, é bastante extensa. Nada menos do que 2397, onde a palavra “concepção” aparece 111 vezes, e a expressão “desde a concepção” 17 vezes. A palavra “aborto”, por sua vez, surge 108 vezes no texto.

Não se pode negar que o texto constitucional, enquanto aprovado, não apresenta uma definição do momento de início da vida, mas isto não é uma omissão, mas sim, como se observa, uma decisão comissiva por parte do legislador constitucional. Perante tantas discussões, e tantas emendas, fica clara a posição do legislador que o tema, em especial no que se refere ao aborto, pertence à esfera infraconstitucional.

A intenção do legislador não é, sempre, parte do método interpretativo. Na escola da exegese, era considerado o único suplemento admitido. Nas palavras de Rafael Lazzarotto Simioni:

O único suplemento admitido era o recurso à vontade do legislador, por meio da chamada interpretação lógica. A referência à lógica, aqui, está no sentido da lógica de dedução da vontade do legislador para suplementar a insuficiência dos elementos gramaticais do texto legal. Um formalismo bastante seguro em termos de controle dos

argumentos e das decisões possíveis, mas exageradamente reducionista em termos de capacidade intelectual e de abrangência normativa do direito. A redução de todo o direito ao texto da lei, na sombra da vontade do legislador, simplificava bastante a interpretação jurídica. [...] A fonte do direito continuava sendo, portanto, o suficiente e exclusivo texto da lei. Somente na interpretação desse texto é que se tornava possível suplementar o seu sentido gramatical com a vontade do legislador (SIMIONI, 2014, p. 41-42).

Outros métodos interpretativos são possíveis, inclusive descartando a intenção do legislador. Porém, fica demonstrado que uma acusação de omissão no texto constitucional não se sustenta. A decisão pela não inclusão da teoria concepcionista, com a demarcação de que a vida começa na concepção, é gritante em seu silêncio.

3 EM BUSCA DE UMA RESPOSTA ADEQUADA

Como nos ensina Heidegger e Gadamer, não existe grau zero de sentido. Toda interpretação pressupõe précompreensões (HEIDEGGER, 2015, p. 232 *passim*). “Dizendo de modo mais simples: só interpreto se compreendo; só compreendo se tenho a précompreensão, que já une todas as partes (textos) do ‘sistema’”, compreensão que “está imersa em uma facticidade e historicidade do intérprete as quais são a condição de possibilidade para qualquer interpretação” (STRECK, 2017a, cap. 32).

A compreensão não deriva mais de uma subjetividade do sujeito (relação sujeito-objeto), sendo algo existencial que nos constitui como seres humanos (STRECK, 2017a, cap. 32). Mas, mesmo assim, uma proposta não pode se desligar de seu propositos e seus pré-juízos e, apesar da visão sujeito-objeto ser considerada superada pela hermenêutica filosófica, ela ainda demonstra as motivações, ainda que corrompidas, por trás de muitos discursos (e não uma real compreensão).

No caso, o então Senador Magno Malta (por ocasião da propositura do projeto), que assina a PEC sob análise, é pastor evangélico, formado em Teologia pelo Seminário Teológico Batista do Norte do Brasil (BRASIL, 2019h). Assim, nada mais do que esperado que sua interpretação, construída por sua própria história (pré-juízos), assumia um viés religioso da linha abraâmico-judaica. Visão que postula que a vida começa na concepção, entre outros preceitos e dogmas, inclusive se valendo do livro sagrado citado como fundamentação para a Emenda 01721 ao projeto

de Constituição da Comissão de Sistematização, anteriormente visto. Isso não implica que necessariamente as motivações do então senador sejam puramente religiosas, ou que motivações de origem religiosa sejam automaticamente ilegítimas ou inadequadas. Porém, nos limites do texto de sua justificativa (e o texto é condição de possibilidade hermenêutica), os demais pontos não se sustentam apresentando, assim, a aparência de mera apologia para as reais razões.

Menos especulativo e mais evidente é a proposta representar um efeito *backlash* (OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2011, p. 103-132) contra recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, em especial, de um lado, a ADPF 54 (BRASIL, 2019i) relativa à interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, bem como pela constante pressão de grupos sociais para que o legislativo ou a corte suprema descriminalizem o aborto. E, do outro, as infrutíferas tentativas de se criminalizar até mesmo os abortos atualmente permitidos, como no caso de estupro. Tal motivação contra o aborto é clara pela própria justificativa apresentada, que cita “milhares de crianças brasileiras que são assassinadas por falta de proteção jurídica” (BRASIL, 2019a).

Independentemente da validade das justificativas no presente caso, que da mesma forma poderiam ser diversas, é válido uma análise de se o conteúdo da proposta, a alteração, é possível e adequado dentro de um horizonte legítimo de sentido, de uma interpretação adequada à constituição.

Uma interpretação hermenêutica deve partir das condições de possibilidade, sendo a primeira o próprio texto. Uma vez que não há consenso real ou aparente, nem mesmo uma posição majoritária, conforme demonstrado anteriormente, sobre o início da vida humana, a colocação da concepção como marco inicial terá, obrigatoriamente, origem diversa. Assim, o pré-juízo apresentado é falso. No direito, o mais próximo que se tem é o art. 2º do Código Civil (BRASIL, 2019m), que afirma que a personalidade civil começa no nascimento, mas os direitos do nascituro são resguardados desde a concepção. Utilizar tal referencial, entretanto, apresenta dois problemas, o menor dos quais é que nada fala sobre o início da vida humana, apenas sobre personalidade civil e guarda de direitos potenciais; e o maior por se tratar de legislação ordinária.

Da mesma forma, o Código Penal (BRASIL, 2019l) apresenta uma clara separação entre o homicídio, matar alguém, e o aborto, interromper uma gestação. Feita a devida ressalva de se tratar, também, de legislação ordinária, o Código Penal apresenta uma clara separação entre a vida

humana e a “vida”³ gestacional. Destaca-se, inclusive, que o marco inicial para a possibilidade da prática do aborto não é a concepção, mas sim a nidadação, conforme lições de Luiz Regis Prado:

O termo inicial para a prática do delito em exame é, portanto, o começo da gravidez. Do ponto de vista biológico, o início da gravidez é marcado pela fecundação. Todavia, sob o prisma jurídico, a gestação tem início com a implantação do óvulo fecundado no endométrio, ou seja, com a sua fixação no útero materno (nidadação). (PRADO, 2019, p. 86)

Ainda que um texto infraconstitucional não deva (possa?) funcionar como limite para o texto constitucional, este pode ser importante para a compreensão, uma vez que, como indicado anteriormente, de acordo com a hermenêutica filosófica, a compreensão pressupõe précompreensões, que são sempre históricas e, ainda, não há diferentes hermenêuticas, uma constitucional e outra infraconstitucional.

Assim, excluídas as possíveis origens jurídicas e científicas para a escolha interpretativa de que a vida humana começa na concepção, restam outras origens possíveis, a mais clara, conforme a origem histórico-pessoal do propositor, bem como a clara referência feita ao texto bíblico na Ementa 01721 ao projeto de Constituição da Comissão de Sistematização, anteriormente visto, a origem religiosa surge com evidente probabilidade.

O texto constitucional possui 3 principais dispositivos de particular importância para o caso, todos interconectados. O primeiro é o art. 5º, inciso VI que afirma ser inviolável a liberdade de consciência e de crença, essencialmente garantindo a liberdade religiosa tanto na esfera interior (crença) como sua externalização (culto). O segundo é o art. 19, inciso I, que veda ao Estado estabelecer relações diversas com religiões. Em sua redação:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes

3 Opta-se pelo uso de *aspas* pois, mesmo na literatura científica, a caracterização do que significa vida é problemática, se optando por um modelo de “vida como conhecemos”, onde organismos unicelulares são considerados vivos, como amebas, porém vírus, que possuem diversas características de seres vivos, não são assim considerados. Tal discussão foge do escopo do presente artigo, porém a nota se faz necessária para melhor contextualização.

relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; (BRASIL, 2019j)

Essencialmente, o art. 19, inciso I da Constituição Federal (BRASIL, 2019j) veda ao estado possuir uma religião oficial ou demonstrar preferência para com uma em detrimento das demais. Por último, o atual *caput*, do art. 5º, quando estabelece o direito à vida, não faz nenhuma qualificação ou especificação sobre seu início.

O que se observa é uma perfeita sintonia entre os 3 dispositivos apontados, em sua forma atual. O direito à vida é garantido, porém sem dar preferência para a vida conforme definida por uma tradição religiosa específica e, assim, garantindo a liberdade de crença e culto de todos, que podem possuir definições diferentes sobre o início da vida.

Como aponta STRECK (2017b, p. 253-254), “devemos levar o texto a sério”, pois o texto é evento. Os textos tratam de coisas e a interpretação deve se voltar para essa coisa.

Toda interpretação correta em que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para “as coisas elas mesmas” (que para os filólogos são textos com sentido, que tratam, por sua vez, de coisas). Esse deixar-se determinar assim pela própria coisa, evidentemente, não é para o intérprete uma decisão “heroica”, tomada de uma vez por todas, mas verdadeiramente “a tarefa primeira, constante e última”. (GADAMER, 2015, p. 355)

Assim, qualquer interpretação correta deve ter como a tarefa primeira, constante e última voltar seu olhar para o texto. O texto é, assim, um limite do possível. A compreensão, inseparável da interpretação, deverá acontecer dentro deste limite, mas inevitavelmente irá incorporar pré-juízos. Alerta STRECK (2017a, cap. 33):

Como não existe grau zero de sentido, sempre partimos de algum lugar. Por certo, Gadamer reabilita a autoridade de tradição e, ao mesmo tempo, afirma que a condição de possibilidade da compreensão, são os pré-juízos que operam conosco no momento em que nos aproximamos de um texto.

[...] Os pré-juízos são condições de possibilidade da compreensão porque nos permite projetar sentido. Entretanto, o sentido projetado só pode se confirmar se ele for derivado de um pré-juízo legítimo (autêntico, verdadeiro). Pré-juízos ilegítimos geram projetos

de sentido ilegítimos e, inevitavelmente, fazem a interpretação incorrer em erro. Apenas quem suspende os próprios pré-juízos é que interpreta corretamente.

A interpretação do texto constitucional como omissa quando ao marco inicial da vida, em especial ao aborto, é um pré-juízo ilegítimo, pois parte de uma premissa inverídica.

Conforme observado, o texto constitucional representa um produto de decisões constitucionais, político-jurídicas, do legislador constitucional. A não inclusão de tal marco não foi uma omissão, mas uma decisão positiva/comissiva intencional. Mais que isso, a decisão de não abordar a questão do aborto, relegando essa à legislação infraconstitucional, faz parte do DNA da Constituição, de sua sistematização. Não foi um esquecimento ou um erro, mas uma decisão fundamentada e motivada. É um silêncio eloquente, cuja tradição e DNA histórico pode ser observado nos próprios debates e pareceres que levaram à criação da atual carta magna.

Entretanto, uma vez eliminados os pré-juízos ilegítimos, não há impedimentos que impeçam uma norma constitucional de ter origem religiosa. Exemplo máximo é a própria liberdade de crença. Portanto, o DNA religioso em si não pode, em termos da hermenêutica filosófica, ser uma barreira, desde que respeite os limites impostos pelo texto constitucional, materializado na forma das cláusulas pétreas. Essencialmente, se a alteração proposta, corretamente compreendida e interpretada, não apresentar redução das liberdades e garantias individuais.

No caso em pauta, tal redução não é evidente, apesar de serem possíveis argumentos em contrário. Mesmo que seja um *backlash* em relação a decisões relativas ao aborto, a alteração não oferece barreira total dentro dos atuais limites normativos e permissivos, as hipóteses de aborto legais, da mesma forma que a proteção à vida não impede as excludentes de ilicitude para o homicídio. Argumentos sobre a alteração se tornar uma potencial barreira para uma eventual legalização do aborto são, na melhor das hipóteses, especulativos. A realidade atual, no tempo e local presentes, o ser-no-tempo hermenêutico é de que o aborto é prática ilegal, com hipóteses que excluem a ilicitude ou tipicidade da prática.

Assim, à luz da hermenêutica filosófica, a solução apresentada não é adequada à justificativa utilizada, por se basear em pré-juízos ilegítimos. Porém, a alteração em si, isolada das justificativas apresentadas, é compatível e adequada à constituição.

Fora da hermenêutica filosófica, entretanto, outros argumentos são possíveis, em particular encontrados na hermenêutica política de Dworkin. Uma vez constatado que o argumento é teológico, este deve ser descartado.

Algumas pessoas acreditam, por razões teológicas, que no momento da concepção Deus dota o feto de uma alma racional, e que uma alma racional tem o direito moral à vida. Contudo, quase todos os que defendem este ponto de vista teológico também admitem que ele não é relevante para a interpretação constitucional, que a Constituição insiste em uma firme separação entre Estado e Igreja, e que os argumentos doutrinários de natureza religiosa não têm validade jurídica. (DWORKIN, 2009, p. 151)

Dworkin refere-se, no texto, à constituição dos Estados Unidos da América, que possui uma separação mais forte entre o Estado e Igreja que a brasileira. Entretanto, também na constituição pátria esta separação é indicada, ainda que de forma um tanto tímida, no art. 19, I, transcrito anteriormente, e portanto o argumento continua válido. Como indica o autor:

Desde o século XVIII, as democracias ocidentais haviam começado a rejeitar, na esfera política, os argumentos explicitamente teológicos. Nos Estados Unidos, a Primeira Emenda à Constituição estipula que o Congresso não tem o poder de estabelecer nenhuma religião em particular, nem de legislar a serviço de qualquer dogma ou metafísica religiosos. (DWORKIN, 2009, p. 62)

Ora, para Dworkin, assim, argumentos teológicos estariam na esfera da moral pessoal, e não da moral política. Seriam, no máximo, argumentos de política pública, que não têm lugar no direito ou, melhor dizendo, não podem prevalecer sobre os princípios de moralidade política. E a integridade do direito também se manifesta na integridade da legislação, que “exige que os legisladores tentem manter o conjunto das leis moralmente coerentes” (SIMIONI, 2014, p. 374). Este limite vai além dos desvelados pela hermenêutica filosófica, indo além das chamadas cláusulas pétreas, devendo resguardar a moral política.

Portanto, na Hermenêutica Política, a resposta adequada seria a não inclusão da alteração, sem uma limitação ampla pelo Estado, mas sem prejuízo da liberdade pessoal (DWORKIN, 2005, p. 157). Assim, mantendo-se a forma atual e o equilíbrio entre os 3 dispositivos constitucionais indicados, ter-se-ia um grau adequado de garantia preservando a liberdade do indivíduo, e a integridade na legislação.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou analisar a Proposta de Emenda à Constituição 29 de 2015, a traçar considerações à luz da Hermenêutica Filosófica e da Hermenêutica Política.

Análise inicial da proposta encontra em sua justificação elementos totalmente falsos. Informações sobre um suposto consenso científico sobre o marco inicial da vida humana, bem como a garantia da medicina de sobrevivência de crianças nascidas com 18 semanas de gestação provaram-se nada mais que fábulas, sem qualquer fundamentação, totalmente desconexas de fatos averiguáveis. Questões sobre o conhecimento sobre o DNA não possuem, como demonstrado, nenhuma relação com o assunto, e cientistas indicam a possibilidade, ainda debatida, sobre nada menos que 17 possíveis marcos temporais para o início da vida humana, dois dos quais anteriores à concepção. Alguns argumentos, pela sua imprecisão, são impossíveis de se verificar, como milhares de crianças serem assassinadas, termos ambos imprecisos e indefinidos, e, portanto, carentes de falseabilidade.

Posteriormente, ainda em decorrência da justificação de que o texto constitucional foi omissivo, foram analisados documentos históricos dos anais da assembleia constituinte, bem como propostas de emenda ao projeto do texto constitucional, podendo ser verificado que, longe de uma omissão, a questão foi amplamente debatida e fez parte de dezenas, se não centenas, de propostas de emenda, com o legislador constitucional sistematicamente rejeitando a questão, em especial quanto sua relação com o aborto, que foi decidido ser matéria afeta a legislação infraconstitucional. Assim, longe de uma omissão, a não inclusão do marco inicial da vida no texto constitucional foi uma decisão positiva, ato comissivo, do legislador.

Por último, descartando-se a justificação para a proposta, averiguou-se que, à luz da Hermenêutica Filosófica, não há nenhum impedimento para a sua adoção, sendo adequada à constituição. Destaca-se que a Hermenêutica Filosófica é única, não havendo uma constitucional e outra infraconstitucional e, assim, sendo adequado o tema ser tratado infraconstitucionalmente, respeitando-se os limites e garantias, sem redução de direitos e proteções, a matéria é perfeitamente adequada para o texto constitucional, afeito à discricionariedade do poder reformador, independentemente de a fonte original que motivou foi de viés religioso.

Já a luz da Hermenêutica Política a resposta é em sentido oposto. Uma vez que é identificado o discurso teológico, única fonte da teoria concepcionista, esta deve ser rejeitada, tornando o argumento inválido.

Além disso, por representar uma potencial redução da liberdade individual, também não é compatível com o atual sistema constitucional.

Retornando à análise realizada nos arquivos históricos da assembleia constituinte, também sobre este aspecto, do argumento da “vontade do legislador” (típico da escola da exegese e, portanto, amplamente considerado como superado), também tal inclusão não se mostra adequada.

Observa-se, finalmente, que à luz dos próprios limites constitucionais, a proposta é possível, não violando os limites do poder reformador e, uma vez que não se funda em consenso sobre o momento que define o início da vida humana, é uma questão de política legislativa, sujeita ao crivo discricionário do Constituinte Reformador.

REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA BRASIL. *Em crescimento, bancada evangélica terá 91 parlamentares no Congresso*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-10/em-crescimento-bancada-evangelica-tera-91-parlamentares-no-congresso>>. Acesso em: 26 fev. 2019.
- BARBOSA, Rodrigo Pedrosa. *Laicidade e Hermenêutica: compreendendo o Estado Laico no Brasil contemporâneo em busca de uma resposta adequada à constituição*. Belo Horizonte: Dialética, 2020. No prelo.
- BBC NEWS. *Most-premature baby allowed home*. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/6384621.stm>>. Acesso em: 25 fev. 2019.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 26 fev. 2019j.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 26 fev. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 26 fev. 2019m.
- BRASIL. Senado Federal. *Assembléia Nacional Constituinte (Atas de Comissões)*. Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/sistema.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2019g.
- BRASIL. Senado Federal. EMENDA:00070 REJEITADA. *Bases da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988*. Disponível em: <<http://www6g.senado.gov.br/apem/data/EMEN-S/66538.html>>. Acesso em: 25 fev. 2019e.

BRASIL. Senado Federal. EMENDA:00089 REJEITADA. *Bases da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988*. Disponível em: <<http://www6g.senado.gov.br/apem/data/EMEN-M/30454.html>>. Acesso em: 25 fev. 2019b.

BRASIL. Senado Federal. EMENDA:00223 PARCIALMENTE APROVADA. *Bases da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988*. Disponível em: <<http://www6g.senado.gov.br/apem/data/EMEN-E/7972.html>>. Acesso em: 25 fev. 2019d.

BRASIL. Senado Federal. EMENDA:01721 REJEITADA. *Bases da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988*. Disponível em: <<http://www6g.senado.gov.br/apem/data/EMEN-S/66538.html>>. Acesso em: 25 fev. 2019f.

BRASIL. Senado Federal. EMENDA:08888 REJEITADA. *Bases da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988*. Disponível em: <<http://www6g.senado.gov.br/apem/data/EMEN-M/39246.html>>. Acesso em: 25 fev. 2019c.

BRASIL. Senado Federal. Magno Malta – ES. *Senadores*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/senadores/senador/-/perfil/631>>. Acesso em: 25 fev. 2019h.

BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 29, de 2015*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120152>>. Acesso em: 25 fev. 2019a.

BRASIL. Senado Federal. *Senado desarquiva PEC que estabelece inviolabilidade do direito à vida desde a concepção*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/02/12/senado-desarquiva-pec-que-estabelece-inviolabilidade-do-direito-a-vida-desde-a-concepcao>>. Acesso em: 25 fev. 2019k.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54*. ADPF - adequação - interrupção da gravidez - feto anencéfalo - política judiciária - macroprocesso. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Intimado: Presidente da República. Relator: Luís Roberto Barroso. Brasília, 27 de abril de 2005. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 26 fev. 2019i.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442*. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL). Intimado: Presidente da República. Relator: Rosa Weber. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 1 Abr. 2019n.

CANADA.COM. *Miracle Child*. Disponível em: <<https://web.archive.org/web/20071209065838/http://www.canada.com/topics/bodyandhealth/story.html?id=db8f33ab-33e9-429f-bedc-b6ca80f61bdc>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

- DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida*: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- FERREIRA, Fabricio Alves. DNA. *Brasil Escola*. Disponível em <https://brasilecola.uol.com.br/biologia/dna.htm>>. Acesso em: 25 fev. 2019.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Universitária São Francisco, 2015.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Trad. Maria Sá Cavalcante; posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. 10. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Universitária São Francisco, 2015.
- HUFFPOST. *Aborto no Brasil*: Como os números sobre abortos legais e clandestinos contribuem no debate da descriminalização. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/2018/07/31/aborto-no-brasil-como-os-numeros-sobre-abortos-legais-e-clandestinos-contribuem-no-debate-da-descriminalizacao_a_23486575/>. Acesso em: 25 fev. 2019.
- KAEMPF, J. W. *et al.* Medial Staff Guidelines for Periviability Pregnancy Counseling and Medical Treatment of Extremely Premature Infants. *Pediatrics*. Disponível em: <<https://doi.org/10.1542/2004-2547>>. Acesso em: 25 fev. 2019.
- KENNY, Anthony. The Beginning of Individual Human Life. *Daedalus*. Vol. 137, No. 1, On Life (Winter, 2008). p. 15-22.
- LEWIS, Ricki. *When Does a Human Life Begin? 17 Timepoints*. Disponível em: <<https://blogs.plos.org/dnascience/2013/10/03/when-does-a-human-life-begins-17-timepoints/>>. Acesso em: 25 fev. 2019.
- MORGAN, M. A.; GOLDENBERG, R. L.; SCHILKIN, J. Obstetrician-gynecologists' practices regarding preterm birth at the limit of viability. *The Journal of Maternal-Fetal & Neonatal Medicine*. Disponível em: <<https://doi.org/10.1080/14767050701866971>>. Acesso em: 28 fev. 2019.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de. Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica. *Juris Poiesis*, ano 14, n. 14, jan-dez 2011. p. 103-132.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Volume 2*. 8. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea*: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte, MG: Letramento – Casa do Direito, 2017a. *Ebook*.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017b.

RECEBIDO EM: 14/06/2018

APROVADO EM: 28/09/2018

“ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA”: DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA DA REVISÃO JUDICIAL E DEFERÊNCIA AO LEGISLADOR

***“PROVISIONAL FINAL INTERPRETATION BY THE
COURT”: THE COUNTER-MAJORITARIAN DIFFICULTY
OF JUDICIAL REVIEW AND DEFERENCE TO THE
LEGISLATOR***

Taiz Marrao Batista da Costa
Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio
de Janeiro. Master of Laws pela Georgetown University. Advogada da União no
Departamento de Assuntos Internacionais da Procuradoria-Geral da União/AGU.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Tensão entre Poder Constituinte da Maioria e Poder de Revisão Judicial; 2 Poder de Revisão Judicial Forte, Poder de Revisão Judicial Fraco e Deferência ao Legislador na ADI 5105; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: Na Constituição da República Federativa do Brasil, dotada de supremacia em relação às demais leis, está sedimentada a prerrogativa conferida ao Poder Judicial para analisar a constitucionalidade das leis, invalidando normas que repute incompatíveis com o texto constitucional. O Poder Judiciário brasileiro exerce controle de constitucionalidade ou poder de revisão judicial forte, com a guarda da Constituição atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Neste artigo, objetivou-se, a partir de uma perspectiva crítica inspirada no clássico diagnóstico de tensão entre constituição e democracia e na dificuldade contramajoritária ínsita ao poder conferido aos juízes para invalidar atos do parlamento, analisar a postura de deferência ao legislador adotada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 5105 como alternativa à supremacia judicial. Através da análise dos fundamentos da decisão, à luz dos ensinamentos de Mark Tushnet acerca dos modelos de *strong-form* e *weak-form judicial review*, foi possível concluir que, embora a postura de deferência ao legislador não torne o regime de controle de constitucionalidade brasileiro fraco, esta técnica decisória deu cumprimento aos mandamentos da Constituição que compatibilizam a guarda atribuída ao Supremo Tribunal Federal com a não vinculação do legislador aos precedentes.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Constitucionalidade Forte. Dificuldade Contramajoritária. Última Palavra Definitiva. “Última Palavra Provisória”. Deferência ao Legislador.

ABSTRACT: The Brazilian Constitution, which is hierarchically superior to ordinary legislation, recognizes the Judicial Branch the power to exercise judicial review of legislation, declaring legislative acts contrary to the Constitution null and void. In Brazil, the Judicial Branch exercises strong-form judicial review and is expressly identified by the Constitution as its Guardian. In this paper, given the diagnosis of the unsurmountable tension between judicial power to enforce constitutional limitations and democratic self-governance (counter majoritarian difficulty), we aim at analysing the deference to the legislator of the Brazilian Supreme Court in ruling ADI 5105 as an alternative to judicial supremacy. Through the analysis of the reasoning of said precedent, in light of Mark Tushnet’s teachings on strong-form and weak-form review, we have concluded that, although deference to the legislature does not turn ours into a weak-form system of judicial review, it encompasses an alternative to judicial supremacy.

KEYWORDS: Strong-Form Judicial Review. Final Interpretation by the Court. Counter majoritarian Difficulty. “Provisional Final Interpretation by the Court”. Deference to the Legislator.

INTRODUÇÃO

It would appear, on political grounds, somewhat unrealistic to suppose that a Court whose members are recruited in the fashion of Supreme Court justices would long hold to norms of Right or Justice substantially at odds with the rest of the political elite (DAHL, 1957, p. 291).¹

O poder concedido aos juízes para controlar a compatibilidade entre os atos legislativos e a Constituição, fazendo valer as limitações constitucionais em detrimento da vontade da maioria dos representantes eleitos pelo povo, pode ameaçar o autogoverno democrático (TUSHNET, 2008, p. 20).

Como explica Tushnet, como as disposições constitucionais são frequentemente escritas em termos abertos, as cortes, no curso de suas decisões acerca da compatibilidade dos atos legislativos com a Constituição, conferem a tais termos significado, criando direito. Todavia, às disposições constitucionais podem ser dadas interpretações alternativas e igualmente razoáveis, significados alternativos aos conferidos pelas cortes e tão razoáveis quanto os escolhidos por elas.

“But why should the Court’s reasonable interpretation prevail over the legislature (also) reasonable one?” (TUSHNET, 2008, p. 21). A prevalência da interpretação razoável das cortes repousa em escolha no design constitucional que, como revela Tushnet, tem em sua origem mudanças sociais e políticas que tiveram lugar no século XX, notadamente a democratização política, que reduziu a prevalência das tradicionais elites sociais nas posições de liderança, o que teria feito decair o modelo de supremacia do parlamento (TUSHNET, 2008, p. 19-20).

Na revisão judicial forte, prevalece a alternativa interpretativa razoável da corte sobre alternativas interpretativas igualmente razoáveis do parlamento, exercendo o Poder Judiciário a tarefa de guarda da Constituição, garantia de estabilidade contra as mutações da ordem constitucional, proteção do povo contra si mesmo (BASTOS, 2010, p. 103-104).

Neste artigo, analisaremos, à luz dos ensinamentos de Tushnet sobre *strong-form* e *weak-form review*, a fundamentação teórica da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5105 e a postura deferente adotada pelo

1 Pareceria pouco realista, em termos políticos, supor que uma Corte cujos membros são recrutados nos moldes do recrutamento dos ministros da Suprema Corte determinaria normas de direito ou justiça substancialmente opostas ao restante da elite política (tradução do autor).

Supremo Tribunal Federal (STF) no julgado, em que utilizou o conceito de “última palavra provisória” para referir-se à interação entre Poder Legislativo e Poder Judiciário no controle de constitucionalidade das leis.

1 A TENSÃO ENTRE PODER CONSTITUINTE DA MAIORIA E PODER DE REVISÃO JUDICIAL

[...] se na história da democracia e das constituições democráticas a tensão entre poder constituinte e poder constituído nunca atingiu uma síntese, devemos nos concentrar precisamente nesta negatividade e neste vazio de síntese para tentar compreender o poder constituinte (NEGRI, 2002, p. 23).

A construção política da vida social em comum, do Estado, é tarefa contínua, instável e necessariamente coletiva. Como ensina Negri, a potência constituinte é o movimento permanente de transformação, de criação do novo no horizonte da história (GUIMARAENS, 2004, p. 83-84) e, assim, a estatalidade da sociedade é movimento e não dado fixo (LINERA, 2010, 281).

O poder constituinte apenas pode ser adequadamente compreendido e realizado em termos dinâmicos, como permanente fundamento (causa) não aprisionável no texto jurídico. Infelizmente, contudo, o poder constituinte é, majoritariamente, entendido em termos estáticos, enquanto dado constitucional e, assim, deixa de ser causa, sendo despojado de sua potência constitutiva da realidade:

O poder constituinte, uma vez cumprida sua missão, é transformado em mero instrumento abstrato a legitimar os atos dos poderes constituídos; como sua finalidade única é lançar as diretrizes para o novo ordenamento jurídico, o poder constituinte deve retornar apenas como discurso de atualização da constituição no âmbito daqueles espaços ocupados pelos agentes estatais responsáveis por produzir, interpretar e aplicar o direito, ou seja, pelas assembleias ou cortes cujas decisões serão sempre justificadas pelo apelo à proteção do espírito da constituição, entidade etérea que, apenas aqueles autorizados a evocá-la detêm o saber para decifrar-lhe a vontade. (BASTOS, 2010, p. 56).

O movimento de constituição da realidade, se o queremos democrático, deve ser, necessariamente, coletivo.

O processo constituinte é, explicitamente, um projeto de criação. A democracia, qualificada por Maquiavel e Espinosa como ‘forma

absoluta' de governo, torna-se uma possibilidade efetiva: ela transforma a potencialidade teórica em projeto político. O projeto já não consiste em fazer com que o político corresponda ao social, mas em inserir a produção do político na criação do social (NEGRI, 2002, p. 425).

A constituição da vida comum será tão mais democrática quanto mais aberta à multiplicidade do corpo político-social for a tomada de decisões políticas fundamentais. O princípio democrático pressupõe esta abertura.

Se o caminho mais condizente com a abertura democrática é a ampliação das vozes constituintes, é necessário que se providencie a retirada do poder constituinte de sua condição reduzida de conceito constitucional. A ideia de se retirar a constituição do monopólio da guarda pelas cortes, explorada por Tushnet, coaduna-se com este impulso democratizador.

Ao reconhecermos o papel constituinte exercido, em grande parte do mundo, e também no Brasil, pelo Poder Judiciário, sobressai como atitude de resistência a reflexão acerca de alternativas de enfraquecimento do poder de revisão judicial. É neste esforço reflexivo que repousa a proposta deste artigo.

Como ensina Tushnet sobre os regimes de controle da inadequação entre os processos democráticos e os limites constitucionais, nos regimes de supremacia do parlamento, tal controle, em comparação com o que ocorre em regimes com revisão judicial, em especial com revisão judicial do tipo forte (*strong-form judicial review*), é exercido com preservação de maior parcela de auto governança democrática:

Two models of constitutionalism were on offer in the last century. One was the so-called Westminster model of parliamentary supremacy, in which democratically elected legislatures had power unconstrained by anything other than the cultural presuppositions embedded in a majority's will. The other was the United States ('U.S.') model of constrained parliamentarianism, as Bruce Ackerman has labeled it. In this model, the legislature's powers are limited by the terms of a written constitution that courts will enforce. Each model promoted some values of liberal constitutionalism and raised worries about others. The Westminster model maximally advanced democratic self-governance, but made it possible for empowered democratic majorities to violate rights that liberal system should protect. The U.S. model gave courts a wide-ranging power to invalidate legislation on the ground that the legislation violated those rights, but made it possible

for reckless courts to interfere needlessly with policy choices democratic majorities should be allowed to make. (TUSHNET, 2003, 814).²

No modelo de revisão judicial forte, o poder conferido aos juízes para assegurarem as limitações constitucionais pode significar a transferência da palavra final sobre decisões políticas fundamentais a um corpo minoritário não eleito. Como ensina Tushnet, a prevalência das interpretações constitucionais do Poder Judiciário sobre interpretações igualmente razoáveis dos representantes eleitos é afirmada pela Suprema Corte dos Estados Unidos em *Cooper v. Aaron*.

Courts exercise strong-form judicial review when their interpretative judgments are final and unrevisable. The modern articulation of strong-form judicial review is provided in *Cooper v. Aaron*, where the U.S Supreme Court described the federal courts as “supreme in the exposition of the Law of the constitution” and inferred from that a duty on legislatures to follow the Court’s interpretations. (TUSHNET, 2008, p. 21).³

Cooper v. Aaron, decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1958, envolvia a alegação da governadoria e do Legislativo do Arkansas, contestando a aplicação ao estado do entendimento firmado em *Brown v. Board of Education*, de que não haveria dever de obediência pelos oficiais do estado em relação às decisões de cortes federais, baseadas, em última instância, na interpretação constitucional esposada pela Suprema Corte. Em *Cooper v. Aaron*, a Suprema Corte negou aos poderes dos estados

-
- 2 Dois modelos de constitucionalismo estavam disponíveis no século passado. Um deles era o chamado modelo de supremacia do parlamento (modelo de Westminster), no qual o poder dos legisladores democraticamente eleitos estaria limitado apenas pelas pressuposições culturais ancoradas na vontade da maioria. O outro modelo era o modelo dos Estados Unidos de parlamentarismo limitado, conforme conceituado por Bruce Ackerman. Em tal modelo, os poderes do legislador são limitados pelos termos de uma Constituição escrita, interpretados e aplicados pelos Tribunais. Cada um dos modelos promovia alguns dos valores do constitucionalismo liberal e criava preocupações em relação a outros valores. O modelo de Westminster maximizava o avanço do autogoverno democrático, mas tornava possível o risco de violação por maiorias democraticamente empoderadas de direitos que o sistema liberal deveria proteger. O modelo dos Estados Unidos, por sua vez, concedia às Cortes um amplo poder para invalidar a legislação sob o argumento de que violaria direitos que deveriam ser protegidos, mas tornava possível o risco de que as Cortes interferissem de forma desnecessária em escolhas políticas que as maiorias democraticamente legitimadas deveriam ser capazes de fazer (tradução do autor).
 - 3 As Cortes exercem a revisão judicial forte quando seus julgamentos interpretativos são finais e não sujeitos a revisão. A moderna articulação da revisão judicial forte aparece *Cooper v. Aaron*, caso no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos descreveu as cortes federais como supremas na exposição do Direito contido na constituição e inferiu disto um dever por parte dos legisladores no sentido de seguir as interpretações da Corte (tradução do autor).

a possibilidade de nulificar decisão de corte federal, pois o contrário despojaria a constituição do *status* de *supreme law of the land*:

Article VI of the Constitution makes the Constitution the ‘supreme Law of the Land’. In 1803, Chief Justice Marshall, speaking for a unanimous Court, referring to the Constitution as the ‘fundamental and paramount law of the nation’, declared in the notable case of *Marbury v. Madison*, that ‘It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is’. This decision declared the basic principle that the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the constitution [...]. It follows that the interpretation of the Fourteenth Amendment enunciated by this Court on the *Brown* case is the supreme law of the land, and Art. VI of the Constitution makes it of binding effect on the States [...]. (Cooper v. Aaron in ROTUNDA, 2011, p. 9-10).⁴

A decisão em *Cooper v. Aaron*, apontada por Tushnet como origem da articulação moderna da revisão judicial forte, apoiou-se em *Marbury v. Madison* e na compreensão de que caberia ao Poder Judiciário dizer o que o direito é e, no limite, de expor, de forma suprema, o que é a constituição. Bercovici observa, no cerne de *Marbury v. Madison*, a disputa entre o direito permanente da constituição, cuja guarda foi atribuída definitivamente, em *Cooper v. Aaron*, à Suprema Corte, e a representação política mutável. No célebre precedente, a Corte realiza a identificação entre as suas decisões e a vontade dos representados, “defende que sua voz é a voz do povo” (BERCOVICI, 2008, p. 179), erigindo-se como criadora permanente da constituição, como o único poder constituinte permanente. Assim, como explica Tushnet, em um sistema de revisão judicial forte como aquele que emergiu a partir das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, a tensão entre o controle judicial de constitucionalidade e o autogoverno democrático é evidente:

Under a Strong-form system like that emerging from the U.S. Supreme Court’s decisions, the tension between judicial enforcement of constitutional limitations and democratic self-government is

⁴ O Artigo 4 da Constituição erigiria a Constituição à posição de Lei Suprema. Em 1803, Marshall, representando a unanimidade da Suprema Corte, referindo-se à Constituição como Lei fundamental e suprema da Nação, declarou, no bojo do notável caso *Marbury v. Madison*, que seria a província e o dever do Poder Judiciário dizer o que o direito é. Tal decisão declarou o princípio básico de que o Judiciário federal é supremo na exposição do direito da Constituição [...]. Do que decorre que a interpretação da décima quarta emenda enunciada pela Corte no caso *Brown* é a lei suprema, dotada de efeito vinculante sobre os Estados, por força do artigo 4 da Constituição (tradução do autor).

obvious. The people have little recourse when the courts interpret the Constitution reasonably but, in reasonable alternative view of a majority, mistakenly. We can amend the Constitution, or wait for judges to retire or die and replace them with judges who hold the better view of what the Constitution means (TUSHNET, 2008, 22).⁵

A transferência de poder do texto constitucional para a decisão judicial que opera o poder de revisão judicial forte, o poder final e definitivo conferido às cortes compostas por poucos não eleitos para dizer o que é a Constituição, revela a dificuldade contramajoritária que está na base do sistema de revisão judicial forte. A dificuldade contramajoritária é termo que diz respeito, justamente, à tal tensão entre a atuação do Poder Judiciário, poder composto por membros não eleitos, na interpretação dos limites contidos na Constituição e sua aplicação para invalidação dos atos legislativos e a atuação dos representantes do povo, com conseqüente interferência sobre o desenvolvimento do processo político majoritário. Como bem acentua Bickel, a revisão judicial trabalha contramajoritariamente (dificuldade contramajoritária da revisão judicial) ao possibilitar o estabelecimento de limites por uma minoria não eleita ao exercício legislativo pelo corpo de representantes eleitos pela maioria do povo, afetando a centralidade do processo eleitoral na teoria e na prática democráticas:

[...] nothing can finally depreciate the central function that is assigned in democratic theory and practice to the electoral process; nor can it be denied that the policy-making power of representative institutions, born of the electoral process, is the distinguishing characteristic of the system. Judicial review works counter to this characteristic. (BICKEL, 1962, p. 19).⁶

No contexto de revisão judicial forte, os ideais democráticos acabam em inevitável relação de tensão com a prática de limitação da atuação de legisladores eleitos, por juízes não eleitos. Em contrapartida, pondera Waldron, em países nos quais a legislação não pode ser invalidada pelo

5 Em um sistema de revisão judicial forte como o que emergiu das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, a tensão entre o autogoverno democrático e o poder judicial de impor as limitações constitucionais é óbvia. O povo tem poucos recursos quando as Cortes interpretam a Constituição razoavelmente, mas, sob o ponto de vista diverso e razoável de uma maioria, erroneamente. Podemos emendar a Constituição ou esperar que os juízes se aposentem ou faleçam para substituí-los por juízes que possuam um melhor entendimento sobre o que a Constituição significa (tradução do autor).

6 Nada pode depreciar a função central que é atribuída pela teoria e prática democráticas ao processo eleitoral. Não é possível negar que o poder de elaboração de políticas das instituições representativas, que nasce do processo eleitoral, é a característica constitutiva do sistema. A revisão judicial trabalha contrariamente a esta característica (tradução do autor).

Poder Judiciário na forma do *judicial review*, os representantes eleitos pelo povo poderão e, conseqüentemente, em circunstâncias não disfuncionais nos corpos legislativos, o próprio povo poderá decidir de forma final, pelos procedimentos legislativos ordinários, sobre as questões políticas fundamentais da comunidade (WALDON, 2006, p. 1349).

2 PODER DE REVISÃO JUDICIAL FORTE, PODER DE REVISÃO JUDICIAL FRACO E DEFERÊNCIA AO LEGISLADOR NA ADI 5105

[...] ¿Qué quiere decir que la Corte tiene la última palabra sobre el significado de la Constitución? ¿Qué significa que la Corte es suprema? ¿La interpretación constitucional de la Corte debería ser última, única, prioritaria, o una más entre otras interpretaciones? (SALDIVIA, 2010, 176).⁷

Diante da dificuldade contramajoritária da revisão judicial forte, Tushnet se concentrou em pensar alternativas que possam enfraquecer a modalidade e atenuar as ameaças ao autogoverno democrático.

Apesar de parecerem, à primeira vista, considerando-se a prática constitucional em nosso país e à profunda influência que o constitucionalismo norteamericano teve por aqui, elementos indissociáveis, o reconhecimento de direitos fundamentais não precisa estar acompanhado da atribuição de imutabilidade a tais direitos e, tampouco, exige a atribuição de guarda de referida imutabilidade a um corpo de juízes não eleitos. Como coloca Juliano Zaiden Benvindo, “[...] entre reconhecer a relevância da existência de um tribunal exercendo a jurisdição constitucional e concluir que ele tem a “última palavra”, há um salto deveras largo” (BENVINDO, 2014, p. 88).

Portanto, uma coisa é o reconhecimento de direitos fundamentais, outra é a atribuição de imutabilidade aos direitos positivados e outra é a atribuição de guarda de tal imutabilidade a um órgão contramajoritário. O casamento entre tais decisões em design constitucional se deu, oficialmente ao menos, dado seu prenúncio no *Federalist* 78 e a evidência de sua prática antes da célebre decisão (TREATOR, 2005, 457-458), em *Marbury v. Madison*.

A percepção sobre a dissociação de tais elementos nos sensibiliza para a possibilidade de abertura democrática a partir de novas alocações de poder interpretativo e decisório.

7 O que significa dizer que a Corte possui a última palavra sobre o significado da Constituição? O que significa ser a Corte suprema? A interpretação constitucional da Corte deveria ser última, única, prioritária, ou uma dentre as demais interpretações? (tradução do autor).

Tushnet propõe a observação de formas alternativas de revisão judicial, dando destaque ao que identifica como *weak-form judicial review*. Para o autor, em termos de design constitucional, as possibilidades mudaram no que tange às formas de estruturação do controle de constitucionalidade das leis quando os autores da Carta de Direitos e Liberdades de 1982 inventaram o poder de revisão judicial fraco (TUSHNET, 2003, p. 2784-2785).

The mark of weak-form review is not that the scope of judicial review is narrow. Courts in weak-form systems have the power to evaluate all legislation to determine whether it is consistent with all the constitution's provisions without exception. Rather, the mark of weak-form review is that the ordinary legislative majorities can displace judicial interpretations of the constitution in the relatively short run. Weak-form review responds to the concern that strong-form review allows courts with an attenuated democratic pedigree to displace decisions taken by bodies with stronger democratic pedigrees (TUSHNET, 2003, p. 2786).⁸

Para Tushnet, a diferença entre os sistemas forte e fraco de revisão judicial residiria no fato de que, em modelos de revisão judicial forte, as interpretações judiciais da Constituição são imodificáveis pelo legislativo no curto e no médio prazo (TUSHNET, 2006, p. 4). Em sistemas de revisão judicial fraca, ao revés, o corpo legislativo faria prevalecer sua interpretação constitucional ainda que incompatível com a interpretação constitucional recentemente esposada pelo Poder Judiciário.

Tushnet ilustra tal controle judicial dos atos legislativos sem atribuição de prevalência à interpretação da corte através dos artigos 1º e 33 da Carta de Direitos e Liberdades de 1982. O artigo 1º, aponta, autorizaria restrições legais aos direitos e liberdades positivados na Carta, estabelecendo que estão sujeitos aos limites razoáveis que a lei prescrever quando demonstravelmente justificáveis em uma sociedade livre e democrática. Já o artigo 33, explica Tushnet, prevê que o poder legislativo poderá determinar que leis permaneçam eficazes e aplicáveis por períodos renováveis de cinco anos, apesar (“notwithstanding”) de

8 A marca da revisão judicial fraca não decorre de ser uma revisão judicial restrita. As Cortes, em sistemas de revisão judicial fraca, possuem o poder de avaliar toda a legislação para determinar se é consistente com as determinações constitucionais. A marca da revisão judicial fraca é, antes, a capacidade de maiorias legislativas ordinárias poderem substituir interpretações judiciais da Constituição em um tempo relativamente curto. A revisão judicial fraca responde à preocupação no sentido de que a revisão judicial forte permite que as Cortes, que possuem baixo grau de legitimidade democrática, substituam as decisões tomadas pelas instituições de maior legitimidade democrática (tradução do autor).

sua incompatibilidade judicialmente declarada com dispositivos da Carta (TUSHNET, 2006, 5).

Vislumbrando na linguagem da Carta abertura para respostas pelo corpo legislativo às decisões judiciais de controle de constitucionalidade, Tushnet aponta que, apesar de, na prática, tais dispositivos não estarem funcionando na operação de um sistema de revisão judicial fraca eficiente, seria possível descrever, a partir deles, um sistema que fosse eficiente, ilustrando tal modelo com o exemplo a seguir reproduzido.

Suponhamos que a Suprema Corte decida que uma norma que regula a publicidade de cereais com elevado teor de açúcar, cujo público alvo são crianças, seria inconstitucional. Para a Corte, embora o objetivo de promover a saúde, com a diminuição do consumo infantil de açúcar, seja legítimo, a regulação tal qual editada pelo Legislativo seria mais ampla do que o necessário para o atingimento do objetivo, prejudicando desarrazoadamente a liberdade de expressão.

Tushnet descreve que, diante de tal decisão, a Carta de Direitos e Liberdades de 1982 proporcionaria ao corpo legislativo duas respostas. O legislador poderia optar por uma resposta nos moldes do artigo 1º da Carta, reforçando as evidências que melhor demonstrassem e justificassem o escopo e a extensão da norma a fim de afastar a aplicação da limitação. Tushnet nota que, nesta resposta, o corpo legislativo não questiona a correção da interpretação que a Corte atribuiu à Carta, mas apenas discorda da aplicação de tal interpretação à norma em debate, esforçando-se por demonstrar por que a violação que a Corte vislumbra seria justificável, tudo a partir da compreensão que a própria Corte tem sobre o que é necessário demonstrar para se justificar tal violação. Assim, o autor aponta que a resposta nos moldes do artigo 1º da Carta não envolve um diálogo entre cortes e legisladores sobre o significado da Carta.

O autor sinaliza que, ao revés, a resposta nos moldes do artigo 33 pode servir para criar um verdadeiro diálogo entre os poderes. No exemplo, o dispositivo permitiria que o parlamento revertesse a decisão da Corte porque, na visão do parlamento, o artigo da Carta que protege a liberdade de expressão não abarcaria o discurso comercial. Em tal contexto, explica, a resposta do legislador estaria embasada na discordância entre os poderes sobre o próprio significado da constituição.

[...] if the courts have the last word, as with strong-form review, the people run the risk of losing their ability to govern themselves

by regulating fundamental rights pursuant to their reasonable interpretation of the constitution's constraints on self-governance. Weak-form review offers a solution to this problem. Courts are given the opportunity to explain why a challenged statute is unconstitutional. Having done so, they step aside and let the legislature respond. To the extent that courts have some advantage over legislatures in constitutional interpretation, and that legislators recognize the existence of such an advantage, the legislative deliberations will be informed but not controlled by what the courts have said. But, in the end, if enough legislators believe that the court's constitutional interpretation is not as good as their own, weak-form review allows the legislators to have their way—putting the people in a position to govern themselves while simultaneously operating within the bounds set by the constitution (TUSHNET, 2006, p. 10).⁹

Como explica Tushnet, é nesta possibilidade de desacordo entre os poderes sobre o significado dos direitos fundamentais positivados, sem a atribuição da última palavra às cortes, que repousa a superioridade da revisão judicial fraca enquanto alternativa de controle judicial dos atos legislativos que permite maior compatibilização entre os limites do constitucionalismo e a abertura da democracia.

Jeremy Waldron adota distintos parâmetros no tema. Para o autor, em um sistema de revisão judicial forte, as cortes podem decidir não aplicar uma lei a determinado caso ou modificar os efeitos de uma lei para compatibilizá-la com os direitos individuais, determinar a inaplicabilidade de determinada lei de forma geral, tornando-a letra morta e, em sistemas que concebem poderes de revisão ainda mais fortes, as cortes podem retirar do sistema jurídico atos legislativos que reputeem incompatíveis com a Constituição.

9 Se as cortes possuem a palavra final, como ocorre na revisão judicial forte, o povo corre o risco de perder sua capacidade de se autogovernar regulando os direitos fundamentais em conformidade com a sua interpretação razoável a respeito das limitações que a Constituição impõe ao autogoverno. A revisão judicial fraca oferece uma solução para este problema. Às Cortes é conferida a oportunidade de explicar por que a legislação seria inconstitucional. Tendo procedido de tal forma, as Cortes se retiram e deixam o Legislador responder. Na medida em que as Cortes possuem alguma vantagem sobre os legisladores no que concerne à interpretação Constitucional, e que os legisladores reconhecem a existência de tal vantagem, as deliberações legislativas serão informadas, mas não controladas, pelo que as Cortes disserem. Mas, ao final, se um número suficiente de legisladores acreditar que a interpretação constitucional da Corte não é tão boa quanto a deles, a revisão judicial fraca permite que os legisladores façam prevalecer sua interpretação – colocando o povo em uma posição de autogoverno, enquanto, simultaneamente, opera dentro dos limites colocados pela Constituição (tradução do autor).

O autor explica que, em contraste, nos sistemas de revisão judicial fraca, as cortes, ainda que possam analisar a compatibilidade da legislação com os direitos individuais protegidos, não podem se recusar a aplicá-la ou moderar sua aplicação. Assim, a nota distintiva entre modelos fortes e fracos não está, para Waldron, na definitividade da decisão da corte, mas na própria possibilidade de uma corte invalidar a legislação. Neste contexto, Waldron classifica o modelo canadense como modelo de revisão judicial forte, já que, naquele sistema, as cortes podem invalidar as normas, ainda que, posteriormente, o legislador possa responder à declaração de invalidade da norma, através do mecanismo descrito do artigo 33 (*legislative override*).

É de se observar que o autor justifica sua opção classificatória na prática canadense de pouco uso do mecanismo disposto no artigo 33, reconhecendo a vulnerabilidade que a disponibilidade formal do *legislative override* no sistema canadense promove em sua opção teórica (WALDRON, 2006, p. 1356-1357).

Como vimos, Tushnet, diferentemente, opta pela potencialidade das disposições da Carta canadense na criação de abertura interpretativa ao invés de limitar sua importância à prática e vislumbra o design canadense como modelo de revisão judicial fraca. No ponto, concordamos com Tushnet, pois o modelo canadense fornece expressa abertura para a discordância do legislador sobre o significado da norma parâmetro de controle, traço que não é característico do modelo forte de controle de constitucionalidade. Mas, ao mesmo tempo, entendemos ser importante perceber que, dentre as práticas que podem ser apontadas como de controle fraco de constitucionalidade existentes, o modelo canadense é a que apresenta mais aproximação em relação ao modelo forte (BERMAN, 2013, 186).

Neste panorama, onde alocaríamos a revisão judicial praticada no Brasil? Nossa conclusão sobre o perfil de controle brasileiro se altera quando consideramos os fundamentos trazidos pelo STF no julgamento da ADI 5105?

A Constituição brasileira, dotada de rigidez, com rito próprio de emenda e previsão de cláusulas pétreas, e de superioridade em relação à legislação ordinária, sem dúvida, reconhece ao Poder Judiciário maior capacidade interpretativa que aos demais poderes da República. O peso superior às interpretações do Poder Judiciário é notório no vasto instrumental de controle judicial da legislação à disposição das cortes brasileiras, em especial do STF em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Como examinamos em detalhes em outra oportunidade (COSTA, 2014, p. 187-253), nas últimas décadas, o poder de revisão judicial da Corte Suprema brasileira se intensificou, fechando-se paulatinamente os espaços de dissenso que havia no modelo concreto-difuso inicial. O controle de constitucionalidade originalmente forte e inspirado no *judicial review* norte-americano introduzido no país pelo Decreto Executivo 848 de 1890 se tornou cada vez mais forte ao longo do último século, em especial, a partir da Constituição de 1988, com a gradual expansão das hipóteses de decisão judicial vinculante e *erga omnes*.

Naquela oportunidade, à luz da classificação de Tushnet, pudemos concluir que o controle de constitucionalidade praticado no Brasil é forte, com tendências à concentração da decisão ainda mais preocupantes, sob o ponto de vista democrático, que aquelas verificadas no sistema de controle de constitucionalidade norte-americano.

Nesta oportunidade, cremos ser necessário verificar se esta conclusão se modificaria substancialmente à luz de uma decisão como a esposada na ADI 5105, em 1 de outubro de 2015. Ao decidir a ADI 5105, o STF afirmou que o desenho institucional da Constituição de 1988, apesar de conferir à Corte a guarda da Carta, não estabeleceu um modelo de supremacia judicial, não conferiu força definitiva, sob um viés material, às decisões da cúpula judicial. Neste sentido, apontou o tribunal que seus pronunciamentos “devem ser compreendidos como última palavra provisória” (STF, 2015, p. 3).

No julgado, o STF buscou harmonizar os dispositivos constitucionais, o espaço de capacidade constituinte conferido ao legislador com a guarda da constituição conferida ao tribunal, e, com isto, afastou interpretação que conferisse supremacia ou monopólio à cúpula judicial para decidir definitivamente sobre as questões constitucionais. Como se registrou no julgado, tendo em vista que os efeitos vinculantes conferidos pelo sistema às decisões do STF em fiscalização abstrata de constitucionalidade, por expressa previsão constitucional, não alcançam o Poder Legislativo, é forçoso que se reconheça a legitimidade da reversão legislativa da jurisprudência.

O Ministro Relator expôs que, diante da dificuldade contramajoritária do *judicial review*, à jurisdição constitucional incumbiria “a tarefa de encontrar o *ponto ótimo de equilíbrio*” entre estes os pilares sobre os quais se erige o Estado Democrático de Direito – democracia e constitucionalismo. Assim, nos termos do voto do relator, caberia à corte calibrar suas decisões

para, simultaneamente, não “tolher a autonomia pública dos cidadãos, substituindo as escolhas políticas de seus representantes por preferências pessoais dos magistrados” e não “chancelar o advento de um despotismo das maiorias” (STF, 2015, p. 15-16).

Para o Relator, o desenho institucional potencializaria a dificuldade contramajoritária ao outorgar expressamente ao STF a tarefa de definir a última palavra acerca do conteúdo da Carta Política. Assim, formalmente, a cúpula do Poder Judiciário deteria a última palavra e seus pronunciamentos não se sujeitariam a qualquer controle democrático. Entretanto, pondera que, a despeito do arranjo constitucional formal, não seria o caso de se concluir que haveria, materialmente, um modelo de supremacia judicial no Brasil, com a “última palavra definitiva” atribuível à cúpula judicial.

Para demonstrar que o Tribunal, sob o ponto de vista material e descritivo, não exerce supremacia judicial e que, apesar da atribuição de guarda, não subtrai do Legislador a faculdade de correção ou resposta, o relator inventariou casos paradigmáticos em que teria havido reação legislativa por emenda constitucional ou lei ordinária e concluiu que ao STF caberia, na prática da revisão judicial brasileira, tão somente proferir a “última palavra provisória”:

Da análise dos retromencionados arestos, e da postura institucional adotada pelo Supremo Tribunal Federal em cada um deles, pode-se concluir, sem incorrer em equívocos, que (i) o Tribunal não subtrai ex ante a faculdade de *correção legislativa* pelo constituinte reformador ou legislativo ordinário, (ii) no caso de *reversão jurisprudencial* via emenda constitucional, a invalidação somente ocorrerá, nas hipóteses estritas, de ultraje aos limites preconizados pelo art. 60, e seus §§, da Constituição, e (iii) no caso de *reversão jurisprudencial* por lei ordinária, excetuadas as situações de ofensa chapada ao texto magno, a Corte tem adotado um comportamento de autorrestrrição e de maior deferência às opções políticas do legislador. Destarte, inexistente, *descritivamente*, qualquer *supremacia judicial* nesta acepção mais *forte* (STF, 2015, p. 23).

Sob o ponto de vista prescritivo, acrescentou o relator ser prudente que não se atribua a qualquer órgão, seja ao Poder Judiciário, seja ao Poder Legislativo, a faculdade de pronunciar, em solução de definitividade, a última palavra sobre o sentido da Constituição. Como argumentou o relator, com o que concordamos, é o próprio texto constitucional de 1988 que desafia tal entendimento na medida em que, embora expressamente atribua a guarda do sentido constitucional ao Poder Judiciário, também

prevê expressamente que os efeitos vinculantes das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade não atingem o legislador (STF, 2015, p. 24).

Legislators in a system of weak-form review on the constitutional level can require courts to exercise strong review, thereby relinquishing their own power to revisit the issues they remit to the courts. But, the courts in a weak-form system cannot themselves choose to exercise strong-form review. And, in parallel fashion, courts where the default position established by the constitution is strong-form review can decide for themselves to allow legislatures to “override” the courts’ decisions on some matters, by issuing decisions that, through a variety of doctrinal devices, are by their own terms merely provisional. But, legislatures in a strong-form system cannot require that courts make their decisions on some questions readily revisable (TUSHNET, 2003, p. 2787).¹⁰

Analisando a decisão, percebemos que, apesar de reconhecer a dificuldade contramajoritária da jurisdição constitucional e buscar afastar interpretações que consolidem uma supremacia ou monopólio interpretativo absoluto, o Tribunal não afasta, mas, ao contrário, a jurisprudência brasileiro não se altera diante da análise dos fundamentos e conclusões teóricas trazidas pelo STF na ADI 5105. Como explica Tushnet, cortes cuja posição padrão (*default*) seja exercer a revisão judicial de tipo forte podem decidir no sentido de permitir ao Poder Legislativo a prática da reversão jurisprudencial em determinados casos. Já os legisladores, em um sistema de revisão judicial forte, não podem requerer que as cortes tornem suas decisões prontamente modificáveis. Assim, em sistemas de revisão judicial forte, a decisão sobre o que está ou não aberto ao dissenso segue nas mãos do corpo jurídico contramajoritário, ainda que haja momentos de deferência por parte das cortes.

Em regimes de revisão judicial fraca, diferentemente, a alternativa do dissenso está permanentemente aberta ao legislativo, independentemente

10 Os legisladores, em um sistema de revisão judicial fraca, podem requerer que as cortes exerçam revisão judicial forte, renunciando ao seu poder de revisar as questões que submetem às cortes. Todavia, as cortes, em um sistema de revisão judicial fraca, não podem escolher exercer revisão judicial forte. E, paralelamente, quando a constituição estabelece como regra um sistema de revisão judicial forte, as cortes podem tomar a decisão de permitir aos legisladores superar as suas decisões, através da enunciação de decisões que são, através de uma variedade de recursos doutrinários, por seus próprios termos, meramente provisórias. Em contrapartida, os legisladores, em um sistema de revisão judicial forte, não poderão exigir que as cortes tornem suas decisões revisáveis.

da postura deferente ou juriscêntrica que resolva adotar a corte. Isto porque o design constitucional em sistemas de *weak-form review* não confere precedência à interpretação constitucional realizada pelo Poder Judiciário.

Apesar de não vislumbrarmos nos parâmetros decisórios particular abrandamento no modelo forte de controle de constitucionalidade delineado pela Constituição brasileira e consolidado na prática constitucional pátria, entendemos que a deferência ou autorrestrição adotada pelo STF no tema, contribui para que não se consolide uma postura tributária da supremacia judicial e violadora do texto constitucional, que, como vimos, não prevê a vinculação do legislador.

3 CONCLUSÃO

[...] não existe, em uma democracia constitucional, que prima pela cidadania, um órgão que possa arvorar-se o detentor da última palavra. Entretanto, o processo histórico brasileiro, nesses vinte e cinco anos de constitucionalismo, consubstanciou essa premissa (BENVINDO, 2014, 81).

Neste artigo, tivemos como premissa a compreensão de que a democracia pressupõe movimento e pluralidade, a constituição permanente e coletiva do real. A partir desta perspectiva, trabalhamos no marco da tensão entre poder de revisão judicial e poder constituinte da maioria.

Exploramos os escritos de Mark Tushnet sobre as alternativas ao poder de revisão judicial forte, compartilhando de seu interesse por formas de design constitucional que atenuem a dificuldade contramajoritária do controle dos atos legislativos pelas cortes. Vislumbramos em tal postura um democrático movimento de abertura e ampliação das vozes constituintes.

Diante do perfil forte de controle de constitucionalidade exercido no Brasil e do papel de guarda da constituição atribuído ao STF pela Carta, sobressai o interesse em se compreender a postura deferente do Tribunal no julgamento da ADI 5105 à luz dos ensinamentos de Tushnet.

A partir da análise, concluímos que, ainda que o controle de perfil forte não se altere essencialmente face à postura deferente adotada pelo STF, há mérito na adoção pela Corte Suprema do conceito de “última palavra provisória” para descrever a não vinculação definitiva do corpo legislativo às suas decisões, na medida em que esta postura confere respeito ao design constitucional de 1988, que não estabelece uma supremacia judicial, mas uma soberania compartilhada entre os Poderes da República.

REFERÊNCIAS

- BASTOS, Erico Araújo. *O oráculo do poder constituinte: reminiscências do poder moderador na atuação do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de mestrado. Programa de pós-graduação em direito do departamento de direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história. *Revista de Informação Legislativa*, ano 51, n. 201, jan./mar. 2014.
- BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New York: The Bobbs Merrill Company INC, 1962.
- COSTA, Taiz Marrão Batista da. *Jurisdição constitucional: poder constituinte, controle de constitucionalidade e força vinculante dos precedentes judiciais*. Curitiba: Juruá, 2014.
- DAHL, Robert A. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law* 6, 1957.
- GUIMARAENS, Francisco. *O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- LINERA, Álvaro Garcia. Crise estatal e época de revolução. (cap. VI). In: *A Potência Plebeia: a ação coletiva e identidades indígenas, operárias e populares na Bolívia*. Tradução de Mouzar Benedito, Igot Ojeda. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 279-349.
- NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.
- ROTUNDA, Ronald D. *Modern Constitutional Law: cases and notes*. West, 2011.
- SALDIVIA, Laura. Uma Corte ¿Suprema?. In: GARGARELLA, Roberto. (Coord.). *Teoría y crítica del derecho constitucional (tomo I - Democracia)*. 2.^a reimpressão. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010. p. 173-231.
- TREANOR, William M. Judicial Review Before Marbury. *Stanford Law Review*, v. 58 Nbr. 2 November 2005.

TUSHNET, Mark. *New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights – And Democracy – Bases Worries*. HeinOnline -- 38 Wake Forest L. Rev. 813 2003. <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/247/>.

_____. *Alternative Forms of Judicial Review*. 101 Mich. L. Rev. 2781-2802 (2003). <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/259/>.

_____. Weak-Form Judicial Review and Core Civil Liberties. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*. v. 41, 2006.

_____. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal*. 115:1346, 2006.

Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI 5105/DF, Rel. Luiz Fux, julgado em 01/10/2015.

RECEBIDO EM: 26/04/2018

APROVADO EM: 22/05/2018

O INTERESSE PÚBLICO NA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO: CONFLITO ENTRE A PRIVACIDADE INDIVIDUAL E O DIREITO À INFORMAÇÃO

***THE PUBLIC INTEREST IN THE ACCESS TO
INFORMATION LAW: CONFLICT BETWEEN PRIVACY
AND INFORMATION RIGHTS***

Tuiskon Bejarano Haab

Mestre em Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado.

Advogado especialista em Responsabilidade Civil e Direito Contratual. AGU.

SUMÁRIO: Introdução; 1 As esferas pública e privada do ser humano; 2 Direito à Informação; 3. Direito à privacidade; 4 As lacunas na proteção à privacidade no Direito Brasileiro; 5 A Lei de Acesso à Informação; 5.1 A Lei de Acesso à Informação e a Privacidade; 5.2 Constitucionalidade da LAI; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: A presente produção gráfica buscou analisar a Lei nº 12.527/11 sob o prisma dos conflitos que ela encerra entre os direitos à informação e à privacidade, em especial no caso de envolvimento do interesse público. O estudo orienta-se sob a ótica dos Direitos Fundamentais, especialmente em relação os direitos fundamentais à privacidade e informação, tendo ligação direta com questões relativas à personalidade, Dignidade Humana e o exercício da democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Lei de Acesso à Informação. Direitos Fundamentais. Privacidade. Interesse Público.

ABSTRACT: This paper seeks to analyze the Law No. 12.527/11 from the perspective of the conflict between the information rights and privacy, especially in the case of involvement of the public interest. The study is guided from the perspective of Fundamental Rights, especially regarding the fundamental rights to privacy and information, having direct connection with matters relating to personality, human dignity and the exercise of democracy.

KEYWORDS: Access to information Law. Fundamental Rights. Privacy. Public Interest.

INTRODUÇÃO

Privacidade e informação são direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, possuidores de limites comuns que, não raro, demandam criteriosa reflexão. Este contexto ganha especial interesse nos dias atuais, nos quais se constata que a privacidade é cada vez mais relativizada em prol do direito à informação.

No âmbito internacional, a relativização da privacidade se deu por contingências sociais, notadamente após os eventos de 11 de setembro de 2001 nos EUA. O atentado iniciou uma nova ordem mundial, provocando diversas consequências, como a invasão americana e consequente guerra no Afeganistão, o acirramento de conflitos religiosos e econômicos entre ocidente e oriente, além do recrudescimento das ameaças terroristas internacionais¹, quadro gerador de sensação de insegurança internacional. Com isso, temor e incerteza foram utilizados por governos nacionais (especialmente EUA e Europa) - alegadamente a bem da segurança e a integridade física dos cidadãos - para controlar e acessar indiscriminadamente as informações que desejassem, ainda que isto implicasse na invasão proposital e indiscriminada da privacidade e intimidade das pessoas (RUARO; LIMBERGER, 2012, p.192).

No Brasil, onde riscos de tal natureza são relevantes, não se verificou tal quadro. Aliás, ao contrário, o que se observou após a Constituição de 1988 foi a promulgação de legislações que visavam efetivar o direito à privacidade, como aquelas referentes ao sigilo bancário, fiscal, das comunicações entre outras (RUARO; LIMBERGER, 2012, p.193). Este movimento em direção da tutela mais abrangente da privacidade, entretanto, ainda não está encerrado, posto que há lacunas importantes na legislação brasileira, como ilustra a questão da proteção de dados pessoais.

Nesse contexto, surgiu a Lei nº 12.527/11, dirigida especialmente ao ente público, objetivando maximizar a publicidade das informações governamentais e, com isso, proporcionar o controle social dos atos governamentais e prevenir eventuais condutas inadequadas à boa administração pública.

O período de exceção do Estado Brasileiro pode ter influenciado na percepção de que a informação acerca da Administração Pública não é acessível, e, neste sentido, influenciado também na concepção da Lei de

1 Sobre o assunto, ver WELLAUSEN, Saly da Silva. Terrorismo e os atentados de 11 de setembro.

Acesso à Informação (LAI) de modo a se permitir a mais ampla divulgação dos dados estatais. Se essa condição pode ser considerada virtuosa sob a ótica democrática, igualmente vai representar risco ao sigilo das informações pessoais custodiadas pelo Estado. As discussões resultantes da divulgação dos salários de servidores público é exemplo disso, indicando que a LAI pode afetar a privacidade do cidadão².

Pode-se alegar, num primeiro momento, que a LAI se ocupa apenas das informações que se enquadram no inciso XXXIII do artigo 5º, no inciso II, §3º do artigo 37 e no §2º do artigo 216 da Constituição ou seja, os dados de órgãos públicos ostensivos por serem de interesse dos indivíduos, da coletividade ou geral, ressalvadas informações imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado e à privacidade e intimidade da pessoa. Assim, pela própria definição dos objetivos da lei, entende-se que a privacidade do cidadão estaria assegurada, ainda mais com o fato da LAI dispor de mecanismos que visam evitar a divulgação imprópria de informações pessoais. Contudo, questiona-se a validade de tais mecanismos nessa tarefa, visto que não representam barreiras eficientes contra o acesso indevido, em especial diante do argumento do interesse público.

Um fato ilustrativo disso ocorreu na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), quando a reitoria solicitou aos programas de pós-graduação que informassem a presença, em seus cursos, de discente ou docentes de origem israelense. Esta solicitação visava atender a pedido do Comitê Santa-Mariense de Solidariedade ao Povo Palestino, cujo objetivo era apurar a existência de convênio entre a Universidade e empresa israelense do ramo da tecnologia militar³. Considerando o histórico de conflitos existentes no Oriente Médio e a contumaz ocorrência de ações terroristas dele decorrentes, não se pode deixar de aventar que essa informação, se divulgada de forma inadequada, poderia trazer um perigo potencial à segurança das pessoas identificadas pela sua origem israelense.

O presente trabalho visa contribuir na análise em relação aos conflitos que a LAI produz, concreta ou potencialmente, entre os direitos de acesso à informação e à privacidade, em especial quando envolve o interesse público. O tema abordará os direitos fundamentais à privacidade e informação, tendo ligação direta com aspectos relativos à Dignidade Humana e ao exercício da democracia pelo cidadão.

2 Sobre o assunto, acessar o “Notícias STF”.

3 Jornal “ZERO HORA”, edição de 5 de junho de 2015, p. 16.

1 AS ESFERAS PÚBLICA E PRIVADA DO SER HUMANO

Primeiramente, cabe fazer uma breve exposição a respeito da dicotomia entre informação e privacidade na personalidade do indivíduo. Esta dualidade vai condicionar o estudo dos direitos da personalidade sob o prisma da compreensão do ser humano segundo duas dimensões⁴: a privada, representada por todos os caracteres físicos e psíquicos próprios de cada pessoa, tal como a honra, a intimidade, a vida privada, a consciência e a opinião; e a pública, representada pela interação dos indivíduos no grupo social.

Estas dimensões não podem ser consideradas isoladamente, posto que todo indivíduo as apresenta simultaneamente, uma dependendo e interagindo com a outra. Assim, a construção da personalidade se dá pelas informações trocadas com o meio social, não havendo razão de se cogitar em direito à honra, à imagem e à vida privada sem uma esfera pública desse indivíduo. Entretanto, se por um lado a sociedade é o agente que permite ao indivíduo o desenvolvimento e projeção da personalidade, é contra quem este mesmo indivíduo irá defender a sua esfera privada. Essa interdependência justifica a necessidade de preservação da esfera privada sobre interferências indevidas sendo a questão circunscrita em definir o que vem a ser tais interferências. Nessa equação, deve ser considerado, também, o fato que, na dimensão privada de cada indivíduo, pode estar presente o interesse social, que é variável conforme a relevância que a sociedade dá ao indivíduo e/ou em razão do fato em que estiver envolvido, como no caso de fatos históricos (PALHARES, 2008, p.42).

Desse modo, é forçoso concluir que o cenário pode ser de conflito entre direitos de informação e de privacidade, uma vez que, ao passo que o primeiro vai franquear a informação ao indivíduo, o segundo irá negá-la sempre que isto implicar em lesão à privacidade de outrem, fazendo com eles situem-se em campos opostos na busca da efetividade dos bens jurídicos tutelados.

Ressalte-se, contudo, que o direito à informação aqui é visto sob um prisma amplo, que compreende não apenas o aspecto relativo à recepção

4 Hannah Arendt, ao tratar das esferas privada e pública, entendeu o surgimento da primeira como natural e calcada na família, onde o indivíduo buscava a sua sobrevivência, pois era um ser social (no sentido de *zoon politikon*, de Aristóteles). A autora descreve a evolução dessa noção até se chegar à noção de esfera privada centrada no indivíduo. Assim, à esfera privada inicial viria a se opor a esfera pública, não natural, surgida em momento posterior e que era representada naquela oportunidade pela *polis*. Com o surgimento da *polis*, cada cidadão passa a pertencer a duas ordens de existência, havendo uma grande diferença entre o que é próprio (*Idion*) e o que é comum (*Koinon*). (ARENDDT, 2000, p.31 a 33).

das informações, mas também a sua emissão. Tal direito considera o ser humano tanto em uma dimensão coletiva, sendo um direito difuso coletivo de receber informação e que permite a participação de todos na esfera pública, como também na dimensão individual, segundo a qual toda a pessoa individualmente pode receber e transmitir as informações necessárias para formar e expressar suas opiniões (PALHARES, 2008, p.44). Trata-se de uma liberdade, a liberdade de informação, definida por Barroso (2004, p.34) como aquela que “diz respeito ao direito individual de comunicar fatos e ao direito difuso de ser deles informado”.

Entretanto, caso uma informação privada esteja sob a guarda da Administração Pública, pode haver uma área de intersecção entre os direitos à informação, privacidade e acesso à informação, sendo a solução dessa equação vinculada ao grau de interesse público sobre o dado em disputa, como será tratado adiante.

2 DIREITO À INFORMAÇÃO

Segundo Lafer (1988, p.241), o direito à informação tem como objeto a integridade moral do ser humano e é precipuamente uma liberdade democrática destinada a permitir uma adequada, autônoma e igualitária participação dos indivíduos na esfera pública. Nesse sentido, afirma Júnior (2008, p. 149) que informação no Estado Democrático é a pedra de toque para a materialização do postulado da cidadania participativa. Assim, Ruaro e Limberger (2012, p.208) apontam que um dos grandes objetivos das democracias atuais é possibilitar uma rede de comunicação direta entre a Administração e os cidadãos que resulte em aprimoramento democrático e maior transparência e eficiência da atividade pública. Nesse contexto, pode-se afirmar que, no Estado Democrático, a informação deve ser a regra e o sigilo uma exceção admitida quando devidamente justificada.

O direito de acesso à informação é um preceito relativamente recente nas democracias modernas. Mesmo nos EUA, pioneiros nessa matéria, o acesso a informações públicas foi regulamentado apenas em 1966, com o *Freedom of information Act (FOIA)*. Entretanto, apesar deste direito ter sido ampliado posteriormente em função dos acontecimentos decorrentes caso *Watergate*⁵ (1974), este viés não se manteve, como observado naquele país os atentados de 11 de setembro de 2001, quando, sob a administração de George Bush e a égide da segurança nacional, o acesso público às

5 O caso Watergate foi o escândalo político ocorrido na década de 1970 nos Estados Unidos que, ao vir à tona, acabou por culminar com a renúncia do presidente Richard Nixon eleito pelo Partido Republicano, tornando-se um caso paradigmático de corrupção.

informações governamentais sofreu novamente restrições. Já no direito brasileiro, todavia, há uma tendência constitucional de franquear o acesso à informação que remonta à carta de 1824, quando o direito era individual e circunscrito a registros existentes sobre as pessoas nos órgãos públicos, sendo este o direito de petição à pessoa legitimada consagrado pela Constituição Imperial. Já o direito a informações gerais sobre o governo e sociedade era garantido pela liberdade de imprensa (JÚNIOR, 2008, p. 152 e 155).

A Constituição Federal atual assegurou o direito do cidadão à informação pública quando o elevou à condição de direito fundamental, nos termos do artigo 5º, XXXIII. Na mesma linha, refere-se esse direito no âmbito do princípio da publicidade, como indica o artigo 37, §3º, II (direito ao acesso a registros e informações do Governo) e por ocasião da gestão governamental das informações culturais, conforme §2º do art. 216.

Para Júnior (2008, p. 162), isto seria uma decorrência natural do fato que os dados, registros e informações em posse do administrador não são propriedades do Estado, pois este é mera representação do cidadão. Como pondera o autor, o princípio da publicidade da administração, previsto no artigo 37, *caput*, indica que as informações armazenadas pelos órgãos públicos não pertencem ao Estado, mas sim ao próprio povo, que é, em última análise, o verdadeiro detentor do poder político.

Lafer (1988, p. 242) sublinha que o direito à informação é um direito fundamental à medida que se vincula à personalidade, pois permite o livre exercício da democracia pela transparência da esfera pública, condição indispensável à participação de todos nos assuntos comuns da sociedade. De fato, a plenitude da formação da personalidade do cidadão vai depender dos meios à sua disposição para conhecer a realidade da sociedade, a fim de poder participar de debates e tomar decisões relevantes (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 403).

Entretanto, apesar de ser um direito fundamental, isto não confere ao direito à informação um caráter absoluto. Nesse diapasão, Júnior (2008, p. 164) comenta que o STF já se manifestou sobre a questão em diversos pronunciamentos, afirmando que, por mais essencial que se apresente o direito à informação, ele não pode se impor *de per se*, sendo necessário uma relativização quando necessária à preservação de outros, tais como a segurança nacional ou a intimidade.

Assim, é necessário que, por vezes, haja a tutela judicial para definir a prevalência ou não do direito à informação. Como exemplo, pode-se citar a alteração efetuada pela emenda constitucional nº 45, de 2004, que faz referência à ação judicial ao se ponderar entre a preservação do direito à intimidade com o sigilo e o interesse público à informação.

3 DIREITO À PRIVACIDADE

Privacidade, no entendimento de Ferraz Júnior ⁽²⁰¹⁵⁾, é um direito subjetivo fundamental cujo conteúdo é a faculdade da pessoa, titular do direito, de impor aos outros o respeito (e de resistir à violação) de situações vitais que, por dizerem respeito só a ela, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão. O objeto do direito à privacidade é, sinteticamente falando, a integridade moral do sujeito. Na mesma linha, pode assim defini-la como a possibilidade que autoriza ao indivíduo impedir a intromissão de estranhos na sua vida íntima e familiar, bem como o acesso e divulgação de informações (BASTOS; MARTINS, 1989, p. 63).

Em que pese existir um senso comum do que é privacidade, Doneda (2002) identifica que há uma considerável quantidade de termos que a doutrina brasileira utiliza para representar a privacidade, propriamente ou não. Tal variedade de termos pode levar à indefinição de seu conteúdo. Assim, o autor sugere que o sentido e alcance do termo privacidade deve ser obtido na Constituição, quando esta, ao tratar a privacidade no bojo das garantias e direitos fundamentais do artigo 5º, considerou-a como a proteção da “intimidade” e da “vida privada” do indivíduo (inciso X). Desse modo, a proteção da pessoa humana abrangeria estes aspectos, sendo irrelevantes as diferenças de conotações e semânticas ao se tratar das questões referentes à informação. Afigura-se, assim, o termo privacidade como a opção mais razoável e eficaz, sendo claro suficiente a especificar seu conteúdo, efeito da sua atualidade, unificando os valores expressos pelos termos intimidade e vida privada.

Contudo, se as posições doutrinárias convergem quanto ao conceito de privacidade, sua aplicação prática é bem mais complexa, em especial devido à maximização da produção e tráfego de dados. Trata-se da realidade da sociedade contemporânea, tão concreta a ponto de se afirmar que a humanidade experimenta a era da Informação (CASTELLS, 2003, p.49). De fato, todo tipo de informação está disponível em tempo quase instantâneo, circunstância que leva o indivíduo a uma exposição muito superior a qualquer outra época da história humana, mesmo durante as atividades mais

corriqueiras, pela ação das novas tecnologias⁶. O volume de informações de cunho pessoal lançado na própria Internet cresce exponencialmente, além de alcançar um número indefinido de destinatários, tornando-se, na prática, públicas. Isto, além de potencialmente atentar contra a autonomia e autodeterminação do indivíduo, pode representar uma ameaça à própria Democracia, uma vez que a invasão desmedida na privacidade do cidadão pode se tornar um meio de constrangimento da participação deste nos processos deliberativos (ROUVROY, 2015).

Assim, verifica-se que as antigas fórmulas para definição de limites da privacidade (recolhimento e exposição) não são mais razoavelmente eficazes, existindo importantes indefinições sobre o que é público ou privado. Assim, a questão que naturalmente surge desse cenário é como balizar a fronteira entre o que é ou não informação privada.

A jurisprudência germânica já enfrentou essa questão e concluiu, naquela oportunidade, que o acesso à privacidade do indivíduo só poderia se dar mediante uma justificativa plausível da necessidade de tal acesso. A justificativa deve ser específica e válida para o caso concreto, vinculada ao interesse público, pois só assim se estaria tutelando o direito constitucional da privacidade. Tal entendimento provém do direito à autodeterminação informativa, surgido de decisão do Tribunal Constitucional Alemão quando do julgamento da lei do censo alemão (*Mikrozensus-Eitscheidung*). Naquela oportunidade, a lei foi declarada inconstitucional em virtude de não se definir com exatidão o motivo de se buscar específicas informações pessoais de um cidadão⁷.

Nesse contexto, é necessário que a restrição do direito à autodeterminação informativa ocorra num ambiente de atuação clara do poder público, além da identidade entre o motivo legal e a efetiva coleta. Dessa forma, conclui-se que a privacidade é regra e a intervenção estatal exceção. O ente público deve sempre tratar estas informações em estrito cumprimento das previsões e autorizações legais, sem olvidar do princípio da proporcionalidade (RUARO; LIMBERGER, 2012, p. 197).

Na ausência de um interesse público específico, pode-se presumir que a informação pessoal é irrelevante para a coletividade, o que leva ao direito de informação se apresentar na sua formulação negativa, de não

6 Para maiores informações sobre como a revolução da internet e, mais recentemente, as tecnologias de inteligência ambiental estão incrementando os riscos que atentam contra os indivíduos e seus direitos básicos, veja ROUVROY, Antoinette (2015).

7 *BVerfGE 65,1 - Volkszählung Urteil des Ersten Senats vom 15. Dezember 1983 auf die mündliche Verhandlung vom 18. und 19. Oktober 1983 - 1BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 in der Verfahren über die Verfassungsbeschwerden.*

interferência na privacidade do indivíduo. Seria necessário reavaliar a questão caso houvesse interesse público real, levando a necessidade de ponderar informação e privacidade através de uma harmonização, obtida mediante criteriosa análise e ponderação de seus alcances no caso concreto.

Essa harmonização seria realizada visando o princípio da Dignidade Humana enquanto fundamento da República e cláusula geral de tutela e promoção do ser humano, visando a proteção da pessoa em todos os seus aspectos. É princípio fundamental, inerente ao Estado Democrático de Direito e tem caráter informativo de toda ordem constitucional (TEPEDINO, 2004, p.50). A privacidade teria um caráter instrumental, agindo como um meio de se manter à Dignidade Humana (ROUVROY, 2015, p. 58-62).

Logo, tendo como referência o Princípio da Dignidade, e que a garantia da inviolabilidade da vida privada e da intimidade (artigo 5º, X, da CF), com o *status* de direito fundamental, têm aplicação imediata, é possível a pretensão do indivíduo de ter os seus dados pessoais protegidos independente legislação infraconstitucional sobre o tema.

4 AS LACUNAS NA PROTEÇÃO À PRIVACIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Os direitos à informação e à privacidade, agindo em sentidos opostos quanto ao acesso de informações, podem entrar em conflito. Entretanto, tal circunstância é natural quando da concretização dos princípios. Segundo Alexy (2008, p.93-94), haverá razões suficientes para que, em um juízo de sopesamento, um princípio prevaleça.

No caso do Direito Brasileiro, entretanto, há uma dificuldade maior para se alcançar o equilíbrio entre esses dois direitos. A causa disso é a deficiente garantia do direito à privacidade e proteção dos dados pessoais no sistema jurídico, uma vez que a matéria é tratada de forma superficial. Tal questão só assume importância diante de eventos danosos à privacidade, quando então busca-se recompor o dano por meio de ações judiciais sem, contudo, preocupar-se em exigir do Estado uma ação pró-ativa no cumprimento do dever de prestação da efetiva da proteção (RUARO; LIMBERGER, 2012, p. 209).

Neste contexto, verifica-se que a Constituição e o Código Civil não esgotam o tema privacidade, sendo o segundo especialmente falho no resguardo do direito a ela inerente. O primeiro motivo, como aponta Andrade, é a inexistência de uma cláusula de tutela geral da personalidade

no Código Civil. Esta cláusula, segundo o autor, permitiria uma proteção mais efetiva dos direitos da personalidade (entre os quais o da privacidade) além de fazer uma ligação expressa destes com o princípio da dignidade (ANDRADE, 2002, p.106). O outro motivo diz respeito ao conteúdo do artigo 21 do Código Civil. Este artigo estabelece a inviolabilidade da vida privada da pessoa natural e a possibilidade de tutela judicial em caso de ameaça. Assim, apesar do artigo vedar a violação da privacidade, tal situação, como exposto, não é algo que se pode qualificar com facilidade, o que retira o caráter absoluto (e, portanto, algo retórico) que aparentemente possui a norma. Isto porque se esbarra na seguinte questão: ao que, propriamente, reporta a vida privada?(DONEDA, 2015).

A resposta a esta questão depende dos pressupostos teóricos e normativos que balizam a interpretação no caso que se coloca em exame. Nesse aspecto, a regulação do Código é praticamente ociosa pois não estabelece critérios mínimos de ponderação que favoreçam a interpretação judicial, ao contrário do que dispõe a sua congênere do Código Civil Português (DONEDA, 2015).

5. A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO

5.1 A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E A PRIVACIDADE

É justamente neste contexto que ingressa no mundo jurídico brasileiro a Lei nº 12.527/11, com a proposta de regular o acesso às informações previsto no inciso XXXIII do artigo 5º, no inciso II do artigo 37 e do § 2º do artigo 216 da Constituição Federal. Reconhecida como Lei de Acesso à informação, visava permitir uma transparência nas atividades governamentais sem precedentes no Brasil.

A lei, conforme sua própria exposição de motivos, institucionaliza o mecanismo de divulgação de informações, em razão deste ser um dos mais eficazes instrumentos de consolidação da democracia. Com isto, a lei torna-se importante instrumento de efetivação da cidadania e combate à corrupção, promovendo a ética e a transparência do setor público pela garantia do rápido, pleno e gratuito acesso às informações governamentais.

Essa lei fixou a regra geral da Constituição no sentido que, se o documento ou informação da Administração Pública que não é classificado como sigiloso ou pessoal deve, então, ser de interesse público. Assim, qualquer um poderá ter acesso à informação pública independentemente de justificativa. Nesse viés, o diploma legal indicou também uma guinada

do atual ordenamento jurídico brasileiro no conceito de intimidade/privacidade/proteção dos dados pessoais, tecendo contornos mais flexíveis e mitigadores destes direitos fundamentais (RUARO; LIMBERGER, 2012, p. 192).

Contudo, como exposto, mesmo nesse quadro de liberdade de acesso às informações, a violação indiscriminada dos dados pessoais continua sendo inadmissível, por afrontar diretamente direito à privacidade. É necessário que haja o devido armazenamento e manipulação da informação pessoal de posse da Administração Pública, sendo que, no caso da Lei nº 12.527/11, isso deve se dar em conformidade com os instrumentos que ela traz consigo.

A informação pessoal é tratada na LAI em diversos momentos. Inicialmente, a lei conceitua informação pessoal no artigo 4º, IV, estabelecendo que seria “aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável”. Estabelece-se, aí, a possibilidade de uma interpretação ampla da definição de informação pessoal, abrangendo todos os dados que se relacionam com o indivíduo.

A proteção aos dados pessoais começa a ser abordada a partir do artigo 6º, III, que determina que a informação pessoal e sigilosa deve ser protegida. Mais adiante, a sessão V do Cap IV trata especificamente das informações pessoais, na qual o artigo 31º diz que o tratamento da informação pessoal será realizado de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais. O §1º do mesmo artigo reforça ainda mais essa proteção, colocando a restrição ao acesso à informação pessoal, independente de classificação sigilosa além de condicionar a sua divulgação ou acesso por terceiros somente por previsão legal ou consentimento das pessoas que elas se referem.

Assim, pode-se concluir que a informação pessoal é cabalmente protegida na LAI, estando a salvo de qualquer abuso. Não há, numa primeira observação, uma brecha na segurança dos dados pessoais. Entretanto, toda a análise de um sistema defensivo deve ser enfocada, primordialmente, nas vias de acesso que demandam ao interior do dispositivo a ser defendido. Assim, trazendo para o contexto da lei, isto significaria a análise das exceções ao sigilo das informações pessoais, que estão previstas mais adiante, no §3º do artigo 31 da LAI. Entre as exceções, destaca-se que pode haver a quebra do sigilo da informação pessoal quando necessário a “proteção do interesse público geral e preponderante” (inciso V).

O interesse público, segundo Mello (2011, p. 61), é o “interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”. Assim, há a natural supremacia do interesse público sobre o privado, sendo esta supremacia é “um verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último” (MELLO, 2011, p. 70). Faz coro Filho (2005, p. 34), ao afirmar que a supremacia do interesse público significa sua superioridade sobre os demais interesses existentes em sociedade, sendo que os interesses privados não podem prevalecer sobre ele.

Assim, o interesse público geral e preponderante, previsto na LAI, seria um motivo perfeitamente admissível para configurar exceção ao sigilo da informação pessoal, vez que, nesse caso, estar-se-ia preterindo um interesse privado em prol de uma necessidade pública. Entretanto, é justamente aí que se verifica o primeiro defeito no trato da privacidade do cidadão pela Lei de Acesso à Informação.

Entretanto, ao enfrentar a definição de interesse público, Filho (2005, p. 36) afirma que este é um conceito jurídico indeterminado⁸, tornando seu conteúdo inexato. Aliás, essa imprecisão conceitual é necessária pois é o que irá permitir a utilização mais eficiente do conceito. Desse modo, não seria adequado estabelecer uma definição pronta de interesse público, vez que essa indeterminação viabiliza a busca de uma aplicação mais adequada ao caso concreto, pois a função desempenhada pelos conceitos indeterminados é permitir uma abertura permanente em face da realidade (TRYBUS, 2006, p. 716).

Todavia, foram várias as tentativas de conceituar o interesse público, desde noções quantitativas (como sendo interesse público a soma dos interesses da maioria) até outras de cunho impessoal (quando se iguala interesse público com os interesses da sociedade. Tais tentativas, porém,

8 Sobre conceitos jurídicos indeterminados, Barroso (2013, p. 339) informa que isto não é uma novidade no Direito Contemporâneo, onde se utiliza uma linguagem intencionalmente aberta e vaga, de modo a transferir ao intérprete o papel de completar o sentido da norma no caso concreto. Os conceitos jurídicos indeterminados destinam-se a lidar com situações onde o legislador não pode ou não quis especificar, de forma detalhada, suas hipóteses de incidência ou exaurir o comando a ser dele extraído. O emprego dessa técnica, assim, abre ao intérprete um espaço considerável de valoração subjetiva mas isto não significa que essa valoração possa ser ilimitada ou arbitrária. Isto envolve uma atuação predominantemente técnica, baseada em regras de experiência, em precedentes ou, eventualmente, em elementos externos ao Direito.

não foram suficientes para defini-lo, o que corrobora com a ideia de sua indeterminação natural. Uma noção mais próxima de interesse público iria além de imperativos técnicos (dada a impossibilidade de alguns interesses públicos serem atendidos por particulares) e visaria principalmente imposições éticas, pois teria que conter valores como solidariedade social, igualdade substantiva e justiça distributiva, aspecto não priorizados pela iniciativa privada. Este contexto sugere que o interesse público estaria relacionado aos direitos fundamentais do cidadão e somente seria validamente utilizado para consagrar tais direitos (TRYBUS, 2006, p. 718).

Porém, apesar da plasticidade do conceito de interesse público ser útil em vários casos aplicáveis ao Direito, ela também pode ser causadora de problemas insuperáveis, em especial na ausência de instrumento jurídico que delimite o efetivo interesse público. Deve-se frisar que a indeterminação do conceito não concede ao governante a liberdade de escolha para defini-lo, mas, apenas e somente, um espaço de atuação direcionado à solução mais adequada em face da realidade. Não se pode deixar de observar que, em função de seu próprio caráter mutável, é cediço que a utilização de conceitos indeterminados dá margem ao risco de sua aplicação equivocada ou desvirtuada (TRYBUS, 2006, p. 716).

Este é o pensamento de Filho (2005, p. 36), entendendo que a indeterminação do conceito de interesse público pode dar margem à arbitrariedades ofensivas à democracia e aos valores fundamentais, uma vez que o dirigente político, por vezes, aproveita-se da indefinição para evitar o controle de suas ações ou o desfazimento de atos defeituosos, violadores de garantias constitucionais. Mais adiante, Filho (2005, p. 46) complementa essa noção quando, ao referir que a atividade administrativa do Estado deve ser norteada pelo respeito aos direitos fundamentais, afirma não ser cabível a legitimação de decisões dos titulares do poder público que, baseados na mera conveniência do interesse público, venham a produzir sacrifício de valor fundamental. Nesse contexto, qualquer invocação genérica ao “interesse público” que implique na diluição de direitos fundamentais deve ser repudiada como incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Do exposto, extrai-se que, ao se julgar o acesso a informações pessoais com base na LAI, é necessário delimitar o interesse público no caso concreto. O que ocorre, porém, é que a própria lei silencia quanto ao procedimento de avaliação neste caso, condição que pode ser desastrosa numa Lei cujo objetivo é a máxima transparência de dados. Para ilustrar

a gravidade dessa situação, pode-se imaginar a hipótese na qual uma informação estritamente pessoal é solicitada sob a égide de um interesse público preponderante. A autoridade administrativa, sem parâmetros para decidir adequadamente a questão, fornece a informação causando danos à pessoa a quem ela se refere.

As medidas que a Lei nº 12.527/11 estabelece para punir tais vazamentos têm caráter remedial, *a posteriori*, não impedindo o dano que, muitas vezes, pode ser irreversível e irreparável. Isto em razão da própria natureza da informação que, uma vez divulgada, não há como voltar ao *status quo ante* de desconhecimento. Assim, o valor da informação pessoal está, assim, na ignorância dos demais sobre aquilo que o indivíduo quer manter reservado.

Apesar das balizas interpretadoras do conceito de interesse público da LAI serem relevantes para o sigilo da informação pessoal, estas não podem ser consideradas como a solução definitiva. De fato, diante de um caso concreto em que se faça presente conflito entre direito fundamental e interesse público, e desde a lei não tenha esgotado os juízos passíveis de avaliação, caberá ao administrador público, embasado nos valores constitucionais e na técnica da proporcionalidade, ponderar os anseios envolvidos, buscando a máxima realização de todos (TRYBUS, 2006, p.720). Entende-se que esta deve ser a atitude da Administração pública ante aos conflitos entre o interesse público pela informação sob sua guarda e a privacidade do indivíduo a que esta informação se refere. Para tanto, deve a Administração Pública, em todas as esferas, estabelecer procedimentos de cunho gerencial que permitam ao servidor, detentor da informação, tomar decisões que levem ao atingimento dos objetivos da lei sem lesar a privacidade do cidadão. Tal regulação poderia ocorrer de forma infralegal, a um nível pragmático, operacionalizando os atos dos administradores diante dessa situação.

Isto também não exclui a atuação da doutrina que, ao se debruçar sobre o tema, gere condições que influenciem diretamente no processo de tomada de decisão do administrador, propiciando instrumentos autorizadores da aplicação da melhor técnica no caso concreto.

5.2 CONSTITUCIONALIDADE DA LAI

Neste quadro, não se pode deixar de aventar a possibilidade de uma inconstitucionalidade material na Lei nº 12.527/11.

O exercício de direito fundamental pode resultar, muitas vezes, em conflitos com outros direitos constitucionais, sendo necessário, por

vezes, a fixação precisa de restrições ou limitações aos direitos para operacionalizá-los. De outra mão, não se pode conceber que tais restrições sejam ilimitadas, sob o risco de inviabilizar tais direitos. Assim, ao lado dos limites aos direitos, existem os limites aos limites, que balizam a ação do legislador quando este restringe direitos individuais. Tais limites decorrem da própria Constituição, referindo-se tanto à necessidade de proteção do núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008).

Desse modo, entende-se que direitos fundamentais formalmente ilimitados podem ser restringidos caso isto se revele imprescindível à garantia de outros direitos constitucionais. Assim, chega-se à teoria externa dos limites aos direitos fundamentais, segundo a qual tais direitos fundamentais são, em si, ilimitados e que, mediante a imposição de eventuais restrições, se convertem em direitos limitados, sendo uma das formas de limitação a decorrente de norma legal promulgada com fundamento na Constituição (SARLET, 2012, p. 397 e 402). No caso, a LAI, que visa concretizar o exercício do direito de acesso à informação, vai representar esse papel pois impõe uma restrição ao direito à privacidade por meio da exceção ao sigilo da informação pessoal.

Entretanto, essa restrição deve ter um alcance definido, sob o risco de, caso assim não seja, se comprometa a própria essência do direito, configurando-se, como já dito, os limites do limite do direito restringido. Nesse diapasão, Sarlet (2012, p. 404) leciona que tais limites dos limites, ainda que não definidos explicitamente na Constituição Federal Brasileira, devem guardar compatibilidade formal e material com a Carta Magna sendo que, entre eles, destacam-se, pela sua repercussão teórica e prática, a garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais e a proporcionalidade (e a razoabilidade⁹).

A garantia do núcleo essencial diz respeito à parcela do conteúdo de um direito sem o qual ele perde a sua mínima eficácia, descaracterizando-o como um direito fundamental. Assim, o estabelecimento de uma restrição a um direito fundamental não pode chegar ao ponto de negar a ele uma

9 A razoabilidade, apesar de correntes pregarem a sua fungibilidade com a proporcionalidade, com esta não se identifica. Sua conexão, segundo Alexy, se dá no terceiro nível de aplicação da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito), o que não significa que se confundam e não tenham aplicações distintas. Uma das diferenças que se anota entre esses dois princípios é que a proporcionalidade requer, necessariamente, a uma análise trifásica (como será exposto), ao passo que a razoabilidade não solicita tal procedimento. (SARLET, 2007, p.409-410)

eficácia mínima. Entretanto, em que pese ser de suma importância proteger do núcleo essencial do direito fundamental, não há como defini-lo em abstrato e por antecipação, pois a qualificação do conteúdo protegido face às restrições se dá não pelo fato de ser um conteúdo mínimo, mas sim pela circunstância de estar imune à ação do poder público e à disposição do titular do direito (SARLET, 2012, p. 411-413).

Assim, entende-se que a *conditio sine qua non* do caso concreto para se avaliar a garantia do núcleo essencial impede que se aprecie, neste trabalho, eventual restrição abusiva ao direito à privacidade pela LAI sob este prisma. Isto porque seria necessário, para tanto, o exame de fato já ocorrido, que não é objeto deste artigo.

A proporcionalidade se refere diretamente ao dever de proteção do Estado aos direitos fundamentais, no qual desponta, como um instrumento metódico de controle dos atos - tanto comissivos quanto omissivos - dos poderes públicos, sem prejuízo de sua aplicação a atos de sujeitos privados. Assim, a proporcionalidade atua em dois campos, impedindo tanto o excesso de atuação do Estado ao limitar os direitos fundamentais bem como a insuficiente proteção estatal ante a esses direitos. Neste contexto, segundo a doutrina majoritária, identifica-se três desdobramentos desse princípio quando atuando no controle da legitimidade das medidas restritivas: a) como elemento de adequação ou conformidade, que se traduz no controle da viabilidade da medida restritiva de alcançar o fim objetivado (idoneidade técnica); b) como elemento que avalia a necessidade da medida, ou seja, que a opção feita para restringir o direito foi a menos gravosa e c) para estimar a proporcionalidade em sentido estrito, que entende-se pelo equilíbrio entre os fins buscados na restrição com os meios utilizados para tanto, realizada por meio de comparação entre ambos. A isto soma-se o fato que a aferição da proporcionalidade em uma restrição a um direito fundamental deve, necessariamente, levar em conta uma justificação constitucional para essa restrição, sem a qual ela carece de motivação para existir (SARLET, 2012, p. 404-406).

Nessa quadra, entende-se ser possível a apreciação, em tese, de eventual restrição de um direito fundamental via princípio da proporcionalidade, tornando desnecessária a ocorrência do caso concreto para tanto. Esta possibilidade pode ser particularmente útil à análise da exceção ao sigilo das informações pessoais proposta pela LAI, uma vez que se trataria de juízo preventivo, em um contexto de proatividade, antes que ocorra dano à privacidade como já hipoteticamente descrito antes.

Para tanto, é necessário estabelecer um método para empregar a proporcionalidade no estudo da privacidade *versus* LAI, o que poderia ser viabilizado pela aplicação da proporcionalidade, sob a perspectiva de proibição de proteção deficiente, na avaliação dessa disputa. Isto porque a excessividade da restrição a um direito fundamental, colocada no âmbito de uma lei, também pode ser considerada, sob outro ponto de vista, uma falha na proteção desse direito no diploma legal em questão.

Nesse contexto, o uso da proporcionalidade para avaliar a suficiência ou não da proteção a um direito fundamental poderia ser realizado conforme a análise proposta por Christian Callies, que é composta de três etapas, sendo a primeira a verificação da adequação ou idoneidade da medida protetiva (e da sua própria concepção), ou seja, se ela é hábil para garantir o bem protegido. Caso positiva a resposta dessa fase, investiga-se se há meios de proteção mais eficiente sem que se tenha que intervir de modo mais rigoroso em bens fundamentais de terceiros ou interesses da comunidade. Vencida a segunda etapa, como ato final, avalia-se se o impacto das ameaças e riscos remanescente, após a efetivação das medidas de proteção, são admissíveis em face de uma ponderação com a necessidade de preservar outros direitos e bens fundamentais pessoais ou coletivos (SARLET, 2012, p. 408).

Entende-se que há a possibilidade da LAI não ser aprovada numa análise desse tipo. De fato, verifica-se que LAI seria apta, numa primeira aproximação, a dar a adequada proteção às informações pessoais do cidadão. Isto se deduz dos dispositivos que tratam da informação pessoal (como os artigos 6º e artigo 31 já citados). Entretanto, num estudo mais profundo, se verificaria que toda informação pessoal estaria sujeita às exceções do artigo 31, §3º, no qual o interesse público geral e preponderante está previsto inciso V. Ora, como esgrimido antes, interesse público é um conceito indeterminado, cuja valoração dependerá do juízo de valor realizado no caso concreto e segundo algum parâmetro previamente estabelecido. E é justamente por este parâmetro não estar explícito na Lei que se poderia conceber a hipótese de uma restrição desmensurada do direito à privacidade do cidadão e, desse modo, configurando uma ilegalidade.

6 CONCLUSÃO

Como já discorrido, os direitos fundamentais à informação e à privacidade, podem, por vezes, apresentarem áreas de incidência comuns, o que sugeriria uma possível indefinição de alcance entre eles. Assim, é fato corrente que a aplicação desses direitos, no caso concreto, dependerá sempre

da determinação dos seus limites de incidência, obtidos pela interpretação da lei e da Constituição. Tal questão tem especial importância no direito brasileiro, devido à proteção insuficiente dispensada à privacidade e o surgimento da Lei nº 12.527/11, a Lei de Acesso à Informação.

Pode-se afirmar que a Lei de Acesso à Informação é, inegavelmente, um grande e importante avanço na construção democrática brasileira, oportunizando ao indivíduo o acesso a elemento essencial do exercício da cidadania: a informação sobre a coisa pública. Assim, se faz necessário que este instrumento legal seja manejado de forma a permitir sua melhor utilização, dando máxima eficácia ao direito fundamental à informação conforme estabelecido na Constituição.

A aplicação da lei, porém, deve ser executada de acordo com parâmetros que permitam visualizar alcance da incidência da lei, estando entre esses a definição dos reais limites entre a informação e a privacidade. A definição desse ponto, além de prevenir eventuais lesões à privacidade, reforçariam o direito do cidadão de exigir informações ao Estado, uma vez que esta exigência estaria apoiada em bases cabalmente estabelecidas.

Entretanto, tais parâmetros não estão definidos na Lei de Acesso à Informação, uma vez que esta, como se demonstrou, tem lacunas na definição dos contornos dos limites dos direitos à privacidade e informação. A solução decorrerá, necessariamente, da concepção desses critérios via interpretação sistemática da lei bem como de uma atuação pró-ativa da Administração Pública, de forma que o trato da informação pessoal pelo servidor por ela responsável ocorra com uma margem de segurança aceitável, permitindo não só o resguardo da privacidade do cidadão como, de outro lado, a implementação plena dos objetivos visados pela Lei de Acesso à Informação.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fabio Siebeneichler de. Considerações sobre a tutela dos Direitos da Personalidade no Código Civil de 2002. In: *O Novo Código Civil e a Constituição*. (Ingo W. Sarlet, org.). 2. ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre.

ARENDT, Hannah. *A condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.1, n.235, p. 1-36, jan./mar. 2004.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=212003>>. Acesso em: 09 jun. 2015.

CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede: a era da informação - Economia, Sociedade e Cultura*. v.1. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

DONEDA, Danilo. *A tutela da privacidade no Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Danilo_Doneda_a_tutela.pdf>. Acesso em: 06 jun. 15.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *O direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/28>>. Acesso em: 06 jun. 15.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. Direito de Acesso à Informação. *Revista de Direito do Estado*, ano 3, n. 9, jan./mar. 2008.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos* (um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt). Cia das Letras, 1988.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PALHARES, Cinara. Direito à informação e Direito à privacidade: Conflito ou Complementaridade? *Revista dos Tribunais*, ano 97, v. 878, dez. 2008.

ROUVROY, Antoinette. Privacy, Data Protection and the Unprecedented Challenges of Ambient Intelligence. In: *Studies in Ethics, law and Technology*, 2008, v. 2, Issue 1. Disponível em:<http://works.bepress.com/antoinette_rouvr_oy/2>. Acesso em: 15 jun. 2016.

ROUVROY, Antoniette; POULLET, Yves. *The right to informational self-determination and the value of self - development*: reassessing the importance of privacy for democracy, em *Reinventing Data Protection?*, de Serge Gutwirth, Yves Poullet, Paul de Hert, Cécile de Terwangne e Sjaak Nouwt (Org), Ed. Springer science+business media b.v.2009.

RUARO, Regina Linden; LIMBERGER, Temis. O Direito de Privacidade do Servidor na Lei de Acesso à Informação e sua consequência no Crime de Violação do Sigilo Funcional. *Revista de Estudos Criminais*, ano X, n. 46. São Paulo: Síntese, 2012.

RBS. *ZERO HORA*. Porto Alegre, RS, 5 de junho de 2015

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro*. Temas de Direito Civil. 3. ed. São Paulo: RENOVAR, 2004.

TRYBUS, Daiana. Restrições de direitos fundamentais com base em razões de interesse público. In: PIOVESAN, Flávia (coor). *Direitos Humanos*. v. I. Curitiba: Juruá, 2006.

WELLAUSEN, Saly da Silva. Terrorismo e os atentados de 11 de setembro. *Revista de Sociologia da Universidade de São Paulo - USP*, 14(2): 83- 112, outubro de 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v14n2/v14n2a05.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 15.

Esta Obra foi impressa pela Imprensa Nacional
SIG, Quadra 6, Lote 800 - 70610-460, Brasília - DF
Tiragem: 50 exemplares