

REVISTA DA AGU

volume 21 nº 01- Brasília-DF, jan./mar. 2022

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

Revista da AGU	Brasília	v. 21	nº 01	p. 1-208	jan./mar. 2022
----------------	----------	-------	-------	----------	----------------

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.
e-mail: eagu.avaliaeditorial@agu.go.br
© Advocacia-Geral da União - AGU – 2018

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Bruno Bianco Leal

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO - SUBSTITUTO

Adler Anaximandro de Cruz e Alves

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Adler Anaximandro de Cruz e Alves	Secretário-Geral de Consultoria
Vinícius Torquetti Domingos Rocha	Procurador-Geral da União
Arthur Cerqueira Valério	Consultor-Geral da União
Miguel Cabrera Kauam	Procurador-Geral Federal
Izabel Vinchon Nogueira de Andrade	Secretária-Geral de Contencioso
Edimar Fernandes de Oliveira	Corregedor-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 Zanon	Coordenadora-Geral de Ensino
Stella Arruda Mota	Coordenadora de Pós-Graduação

ABNT(adaptação)/Diagramação: Walbert Kuhne

Capa: Walbert Kuhne

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 (versão impressa)

ISSN 2525-328x (versão online)

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 pela Coordenação dos Cursos de Pós-Graduação e Grupos de 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. Advogado da União

EDITOR-ASSISTENTE

Allan Tavares

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

ADEL EL TASSE – ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – AGU

Mestre e Doutor em Direito Penal. Professor na Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Procurador Federal.

CAROLINA ANGELO MONTOLLI – FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO

Pós-doutorado em Direito Penal e Garantias Constitucionais, em Ciências Jurídicas - Direito Penal Internacional Humanitário e em Direitos Sociais e Vulnerabilidades. Doutora em Direito Público com ênfase em Direito Internacional dos Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Sócia Proprietária do escritório de Advocacia Internacional - Carolina Montoli Sociedade Individual de Advocacia. Servidora Pública Efetiva de Carreira da Fundação João Pinheiro, cargo Pesquisador em Ciências Aplicadas.

CESAR RIBOLI - UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES - URI

Doutor em Educação pela UNISINOS, RS. Mestre em Direito pela URI - Campus de Santo Ângelo, RS. Especialista em Direito Tributário, em Civil e Processo Civil, em Contabilidade Gerencial e em Docência do Ensino Superior. Graduado em Direito, em Administração e em Ciências Contábeis. Professor de Direito Administrativo, Direito Tributário e Prática Fiscal. Advogado

CLEBERSON CARDOSO DE OLIVEIRA - FACULDADE PITÁGORAS DE LONDRINA - FPL

Mestre em Ciências Jurídicas Centro Universitário UNICESUMAR. Pós-Graduado em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Coordenador do curso de Direito.

CYNTHIA PEREIRA DE ARAÚJO – ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – AGU

Doutora em Direito pela PUC. Fez doutorado-sanduíche na Universität Vechta (Alemanha), com enfoque em Filosofia. Mestre em Direito

pela PUC-Minas. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada da União.

DIOGO DE ALMEIDA VIANA DOS SANTOS - UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO - UFMA

Possui doutorado PhD em International Cooperation—Governance and Law - Universidade de Nagoya-Japão. Mestrado em LL.M. Comparative Law - Universidade de Nagoya-Japão. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Professor da UFMA-Universidade Federal do Maranhão, de Direito Constitucional, Direito Internacional Público e Direito Econômico.

LUÍS HENRIQUE BORTOLAI - FACULDADE METROPOLITANA DE CAMPINAS – METROCAMP.

Doutor em “Acesso à justiça” na Faculdade Autônoma de Direito - FADISP. 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, nas áreas de processo civil e direito civil.

MARCOS DE LIMA PORTA - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor na Faculdade de Direito da PUC-SP.

PAULO RICARDO SCHIER - COMPLEXO DE ENSINO SUPERIOR DO BRASIL - UNIBRASIL

Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Paraná. Realizou estágio pós-doutoral na Universidade de Coimbra (Centro de Democracia e Direito Humanos do IGC, Ius Gentium Conimbrigae). Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo UniBrasil. Advogado.

**PLÍNIO LACERDA MARTINS -
UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ
DE FORA – UFJE.**

Doutor em Direito pela Universidade Federal Fluminense - UFF, Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Professor da Universidade Federal Fluminense - UFF, professor da Universidade Salgado de Oliveira em Juiz de Fora, Professor convidado da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro - EMERJ, Professor convidado da Fundação Getúlio Vargas - FGV, Professor da Escola de Direito da Associação do Ministério Público do Rio, Professor colaborador no curso de Mestrado Profissional em Defesa Civil da UFF, Professor do quadro permanente do Curso de Doutorado em Direito, Instituições e Negócios - PPGDIN da UFF

**RICARDO STANZIOLA VIEIRA
- UNIVERSIDADE DO VALE DO
ITAJAÍ - UNIVALI**

Pós-doutorado no Centro de Pesquisa Interdisciplinar em Direito Ambiental, Urbanismo e gestão do território (Crideau, Universidade de Limoges – França). Doutorado em Ciências Humanas pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Docente nos Cursos de Mestrado e Doutorado do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica e no Curso de Mestrado em Gestão de Políticas Públicas - UNIVALI.

**RUBENS BEÇAK - UNIVERSIDADE
DE SÃO PAULO - USP**

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

**RUI MAGALHÃES PISCITELLI -
ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
(AGU)**

Mestre em Direito Constitucional. Professor Universitário e de pós-graduação em Direito em Porto Alegre e Brasília. Advogado da União. Assessor do Secretário do Patrimônio da União.

**SANDRO LÚCIO DEZAN - CENTRO
UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA -
UNICEUB**

Doutor em Direito, pelo Centro Universitário de Brasília – UnICEUB. Doutor em Ciências Jurídicas Públicas, pela Escola de Direito da Universidade do Minho - UMinho, Braga, Portugal. Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Professor Titular de Direito Administrativo da Graduação em Direito e do Mestrado e do Doutorado no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito e Políticas Públicas (PPGD), do Centro Universitário de Brasília – UnICEUB.

**THAÍS CÍNTIA CÁRNIO -
UNIVERSIDADE PRESBITERIANA
MACKENZIE**

Doutora em Direito Tributário e Mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Contratual pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; em Banking pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; em Direito Privado pela Universidade de São Paulo; em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Universidade de São Paulo. Professora nos cursos de graduação e pós-graduação na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

**WAGNER SILVEIRA FELONIUK -
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO
GRANDE – UFRG.**

Doutorado, mestrado e graduação em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Professor Adjunto de Direito Constitucional no Curso de Relações Internacionais e Professor Permanente no Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal do Rio Grande – UFRG.

AUTORES

ANA MARIA MUNIZ DOS SANTOS

ROCHA

Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Pós-Graduada em Direito Civil: Doutrina e Jurisprudência pela Escola Paulista de Direito (EPD). Bacharel em Direito pela Escola Superior de Administração Marketing e Comunicação (ESAMC)

BIANCA TITO

Mestra em Direito, pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Especialista em Direito de Família e das Sucessões pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Especialista em Direito Público pela Escola Brasileira de Direito - EBRADI

BRUNO MARQUES RIBEIRO

Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito Civil pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB)

CAMILA BRITO NERY

Pós-Graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Única Educacional LTDA. Bacharel em Direito pela Escola Superior de Administração Marketing e Comunicação (ESAMC)

CAROLINA ZANCANER ZOCKUN

Mestre e doutora em Direito Administrativo pela PUC/SP. Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra, em Portugal. Professora de Direito Administrativo na PUC/SP (São Paulo-SP, Brasil). Procuradora da Fazenda Nacional.

CLAUDIANA ALVES DE OLIVEIRA

Discente do curso de direito. Estagiário no Tribunal de Justiça

CLÉCIA LIMA FERREIRA

Doutora e Mestra em Ciência Política pela Universidade Nova de Lisboa. Professora da Universidade Tiradentes, Professora da Faculdade Nobre

EDSON VIEIRA DA SILVA FILHO

Pós Doutor pela UNISINOS. Doutor em Direito pela UNESA. Mestre pela Universidade Federal do Paraná. Mestre pela Universidade São Francisco. Delegado de Polícia Classe Geral, aposentado - Polícia Civil do Estado de Minas Gerais. Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

GABRIELA ZANCANER BANDEIRA DE MELLO

Doutoranda em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professora de Direito Constitucional e Fundamentos de Direito Público na PUC/SP (São Paulo-SP, Brasil).

GUSTAVO RAPOSO PEREIRA FEITOSA

Doutor em Ciências Sociais pela Unicamp. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Professor Adjunto de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da UFC. Coordenador do Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos da Unifor

JOÃO PAULO SANTOS BORBA

Mestrado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade de Brasília - UNB. Advogado da União

JULIO CESAR WERNECK MARTINS

Doutorando em Direito pela Universidade Veiga de Almeida. Mestre em Direito pela Universidade Candido Mendes. Advogado da União

MAURÍCIO ZOCKUN

Mestre em Direito Tributário pela PUC/SP. Doutor e Livre-docente em Direito Administrativo pela PUC/SP. Professor de

Direito Administrativo na PUC/SP (São Paulo-SP, Brasil). Advogado.

Pós-graduado em Direito Constitucional e Administrativo pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Advogado da União.

MICAEL LUIZ SANTOS AMORIM

Discente do curso de direito. Estagiário no Tribunal de Justiça

MURILLO FRANCO CAMARGO

Mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Especialização em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

PRISCILA ELISE ALVES

VASCONCELOS

Estágio Pós-doutoral em Direito das Cidades pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Doutora em Direito pela Universidade Veiga de Almeida - RJ. Mestra no Programa de Pós-Graduação em Agronegócios na Universidade Federal da Grande Dourados - Mato Grosso do Sul. Especialista em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela UESA. Pós-graduada em Meio Ambiente pelo MBE/COPPE/UFRJ.

RAFAEL ALEM MELLO FERREIRA

Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá, Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas-FDSM. Pós-Graduado em Ciências Penais pela universidade Federal de Juiz de Fora. Professor da Faculdade de Direito do Sul de Minas: FDSM e Coordenador e professor do Curso de Direito da PUC-MG

RENATA ELISANDRA DE ARAUJO

Mestre em Direito Tributário e Internacional pela Universidade Federal de Santa Catarina –UFSC. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília-UNB. Procuradora Federal.

RICARDO FACUNDO FERREIRA

FILHO

Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

SUMÁRIO

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

AUTORES CONVIDADOS

Do Aborto Seletivo à Luz da Constituição de 1988 <i>Selective Abortion in Light of the 1988 Constitution</i> Carolina Zancaner Zockun Gabriela Zancaner Bandeira de Mello Maurício Zockun.....	17
--	----

ARTIGOS

Cláusulas Gerais: Contexto Histórico e Seus Reflexos no Ordenamento Jurídico <i>General Clauses: Historic Context and Its Reflection on the Legal System</i> Ana Maria Muniz dos Santos Rocha Camila Brito Nery Bruno Marques Ribeiro.....	37
--	----

A Liberdade de Expressão e a Vida em Democracia: Uma Leitura à Luz da Teoria de Ronald Dworkin <i>The Free Speech and Life in Democracy: A Reading in the Light of Ronald Dworkin's Theory</i> Bianca Tito Rafael Alem Mello Ferreira.....	59
---	----

Execução Contra a Fazenda Pública: Uma Análise no Âmbito do Tribunal de Justiça de Sergipe <i>Execution Against the Public Farm: An Analysis Within the Scope of the Court of Justice of Sergipe</i> Clécia Lima Ferreira Micael Luiz Santos Amorim Claudiana Alves de Oliveira.....	75
--	----

O Papel da Advocacia-Geral Da União na Responsabilização da Pessoa Jurídica Pela Prática de Atos Lesivos Contra a Administração Pública <i>The Function of Attorney General's Office in the Liability of the Legal Person for Practice of Lesive Acts in Damage to the Public Administration</i> João Paulo Santos Borba.....	91
---	----

O Estado Regulador, Covid19 e os Limites da Regulação <i>Regulatory State, Covid19 and the Limits of Regulation</i> Julio Cesar Werneck Martins	
---	--

Priscila Elise Alves Vasconcelos111

O Garantismo Penal Como Resposta às Políticas Populistas de Punição
Como Garantia de Segurança da Sociedade

*The Criminal Guarantee as A Response to Population Policies of
Punishment as A Guarantee of Society's Security*

Murillo Franco Camargo

Edson Vieira da Silva Filho137

A Segurança Jurídica Como Princípio Garantidor de Certeza,
Estabilidade e Previsibilidade do Direito Tributário

*The Principle of Legal Certainty as Instrument to Guarantee the Certainty,
Stability and Predictability of Tax Law*

Renata Elisandra de Araujo163

“O Poder de Dar a Última Palavra”: Reflexões Sobre os Instrumentos
da Superação Legislativa da Jurisprudência na Perspectiva do Efetivo
Diálogo Constitucional

*“The Power to Give the Last Word”: Reflexions About Legislative
Overcoming's Tools Under the Perspective of Un Effective Constitutional
Dialogue*

Ricardo Facundo Ferreira Filho

Gustavo Raposo Pereira Feitosa185

EDITORIAL

Prezado leitor,

Neste ano de 2022, a Revista da AGU completa 20 anos de existência. Durante esse período, foram publicados mais de 70 números do periódico e cerca de 900 trabalhos científicos relacionados à Advocacia Pública e ao Direito Público, temas em relação aos quais a Revista da AGU se tornou reconhecida referência. O amadurecimento da Revista refletiu-se, outrossim, na obtenção da Nota Qualis-Periódicos B2, cuja elevação é buscada, em especial, por meio do fortalecimento dos seus índices de internacionalização e de impacto científico. Tendo em vista esse objetivo, a Revista promoverá, ainda no ano corrente, a publicação de dossiês especiais sobre temas de particular importância para a Advocacia Pública, com a expectativa de atrair o interesse de autores, nacionais e estrangeiros, com elevada especialização nos assuntos envolvidos. Aos autores, pareceristas e membros da equipe editorial que contribuíram para o sucesso da Revista da AGU ao longo dessas duas décadas, registramos nosso sincero agradecimento, que se estende ao leitor do periódico, destinatário do trabalho de todos esses profissionais.

Na abertura do presente número, Carolina Zancaner Zockun, Gabriela Bandeira de Mello e Maurício Zockun examinam, em trabalho elaborado a convite do Conselho Editorial da Revista, a possibilidade de descriminalização do aborto seletivo, consistente na interrupção da gestação no caso de feto com deficiência.

Os demais artigos foram recebidos pelo sistema de submissão contínua e aprovados em processo de “avaliação cega por pares”. No primeiro deles, Ana Maria Rocha, Bruno Ribeiro e Camila Nery exploram o instituto das cláusulas gerais, com destaque para sua capacidade de ensinar a atualização das interpretações jurídicas e estreitar a relação entre o direito positivo e as novas realidades da sociedade.

Bianca Tito e Rafael Ferreira salientam a importância do direito à liberdade de expressão para a vida em democracia, adotando, como marco teórico, a teoria jurídica e política proposta por Ronald Dworkin.

Por sua vez, Clécia Ferreira, Micael Amorim e Claudiana Oliveira investigam o regime de execução contra a Fazenda Pública a partir de dados disponibilizados pelo Tribunal de Justiça do Estado de

Sergipe e pelo Conselho Nacional de Justiça. À guisa de conclusão, os autores propõem o aprimoramento da transparência e da organização das informações referentes a esse regime, de modo a torná-las acessíveis aos jurisdicionados e, por conseguinte, sujeitá-las a um controle social eficaz.

Tomando como ponto de partida o disposto na Lei n. 12.846/2013 (“Lei Anticorrupção Brasileira”), João Paulo Santos Borba aborda o papel da Advocacia-Geral da União no combate à corrupção praticada por pessoas jurídicas nacionais e estrangeiras contra a Administração Pública Federal.

Júlio César Martins e Priscila Vasconcelos analisam as medidas de intervenção estatal na economia e na esfera das liberdades individuais adotadas como forma de enfrentamento à pandemia da Covid-19. Os autores problematizam, em especial, os limites que devem ser impostos à atividade regulatória do Estado para que seu exercício possa ser considerado compatível com a Constituição.

Murillo Camargo e Edson da Silva Filho defendem o garantismo penal diante das políticas populistas de punição como garantia de segurança da sociedade, argumentando, em síntese, que aquele enfoque tem como finalidade a promoção de um exercício adequado e ético do poder punitivo do Estado, pautado no cumprimento dos direitos fundamentais.

Renata Araujo discorre sobre o conteúdo do princípio da segurança jurídica e sua importância para a preservação da previsibilidade e da estabilidade das relações tributárias.

Por fim, Ricardo Ferreira Filho e Gustavo Feitosa dissertam sobre os limites impostos pelo Supremo Tribunal Federal à superação legislativa dos seus próprios julgados, colocando em xeque a possibilidade de desenvolvimento de um diálogo constitucional efetivo sob a jurisprudência atual da Corte.

A Escola da AGU convida o leitor a apreciar os trabalhos científicos oferecidos, propondo a leitura da Revista da AGU eletrônica, disponível em: <http://seer.agu.gov.br>.

Boa leitura!

Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio

Responsável pela Coordenação dos Cursos de Pós-graduação da
Escola da AGU

RECEBIDO EM 16/12/2021

APROVADO EM 17/12/2021

DO ABORTO SELETIVO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

SELECTIVE ABORTION IN LIGHT OF THE 1988 CONSTITUTION

Carolina Zancaner Zockun

Mestre e doutora em Direito Administrativo pela PUC/SP. Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra, em Portugal. Professora de Direito Administrativo na PUC/SP (São Paulo-SP, Brasil). Procuradora da Fazenda Nacional.

Gabriela Zancaner Bandeira de Mello

Doutoranda em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professora de Direito Constitucional e Fundamentos de Direito Público na PUC/SP (São Paulo-SP, Brasil).

Maurício Zockun

Mestre em Direito Tributário pela PUC/SP. Doutor e Livre-docente em Direito Administrativo pela PUC/SP. Professor de Direito Administrativo na PUC/SP (São Paulo-SP, Brasil). Advogado.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Interrupção seletiva da gestação. 2 Pessoa com deficiência. 3 Possibilidade de aborto no âmbito do ordenamento jurídico. 4 Possibilidade jurídica de aborto seletivo. 5 Conclusões. Referências.

RESUMO: O artigo investiga a possibilidade de descriminalização do aborto seletivo, assim entendido como a interrupção da gestação no caso de feto com deficiência. Para tanto aborda a diferença entre aborto eugênico e interrupção seletiva da gestação, traça um panorama da proteção ao direito à vida no ordenamento e aborda as decisões judiciais acerca da matéria, sobretudo aquela proferida no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF. O artigo prossegue investigando como a Constituição e a legislação definem e estabelecem proteção à pessoa com deficiência e qual é o seu papel social e jurídico na sociedade brasileira, além de fazer uma breve explanação sobre o princípio da igualdade. Por fim, concluímos que o feto anencefálico difere totalmente do feto com deficiência, que o direito à vida não é protegido desde a concepção, mas sim a partir da formação do tronco encefálico e que o aborto voluntário até o terceiro mês de gestação encontra respaldo na Constituição e no ordenamento. Entretanto, a realização de interrupção da gestação unicamente tendo por motivo deficiência congênita não encontra respaldo nas disposições que asseguram a aplicabilidade do princípio da igualdade, o que resulta em inconstitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto Seletivo. Descriminalização do Aborto. Pessoa com Deficiência. Proteção Jurídica da Vida. Igualdade.

ABSTRACT: This article investigates the possibility of decriminalizing selective abortion, that is the interruption of pregnancy in cases in which the fetus presents a disability. Thus, it addresses the difference between abortion for eugenics purposes and selective interruption of pregnancy, including an outline of the panorama of the protections afforded the right to life under existing law and the jurisprudence on the subject, especially that related to Allegation of a Violation of a Fundamental Right no. 54/DF. The article proceeds to investigate how

the Constitution and legislation define and establish protections of the disabled and what their social and legal role is in Brazilian society, as well as presenting a brief explanation of the principle of equal protection. Finally, we conclude that an anencephalic fetus differs totally from a disabled fetus, that the right to life is not protected from conception, but rather from the formation of the brainstem, and that a voluntary abortion until the third month of pregnancy is supported by the Constitution and the existing legal framework. However, the interruption of pregnancy solely due to a congenital disability finds no support in the provisions guaranteeing the application of equal protection principles and is thus unconstitutional.

KEYWORDS: Selective Abortion. Abortion Decriminalization. Disabled Persons. Legal Protection of Right to Life. Equal Protection.

INTRODUÇÃO

A questão do Aborto no Brasil, assim entendida como a interrupção voluntária do estado gravídico, foi (e ainda é) permeada por diversas questões de ordem jurídica, social, ética e moral e envolve profundo embate psíquico que, aliado a uma legislação arcaica e distante da realidade enfrentada por diversas mulheres, suscita problemas que acabam sendo enfrentados pelos Tribunais, sem uma reflexão da sociedade sobre o tema.

Apesar de o Código Penal ter admitido, ainda em 1940, a possibilidade de abortamento em casos específicos, a situação só foi efetivamente implementada em 1989 com a abertura, na cidade de São Paulo, do primeiro serviço público de atendimento a mulheres para a realização do procedimento (COLAS et al., 1994, p. 81-85).

A dificuldade de acesso ao aborto legal ainda persiste, não obstante os mais de 30 anos implementação do serviço, e tem suscitado diversas reações por parte dos agentes políticos, membros do judiciário e da própria sociedade, além de entidades favoráveis à interrupção voluntária da gestação, como também de entidades que se posicionam de forma contrária ao abortamento.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, afirma a inviolabilidade do direito à vida, entretanto é silente quanto ao início da proteção deste direito, o que abre diversas possibilidades para alteração da legislação quanto ao tema que, inclusive, foi e está sendo objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal.

Assim, o presente artigo busca investigar possibilidade de Aborto Seletivo à luz da Constituição e dos princípios que garantem o direito à vida e à igualdade, bem como a relação existente entre estes princípios e a autonomia da vontade e demais fundamentos da Bioética.

1 INTERRUPÇÃO SELETIVA DA GESTAÇÃO.

O aborto, conforme o entendimento de Ronald Dworkin (2009, p. 1), consiste na opção de matar um embrião em formação, antes do começo da vida extrauterina.

Débora Diniz e Marcos de Almeida (1998, p. 126-127) dividem a interrupção gestacional em quatro subtipos, quais sejam, (i) interrupção eugênica da gravidez, realizada com o intuito de preservar a pureza da raça, como ocorreu na Alemanha nazista ou para promover o nascimento de apenas um dos sexos, como se verificou durante a política do filho único na China comunista; (ii) interrupção terapêutica da gestação, realizada com o objetivo de salvar a vida da gestante, prevista como excludente de ilicitude pelo Código Penal Brasileiro de 1940; (iii) interrupção seletiva da gestação, que ocorre em razão de eventual lesão fetal, incompatível ou não com a vida e, por fim, (iv) a interrupção voluntária da gestação, que pressupõe a autonomia da gestante ou das partes envolvidas, que não mais desejam a gravidez.

Para fins deste estudo, o que nos interessa é o aborto seletivo e como ele deve ser tratado a luz do ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo após a decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF que incluiu, entre as hipóteses de exclusão de ilicitude, o aborto do feto anencefálico.

Preliminarmente, é importante destacar que a interrupção seletiva da gravidez não se confunde com a interrupção eugênica da gestação. Novamente, valendo-nos das lições de Debora Diniz e Marcos Almeida (1998, p. 126-127), concluímos que na interrupção seletiva da gestação há participação ativa da gestante ou do casal, enquanto o aborto eugênico ocorre independentemente da vontade das partes e, unicamente, para fins de suposto aprimoramento genético. Em outras palavras, a eugenia através do aborto é tida como parte de uma política ou ideologia de extermínio, vejamos:

(...) Outro motivo que nos fez diferenciar a saúde mental fetal para a escolha da terminologia a ser adotada foi o fato de vários escritores

denominarem a ISG de IEG. Este é um exemplo interessante do que denominamos ‘terminologia de guerra’. O termo ‘seletivo’, para nós, remete diretamente à prática a que se refere: é aquele feto que, devido a malformação fetal, faz com que a gestante não deseje o prosseguimento da gestação. Houve, é claro, uma seleção, só que em nome da possibilidade da vida extra-uterina ou da qualidade de vida do feto após o nascimento. Tratar, no entanto, o aborto seletivo com eugênico é nitidamente confundir as práticas. Especialmente porque a ideologia eugênica ficou conhecida por não respeitar a vontade do indivíduo. A diferença fundamental entre a prática do aborto seletivo e a do aborto eugênico é que não há obrigatoriedade de se interromper a gestação em nome de alguma ideologia de extermínio de indesejáveis, como fez a medicina nazista. A ISG ocorre por opção da paciente.

Apesar de concordarmos com entendimento exarado pela antropóloga acima, vale destacar que o Ministro Marco Aurélio Mello (2012), no voto¹ que descriminalizou a interrupção da gravidez no caso de feto anencéfalo, não levou em consideração esta distinção. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o Ministro limitou-se a afirmar que aborto do embrião anencefálico não se compara ao aborto eugênico, pois não se refere à criança com deficiência, mas sim à condição incompatível com a vida extrauterina.

Assim, podemos inferir que o Ministro colocou o aborto eugênico no mesmo patamar do aborto seletivo, entendendo que, ao menos para os fins da decisão, não haveria uma distinção relevante entre ambas as espécies.

Portanto, para fins desta análise, assumimos que o aborto seletivo é aquele realizado com o consentimento da gestante exclusivamente para impedir o nascimento de crianças com deficiência pelos mais variados motivos, que vão desde questões econômicas, perpassam pela autonomia

1 Acerca do aborto eugênico o Ministro Marco Aurélio Mello ressalta que: “Cumprir rechaçar a assertiva de que a interrupção da gestação do feto anencéfalo consubstancia aborto eugênico, aqui entendido no sentido negativo em referência a práticas nazistas. O anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial. Logo não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepam de padrões imoralmente eleitos. Nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, não se trata de feto ou criança com lábio leporino, ausência de membros, pés tortos, sexo dúbio, Síndrome de Down, extrofia de bexiga, cardiopatias congênitas, comunicação interauricular ou inversões viscerais, enfim, não se trata de feto portador de deficiência grave que permita sobrevivência extrauterina. Cuida-se tão somente de anencefalia. Na expressão da Dra. Lia Zanotta Machado, ‘deficiência é uma situação onde é possível estar no mundo; anencefalia, não’. De fato, a anencefalia mostra-se incompatível com a vida extrauterina, ao passo que a deficiência não”. (Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 54. Distrito Federal).

da vontade da gestante, até a falta de disponibilidade para assumir uma pessoa com condições atípicas, sejam elas de ordem neurológica ou física.

2 PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Antes de adentrarmos na questão da possibilidade do aborto no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, é necessário trazer algumas considerações sobre a pessoa com deficiência e sua proteção jurídica, já que estamos tratando de aborto seletivo.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo diversos dispositivos que tratam especificamente e diretamente da pessoa com deficiência, como e.g. o artigo 7º, inciso XXXI, que trata da proibição de discriminação no ambiente de trabalho, o artigo 23, inciso II, que dispõe sobre a competência comum dos entes federativos para cuidar da saúde e assistência da pessoa com deficiência, o artigo 24, inciso XVI, que estabelece a competência concorrente dos entes federativos para legislar sobre a proteção e integração da pessoa com deficiência, o artigo 37, inciso VII, sobre a reserva de vagas em cargos e empregos públicos, o artigo 203, inciso IV, que trata da habilitação e reabilitação da pessoa com deficiência, além da sua integração à vida comunitária pela assistência social, entre outros.

Ademais, o texto constitucional congrega outras disposições que enfatizam e consagram a busca pela igualdade material entre todos aqueles, independentemente das condições físicas, raciais, psíquicas ou sociais, que integrem a sociedade brasileira. Destaque-se a dignidade da pessoa humana com fundamento da República (artigo 1º, inciso III), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária com objetivo fundamental (artigo 3º, inciso I) e, sobretudo, a igualdade perante a lei, nos termos do artigo 5º, *caput* da Constituição.

Cumpre-nos, então, definir quem são essas pessoas objeto da proteção constitucional acima e como, então, devem ser consideradas para fins do presente estudo.

Luiz Alberto David Araujo (2001, p. 20), em precioso trabalho sobre o tema, faz uma abordagem ampla sobre o conceito de deficiência²,

2 Sobre a pessoa com deficiência (ARAUJO, 2001, p. 20): “O que define a pessoa com deficiência não é a falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa com deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade, O grau de dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade, de estar incluído socialmente. O grau de dificuldade para a inclusão social é que definirá quem é ou não pessoa com deficiência.”

passando por uma detalhada análise que engloba a conceituação do verbete “deficiente” nos dicionários atuais – que passa uma ideia de ausência de algo ou falha em alguma coisa – até uma definição social que engloba todos os indivíduos cujo grau de dificuldade de integração à sociedade é relevante, conforme o meio em que o indivíduo está inserido.

Já legislação sobre o tema também traz algumas definições importantes. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (Decreto nº 6.949/2009), que foi promulgada em 25 de agosto de 2009, traz a seguinte definição em seu Artigo 1º:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência³ (Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015), em seu artigo 2º, *caput*, transcreve, de forma quase idêntica a definição trazida pela Convenção acima, acrescentando que “a avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar (...)”.

Portanto, podemos concluir que a doutrina e a legislação adotam conceitos bastante abrangentes no que concerne à definição de pessoa com deficiência e, ao invés de rol taxativo, opta por uma abordagem individualizada de cada caso que envolve atipicidade.

Para nós, no âmbito deste trabalho, o que efetivamente interessa é aquela deficiência congênita, que pode ser identificada já no âmbito da gestação e, levando em conta fatores de ordem social e psíquica, podem resultar em dificuldades para o indivíduo após o nascimento.

3 POSSIBILIDADE DE ABORTO NO ÂMBITO DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Apesar de a Constituição proteger o direito à vida, no artigo 5º, *caput*, conforme mencionado alhures, não há no texto qualquer menção acerca do momento em que essa proteção se efetivaria. Em outras palavras o legislador

3 Art. 2º. Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

deixou a questão em aberto, o que poderia favorecer a descriminalização da interrupção da gestação.

O Código Penal de 1940 (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), por outro lado, tipifica a prática em qualquer circunstância que não sejam aquelas descritas no artigo 128 do texto legal, a saber, a interrupção da gestação por médico para salvar a vida da gestante e no caso da gravidez resultante de estupro com o consentimento da gestante.⁴

Ademais, a Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental nº 54/DF, já referida neste artigo, declarou inconstitucional a interpretação que tipifica a hipótese de interrupção da gravidez de feto anencefálico, visto que, conforme o entendimento da Suprema Corte, a anencefalia é condição incompatível com a vida protegida pela Constituição.

Resta saber, ainda, se as disposições sobre o aborto no Código Penal, editado sob a égide de constituição anterior, foram recepcionadas pelo atual texto constitucional. O Supremo Tribunal Federal, em análise preliminar sobre a questão, no bojo do Habeas Corpus nº 124.306/ RJ, impetrado para afastar a prisão preventiva de um casal que realizava intervenção médica para a interrupção de gestações indesejadas com o conhecimento da gestante, ou seja, na hipótese de aborto voluntário, optou novamente pela interpretação conforme dos artigos 124 a 126 do Código Penal⁵, entendendo pela descriminalização da prática até o terceiro mês de gestação.

O Ministro Luís Roberto Barroso, em voto proferido quando da concessão do writ acima mencionado, entendeu que a criminalização da

4 Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

5 Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena – detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 – Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena – reclusão, de três a dez anos

Art. 126 – Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena – reclusão, de um a quatro anos

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

prática em determinadas circunstâncias viola diversos direitos fundamentais, como a autonomia da mulher e sua liberdade individual, seu direito à integridade física e psíquica, seus direitos sexuais e reprodutivos, a igualdade de gênero – que incentiva uma visão idealizada da maternidade –, além do princípio da proporcionalidade, em que a tipificação da conduta só se justificaria se “(i) for adequada à tutela do direito à vida do feto (adequação); (ii) se não houver outro meio que proteja igualmente esse bem jurídico e seja menos restritivo dos direitos das mulheres (necessidade); e (iii) a tipificação se justificar a partir da análise de seus custos e benefícios (proporcionalidade em sentido estrito)”.

Ao nosso ver, o entendimento do Supremo mostra-se acertado e consubstancia-se em grande avanço civilizatório, pois encontra respaldo na ordem jurídica, já que a criminalização do aborto não evita a prática, que geralmente é realizada em circunstâncias insalubres e com grandes riscos para a gestante, além de impor à mulher uma dupla penalização, pois além de ter que arcar com o fardo de ter optado por interromper a gestação, ainda se vê obrigada a responder pela conduta na esfera penal, perpetrando práticas patriarcais e incompatíveis com a ordem jurídica.

Em outras palavras, a tipificação do aborto não contribui para a proteção ao direito à vida, visto que, apenas em 2019, o Sistema Único de Saúde registrou quase 200.000 (duzentas mil) internações por conta de aborto, sendo que o aborto legal corresponde a apenas 1% do número de internações, ou seja, independentemente da pena, o aborto continua a ser praticado no país, de forma clandestina, insegura e insalubre (LICHOTTI; MAZZA; BUONO, 2020).

Sobre a autonomia da mulher e sua liberdade individual, saliente-se que, para além das questões de ordem jurídica, um dos princípios da bioética é, justamente o princípio da autonomia, que estabelece o respeito às decisões do paciente com relação aos rumos terapêuticos que pretende seguir.⁶

6 Sobre os princípios da bioética, Francesco Bellino (1997, p. 198-199) assevera: “O princípio da autonomia estabelece o respeito pela liberdade do outro e das decisões do paciente e legítima a obrigatoriedade do consento livre e informado, para evitar que o enfermo se torne um objeto. O princípio de beneficência ou beneficência (beneficente) estabelece a obrigação de cumprir o bem terapêutico do paciente. Junto a este princípio, mesmo se diferente, vem o princípio de não maleficência ou de não-malevolência (não-maleficente), que prescreve, como o preceito hipocrático, não prejudicar (*neminem laeder, primum non nocere*) e não fazer ao outros um mal ao qual o indivíduo não se opõe e presumivelmente consente, para evitar danos e para justificar a necessidade de controlar a imposição de riscos”.

Apesar da existência, por outro lado, do princípio da beneficência, atrelado a não-malevolência, que dispõe sobre a necessidade do profissional de saúde buscar a melhor alternativa terapêutica para o paciente, entendemos que, no caso do aborto voluntário, o melhor interesse da paciente só é atingido com a efetivação do procedimento de interrupção estacional. Isto porque, a gestação envolve mudanças físicas, psíquicas e sociais que somente a gestante experimenta e, portanto, cabe somente a ela decidir sobre os rumos da gestação.

Outrossim, para fins de adequação ao ordenamento jurídico, cabe-nos indagar se o feto é ou não um ser vivo passível de proteção jurídica. Para melhor compreensão da questão, vale trazer ao presente estudo uma definição jurídica de morte. Observe-se que não pretendemos esgotar o tema, mas apenas trazer uma definição que se alinhe aos preceitos jurídicos e aos avanços científicos, que, assim como no tema envolvendo o início da vida humana, experimentou, nas últimas décadas, um avanço significativo no sentido de estabelecer um marco específico ao momento da morte.

Convém ressaltar, entretanto, que, assim como a vida, a morte é um processo que se inicia com o nascimento com vida e termina com a falência da última célula do corpo⁷. Portanto, para fins deste estudo, o que nos interessa é a morte encefálica, pois, ao nosso ver, é com a sua efetivação que os direitos de personalidade se encerram.

A morte encefálica, portanto, conforme preconiza o Conselho Federal de Medicina na Resolução nº 2.173, de 23 de novembro de 2012, consiste “na perda completa e irreversível das funções encefálicas, definida pela cessação das atividades corticais e de tronco encefálico”.⁸

Assim sendo, transportando a definição de morte encefálica para o marco inicial de proteção à vida, temos que antes do desenvolvimento de sistema nervoso central, por volta da 12^a semana de gestação, ou seja, antes de o feto tornar-se responsivo ao ambiente, não haveria proteção

7 A professora Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos (1997), sobre o conceito jurídico de morte, ensina que: “Em Hermenêutica Jurídica o conceito de morte é um conceito aberto, assim considerado porque seus elementos constitutivos são dados pela ciência médica, mas sua interpretação é jurídica.

O conceito de morte interessando às diversas ciências biológicas, médicas, jurídicas e sociais, está longe de ter um consenso do momento real de sua ocorrência. Assim sendo, o Direito não define o que seja a morte, nem o que seja a vida. É preciso, porém, fazermos uma distinção entre a morte, o morrer e o morto”.

8 Resolução nº 2.173, de 23 de novembro de 2017 que define os critérios do diagnóstico de morte encefálica.)

jurídica à vida, o que torna o aborto voluntário até então uma conduta legítima.

Por fim, vale trazer o entendimento de Ives Gandra Martins (apud MIRANDA; SILVA; 2008, p. 145-146)⁹, que para demonstrar sua forte oposição a qualquer tipo de interrupção gestacional, denomina o aborto como homicídio uterino. Para tanto, alega que, por se tratar de uma célula com potencialidade de vida, o zigoto não poderia prescindir de proteção jurídica, pois seria um “ser humano” desde a sua concepção.

Para o jurista, os dispositivos que tratam da excludente de ilicitude do aborto no Código Penal não foram recepcionados pela Constituição de 1988, já que o artigo 5º do texto magno estabelece a inviolabilidade do direito à vida.

Entretanto, entendemos de forma diversa. Ao nosso ver, nem o zigoto, nem o feto antes do desenvolvimento do sistema nervoso central, gozam proteção jurídica. Por um lado, a proteção jurídica de uma mera expectativa de vida colide frontalmente com os direitos à autonomia e à saúde da gestante. De outra feita, sem o sistema nervoso central, não há personalidade, não há sensações e nem responsividade ao meio, o que torna o feto apenas uma expectativa de ser humano, e não um indivíduo em si mesmo.

Neste sentido, entendemos que não há óbice jurídico à interrupção da gestação até a formação do sistema nervoso central do feto, cabendo à gestante decidir os rumos da gravidez.

4 POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ABORTO SELETIVO

Estabelecida a legitimidade jurídica da conduta da gestante no que concerne ao aborto até a formação do sistema nervoso central do feto, cumpre-nos indagar se é possível limitar esta possibilidade apenas à

9 Ives Gandra Martins (apud MIRANDA; SILVA; 2008, p. 145-146) sobre a possibilidade jurídica do aborto em qualquer situação: “Trata-se, pois, desde a primeira célula, de um ser humano, e não de um animal. Se admitíssemos que ainda não fosse um ser humano, apesar de toda a carga genética e seu mapa definitivo de ser humano já estar plasmado no zigoto, teríamos que admitir que todos nós teríamos sido animais nos primeiros anos de vida e só depois nos transformado em seres humanos.
(...)”

Entendo que a Constituição Federal não admitiu a hipótese de aborto sentimental, porque, pela primeira vez, faz menção ‘a inviolabilidade do direito à vida’ e não mais, como nos textos passados, o respeito aos ‘direitos concernentes à vida’. O discurso atual é direto e claríssimo, ao determinar que a inviolabilidade é do direito à vida, e não apenas o respeito a direitos concernentes à vida”.

existência de anomalias congênicas na gestação que impeçam ou limitem a convivência da criança gerada em sociedade.

Essa hipótese tornou-se objeto de discussão, sobretudo, após a descriminalização do aborto no caso de feto anencefálico pelo Supremo Tribunal Federal, pois acentuou a ideia de que o anencéfalo seria uma pessoa com deficiência e, portanto, o direito conferido à gestante do anencéfalo poderia ser estendido às mulheres grávidas de feto com deficiência identificável por meio de exames pré-natais.

Entretanto, entendemos que o diagnóstico de anencefalia não pode ser comparado ao de deficiência congênita. Primeiro porque, no caso de anencefalia, a morte da criança, se nascida com vida, é uma certeza. Segundo porque o ordenamento jurídico pátrio não abarca determinados tipos de discriminação e, viabilizar o aborto para, apenas e tão somente, fetos com deficiência, antes ou depois da décima-segunda semana de gestação não encontra fundamento de validade na Constituição, conforme veremos a seguir.

É fundamental dizer que a decisão que incluiu o aborto do feto sem o tronco cerebral nas hipóteses de exclusão de ilicitude do tipo penal resulta, necessariamente, em natimorto. Não há nada que indique qualquer comparação, para fins jurídicos, do feto anencéfalo com um feto com deficiência congênita.

Um - o anencefálico - é a antítese da vida, enquanto o outro, não obstante eventuais limitações, pode levar uma vida plena, não só do ponto de vista jurídico, mas também do ponto de vista social, por meio de diferentes instrumentos, implementados nos mais diversos meios e áreas de conhecimento, para o alcance da igualdade material. Afinal, a pessoa com deficiência não pode ser considerada um estorvo para a sociedade, mas sim como parte integrante do corpo social, apta a exercer direitos e deveres, como todos os demais indivíduos.

Assim, a descriminalização do aborto do feto anencefálico, por si só, não autoriza a descriminalização do aborto de fetos com alguma atipicidade, já que as duas situações aqui envolvidas são substancialmente divergentes.

Resta saber, contudo, se a Constituição autorizaria a realização da interrupção da gestação, única e tão somente, utilizando como critério a existência ou não de deficiência em um determinado feto, independentemente do momento gestacional.

Preliminarmente, é importante entender quando a Constituição autoriza comportamentos discriminatórios, já que o que se pretende é o alcance da igualdade material.

Como bem ponderou Celso Antônio Bandeira de Mello (2021, p. 13):

O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas e em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrigadas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos.

Com se vê, a lei nada mais faz do que erigir determinadas categorias de indivíduos. Em outras palavras, as normas jurídicas elegem determinada característica ou situação para fins de regular determinada conduta aplicável a este ou aquele grupo de indivíduos.

Esse tipo de discriminação, levado a efeito pela própria legislação, não pode eleger elemento externo à situação ou à pessoa como fator de discriminação, como por exemplo o tempo. É claro que a lei estabelece datas e lapsos temporais. Entretanto, o que se discrimina, neste caso específico, não é a passagem do tempo, mas sim os acontecimentos que ocorreram durante determinado período.

Não se pode, ainda, estabelecer um critério de discriminação tão específico que, no momento da elaboração da norma, já se saiba quem é o indivíduo beneficiado ou atingido pela norma, sob pena de se estabelecer perseguições ou favoritismos incompatíveis com o preceito isonômico.

Portanto, estabelecidas as vedações, ainda que de modo perfunctório, resta saber se os critérios que discriminam fetos com deficiência congênita, verificável por meio de exames pré-natais, podem ser divergentes daqueles aplicados aos fetos sem qualquer atipicidade aparente.

Apesar de a própria lei, em diversas situações, criar discriminações positivas para pessoas com deficiência, com e.g., vagas próprias em concursos públicos, entendemos que criar uma categoria jurídica que permita a discriminação de fetos com deficiência para fins de excludente

de ilicitude com relação à interrupção da gestação não encontra respaldo no ordenamento jurídico.

Novamente, socorremo-nos dos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello. Insta-nos averiguar se existe correlação lógica entre o fator de discriminação (feto com deficiência) e o tratamento diverso dado a gestante (possibilidade de interrupção da gestação).

É certo que a mãe de pessoa atípica pode enfrentar dificuldades que as outras mães não enfrentam. Isso ocorre, sobretudo, em razão do sistema discriminatório que foi instalado no país desde os primórdios e que, até os dias atuais, repercute negativamente na sociedade, ao arrepio dos mais modernos instrumentos legislativos de proteção da pessoa com deficiência.

Para ilustrar a afirmação acima, é válido trazer à luz os mais diversos termos já utilizados pela legislação ao longo da história para denominar pessoas com deficiência, como as expressões “loucos de todo o gênero” (Código Civil de 1916), pessoa “alienada” ou “débil mental” (Código Penal de 1940), “aleijão ou deformado” (Código Civil 1916) e pessoa “com defeito” (Código Civil de 1916). Essa forma de se referir aos indivíduos, aliada a uma política nitidamente excludente, cujos reflexos ainda se mostram presentes na legislação¹⁰, transformam uma gestação de feto com deficiência em uma experiência particularmente desafiadora para a mulher.

Portanto, em um primeiro momento, sem que uma reflexão mais detida sobre a questão possa se desenvolver, poderíamos entender que há uma correlação lógica entre o fator discriminador e a conduta que autoriza um tratamento jurídico diverso à situação.

Entretanto, convém ressaltar que a deficiência, nos dias atuais, deve ser encarada como parte da diversidade humana, como uma característica do indivíduo, que só deve ser erigida para fins de discriminação positiva¹¹, visando ao pleno exercício de direitos, no sentido de mitigar eventuais barreiras que possam existir¹².

10 Vide, por exemplo, o Decreto nº 10.502, de 30 de setembro de 2020, que, dentre outras disposições, prevê a possibilidade de criação de escolas especializadas, sob a justificativa de que instituições de ensino regulares não atendem às necessidades de determinados indivíduos.

11 Eugênia Augusta Gonzaga Fávero (2006, p. 148) sobre a possibilidade de discriminação positiva de pessoas com deficiência: “Ou seja, enquanto são proibidos os tratamentos desiguais que impliquem negação a direitos em geral, as medidas especiais ou afirmativas são válidas justamente por facilitarem o acesso”.

12 Sobre a busca da igualdade material, Luiz Alberto David Araújo (2001, p. 87) assevera que: “Ao lado da igualdade formal, ou seja, a igualdade perante a lei, devemos assinalar a igualdade na lei. O constituinte

Ingo Wolfgang Sarlet e Gabrielle Bezerra Sales Sarlet (2017, p. 220-221), com proficiência, alertam que:

A deficiência, no entanto, persiste como um dogma na sociedade ocidental, especialmente nos dias atuais, em que se busca cada vez mais ansiosamente pela padronização de um ideal de perfeição. Quanto mais se utiliza a medicalização para conter, dominar e transformar o ser humano, mais efeitos nocivos se detecta para a ideia de inclusão dos diferentes. Convém lembrar que a concretização do direito à igualdade somente se aperfeiçoa na medida em que se contempla na mesma medida o direito à diferença e, no que tange às pessoas deficientes, deve-se falar igualmente do direito à inclusão. Pois o direito à inclusão é, na contemporaneidade, a consequência natural do amadurecimento da teoria dos direitos fundamentais, e daí a sua afirmação deve ser pluridimensional, no intuito de alcançar a máxima efetividade.

Dentro deste mesmo raciocínio – no sentido de que a atipicidade é uma característica e não um “defeito” – entendemos que um critério discriminatório que permita a interrupção da gestação de fetos com deficiência não pode ser tido como válido pois não guarda correlação lógica com a conduta diferenciadora.

Ao nosso ver, a mera existência de uma característica, ainda que este traço específico possa implicar em barreiras sociais, conforme a legislação, não tem o condão de permitir o aborto tendo como fundamento esta particularidade.

Contudo, é bom deixarmos claro – se é que já não está evidente – que este estudo não encontrou óbice para a legitimidade de a conduta ser considerada válida para todos os casos de gestação, a depender da vontade da gestante, até a formação do tronco encefálico.

Além da necessidade de um critério racional lógico para a descriminalização do aborto apenas do feto com deficiência, mantendo

originário, incondicionado, ilimitado e criador da nova ordem jurídica, visou proteger grupos determinados, situações específicas e certos valores. Sua escolha é desvinculada de qualquer critério preestabelecido, sendo, na realidade, um ato político. Assim, teve atenção especial para a gestante, o trabalhador, as populações indígenas, o meio ambiente etc. No rol das pessoas protegidas surgem as com deficiência, que recebem amparo singular, este necessário para que se iguale na lei. A zelar por esses grupos ou interesses, o constituinte originário quis, na realidade, dar as mesmas condições das pessoas sem deficiência. A igualdade material (vista sob o ângulo de proteção de certos grupos sociais) nada mais é do que a explicitação de princípios constantes nos fundamentos e objetivos do Estado Brasileiro, enunciados respectivamente, nos artigos primeiro e terceiro: (...)”

a proibição para os demais tipos de gestação, há ainda a necessidade de respaldo da conduta diferenciadora na Constituição Federal.

Neste ponto, o ordenamento jurídico é bastante claro, pois além dos esforços promovidos pelo legislador constitucional no sentido integrar a pessoa com deficiência à sociedade, diversos mecanismos legais foram tomando estatura e criando mecanismos para fortalecer a diversidade do corpo social.

Ressalte-se que a promoção da diversidade e proteção de minorias através de instrumentos jurídicos não se restringe à pessoa com deficiência. Desde 1988, uma série de grupos minoritários tem encontrado na lei e na jurisprudência ferramentas aptas a promover uma redução dos obstáculos enfrentados na busca da igualdade material.

Dentre os instrumentos que aperfeiçoaram o conteúdo do texto constitucional, tendo em vista que a Lei Magna coloca como objetivo primordial da República construir uma sociedade livre, justa e solidária, inferindo que deve haver integração e participação igualitária de todos os cidadãos na construção da sociedade, não só do ponto de vista econômico, como também, trazendo protagonismo a setores que, em razão dos mais variados fatores, são menos participativos, podemos citar a Lei nº 9.100/95, que estabelece quotas para candidaturas de mulheres (art. 11, § 3º) e a Lei nº 13.409/2016¹³, que alterou a redação da Lei 12.711/2012, incluindo a reserva vagas em universidades a pessoas pretas, pardas, indígenas e com deficiência¹⁴.

A partir daí, nos parece claro que qualquer tipo de discriminação de pessoas com deficiência, que não vislumbre a integração à sociedade e a busca da igualdade material, não encontra respaldo constitucional e legal.

Se a legislação e a jurisprudência vierem a eleger qualquer característica do feto para fins de realização da interrupção da gestação que não seja a total incompatibilidade com a vida extrauterina – como

13 Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

14 Sob uma ótica internacional diferenciada e atrelada ao direito internacional e à proteção das populações vulneráveis, vide o estudo de Brian D. Lepard (2020).

no caso do feto anencefálico – resta evidente a inconstitucionalidade da disposição ou da decisão judicial.

Em outras palavras, se entendermos, como no bojo deste estudo, que a vida humana só é juridicamente protegida quando da formação do tronco encefálico e do desenvolvimento das primeiras atividades cerebrais, assim como a morte só se caracteriza, para efeitos jurídicos, com fim destas mesmas atividades cerebrais, podemos concluir que a interrupção da gestação, até o advento da 12^a (décima-segunda) semana de gestação, é possível para todas as gestantes, independentemente da condição do feto.

Em contrapartida, não há elementos no ordenamento que permitam que apenas os fetos atípicos possam ser objeto de interrupção da gestação, salvaguardando os demais da possibilidade de abortamento.

5 CONCLUSÕES

1. A interrupção seletiva da gestação é aquela realizada, com consentimento da gestante, em razão de deficiência congênita verificada no feto gestado. Ao contrário do aborto eugênico, o aborto seletivo só é realizado se houver manifestação de vontade da gestante ou das partes envolvidas na gestação.

2. Pessoa com deficiência é aquele que, em razão de uma característica específica, que perdure a longo prazo ou de forma permanente, encontre limitações e barreiras que obstruam a sua capacidade de exercer a cidadania plena.

3. O aborto voluntário, aquele realizado em razão, única e exclusivamente da vontade da gestante, encontra fundamento de validade na Constituição e na Legislação até a formação do tronco encefálico do feto.

4. O direito à vida passa a ter proteção jurídica somente por volta de 12^a semana de gestação, quando o tronco encefálico se desenvolve e o feto passa a ser responsivo ao ambiente.

5. O direito à vida deixa de ter proteção jurídica com a morte encefálica, assim definida como o fim das atividades corticais do tronco encefálico.

6. O feto anencefálico é um natimorto, incompatível com a vida e, portanto, não pode ser comparado ao feto com deficiência congênita.

7. O aborto seletivo é incompatível com o ordenamento jurídico e com o princípio da isonomia, já que inexistente correlação lógica entre a interrupção da gestação e a atipicidade do feto. Ademais, a Constituição de 1988 tem como objetivo mitigar diferenças e promover a igualdade material do cidadão, através de mecanismos de proteção e de ações afirmativas, o que torna a discriminação do feto para fins de aborto, em razão exclusivamente da deficiência, inconstitucional.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência*. 3. ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2001.

BELLINO, Francesco. *Fundamentos da Bioética: Aspectos Antropológicos, Ontológicos e morais*. Tradução: Nelson Souza Canabarro; São Paulo: EDUSC, 1997. p. 198-199.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus nº 124.306. Rio de Janeiro. Pacientes: Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Impetrante: Jair Leite Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. 29 de novembro de 2016. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Distrito Federal. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Relator: Min. Marco Aurélio. 12 de abril de 2012. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>.

COLAS, Osmar R. Colas; NETO, Jorge Andolaft; ROSAS, Cristiano Fernando; KATER, José R.; PEREIRA, Irotilde G. *Aborto legal por estupro – primeiro programa público no país*. Bioética, Brasília, volume 2, n. 1, 1994, p. 81-85. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/447.

DINIZ, Débora; ALMEIDA, Marcos de. *Bioética e Aborto*. Iniciação à Bioética. Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 125-137. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/inicio%20%20biotica.pdf>.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*. Tradução Jefferson Luiz de Camargo. Revisão da Tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *O Princípio da Igualdade e sua Implementação pelas Convenções Internacionais*. Dissertação de mestrado. São Paulo: PUC/SP, 2006. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/7168/1/EUGENIA%20AUGUSTA%20GONZAGA%20FAVERO.pdf>.

LEPARD, Brian D. *A legalidade e a ética de medidas especiais para proteger populações vulneráveis sob o direito internacional*. Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 113-157, jan./jun. 2020.

LICHOTTI, Camila, MAZZA, Luigi, BUONO, Renata. Abortos Diários no Brasil. *Revista Piauí*. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/os-abortos-diarios-do-brasil/>.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Conceito Médico-Forense de Morte. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo. V.92, 1997. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67369>.

SARLET, Ingo Wolfgang e SARLET, Gabrielle Bezerra Sales Sarlet. Igualdade Como Proibição de Discriminação e Direito à (e Dever de) Inclusão: o Acesso ao Ensino Superior e a Regulamentação do Estatuto Brasileiro das Pessoas com Deficiência. *Revista de Direito Público*. RDU, Porto Alegre, Volume 14, n. 78, 2017, 197-226.

RECEBIDO EM: 03/06/2020

APROVADO EM: 05/08/2021

CLÁUSULAS GERAIS: CONTEXTO HISTÓRICO E SEUS REFLEXOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

***GENERAL CLAUSES: HISTORIC CONTEXT AND ITS
REFLECTION ON THE LEGAL SYSTEM***

Ana Maria Muniz dos Santos Rocha

Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU).

*Pós-Graduanda em Direito Civil: Doutrina e Jurisprudência pela Escola Paulista
de Direito (EPD). Bacharel em Direito pela Escola Superior de Administração*

Marketing e Comunicação (ESAMC).

Camila Brito Nery

*Pós-Graduanda em Direito Penal e Processual Penal pela Única Educacional
LTDA. Bacharel em Direito pela Escola Superior de Administração Marketing e*

Comunicação (ESAMC).

Bruno Marques Ribeiro

*Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade
Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito Civil pela Universidade*

Católica Dom Bosco (UCDB)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Histórico e conceito de cláusulas gerais; 2 Relevância jurídica das cláusulas gerais; 3 Cláusulas gerais x Conceitos jurídicos indeterminados; 4 Efeitos e consequências das cláusulas gerais no ordenamento jurídico brasileiro; 5 Discricionariedade Judicial; 6 Segurança Jurídica e Precedentes; 7 Análise casuística – aplicação doutrinária e jurisprudencial; 8 Conclusão.

RESUMO: O trabalho objetiva trazer à baila o instituto das cláusulas gerais, demonstrar a sua relevância jurídica, seus efeitos e suas consequências para o ordenamento jurídico. Por corolário, também objetiva investigar se o magistrado, dotado de discricionariedade, é limitado quando do uso dessa técnica legislativa, e, em caso positivo, quais são esses limites. No tocante a metodologia trata-se de uma pesquisa dogmática, cujo método de procedimento é qualitativo, e as técnicas de pesquisas utilizadas são: a bibliográfica e a jurisprudencial. Realizou-se uma breve exposição histórica sobre o nascimento das cláusulas gerais, chegando-se ao seu atual reconhecimento jurídico, com a exposição de entendimentos doutrinários, críticas, indagações e respostas ao leitor. Assim sendo, com as pesquisas realizadas e a problemática respondida, o presente estudo será capaz de desenvolver um senso crítico, enriquecer e contribuir com a pesquisa jurídica, no intuito de levar o jurista à compreensão de que o ordenamento jurídico pátrio, imbuído do dever de acompanhar as transformações da sociedade, utiliza-se das cláusulas gerais para se adequar melhor às realidades sociais, e que isso permite atualizações instantâneas das interpretações jurídicas. Em caráter conclusivo, constatou-se que o instituto de normas abertas trouxe uma nova percepção para o sistema jurídico, possibilitando a atualização das interpretações para estreitar a relação entre o direito positivo e as novas realidades da sociedade. Importante salientar que o exercício dessa interpretação deve ser realizado dentro dos limites constitucionais almejando sempre a segurança jurídica que o ordenamento tanto busca.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil. Cláusulas Gerais. Normas Abertas. Aplicabilidade. Segurança Jurídica.

ABSTRACT: The work goal is to bring up the general clauses that demonstrate legal relevance, effects and consequences towards the legal system. As an outcome, it aims to investigate whether the magistrate, provided with discretion, is limited when using this legislative technique, and if so, what those limits are. The methodology, consists of dogmatic

qualitative research which are bibliographic and jurisprudential in nature. A brief overview was made on the birth of general clauses, and their current legal recognition. This presentation consisted of doctrinal understandings, criticisms, inquiries and responses to the reader. With research carried out and the problem addressed, the present study in a critical sense will be able to enrich and contribute to the legal research. This will allow the jurist to understand that the national legal system, instilled with the duty to monitor the changes in society, uses general clauses to adapt to social realities and allows instant updates of legal interpretation. In concluding, it was found that the establishment of open standards brought new understanding to the legal system. This makes it possible to update interpretations of the relationship between positive law and the new realities of society. It is important to note that the exercise of this interpretation must be carried out within the constitutional framework that the law requires.

KEYWORDS: Civil law. General Clauses. Open Standards. Applicability. Legal Security.

INTRODUÇÃO

A busca pelo saber jurídico deve ser constante, afinal o diferencial dos seres humanos em relação aos demais seres vivos do planeta é a capacidade racional que ele possui. No campo do Direito, o uso desse saber racional cumulado com uma boa pesquisa se faz imprescindível.

Uma pesquisa dessa magnitude é muito importante para o Direito enquanto sistema, pois visa contribuir para o aperfeiçoamento da ciência jurídica, e ainda resolve um problema constante no direito, qual seja: a banalização de importantes fenômenos jurídicos.

Estudar os institutos jurídicos, compreender o contexto em que eles foram criados, suas nuances, características, a dialética que eles têm com outros institutos é de suma importância para a boa aplicação do direito.

É o que se procura fazer no presente escrito: desenvolver um raciocínio que facilite o entendimento do surgimento das cláusulas gerais, o contexto histórico de sua criação, determinar o seu conceito e pontuais divergências existentes sobre sua conceituação, estabelecer as importantes diferenças entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, analisar quais efeitos este fenômeno irradia para todo o sistema jurídico, e, para facilitar o acesso ao conhecimento, busca-se didaticamente aliar os

pressupostos teóricos à prática a partir de uma análise casuística, e, por fim, as considerações resultantes desta produção científica.

1 HISTÓRICO E CONCEITO DE CLÁUSULAS GERAIS

É sabido que o direito tem como escopo apresentar diretrizes para o convívio humano, a fim de proporcionar tranquilidade e paz social aos indivíduos. Contudo as relações humanas passam por transformações quase que diárias, que muitas vezes são rápidas e intensas, de modo que acompanhar as evoluções sociais representa um desafio para o legislador.

Tendo em vista essa premissa, torna-se fácil a compreensão das mudanças legislativas, que ocorrem a todo tempo, bem como explica a existência de normas em desuso ou defasadas, principalmente por se tratar de um país baseado no sistema do *civil law*, em que todo o Direito está positivado.

Para Sérgio Cavalieri (2019, p. 58) a nova ética jurídico-social que trazem sistemas jurídicos abertos é de extrema importância. De acordo com o doutrinador supra mencionado nesta moderna mobilidade social não é possível que o legislador consiga criar normas que possam acompanhar as mudanças no mesmo ritmo que elas acontecem.

No ramo do direito privado não foi diferente, vigorava o Código Civil de 1916, o qual fora feito sob os ideais do século XIX, cujo contexto histórico consistiu em, basicamente, poder estipular livremente sobre as vontades das partes e celebrar contratos que atendessem a seus interesses, para, posteriormente, ter a segurança de que os acordos celebrados seriam cumpridos na sua totalidade, famoso princípio do *pacta sunt servanda*.

O Código de 1916 era essencialmente um sistema cerrado, no qual possuía regras de grande densidade semântica, e não permitia que análises doutrinárias ou jurisprudenciais pudessem colaborar para sua boa aplicação. Assim, os aplicadores de tais regras ficaram conhecidos como “boca da lei”, uma vez que o Código não lhes permitia nenhuma discricionariedade para aplicação das leis aos casos concretos.

No entanto, o legislador pátrio percebeu que a codificação em vigor não era suficiente, haja vista as mudanças ocorridas ao longo dos anos. Assim sendo, foi criada uma comissão com juristas renomados, presidida por Miguel Reale, os quais visaram observar as alterações que a legislação vigente havia sofrido e as necessidades iminentes.

Ato contínuo, em 1975, chegou ao Congresso Nacional um anteprojeto para mudanças na legislação cível, no qual os membros da comissão do anteprojeto importaram um instituto denominado *General klauseln*, inaugurado no Código Civil Alemão (BGB - Bürgerliches Gesetzbuch), cuja estruturação normativa era vaga na hipótese.

De acordo com Judith Martins Costa (2015, p. 115) as “cláusulas gerais do BGB foram a ponte viabilizadora da ligação entre o Código e as novas realidades”, em razão da extensa abstração e generalidade das normas contidas em seu texto. O § 242, do BGB, por exemplo, dispõe que o devedor tem que levar a boa-fé no cumprimento das suas prestações.

As ondas iniciadas na Alemanha chegaram também à Itália e em muitos outros países da Europa. Na década de sessenta os italianos mudaram o método de elaboração das leis, no qual as regras, anteriormente, baseavam-se na criação e exaurimento das hipóteses e, em se concretizando tais hipóteses, aplicavam as possíveis sanções.

Ante o exposto, as cláusulas gerais trazem uma nova visão de codificação de sistemas abertos, baseados na “legislação por princípios” capaz de se amoldar às inúmeras situações e com isso iniciou-se as reformas dos códigos civis de muitos países europeus. E, obviamente, essas ondas chegaram ao Brasil podendo ser vislumbradas na Constituição Federal, no Código de Defesa do Consumidor, e no Código Civil.

O atual Código Civil – Lei 10.406, veio a integrar o sistema jurídico em 10 de janeiro de 2002, trazendo inovações e avanços jurídicos a toda a comunidade, viabilizando a construção e reconstrução do Direito Privado. Dentre os avanços, têm-se as chamadas cláusulas gerais, as quais são objeto do presente estudo.

Contudo, é importante mencionar que o *Codex* atual não inaugurou o instituto das cláusulas gerais, mas as rememorou, isso porque essas normas abertas já vigoravam no ordenamento pátrio, por meio do Código Comercial, quando disciplinou sobre a boa-fé objetiva.

Apesar de seu aparecimento no Código Comercial, não houve consolidação deste instituto, pois gravitava em torno dele uma insegurança quanto à sua aplicação, isso em razão dos operadores do direito temerem que ao usá-lo dariam muita liberdade ao juiz para que exercesse a hermenêutica.

O antigo Código, muito se preocupou com a autonomia da vontade e com as questões de natureza patrimonial, enquanto que as questões relacionadas à dignidade humana e os efeitos sociais dos institutos jurídicos só vieram a ser observados no atual Código, sob a influência do organicismo. De acordo com Daniel Sarmiento (2016, p.19) no organicismo “o indivíduo era considerado um funcionário social, devendo agir em prol da sociedade e não como um fim em si mesmo”. Assim sendo, em muitas situações, o coletivo é privilegiado em detrimento do individual.

Isto posto, cláusulas gerais são disposições de ordem pública que possibilitam ao aplicador do direito inserir aos conceitos previstos em lei, valores e princípios capazes de, por meio dos conceitos indeterminados, criarem um determinado comportamento a ser seguido por toda comunidade, um dever-ser.

Noutras palavras, são um meio concedido pelo legislador ao juiz, lhe permitindo interpretar institutos jurídicos, bem como valorá-los em cada caso, de modo que, se em algum momento a sociedade atribuir maior ou menor valor a um instituto, seja possível continuar aplicando as leis sem a obrigatoriedade de mudá-las.

Conceitualmente é inadmissível falar sobre cláusulas gerais sem trazer à baila as observações feitas pela professora Judith Martins-Costa, as quais se iniciam com a crítica de utilização da expressão cláusulas gerais como gênero do qual seriam espécies os princípios, os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais em sentido estrito.

Já por essa variedade de sentidos, parece obvio não se tratar de uma boa denominação, pois agrupa, indistintamente, várias espécies, uma delas estando nominalmente confundida com o gênero. Melhor seria, para indicar o *gênero*, falar em *normas abertas*, ou *vagas*, ou, ainda, enunciados elásticos, porosos ou dúcteis, assim apontado, como traço comum às espécies, à ausência, na hipótese legal, de uma prefiguração descritiva ou especificativa, bem como ao emprego de termos cuja tessitura é semanticamente aberta, dotados, normalmente, de cunho valorativo. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 84, grifo do autor)

Assim sendo, o fenômeno das cláusulas gerais tem para a professora Judith um corte, de modo que para ela não há essa dicotomia de cláusulas gerais em sentido amplo e em sentido estrito, haja vista que cláusulas gerais seriam espécies das normas abertas. E, em sendo uma espécie,

poderia ser definida como enunciados normativos “elásticos” carregados de valores e capazes de se adaptar a qualquer caso concreto, dada sua ausência de hipóteses.

Segundo a professora Judith as cláusulas gerais (também conhecida como cláusulas gerais em sentido estrito para outros doutrinadores) podem ser de três tipos:

a) de *tipo restritivo*, aí operando contra uma série de permissões singulares, delimitando-as, como nos casos da restrição à liberdade contratual; b) de *tipo regulativo*, regulando todo um domínio de casos, como ocorre com a regulação da responsabilidade por culpa ou com o direcionamento da conduta contratual; e c) de *tipo extensivo*, por forma de ampliar uma determinada regulação por meio da possibilidade, expressa no dispositivo, de chamar a atuação de princípios e regras dispersos em outros textos, como é o caso das disposições do Código do Consumidor e da Constituição Federal, que asseguram, aos seus destinatários, a tutela prevista em acordos e tratados internacionais e na legislação ordinária. (MARTINS-COSTA, p. 89, grifo do autor).

Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 23), ao analisar os avanços trazidos pelo Código Civil de 2002, mais especificamente sobre o sistema de cláusulas gerais, diz que “São elas formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral”. Ainda, complementa que se trata:

As cláusulas gerais resultaram basicamente do convencimento do legislador de que as leis rígidas, definidoras de tudo e para todos os casos, são necessariamente insuficientes e levam seguidamente a situações de grave injustiça. (GONÇALVES, 2012, p. 23).

Não obstante, pela leitura da obra supramencionada, tem-se a corroboração de que o legislador trouxe o sistema de cláusulas gerais para amenizar a disparidade entre as leis vigentes, as quais eram rígidas, e as novas situações que surgiam ao longo do tempo.

Sérgio Cavalieri, em obra já referenciada neste escrito, apresenta um conceito muito didático do que é cláusula geral em sentido amplo, conforme se observa:

A imagem é bem adequada, *a cláusula geral é uma moldura jurídica dentro da qual caberá ao Juiz pintar o quadro* (grifo do autor). Contém implícita uma regra de direito judicial, dirigida ao julgador, que lhe impõe, ao examinar o caso, primeiramente fixar a norma de dever de acordo com a realidade do fato e o princípio a que a cláusula adere, para depois, num segundo momento, confrontar a conduta efetivamente realizada com aquela que as circunstâncias recomendam. (CAVALIERI FILHO. 2019, p. 59, grifo do autor)

O novo Código Civil, obedecendo à sua norma hipotética fundamental, foi construído em um viés garantista, preocupado com a pessoa humana, com a harmonia e observância aos princípios gerais de direito e os imperativos de justiça. Consequentemente, o papel dos juízes e dos operadores do direito ganhou novos contornos com a inserção das cláusulas gerais na área jurídica privada. Em suas palavras:

Em síntese, há na cláusula geral uma delegação, atribuindo ao juiz a tarefa de elaborar a regra para o caso concreto, respeitando os contornos da moldura jurídica. O interprete torna-se partícipe do processo de criação do direito, complementado o trabalho do legislador ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. A cláusula geral permite a aplicação de uma mesma regra a um indeterminado número de situações diferentes. A norma não contém solução restrita e única para as várias situações surgidas na sociedade. Ela possibilita uma aplicação segundo as peculiaridades e necessidades de cada caso concreto. Reiteradamente tem sido dito, e com absoluto acerto, que as cláusulas gerais permitem atualizar o direito se mudar a lei. Elas são uma realidade jurídica diversa das normas-regras, e seu conteúdo somente pode ser determinado na concretude do caso. (CAVALIERI FILHO. 2019, p. 59)

As cláusulas gerais são, principalmente, fruto da influência das ideias de Miguel Reale, as famosas subteorias do culturalismo jurídico e a teoria tridimensional do direito, sendo a primeira baseada na cultura, experiência e história; enquanto a segunda aduz que “o direito é fato, valor e norma”.

Logo, a cultura da sociedade tende a mudar, pois não se apegará tanto às questões positivadas e sim em uma questão moral, em um dever ser, em máximas como: “não fazer com o outro aquilo que não gostaria que fizesse com você”, ter-se-á mais empatia.

2 RELEVÂNCIA JURÍDICA DAS CLÁUSULAS GERAIS

A priori, tal instituto tornou-se pertinente ao Direito brasileiro por se tratar de conceitos abertos que definem os valores para aplicação das normas, bem como os critérios e os limites para interpretações dos operadores do direito.

Apesar de certa nuvem de desconfiança pairar sobre as cabeças da comunidade jurídica, muitos acreditam que as cláusulas gerais, as quais não foram mais bem aproveitadas em outro momento, serão agora.

Nessa senda, necessário se faz perguntar: porque as cláusulas gerais não tiveram sucesso quando de sua vigência no Código Comercial? Segundo Nalin (2019) elas não conquistaram o mundo jurídico por falta de fundamento de validade, ou seja, a lei maior não lhes assegurava tanta eficácia como se tem hoje. Nesse mesmo diapasão, Hans Kelsen, em sua obra *Teoria Pura do Direito*, ensina que:

Se se pergunta pelo fundamento de validade de uma norma pertencente a uma determinada ordem jurídica, a resposta apenas pode consistir na recondução à norma fundamental desta ordem jurídica, quer dizer: a afirmação de que esta norma foi produzida de acordo com a norma fundamental. (KELSEN, 1999, p. 139.)

Posto isso, o contexto histórico em que o Código Comercial fora promulgado, plena ditadura militar, cujo período se vigorava o regime antidemocrático, favoreceu a sua ignorância, uma vez que não havia na norma fundamental base que sustentasse o seu uso.

Sobre o tema Paulo Nalin (2019) assegura que “[...] na ausência de uma legítima Constituição em vigor, faltava ao operador o necessário substrato axiológico para construir o sistema jurídico, uma vez que tais dispositivos de lei são destituídos de conteúdo descritivo e de valor”.

Destarte, diferentemente do Código Comercial, o Código Civil vigente foi promulgado em situação antagônica, numa condição muito favorável, nos primórdios de uma democracia, pois, já tinham 14 anos de vigência da CRFB/88, a qual possibilitou a sua percepção e, conseqüentemente, a sua utilização pelos operadores de direito.

A verdade é que durante o período ditatorial muitos juristas não reconheciam a Constituição vigente à época, uma vez que era resultante de um golpe militar.

Nesse diapasão, as cláusulas gerais possuem sustentação forte e consistente na carta maior, e tem como objetivo apresentar ao aplicador do direito diretrizes e critérios, mostrar a direção que tais regras devem ser aplicadas e, os limites que devem ser obedecidos.

3 CLÁUSULAS GERAIS X CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Em que pese a definição conceitual das cláusulas gerais estar abordada no tópico 2 do presente estudo, há que relembrar que normas abertas e cláusulas gerais em sentido amplo são o mesmo fenômeno jurídico. Os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais em sentido estrito não são a mesma coisa, apesar de gozarem de interdependência, não se pode confundi-los.

Os conceitos indeterminados são espécie de cláusulas gerais onde as hipóteses foram previstas em conceitos vagos que o juiz deverá definir dentro do caso concreto. Em outras palavras, basta que o jurista e/ou aplicador do direito determine o conceito e aplique a consequência predefinida pelo legislador.

Sergio Cavalieri é didático, sucinto e direto sobre essa questão:

Distinguem-se também conceito jurídico indeterminado e cláusula geral. No primeiro, o juiz apenas estabelece o significado do enunciado normativo, por exemplo, o que é hipossuficiência, vulnerabilidade etc. A liberdade do aplicador se exaure aí, na fixação da premissa. Uma vez que estabelecida, in concreto, a coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a consequência será aquela que já está estabelecida na norma. Na cláusula geral, compete ao juiz um poder mais amplo pois cabe-lhe completar a *fattispcie* e determinar as suas consequências. (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 60, grifo do autor).

As distinções entre as duas espécies legislativas são que as cláusulas gerais em sentido amplo não admitem seu preenchimento baseado nas regras comuns de experiência, enquanto que os conceitos indeterminados podem ser preenchidos pelo intérprete por meio da experiência comum, dentro de um limite pré-estabelecido pela própria legislação, em que irá determinar a hipótese e a consequência aplicável ao caso concreto. Por outro lado, as cláusulas gerais não contêm nenhuma previsão hipotética e por óbvio também não há consequência.

O que faz alguns juristas duvidarem da distinção entre os institutos é o fato da cláusula geral, em sentido estrito, do tipo regulativo, levar o

intérprete a valorar as constantes mutações sociais que são características de conceitos indeterminados. E, o que sana esta incerteza, conforme as lições de Judith (MARTINS-COSTA, 2018, p. 100) é uma profunda análise, não só analítica, mas dos “planos funcional e estrutural, importando atentar para o modo de aplicação de uns e de outros”. Em seus dizeres:

A efetiva distinção não está, portanto, na linguagem, *mas na estrutura normativa*. Os chamados conceitos indeterminados podem estar presentes em estruturas normativas completas, em que há hipótese legal (ainda que formulada de modo semanticamente vago) e consequência predeterminada. Diferentemente, nas cláusulas gerais em sentido próprio, *a estrutura deverá ser completada pelo interprete*, pela adição da consequência devida. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 100, grifo do autor)

Outrossim, em que pese os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais serem construções jurídicas diferentes, Flávio Tartuce (2018) disciplina que o aplicador do direito ao definir um conceito indeterminado também estará constituindo uma cláusula geral, bem como que muitas cláusulas gerais podem ser princípios. Contudo, isso não é uma premissa absoluta, de modo que poderá ter cláusulas gerais que não são princípios, e que estejam implícitas no ordenamento jurídico.

E, para pôr fim nesta hesitação doutrinária, não há melhor doutrina do que a da professora Judith Martins-Costa:

Assim, inobstante o texto da cláusula geral habitualmente ser composto por termos indeterminados, a coincidência entre os fenômenos indicados por essas duas expressões – conceitos indeterminados e cláusulas gerais – não é perfeita, pois a cláusula geral exige que o interprete-aplicador concorra de um modo diverso para complementar o enunciado normativo. Enquanto nos conceitos indeterminados o juiz se limita a reportar ao fato concreto o elemento (semanticamente vago) indicado na *fattispecie* (devendo, pois, individuar os confins da hipótese abstratamente posta, cujos efeitos já foram predeterminados legislativamente), na cláusula geral a operação intelectual do juiz é mais complexa. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 100 e 101, grifo do autor)

Logo, não restam dúvidas de que, apesar de muito parecidos, há sim diferenças localizadas nas estruturas e funções dos fenômenos abordados

4 EFEITOS E CONSEQUÊNCIAS DAS CLÁUSULAS GERAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Bem vinculados todos os pontos explicitados no corpo do presente estudo, há que ressaltar, para uma melhor compreensão deste capítulo, sobre a casuística, a qual, consoante disciplina Martins-Costa (1998, p. 134) é caracterizada pela tipicidade ou determinação, trazendo consigo a rigidez dos códigos civis, e, conseqüentemente, o seu envelhecimento.

Na obra Introdução ao Pensamento Jurídico Karl Engish (1964 apud MARTINS-COSTA, 1998, p. 133) faz a seguinte afirmativa:

A casuística constitui “a configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria”. Esta noção é completada em outra obra na qual assenta: “A casuística não significa outra coisa senão a determinação por meio de uma **concreção especificativa**, isto é, regulação de uma matéria mediante a delimitação e determinação jurídica em seu caráter específico de um número amplo de casos bem descritos, evitando generalizações amplas como as que significam as cláusulas gerais.”. (ENGISH apud MARTINS-COSTA, 1998, p. 133, grifo do autor)

Isso porque, segundo Martins-Costa (1998), “o legislador cria um repertório de figuras e disciplinas típicas (...) a qual o juiz pouco ou nada pode aduzir para o disciplinamento do fato concreto”.

No entanto, segundo Martins-Costa (1998), essa rigidez mencionada não é um fator característico da atual legislação cível, porquanto, a vantagem da mobilidade fora proporcionada com o advento das cláusulas gerais, dotadas de grande abertura semântica, caracterizada pela linguagem aberta, exatamente pela imprecisão trazida pela casuística, melhor dizendo, dos termos da *fattispecie*, afastando, felizmente, o imobilismo do sistema jurídico, e contribuindo para uma observância mínima do princípio da tipicidade.

Outrossim, o Codex Civil vigente, nos dizeres de seu relator, ex-senador Josaphat Marinho, foi elaborado “com espírito isento de dogmatismo, antes aberto a imprimir *clareza, segurança e flexibilidade ao sistema em construção*, e, portanto, adequado a *recolher e regular mudanças e criações supervenientes*”. (MARTINS-COSTA, 1998, p. 129, grifo do autor).

Por consequência, de acordo com Judith (1998, p. 135) as cláusulas gerais, além de assegurarem o controle racional da sentença, por meio da criação, complementação e/ou desenvolvimento de normas jurídicas construídas pelo juiz, na análise do caso concreto, também, mediante o reenvio do aplicador de direito para elementos dos quais podem estar fora do sistema, promovem, com reiterados fundamentos idênticos, a ressystematização do direito.

Oportuno lembrar que referido instituto concretiza a Teoria do Diálogo das Fontes desenvolvida pelo alemão Erik Jayme, mas trazida e trabalhada no direito brasileiro pela professora Cláudia Lima Marques. Referida teoria inter-relaciona o Código Civil e demais microssistemas legislativos com a CRFB de 1988, no fito de atingir a solução mais justa e eficiente ao caso concreto. Segundo Lima Marques:

Erik Jayme, ensinava que, em face do atual “pluralismo pós-moderno” de um Direito com fontes legislativas plúrimas, ressurgiu a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo. (JAYME, 1995, apud MARQUES, 2018, p. 01).

Nessa senda, permitir a criação de normas jurídicas pelo magistrado e proporcionar a mobilidade externa do sistema com a função de uma tipologia social, são as funções das cláusulas gerais, as quais, com certeza segundo Martins-Costa (1998, p. 140) “não se exaurem na indicação de um fim a perseguir”.

5 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

A ausência de liberdade para aplicação das leis aos casos concretos afetava diretamente a hermenêutica do juiz, haja vista que como aplicador do direito, lhe era vedado distanciar-se da norma para aproximar-se da realidade fática apresentada.

Esse afastamento dos fatos, consequentemente, o tornava ignorante aos problemas diários enfrentados pelas partes. Felizmente, essa não é mais a realidade do Poder Judiciário pátrio, do qual o juiz teve uma grande evolução enquanto aplicador do direito.

Diante da ascensão da função do juiz, Nalin (2004, p. 93 e p. 96) relembra o termo “direito judicial”, nascido na Alemanha em decorrência da evolução da atuação e participação do magistrado na criação do direito, influenciando a construção do Direito Constitucional Alemão, expressando

que “cabe ao magistrado “[...] concorrer ativamente para a formulação da norma”.

De acordo com Paulo Nalin:

Portanto, é preciso desfrutar do ambiente constitucional brasileiro para confirmar que a segurança jurídica contemporânea (se é que existe algum conceito uno de segurança jurídica) transitou da figura *da segurança na lei para a segurança no juiz*, o que se apresenta, em meu entendimento, mais honesto, sob o aspecto da aplicação ideológica da lei (não neutra), e mais coerente com os anseios de uma sociedade que não é geral e, muito menos, abstrata (características essenciais da lei), mas sim concreta e localizada, como de fato são concretos os sujeitos e localizados os problemas da vida. (NALIN, 2004, p. 97)

Já no Brasil, a CRFB/88 preceitua o equilíbrio constitucional harmônico e de igualdade entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o que destoa de outras constituições europeias. Assim, é com base no ordenamento jurídico pátrio que se pode confirmar que “a segurança jurídica contemporânea [...] transitou da figura da segurança na lei para a segurança no juiz” conforme nos ensinou Paulo Nalin.

As cláusulas gerais, quando utilizadas pelo magistrado, são decisivas para o alinhamento do sistema jurídico junto à realidade social, bem como para a observância da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, conforme leciona a professora Judith (1998, p. 141) “evitando não só a danosa construção de paredes internas no sistema, considerado em sua globalidade, quanto a *necessidade de a eficácia da Constituição no Direito Privado depender da decisão do legislador do dia*” (grifo nosso).

Ressalva-se que, sem a observância ao caso concreto, as decisões judiciais podem não solucionar de fato o problema e, ainda, causar certa desconfiança na justiça, uma vez que decisões proferidas sem análise das particularidades de cada caso podem ser decisões injustas e ineficazes, acarretando descontentamentos sociais e/ou insegurança jurídica a toda comunidade.

Destarte, a despeito da fundamentação do ato decisório do juiz, não basta à mera indicação de dispositivo legal que tenha em seu enunciado

uma cláusula geral. Para se ter segurança jurídica, é imprescindível que seja localizada no ordenamento jurídico, seja na CRFB/88, Código Civil, Estatutos, dentre outros institutos jurídicos, as matizes sociais que levaram o juiz ao entendimento de que o caso em análise está em acordo e/ou desacordo com alguma cláusula geral.

Nesse diapasão, entende-se por discricionariedade abusiva do magistrado quando, se tratando de cláusula geral, houver ausência de fundamentação e/ou aplicação de subsunção da norma, sem a construção do conteúdo normativo para o caso em análise. Isso porque, essa técnica legislativa não renuncia o garantismo da fundamentação das decisões judiciais, conforme disciplina a Constituição Federal, em seu art. 93, IX.

Do exposto, observa-se que há uma considerada evolução da atuação do magistrado, o qual não pode ser encarado com desconfiança, haja vista o papel social e constitucional que desempenha.

6 SEGURANÇA JURÍDICA E PRECEDENTES

A problemática trazida pelas cláusulas gerais é exatamente quanto ao estabelecimento dos seus limites, isso, pois, em que pese proporcionarem aberturas no direito legislado para as variações da realidade social, por outro lado, tem a desvantagem de causar incerteza jurídica, até que seja consolidada a jurisprudência quanto à efetiva proporção de sua aplicação.

As cláusulas gerais não regulamentam de modo exaustivo e completo, mas sim operam como metanormas, cuja técnica segundo Martins-Costa (1998, p. 134) “permite capturar, em uma mesma hipótese, uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal”.

Nesse mesmo sentido, Gonçalves (2012, p. 40) disciplina que as cláusulas gerais “são janelas abertas deixadas pelo legislador, para que a doutrina e a jurisprudência definam o seu alcance, formulando o julgador a própria regra concreta do caso.”

Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem responder a todos os problemas da realidade, haja vista que tal fenômeno será construído pela jurisprudência, no intuito de, conforme salienta MARTINS (1998, p. 134), “enviar o juiz para critérios aplicativos

determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente vigorantes em determinada ambiência social”.

É certo que as cláusulas gerais desempenham importante missão, na qual possibilitam ao magistrado uma fundamentação atrelada aos casos precedentes. Trata-se de uma função imperiosa, isso porque, hipoteticamente, considerando um sistema em que não exista essa técnica legislativa, e haja o julgamento de uma variedade de demandas que compreendam a mesma matéria, as sentenças de cada processo poderiam ser prolatadas sob diversos fundamentos, seja pela equidade, vedação ao abuso de direito, princípios gerais do direito, entre outros.

Ocorre que, a variedade dos fundamentos das decisões dificultaria a pesquisa dos precedentes, mesmo porque seria impossível encontrar a razão da decisão, ou seja, a *ratio decidendi*. Tal fato, não apenas atrapalharia a procura jurisprudencial, como também, impediria a sistematização da solução inovadora, contribuindo negativamente para o progresso do Direito. Desse modo, as cláusulas gerais atuam como uma ponte de ligação entre as diferentes demandas levadas a julgamento as quais possibilitam a formação de precedentes. Nas palavras da professora Judith são “ponto de referência entre os diversos casos” que:

Mas é preciso convir que a diversidade dos fundamentos elencados não só problematiza a pesquisa jurisprudencial, como, por igual, o progresso do Direito – pela dificuldade na reiteração da hipótese nova –, impedindo a sistematização da solução inovadora. Por isto à cláusula geral cabe o importantíssimo papel de atuar como o *ponto de referência entre os diversos casos* levados à apreciação judicial, permitindo a formação de catálogo de precedentes. (MARTINS-COSTA, 1998, p. 140/141, grifo do autor)

Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 40) ainda faz uma ressalva, de que existe sim um temor, uma insegurança sobre o convívio da liberdade do julgador com o sistema jurídico, mas tal desconfiança poderá ser suprida, uma vez que os limites das cláusulas gerais estão centrados na obrigatoriedade de obediência aos princípios constitucionais.

Nas palavras de Nalin (2004, p. 91) “para além de outros papéis na ordem do sistema, desempenha a atual Constituição brasileira a função de arcabouço axiológico necessário e indispensável para a (justa) operação das cláusulas gerais”.

Assim, a inflexão dos princípios constitucionais no ordenamento privado dá-se por meio das cláusulas gerais, as quais poderão ser uma mudança pertinente no direito privado pátrio. Nas palavras de Tepedino (2002, apud NALIN, 2004, p. 94) “desde que lidas e aplicadas segundo a lógica da solidariedade constitucional e da técnica interpretativa contemporânea”.

A título de exemplo, se a CRFB/88 não elencasse o valor da solidariedade, no artigo 3º, inciso I, como fundamento da República Federativa do Brasil, tornaria dificultosa a aplicação do artigo 421 do Código Civil, o qual remete à função social do contrato, bem como, seria insustentável representar a conduta ética engajada na cláusula geral da boa-fé, art. 422 do CC, sem observar a ética social ressaltada na Carta Constitucional.

Nesta senda, ao mesmo tempo em que as cláusulas gerais dão ao juiz o livre arbítrio de definir os conceitos de uma cláusula geral, uma vez que há uma lacuna axiológica a ser preenchida, considerando as particularidades de cada caso, ela o contrapõe no sentido de vinculá-lo aos valores determinados pelo sistema.

Logo, o juiz terá discricionariedade para criar os conceitos das cláusulas gerais dentro dos limites constitucionais e das valorações pré-estabelecidas pelo sistema, ou seja, trata-se de uma criação mitigada, condicionada a definições gerais preexistentes.

7 ANÁLISE CASUÍSTICA – APLICAÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Nesta esteira de exposições, Martins-Costa (1998, p. 138) ensina que, em suma, as normas postas em cláusulas gerais, por não possuírem uma *fattispecie* autônoma, haja vista às suas incompletudes, necessitam serem formadas pela jurisprudência, do contrário, tais normas restarão inúteis e emudecidas.

Assim sendo, de acordo com as lições de Judith (1998) é preciso considerar que o Codex Civil vigente tem um extenso campo de matérias, especialmente no que concerne aos institutos da personalidade e à funcionalização de determinados direitos subjetivos, com o fim de evitar que a cada novo problema da sociedade seja necessária a criação de uma nova figura legislativa, o que contribuiria para uma inflação legislativa, é basilar a concreção das cláusulas gerais constantes do Código Civil com base na jurisprudência constitucional.

A propósito, sobre a aplicação das cláusulas gerais, já se pronunciaram alguns tribunais superiores, senão veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. DÉBITO INCONTROVERSO. IMPOSIÇÃO DE PARCELAMENTO À CONCESSIONÁRIA. CABIMENTO. Impossibilidade de adimplemento pela usuária e de escolha do prestador do serviço em face da concessão. Incidência da *cláusula geral da função social do contrato que permite ao aplicador da norma estabelecer a construção específica de diretriz legislativa* (grifo nosso). Mitigação do princípio da autonomia de contratar ante a presença da essencialidade do serviço e o interesse superior de atendimento à dignidade da pessoa humana, consistente na manutenção daquele serviço através do pagamento diferido do débito. Recurso provido. (TJ-RJ - APL: 00157535620148190210 RIO DE JANEIRO LEOPOLDINA REGIONAL 2 VARA CÍVEL, Relator: CARLOS EDUARDO DA ROSA DA FONSECA PASSOS, Data de Julgamento: 04/07/2018, DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 05/07/2018).

“EMENTA: SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS EM GRUPO – AÇÃO DECLARATÓRIA - RECUSA DA SEGURADORA À RENOVAÇÃO DO CONTRATO - DISPOSIÇÃO CONTRATUAL QUE AUTORIZA A DENÚNCIA IMOTIVADA - NULIDADE - VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO (grifo nosso) - É nula de pleno direito a cláusula que admite a rescisão unilateral, pela seguriadora, de contrato de seguro de vida, com fulcro em simples manifestação de vontade no sentido de não pretender a renovação da apólice. Permitir tal rescisão, após sucessivas renovações automáticas, por diversos anos, e no momento em que a idade do segurado o torna mais suscetível à ocorrência do sinistro, importa em violação à *boa-fé objetiva e função social dos contratos* (grifo nosso) e coloca o consumidor hipossuficiente em desvantagem excessiva, o que não se pode admitir - Apelos improvidos.” (Ap. 1.070.646-0/4, 35ª Cam. D. Priv., TJSP, rel. Des. José Malerbi, j. 23-11-2009, v.u.)

Conforme os julgados colacionados, os magistrados fundamentaram as suas decisões por meio das cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da função social do contrato, as quais, respectivamente, determinam a aplicação da transparência do contrato desde a sua oferta, a construção do dever de informação e cooperação entre as partes, a vedação ao abuso contratual,

e que o contrato é um instrumento que não surte efeitos somente aos contratantes, mas toda à coletividade.

Do exposto, tem-se que as cláusulas gerais são importantes para solucionar inúmeras questões. No entanto, embora assim sejam, não fará de imediato, vez que seus conceitos abertos serão construídos ao longo dos julgamentos proferidos pelos tribunais.

8 CONCLUSÃO

O estudo possibilitou compreender que, diante das constantes transformações sociais e da intensa globalização, foi necessário o ordenamento jurídico pátrio acompanhar as novas realidades da sociedade, o que resultou na utilização das cláusulas gerais como meio para a captura e solução dos problemas da vida cotidiana.

Outrossim, foi trazida à baila, a suposta insegurança jurídica que as normas abertas, em tese, causam no sistema pátrio, haja vista a discricionariedade do magistrado para a sua aplicação. Acerca disso, foi constatado que o instituto de normas abertas trouxe uma nova percepção para o sistema jurídico, no qual não se admite que o juiz faça uma aplicação mecânica e/ou automática das leis.

E mais, que o aplicador do direito está limitado quanto ao uso das cláusulas gerais, isso porque as decisões não poderão, por óbvio, estar em desconformidade com os preceitos da CRFB/88, o que dá às partes litigantes a segurança de que os seus direitos estarão assegurados.

Isso posto, conclui-se que o juiz, em sua missão constitucional da magistratura, merece a confiança da sociedade e, principalmente, dos operadores do direito, sendo-lhe, também necessário, compreender que o seu papel, munido de responsabilidade social, não é, tão somente um aplicador da lei, mas construtor do ordenamento jurídico pátrio e contribuinte para as transformações sociais.

Destarte, as cláusulas gerais não pretendem solucionar todos os problemas sociais, uma vez que as respostas serão edificadas pela jurisprudência. No entanto, após o seu advento, pôde-se verificar, felizmente, que a sua aplicabilidade vem gradativamente aumentando.

Tal fato é motivo de felicidade porque resta claro que as cláusulas gerais constituem grande benesse ao aplicador do direito, as quais, quando

utilizadas, possibilitarão aproximá-lo das questões fáticas, dos valores abarcados pelas leis, da norma jurídica extraída dos diplomas legais, proporcionando a incorporação de princípios, diretrizes, máximas de condutas, bem como a flexibilidade e, conseqüentemente, a segurança jurídica que o sistema jurídico busca.

REFERÊNCIAS

ÂMBITO JURÍDICO. *Aplicação do princípio da boa-fé objetiva nos contratos interempresariais pelo Tribunal de Justiça de São Paulo: fundamento da decisão versus argumentação retórica – análise jurisprudencial de 2009*. Disponível em: encurtador.com.br/pvy67. Acesso em: 24 de junho de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação 00157535620148190210*. 18º Câmara Cível. Relator: Carlos Eduardo Da Rosa Da Fonseca Passos. Data de Julgamento: 04/07/2018. Data de Publicação: 05/07/2018.

CAVALIERI FILHO, S. *Programa de direito do consumidor*. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

GONÇALVES, C. R. *Direito Civil Brasileiro*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MARQUES, C. L. *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. vol. 45, 2003.

MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, J. *O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito UFRGS, Porto Alegre, v. 15, 1998. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfaccdir/article/view/70391/39899>. Acesso em: 11 de junho de 2019.

NALIN, P. *Cláusula geral e segurança jurídica no código civil*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 41, 2004. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/issue/view/215>. Acesso em: 02 de junho de 2019.

REALE, M. *Filosofia de direito*. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, M. *Visão Geral do Projeto de Código Civil*. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>. Acesso em: 21 de junho de 2019.

RODRIGUES, L. C. V. *O código civil de 2002: princípios básicos e cláusulas gerais*. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 1. 2013. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/seriemagistrado13.html>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

Sarmiento, D. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TARTUCE, F. *Manual de Direito Civil*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Método, V. Único. 2018.

RECEBIDO EM: 21/12/2019

APROVADO EM: 08/04/2020

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A VIDA EM DEMOCRACIA: UMA LEITURA À LUZ DA TEORIA DE RONALD DWORKIN

THE FREE SPEECH AND LIFE IN DEMOCRACY: A READING IN THE LIGHT OF RONALD DWORKIN'S THEORY

Bianca Tito

Mestra em Direito, pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Especialista em Direito de Família e das Sucessões pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Especialista em Direito Público pela Escola Brasileira de Direito - EBRADI.

Rafael Alem Mello Ferreira

Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá, Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas-FDSM. Pós-Graduado em Ciências Penais pela universidade Federal de Juiz de Fora. Professor da Faculdade de Direito do Sul de Minas: FDSM e Coordenador e professor do Curso de Direito da PUC-MG

SUMÁRIO: Introdução; 1. O modelo de democracia na teoria de Ronald Dworkin; 2. O papel da livre expressão para a vida em democracia; 3. Liberdade de expressão no estado brasileiro: como podemos nos

beneficiar do pensamento dworkiniano; Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo se propõe a analisar a importância do direito à liberdade de expressão para a vida em democracia, a partir do seu papel para a consecução deste modelo de governo, utilizando-se para tanto da teoria jurídica e política que foi proposta pelo autor norte-americano Ronald Dworkin. A sua realização é necessária tendo em vista não haver ainda no Brasil uma adequada compreensão no que toca a este direito. Para tanto, realizou pesquisa de natureza exploratória, a partir de uma revisão bibliográfica dos autores que comentam Dworkin e a presente temática, bem como uma pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa na vasta obra deste autor, adotado enquanto marco teórico do presente estudo. A partir disto, nas considerações finais, são apresentadas as principais ideias abordadas ao longo do artigo, compreendendo que os argumentos apresentados pelo autor norte-americano são bastante persuasivos no sentido de que a democracia é o espaço que permite a todos os indivíduos serem autênticos, segundo a sua concepção de dignidade. E que sem o direito à liberdade de expressão não há que se falar nesta, constituindo-se assim em um pressuposto a sua existência.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Liberdade de Expressão. Ronald Dworkin. Garantias Fundamentais. Teoria do Direito.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the importance of the right to freedom of speech for life in democracy, from its role in achieving this model of government, using the legal and political theory that was proposed by the american author Ronald Dworkin. The conducting of this study is justified in view of the lack of an adequate understanding of this right in Brazil. To this end, it carried out an exploratory research, based on a bibliographical review of the authors commenting on Dworkin and the present theme, as well as a qualitative bibliographic research on this author's vast work, adopted as the theoretical framework of the present study. From this, in the concluding remarks, the main ideas approached throughout the article are presented, understanding that the arguments presented by the american author are very persuasive in the sense that democracy is the space that allows all individuals to be authentic, according to their conception of dignity. And that without the right to freedom of speech there is no need to speak of it, thus constituting an assumption of its existence.

KEYWORDS: Democracy. Free Speech. Ronald Dworkin. Fundamental Guarantees. Law Theory.

INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é hoje um direito garantido por todos os Sistemas de Proteção existentes, Global e Regional, o que demonstra uma constante preocupação por parte da legislação em vê-lo sendo garantido. Bem como serve de reforço ao entendimento segundo o qual este constitui-se em um pressuposto para a existência da vida em democracia, em que não sendo dado aos cidadãos o direito de se expressarem de forma livre não será possível falar na existência de um Estado Democrático.

No Brasil o direito à liberdade de expressão está previsto no artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, que estabelece ser “livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, e possui relação direta com outros dispositivos nesta estabelecidos. Os quais, nota-se, em conjunto reconhecem e protegem a liberdade de expressão em suas mais diversas formas de manifestação existentes (como, por exemplo, a livre expressão artística, intelectual, científica, e também as liberdades de consciência e crença).

Na teoria jurídica e política do autor norte-americano Ronald Dworkin (1931-2013) o direito à liberdade de expressão é observado como condição da dignidade, em que ter liberdade a algo significa poder agir de uma determinada maneira, ainda que esta seja desaprovada por uma maioria. Não cabendo ao Estado ditar o que é bom ou ruim em uma democracia, em que havendo tanta diversidade de visões de mundo, concepções, gostos e ideais, não poderá impedir ninguém de participar e influenciar o espaço público (FADEL, 2018).

Diante disto, o presente artigo tem como objetivo a realização de uma análise da importância que possui o direito à liberdade de expressão para a vida em democracia, verificando qual o seu papel para a consecução desse modelo de governo. Assim, tal análise é feita a partir da teoria construída pelo jusfilósofo Ronald Dworkin, autor que se insere no contexto do liberalismo, e grande defensor da liberdade e igualdade como pressupostos necessários para a democracia.

A sua realização justifica-se na necessidade de uma melhor compreensão no que toca este direito. Ainda muito discutido pela doutrina brasileira, principalmente quanto as possibilidades de imposição de limites

ao seu exercício. E também porque quando comparada com países como os Estados Unidos da América a discussão a seu respeito no Brasil pode ser considerada recente. Motivo pelo qual é utilizada a obra de um autor que, embora inserido em outra realidade, se dedicou longamente a escrever sobre esse direito, adotando uma posição que pode fornecer benefícios à sociedade brasileira.

Para tanto, é adotada como metodologia a realização de uma pesquisa de natureza exploratória, a partir da revisão bibliográfica, utilizando-se dos autores que comentam Dworkin, e que tenham investigado a presente temática em livros e artigos científicos. Como também de uma pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa na vasta obra deste autor, aqui utilizado enquanto marco teórico de estudo.

Considerando isto, encontra-se estruturado de maneira a abordar primeiramente qual o modelo de democracia adotado por Dworkin em sua teoria, apresentando a sua proposta de um modelo democrático co-participativo ou de parceria. Na sequência é tratado acerca do direito à liberdade de expressão, versando a respeito de sua importância e papel de destaque na teoria do autor norte-americano. Realiza então uma análise disto em contraste a realidade do direito à livre expressão hoje no Estado Democrático de Direito do Brasil. Por fim, são apresentadas as considerações finais a partir da análise desenvolvida.

1. O MODELO DE DEMOCRACIA NA TEORIA DE RONALD DWORKIN

A democracia, enquanto modo de articulação institucional do poder, e dada a ausência de unicidade a seu respeito, bem como a presença de perspectivas concorrentes e antagônicas de modelos democráticos, só pode ser analisada a partir da compreensão de uma determinada concepção específica, considerando tratar-se de um conceito capaz de permitir a inclusão de uma grande variedade de sentidos e valores (VERBICARO; FADEL, 2018).

É tomando isto em consideração que a presente pesquisa direciona-se inicialmente à compreensão do sentido de democracia presente no pensamento do filósofo norte-americano Ronald Dworkin, influente pensador da filosofia política, moral e do direito na contemporaneidade. Isso porque no desenvolvimento de sua teoria política a democracia ocupa um lugar central, estando relacionada com a sua teoria interpretativa do direito.

O que torna possível notar que, a partir da ideia de democracia, há um ponto de intercessão em seu pensamento, unindo os aspectos jurídico,

moral e político e estabelecendo a ideia de coerência à unidade proposta pelo ouriço que, diferentemente da raposa, apresenta uma teoria unitária. É neste tocante que a sua última grande obra, “A Raposa e o Porco-Espinho”, possui um papel de destaque para conferir a unidade valorativa aos mais diversos aspectos de sua teoria, dando atenção especial à ideia de democracia (VERBICARO; FADEL, 2018).

Considerando isto, primeiramente, faz-se necessário apresentar qual o conceito de democracia adotado por Ronald Dworkin em sua teoria. O que servirá, desde logo, também como advertência para o fato de que este autor se situa dentro do marco do liberalismo, que afirma valores como tolerância, pluralidade e o respeito às diferenças, resguardando sobretudo a liberdade que cada indivíduo possui de ditar os rumos e o sentido de sua própria existência e felicidade (FADEL, 2018).

Desta forma, para o autor norte-americano, democracia quer dizer regra da maioria legítima, em que o mero fator majoritário não a constitui, a menos que condições posteriores sejam satisfeitas. Para ele, é controverso o que são exatamente essas condições, no entanto, ainda assim, algum tipo de estrutura constitucional que não possa ser mudada pela maioria é com certeza um pré-requisito para a democracia. Em que deverão ser estabelecidas, por exemplo, normas constitucionais que estipulem que uma maioria não poderá abolir futuras eleições, ou privar uma minoria dos direitos de voto (DWORKIN, 1995).

A democracia, então, como quase todas as outras formas de governo, envolve uma ação coletiva, em que se diz que o governo é do povo, ou seja, que o povo faz as coisas coletivamente, como a escolha de líderes, o que nenhum indivíduo faz ou pode fazer sozinho. Desta maneira, ele realiza uma distinção entre as ações coletivas, dizendo existirem dois tipos destas, a estatística e a comunitária, em que a concepção das pré-condições essenciais da democracia mudam de acordo com cada tipo destas que é requerido por um governo, oferecendo duas concepções de democracia como ação coletiva (DWORKIN, 1995).

Assim, a ação coletiva é estatística quando o que o grupo faz é “apenas uma questão de alguma função, rudimentar ou específica” exercidas para si próprios pelos membros individuais do grupo, sem haver qualquer noção de fazer algo enquanto grupo. E, por outro lado, é comunitária quando não pode ser reduzida somente a alguma função estatística da ação individual, pois é coletiva no sentido mais profundo que requer dos indivíduos que assumam a existência do grupo enquanto entidade separada ou fenômeno

(DWORKIN, 1995). Cumprindo destacar que durante o desenvolvimento de sua obra é possível notar um progressivo processo de amadurecimento em sua concepção de democracia.

No livro “Uma questão de princípio” Dworkin (2005) apontou ser verdade que, como descrição bem geral, o poder esteja nas mãos do povo em uma democracia. No entanto, é bastante evidente que nenhuma democracia consegue proporcionar a igualdade genuína de poder político, em que muitos de seus cidadãos, seja por qual motivo for, se encontrarão inteiramente destituídos de privilégios. “O poder econômico dos grandes negócios garante poder político especial a quem os gere” (DWORKIN, 2005, p. 31). E assim são as imperfeições existentes no caráter igualitário da democracia.

Ainda quanto a isto, na introdução de sua obra “O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana”, o autor observa não existir um consenso com relação ao conceito de democracia, estabelecendo desta maneira que

Democracia significa governo do povo. Mas o que significa isso? Nenhuma definição explícita de democracia se estabeleceu em definitivo entre os cientistas políticos ou no dicionário. Muito pelo contrário, a realidade da democracia é objeto de profundas controvérsias (DWORKIN, 2019, p. 23-24).

Tendo em vista essa dificuldade de compreensão do conceito de democracia, realiza um contraste entre duas visões: uma majoritária (*majoritarian view*) e outra comunitária ou em parceria (*partnership view*), por ele adotada. De acordo com a primeira, a democracia é o governo pautado na vontade da maioria, agindo de acordo com a vontade do maior número de pessoas que se encontrem sob o seu domínio, sendo expressada em eleições com sufrágio universal ou quase universal. E não havendo garantias de que esta maioria decidirá de maneira justa, podendo as suas decisões serem injustas com as minorias, que terão seus interesses ignorados. Não obstante, a democracia poderá até ser qualificada como injusta, mas não será por esta razão menos democrática (MOTTA, 2018, p. 82-83).

Já para a segunda, na visão de uma democracia em parceria, esta implica que o povo governe a si próprio de maneira que considere cada um dos seus integrantes enquanto um parceiro integral (*full partner*) em um empreendimento político coletivo. De acordo com isto, a decisão da maioria só poderá ser considerada democrática quando determinadas condições forem observadas, condições estas que protejam o status e os

interesses de cada cidadão como um parceiro integral desse procedimento. Considerando isto, uma comunidade que ignora os interesses de alguma minoria ou grupo específico será considerada, exatamente por esta razão, não democrática (MOTTA, 2018, p. 83).

No que versa essa questão, ao realizar uma crítica da concepção de democracia como o mero respeito à premissa majoritária, o autor norte-americano garante que ela é entendida como o poder povo, o que não significa que povo se refira a simples maioria dos cidadãos votantes. Para ele, o fato das decisões coletivas serem fruto da vontade da maioria não é o suficiente para poder falar em um modelo de democracia justo, ainda que esta maioria esteja bem informada (VERBICARO; FADEL, 2018).

E, portanto, diz-se que a democracia significa governo exercido pelo povo, e não por alguma família, classe social, tirano ou general. Sendo, no entanto, possível compreender de duas maneiras radicalmente distintas esse governo exercido pelo povo. Quais sejam as concepções majoritarista (governo exercido pelo maior número de pessoas) e co-participativa (governo de todo o povo, que age em conjunto como parceiros plenos e iguais, no empreendimento coletivo do autogoverno), apresentadas pelo autor norte-americano e aqui já abordadas (DWORKIN, 2011, p. 502).

De tal modo que ele passará a sustentar uma concepção constitucional da democracia, na qual esta é um governo sujeito às condições de igualdade de status para todos os cidadãos. Quando as condições democráticas são garantidas e respeitadas pelas instituições majoritárias suas decisões deverão ser por todos aceitas. Quando não o fazem, ou o fazem de modo insuficiente, estas deverão ser consideradas inconstitucionais (MOTTA, 2018, p. 85).

Assim, segundo o autor norte-americano, a formação da opinião pública deve se dar com a participação de todos os cidadãos (estes não só podem como devem participar desta). Sendo o modelo de democracia co-participativa aquele que exige de todos uma contribuição nas decisões do governo. Tal exigência torna necessário que o direito à livre expressão possa ser exercido da maneira mais plena possível. Configurando-se em condição para que as imposições do Estado adquiram legitimidade política (FADEL, 2018).

Desta forma, em síntese, o argumento do autor é o de que há diversas situações em que a premissa majoritária não é a maneira adequada de se tomarem as decisões, desde de um ponto de vista moral. Ela é simplesmente injusta em certas circunstâncias, produzindo resultados injustos, e em outros

momentos será amplamente questionável. É este conjunto de argumentos apresentados que o levou a propor sua concepção alternativa de democracia (MOTTA, 2018, p. 89).

2. O PAPEL DA LIVRE EXPRESSÃO PARA A VIDA EM DEMOCRACIA

Já apresentada a concepção de democracia adotada por Ronald Dworkin em sua teoria, faz-se agora necessário destacar que para este autor:

Não pode haver democracia, concebida como uma associação em parceria em autogoverno, a menos que se dê a todos os cidadãos uma igual oportunidade de desempenhar um papel na vida política, e isso significa não apenas o mesmo direito de voto, mas também a igualdade de voz tanto nas deliberações públicas formais quanto nos intercâmbios informais (DWORKIN, 2010, p. 190-191).

De modo que se destaca a ampla defesa realizada pelo autor no que concerne ao direito à liberdade de expressão. Pois, de acordo com este, tal direito deve ser respeitado de maneira abrangente. Ainda, porque em uma democracia participativa, pautada na liberdade, faz-se necessário resguardá-lo. Sendo, porém, fundamental que se note que a defesa por este realizada não autoriza atos de violência ou violação a direitos de terceiros (FADEL, 2018).

Pelo contrário, segundo a teoria dworkiniana, ter um direito individual não dá aos cidadãos o direito de praticarem atos de violência ou a violação dos direitos de terceiros (como a integridade física). De modo que ainda que o autor se posicione contrariamente à imposição de leis que regulem discursos isso não significa que ele toleraria os atos de violência que pudessem vir a ser praticados. Pois isso não pode ser considerado como expressão. Com isso, nota-se que ele estabeleceu um importante limite ao exercício da liberdade, qual seja o dano físico (FADEL, 2018, p. 91).

Posto isto, de acordo com Dworkin, só é possível compreender corretamente os princípios de igualdade e liberdade se primeiramente for corretamente compreendido o que é uma democracia. Vez que para este autor existe uma relação intrínseca entre liberdade, igualdade e regime democrático (OMATTI, 2019a, p. 158). Assim sendo, a democracia se encontra extremamente em alta por todo o mundo, no entanto, existe uma discordância quanto ao seu sentido, que quando são discordâncias que atravessam culturas revelam-se sempre monumentais. Essas são consideráveis mesmo dentro das democracias ocidentais maduras, e assim

“a concordância quase universal de que a democracia é a única forma aceitável de governo oculta discordâncias mais profundas” de seu caráter (DWORKIN, 2011, p. 501).

Neste sentido, para o autor norte-americano, a liberdade de expressão protege a igualdade dos cidadãos, sendo indispensável para a democracia co-participativa. Pontuando ainda que, nas democracias contemporâneas, quando existem pressões favoráveis a aplicação da censura isso não é gerado a partir de uma tentativa do Estado em ocultar seus segredos do povo. Mas sim pelo desejo que a maioria da população tem de silenciar aqueles que expressem opiniões que eles desprezam (DWORKIN, 2011, p. 514).

Tal desejo, que materializar-se-ia, por exemplo, em leis proibitivas de marchas neonazistas ou de desfiles racistas onde seus participantes usem lençóis brancos¹, acabaria por desfigurar a democracia. Isso porque em um cenário onde a maioria de cidadãos possa ter o poder de recusar a seus concidadãos que utilizem-se do direito à livre expressão sempre que assim desejarem não trata a todos como seus iguais na competição argumentativa pelo poder. Por mais que considerem suas ideias perigosas ou agressivas (DWORKIN, 2011, p. 514).

Devendo ser permitido a todos os cidadãos (que pretende-se que cumpram com as leis) que estes tenham voz igual no processo que produz essas leis. Ainda que detestem as suas convicções. Ou estará perdido o direito de lhes impor tais leis. Para Ronald Dworkin (2011, p. 514) “a liberdade de expressão impõe esse princípio e, assim, protege a igualdade dos cidadãos”. Ou seja, é a liberdade de expressão que garante o tratamento de todos os cidadãos como iguais em uma sociedade e que, assim, assegura também a existência da democracia enquanto forma de governo legítimo.

Portanto, ele admite adotar uma posição liberal-centrista no que toca a defesa de tal direito (bem como em relação à liberdade de imprensa), estabelecendo serem essas duas formas de liberdade elementos constitutivos para a justiça democrática (DWORKIN, 2019). Dando então a liberdade de expressão um status de direito, em que as pessoas não poderão ser impedidas de se expressarem como desejam, ainda que as suas opiniões

1 Esses são exemplos utilizados por Ronald Dworkin para referir-se a casos ocorridos nos Estados Unidos da América e que chegaram a ser discutidos nos Tribunais norte-americanos e também em suas obras. Ele os adota para argumentar que mesmo nessas situações o direito à liberdade de expressão precisa ter uma posição de preferência. Pois, para ele, caso contrário a democracia seria desfigurada e não mais seria possível falar na adoção deste modelo de governo.

sejam consideradas de mal gosto, ou mesmo que aqueles que tenham o poder de impor tal proibição acreditem que isso será positivo, causando um bem comum (FADEL, 2018, p. 102-103).

Assim, qualquer sistema que se considere democrático precisa apresenar a liberdade de expressão como sendo a sua base. Ou então, de modo contrário, não será dado aos cidadãos a capacidade deliberativa. Motivo pelo qual foi apontado pelo autor, e aqui notam-se os seus argumentos nesse sentido, que a liberdade, a igualdade e a democracia são conceitos ligados entre si, em que não sendo garantidos para todos os dois primeiros não haverá como existir o terceiro.

Ademais, neste tocante, vale a pena ressaltar que para Ronald Dworkin para que os princípios e o Direito possam ser levados a sério é preciso compreender a Constituição, e o próprio Direito, como um “projeto coletivo comum que leva a sério a pretensão de que homens livres e iguais podem se dar normas para regular suas vidas em comunidade” (OMATTI, 2019b, p. 157). Essa é a ideia de integridade do Direito apresentada pelo autor. Em que para a realização de tal projeto os cidadãos, enquanto livres e iguais, precisam que seja dada a todos a garantia de se expressarem livremente.

E para que isso possa ser realizado a interpretação deve ser vista como uma atividade coletiva em que cada nova geração assume o que foi feito no passado para melhorar o trabalho. Isto é possível apenas porque está a constituição redigida em uma linguagem abstrata, que é atualizada a cada momento histórico específico, o que Dworkin chama de leitura moral da constituição (OMATTI, 2019b).

Com certeza realizar uma defesa tão ampla deste direito nem sempre é uma tarefa fácil, esbarrando em muitos argumentos que não compreendem a sutileza (e necessidade) da teoria desenvolvida pelo autor. No entanto, conforme vem sendo abordado pela presente pesquisa, é algo extremamente necessário. Pois esta fornece elementos que podem ser considerados fundamentais a uma melhor compreensão do direito à liberdade de expressão e que auxiliarão a dar legitimidade ao regime democrático.

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ESTADO BRASILEIRO: COMO PODEMOS NOS BENEFICIAR DO PENSAMENTO DWORKINIANO

Para que possamos nos beneficiar da teoria desenvolvida por Ronald Dworkin é essencial que primeiro se destaque que o que mais chama a atenção no pensamento deste autor é, sem dúvidas, a sua “proposta de

superação do positivismo jurídico por meio do abandono daquela visão do direito como interpretação semântica de textos jurídicos” (SIMIONI, 2014, p. 324), buscando substituí-la por uma visão do “direito como integridade em relação a princípios de moralidade política importantes na comunidade” (SIMIONI, 2014, p. 324).

Isto permitirá que o autor sustente, contra toda a tradição positivista do direito, a existência de um direito a decisões jurídicas consideradas corretas para os casos concretos. Ainda, as exigências que são apresentadas para a atividade jurisdicional por sua teoria não são tão somente condições que possibilitam respostas corretas no direito, mas, além disto, são condições essenciais para a equidade, para a justiça, para o devido processo legal e para os processos democráticos em geral (SIMIONI, 2014, p. 324).

Considerando isto, destaca-se que o direito à liberdade de expressão sempre se fez presente nas Constituições Brasileiras, ainda que com períodos em que lhe foram aplicadas menores ou maiores restrições (como durante o Estado Novo, de Getúlio Vargas, ou, mais recentemente, com a Ditadura Militar). O que demonstra o importante papel que este possui e vai de encontro ao argumento segundo o qual a sua garantia é fundamental para os governos que desejem ser considerados democráticos.

Desta maneira, observa-se que seja no Brasil ainda Colônia, ou passando pelo período da redemocratização, uma marca comum na trajetória brasileira é o combate as mais diversas formas de cerceamento à liberdade de expressão, respeitados os valores políticos e ideológicos de cada época. Cerceamento este imposto por “uma minoria política que buscava a obtenção e a manutenção do exercício do poder, como garantia de dominação sobre a maioria” (TRANQUILIM; DENNY, 2003).

Já com a atual Constituição Federal, de 1988, que constituiu o Estado Democrático de Direito em seu artigo 1º, a liberdade pode ser vista como gênero, em que são tuteladas as suas várias formas, chamadas de espécies. Como a liberdade de locomoção, opinião, de expressão, informação, reunião, de escolha e exercício de profissão, também a liberdade de comércio, de iniciativa e outras. De modo que esta representa o “resultado de um processo de reencontro e ampliação de direitos fundamentais” (SILVA; SILVA, 2018), em que a liberdade de expressão é exemplo disto.

Em que se tratando deste modelo de governo a liberdade de expressão representa a possibilidade de participação popular nas decisões políticas. O que garante a possibilidade de uma sociedade pluralista, que não se vê

de encontro com a opressão, discriminação, ou inseguranças ideológicas e políticas. Mas sim aparecendo como um pressuposto para a própria democracia, dentro do rol dos direitos fundamentais que são assegurados pela Constituição Federal (TRANQUILIM; DENNY, 2003).

Apesar disto, e estando este direito sempre presente nas Constituições brasileiras, ainda não existe uma apropriada compreensão no que lhe diz respeito. Motivo pelo qual a realização de sua leitura à luz do pensamento dworkiniano foi a escolhida. Buscando a partir disso poder conceituar a livre expressão de maneira mais clara e que a demonstre como o direito fundamental que é. Também por acreditar que tal exercício pode em muito contribuir para o Direito Brasileiro.

De modo que em um Estado Democrático de Direito não é mais possível que haja uma compreensão na qual os princípios de liberdade e igualdade apareçam como antagônicos. Isso porque são estes reconciliados de modo que a realização de um deles implica na realização do outro, sob pena de contradição. É por esta razão que, conforme apontado pela presente pesquisa, o autor norte-americano diz ser necessário entender corretamente o seu modelo de democracia proposto, pois diferentemente do que possa aparentar, a democracia não se resolve com a regra da maioria, ou seja, ela não significa necessariamente a regra da maioria, mas sim que as pessoas se vejam como parceiras em um empreendimento político comum (OMMATI, 2019a, p. 158-159).

Isso demonstra a relação existente entre liberdade e democracia, em que quanto mais democrático for um Estado, maiores serão os avanços e as conquistas da liberdade pelo povo. Constituindo-se ambos em valores democráticos. Onde “em momentos em que a democracia de um Estado é abalada, a liberdade sofre retrocesso e conquistas se perdem” (SILVA; SILVA, 2018). De maneira que a restrição imposta a esse direito é marca de estados totalitários, que aplicam censuras e deixam de ser democráticos, fazendo com que a liberdade de expressão seja a primeira a sofrer imposições.

Sendo necessário destacar que embora Dworkin tenha escrito as suas obras para uma realidade diversa da que é encontrada na sociedade brasileira (por ser um autor que se insere no marco do liberalismo e do contexto norte-americano), ainda assim devem os seus argumentos serem tomados em consideração pelo Direito Brasileiro, tendo em vista o papel de destaque recebido por sua teoria política e jurídica. Como também pelo fato de que o objeto de estudo da presente pesquisa refere-se a um direito de especial importância, amparado por todos os Sistemas de Proteção.

Assim, a doutrina e a jurisprudência brasileira têm muito a se beneficiarem com os ensinamentos deixados pelo professor norte-americano, com base nos quais é uma tarefa árdua ter de conviver com aqueles que sustentam ideias que nos parecem absurdas, mas ainda assim uma tarefa extremamente necessária para a vida em democracia. Uma tarefa que, inclusive, garante a própria existência deste sistema de governo.

CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto no transcorrer da presente pesquisa chega-se a compreensão de que a liberdade de expressão é um direito, uma condição, sem a qual a democracia não existe. E por este motivo precisa ser sempre defendida, ainda que isso signifique a necessidade de se tolerar os discursos que odiamos e consideramos idiotas. Esse entendimento vai de encontro a teoria política e jurídica desenvolvida pelo autor norte-americano Ronald Dworkin.

Conforme foi apresentado, para este autor, esse direito precisa ser respeitado de maneira abrangente em uma sociedade que se considere liberal e igualitária, bem como que tenha como objetivo a realização de um modelo de governo de democracia em parceria ou co-participativa. Que é a por ele adotada e implica que o povo governe a si próprio de maneira que considere cada um dos seus integrantes enquanto um parceiro integral.

Desta forma, a pesquisa adotou como objetivo a realização de uma análise da importância que tal direito possui para a vida em democracia, realizando essa análise a partir de uma pesquisa que adotou como marco teórico o autor norte-americano. E isso possibilitou chegar ao entendimento de que só há democracia quando há liberdade de expressão, vez que esta última é um pressuposto para a primeira.

Por fim, entende-se que o Direito Brasileiro tem muito a se beneficiar desta concepção de democracia e também da teoria acerca do direito à liberdade de expressão elaborada pelo autor. Assim, tendo o pensamento dworkiniano muito a contribuir para a realidade brasileira. Auxiliando a compreender que ainda que se tratem de realidades distintas é apenas com mais liberdade que o desenvolvimento consegue ser conquistado, e não por meio das censuras. Também porque a vasta obra que este autor elaborou ao longo de sua carreira fornece subsídios que interessam ao Brasil enquanto sociedade que aspira promover a democracia.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

_____. Constitucionalismo e democracia. Trad. Emílio Peluso Neder Meyer (manuscrito) do original publicado no *European Journal of Philosophy*, n. 3:1, p. 2-11, 1995.

_____. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

_____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FADEL, Anna Laura Maneschy. *O discurso de ódio é um limite legítimo ao exercício da liberdade de expressão?* Uma análise das teorias de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron a partir da herança do liberalismo de John Stuart Mill. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a decisão jurídica*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019a.

_____. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019b.

SILVA, Isabel Germano Rodrigues; SILVA, Josiane da Costa. Liberdade de expressão e seus limites: o discurso de ódio é tolerável? *VirtuaJus*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 255-273, 2º sem. 2018. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/19519> Acesso em 20 dez. de 2019.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

TRANQUILIM, Cristiane; DENNY, Ercílio A. Liberdade de expressão: perspectivas na história brasileira e sua (in)eficácia na Constituição de 1988.

Cadernos de Direito, v. 2, n. 4, p. 99-116, jan./jun. 2003. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/695>
Acesso em 14 ago. de 2019.

VERBICARO, Loiane Prado; FADEL, Anna Laura Maneschy. O modelo de democracia à luz da teoria de Ronald Dworkin. *Revista Jurídica – UNICURITIBA*, Curitiba, v. 52, n. 3, p. 248-274, jul./set. 2018. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3058/371371592> Acesso em 10 ago. 2019.

RECEBIDO EM: 01/03/2020

APROVADO EM: 22/04/2020

EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA: UMA ANÁLISE NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE

***EXECUTION AGAINST THE PUBLIC FARM: AN ANALYSIS
WITHIN THE SCOPE OF THE COURT OF JUSTICE OF
SERGIPE***

Clécia Lima Ferreira

*Doutora e Mestra em Ciência Política pela Universidade Nova de Lisboa. Professora
da Universidade Tiradentes, Professora da Faculdade Nobre*

Micael Luiz Santos Amorim

Discente do curso de direito. Estagiário no Tribunal de Justiça

Claudiana Alves de Oliveira

Discente do curso de direito. Estagiário no Tribunal de Justiça

SUMÁRIO: Introdução. 1 Regime Jurídico. 2 Disposições constitucionais e legais. 3 Análise de dados. 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: A Execução contra a fazenda pública apresenta-se como um procedimento de execução diferenciado que objetiva a satisfação do credor, sem que isso represente violação às prerrogativas estatais. A compreensão desse tipo de demanda mostra-se essencial para a população, considerando a quantidade de processos em que as fazendas públicas ocupam o polo passivo da demanda. Entretanto, as informações disponibilizadas ao público dificultam o entendimento do regime aplicável, não permitindo que o cidadão comum compreenda como ocorrem os pagamentos ou o direcionamento dos recursos estatais. Nesse sentido, o presente artigo visa facilitar a interpretação do regime de execução contra a fazenda pública, ressaltando a importância deste instituto no cotidiano da população. Para isso, serão analisadas as disposições legais e constitucionais sobre o tema, bem como realizar-se-á um estudo de caso, a partir de dados obtidos junto aos sítios oficiais do Tribunal de Justiça de Sergipe e Conselho Nacional de Justiça, dos precatórios e requisições de pequeno valor pagos no ano de 2018. Será enfatizado, ainda, os princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público. Além disso, serão analisados os fatores que dificultam a aplicabilidade dos diplomas legais sobre o tema, tendo em vista que a verdadeira análise de qualquer legislação depende do enfrentamento de problemas práticos observados pelo ponto de vista da população afetada por ela direta ou indiretamente.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Interesse Público. Execução. Precatório. Requisição de Pequeno Valor.

ABSTRACT: An execution against a public estate presents itself as a differentiated execution procedure that aims at satisfying the creditor, without this representing a violation of state prerogatives. Understanding this type of demand is essential for the population, considering the number of processes in which the public agendas are occupied or the passive pole of demand. However, the information made available to the public makes it difficult to understand the applicable regime, not allowing ordinary people to understand how payments or the allocation of statistical resources occur. In this sense, this article aims to facilitate the interpretation of the enforcement regime against a public farm, emphasizing the importance of this institute in the daily lives of the population. To this end, they will be analyzed as legal and constitutional on the subject, as well as conducting a case study, based on data tracked with the civil servants of the Court of Justice of Sergipe and the National Council of Justice, of the precatories and petitions of small amount paid in 2018. The principles of the supremacy of the public interest and the unavailability of the public interest will also be emphasized. In addition,

the factors that hinder the use of legal diplomas on the subject will be analyzed, considering that an analysis of any legal assessment depends on facing practical problems observed from the point of view of the population affected by it directly or indirectly.

KEYWORDS: Constitutional Law. Public interest. Execution. Precatory. Small Value Request.

INTRODUÇÃO

A Execução contra a fazenda pública apresenta-se como um procedimento de execução diferenciado por meio do qual se objetiva a satisfação do credor, sem que isso represente uma violação às prerrogativas estatais, pois, a fazenda pública se sujeita a um regime jurídico de direito público.

Esse regime jurídico especial se fundamenta nos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público, os quais concedem prerrogativas e restrições, que não se aplicam aos particulares¹.

Entretanto, os dados disponibilizados ao público dificultam a compreensão deste regime, tendo em vista que a forma como estas informações são organizadas e expostas dificulta a localização e o entendimento dos dados, não permitindo que o cidadão comum compreenda como ocorrem os pagamentos ou o direcionamento dos recursos estatais.

Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo demonstrar ao cidadão comum, assim entendido aquele que não possui formação em direito ou em área correlata, um entendimento geral sobre a execução contra a fazenda pública, ressaltando a importância deste instituto no cotidiano da população. Pretende-se, ainda, discorrer acerca do vetor axiológico do regime diferenciado de execução em face da fazenda pública, qual seja, os princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público, elucidando esta temática de importância inconteste, mas pouco discutida na academia.

Para tanto, a presente pesquisa utilizará, prioritariamente, uma abordagem dedutiva, ao tempo em que visa esclarecer as especificidades

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 34. Ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

da execução em face da fazenda pública, analisará o sistema de requisições de pequeno valor pagas RPVs e precatórios à luz da legislação específica e literatura especializada. Além disso, realizar-se-á uma análise de requisições expedidas em 2018.

Merecem destaque os trabalhos do administrativista Hely Lopes Meirelles, do processualista Fredie Didier Júnior e do filósofo Jean-Jacques Rousseau autores os quais serviram de embasamento teórico para o presente artigo científico. Ademais, os dados e estatísticas utilizados neste trabalho foram obtidos junto aos sítios oficiais do Tribunal de Justiça de Sergipe (TJ/SE) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

1. REGIME JURÍDICO

Inicialmente, cumpre registrar que o regime jurídico fazendário decorre de atividades e razões oriundas da política. Desse modo, não pode ser analisado como se fosse alheio a esta.

O filósofo Rousseau menciona, em sua obra “Do contrato social, 1757”, que os homens abriram mão de sua liberdade e de direitos diversos em prol de instituir uma entidade capaz de gerenciar os conflitos decorrentes do convívio em sociedade e impedir que os fortes escravizem os fracos. Por meio deste contrato surgiu o Estado, entidade formada pela conjugação de vontades dos cidadãos que dele fazem parte. Assim, conceber que as dívidas do Estado possam ser cobradas da mesma maneira que os débitos dos “comuns” seria ignorar o contrato social firmado equiparando a vontade coletiva a vontade particular.

Rousseau, ainda, explica que a vontade geral é indestrutível, pois a união da vontade de muitas pessoas resulta em uma vontade única a qual se direciona ao bem-comum (ROUSSEAU, P.127). Cabe ressaltar que a consonância da vontade estatal para com a vontade geral da população permite aferir, inclusive, a legitimidade, leia-se governabilidade, dos mandatários do Estado, indicando a capacidade desta Nação em prosperar ou decair com o passar do tempo. Desta feita, a vontade geral estatal nasce atrelada a poderes e limitações ambos oriundos da junção dos interesses dos cidadãos, a esses poderes e limitações chamamos de regime jurídico de direito público.

O regime jurídico de direito público concedido ao Estado se fundamenta em princípios que não se aplicam aos particulares e são plenamente aplicáveis em todas as esferas da administração pública,

direta ou indireta, federal, estadual, distrital ou municipal, apesar de não subsistirem em todos os atos da administração.

Os principais princípios orientadores da atuação da administração pública são os da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público. Hely Lopes Meirelles ensina que tais princípios são indissociáveis e que vão ao encontro do interesse geral da população, explicando que:

A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral, ou seja, da coletividade; não do Estado ou do aparelhamento do Estado. Esse interesse público prevalente é extraído da ordem jurídica em cada caso concreto; (MEIRELLES, 2018, P.113)

Observa-se que o regime jurídico a que se sujeita o Estado existe com a finalidade de resguardar o interesse público, isto é, o interesse da população em geral, sobrepondo-o ao interesse dos particulares, quando individualmente considerados.

Hely Lopes também leciona que a política rege-se por princípios éticos e pelas razões do bem coletivo (2018, P.48). Nessa toada, ressalta-se a finalidade de alcançar o bem comum como característica inerente e indissociável do conceito de política e, como consequência, da atividade estatal.

Insta salientar que as prerrogativas especiais da Fazenda Pública ganham destaque nos procedimentos de execução por quantia certa, seja decorrente de título executivo judicial seja extrajudicial. Lado outro, nos casos de obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa, aplicam-se as regras gerais previstas no Código de Processo Civil.

Deve-se registrar, também, que o procedimento da execução provisória, quando se trata de obrigação de pagar quantia, revela-se como procedimento evitado e desaconselhado no dia a dia dos fóruns, tendo em vista que um dos requisitos para a expedição da ordem de pagamento é o trânsito em julgado do título executivo. Além disso, a jurisprudência diverge acerca do cabimento da referida execução provisória.

Segundo Didier, quando a fazenda pública é o devedor as regras gerais de expropriação não têm aplicação, porque os bens públicos são

impenhoráveis e inalienáveis, em sendo assim, em hipótese alguma o ente público será citado/intimado para pagar sob pena de penhora (DIDIER JR., 2020, P. 677).

O que ocorre é a citação/intimação do Estado para impugnar, no prazo de 30 (trinta) dias úteis. Em seguida, com o julgamento da impugnação, sem que haja a extinção da execução, dar-se a expedição da requisição de pagamento, nos moldes do artigo 100 da Constituição Federal de 1988 (CF/88), *in verbis*:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (BRASIL, 1988).

O artigo supracitado mostra a maneira pela qual os débitos das fazendas públicas, em decorrência de sentenças judiciais, serão quitados. Nesse sentido, apresenta um regime de execução norteado pelos princípios da isonomia e prevalência do interesse público sobre o privado.

A regra geral para pagamento de débitos fazendários é o critério cronológico, isto é, pagam-se os débitos de acordo com a data de inscrição do precatório em ordem crescente. Cabe ressaltar, que também existem regras especiais para pagamento que consideram as peculiaridades de cada débito e credor, nos termos do parágrafo segundo do referido artigo.

Nesse sentido, o regime de execução diferenciado representa uma das prerrogativas que as Fazendas detêm, a fim de tutelar o interesse público. No entanto, a complexidade dos diplomas legais que versam sobre este regime de execução aliada a natural morosidade dos precatórios judiciais contribuem para que a população leiga entenda que este procedimento não passa de um “privilégio odioso” o qual impossibilita o pagamento das obrigações estatais.

Em suma, o regime jurídico especial que fundamenta as ações estatais deve ser entendido como um conjunto de regras de direito público as quais existem para possibilitar ao Estado que, em qualquer situação, direcione suas ações para interesse da coletividade. Deve-se reconhecer que mesmo o trânsito em julgado de uma sentença judicial e um subsequente

cumprimento de sentença não são capazes de derogar as prerrogativas maiores do Estado, todavia a compreensão do regime especial demanda o entendimento de diversos diplomas legais e princípios o que resulta, por vezes, em certa aversão dos potenciais credores a esse regime.

2. DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS

São diversos diplomas normativos que versam sobre o tema execução contra a fazenda pública. No presente artigo, ressalta-se a importância da Constituição Cidadã, 1988, do Código de Processo Civil (CPC) de 2015 e da Lei Federal nº 12.153/2009, que trata sobre os juizados especiais da fazenda pública.

A Constituição Federal de 1988 é o primeiro normativo acerca da execução contra a fazenda pública e, *per se*, demonstra a importância do assunto. Ela diz que o pagamento de obrigações estatais, decorrentes de sentença judicial transitada em julgado, será realizado por meio das requisições, as quais se dividem em Requisições de Pequeno Valor (RPVs) e Precatórios (PRC), tais requisições ainda serão divididas em duas listas, em ordem cronológica: a primeira compreende os débitos de natureza alimentar, pagos com prioridade, e a segunda compreende os demais débitos.

A critério de ilustração imagine duas filas de banco: uma prioritária, na qual se encontram pessoas que têm necessidade de resolver suas situações com urgência ou que foram resolver pequenos problemas e outra fila, a comum, onde aguardam os casos que não demandam tanta celeridade. Nesse exemplo, a fila prioritária são os créditos alimentares, os pequenos problemas as RPVs e a fila comum os demais créditos a serem recebidos por precatórios.

As Requisições de Pequeno Valor ou simplesmente RPVs são uma modalidade de requisição que tem como finalidade o pagamento de dívidas que, em razão de seu valor diminuto, irão se submeter a trâmite mais célere. Deve-se salientar que o valor máximo definido como obrigação de pequeno valor é estabelecido por lei ordinária de cada ente federado, em respeito ao pacto federativo.

Já os Precatórios são a regra geral para quitação dos débitos judiciais que excedam o valor definido como obrigação de pequeno valor, conforme exposto no artigo 13, II da Lei 12.153/2009. O início da tramitação de um precatório ocorre por meio de requisição direcionada ao presidente do tribunal de justiça respectivo.

O CPC, cumprindo o papel de código de ritos, estabelece, em seus artigos 534, 535 e 910, os requisitos do título executivo, bem como as hipóteses de impugnação, sendo a expedição e pagamento de RPV ou PRC o último ato da execução antes da satisfação do credor.

O CPC sintetiza tópicos extraídos da CF/88, ressaltando a competência do presidente do tribunal e menciona o prazo de pagamento da RPV. Lado outro, inova ao expressamente suscitar a possibilidade de expedição da ordem, quando a impugnação for parcial.

Regras gerais também foram apresentadas pela Lei 12.153/2009, sobre as Requisições, todavia, ela limitou-se a esquematizar entendimentos da CF/88. O artigo 13 desta Lei diz:

Art. 13. Tratando-se de obrigação de pagar quantia certa, após o trânsito em julgado da decisão, o pagamento será efetuado:

I – no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contado da entrega da requisição do juiz à autoridade citada para a causa, independentemente de precatório, na hipótese do § 3o do art. 100 da Constituição Federal;

II – mediante precatório, caso o montante da condenação exceda o valor definido como obrigação de pequeno valor. (BRASIL, 2009)

Cabe, ainda, ressaltar que a Constituição Federal, no §2º do artigo 100, prevê que os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade, ou sejam, portadores de doença grave ou pessoas com deficiência, assim definidos na forma da lei², serão pagos com preferência sobre todos os outros. Nessas situações especiais também aparecem os únicos casos que se admite o fracionamento do valor, parte será recebida como RPV e parte com PRC.

Interessante notar que ainda existe na doutrina certa discussão sobre a natureza da atividade do presidente do tribunal na expedição da ordem de pagamento, entretanto, tal discussão encontra-se pacificada na

2 Insta salientar, que o rol de doenças consideradas graves para fins do artigo 100 é aquele previsto no inciso XIV do artigo 6º da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988, com a redação dada pela Lei nº 11.052, de 29 de dezembro de 2004, ou portador de doença considerada grave a partir de conclusão da medicina especializada. Já o conceito de pessoa com deficiência é dado pela lei 13.146/2015, segundo a qual considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

jurisprudência, especialmente, após a da súmula 311 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), *in verbis*:

Súmula 311/STJ - 23/05/2005. Precatório. Atos do Presidente do Tribunal. Natureza jurídica administrativa. CF/88, art. 100, § 2º.

Os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional. (BRASIL, 1988).

Ora, não há que se falar em caráter jurisdicional, dois fatos se sobressaem: primeiro, a expedição da ordem de pagamento é atividade tipicamente administrativa, segundo, não será cabível qualquer espécie de recurso, salvo nos casos de atos que exorbitem a competência administrativa. O mesmo raciocínio deve ser aplicado aos procedimentos que se referem às RPVs, com a devida adequação.

Vale frisar que existe a possibilidade de sequestro dos valores devidos a título de precatório, ou seja, bloqueio e pagamento integral do credor diretamente autorizado pelo Presidente do tribunal em duas hipóteses: preterição na ordem de inscrição do precatório, bem como não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, sendo que esta última hipótese também se aplica no caso de não quitação de RPV, inclusive consta da Lei nº 12.153/2009.

Em qualquer caso, será garantido o direito de compensação de crédito em favor das fazendas. Pode o credor, ainda, optar por receber o crédito por meio de compra de imóvel que esteja sendo alienado pelo poder público ou por meio de crédito ativo em face do ente devedor, a fim de, a grosso modo, utilizar seu crédito para saldar dívidas tributárias posteriores. Note que as dívidas anteriores podem e devem ser exigidas pelo estado garantindo-se o direito de compensação.

Tais assuntos, em que pese sua complexidade e importância, são pouco discutidos no ambiente acadêmico e menos ainda no cotidiano. Além disso, no meio popular o sentimento mais comum que a palavra precatório desperta é o descontentamento, a visão de que se trata de um privilégio indevido que o Estado detém, sendo nada mais que uma maneira de “blindar” as Fazendas Públicas, para impedi-las de arcar com suas responsabilidades.

Por outro lado, as mudanças que ocorreram no presente regime de execução com as Emendas Constitucionais 62/2009 e 94/2016, e

as inovações trazidas pelo Código de processo civil de 2015 e pela Lei 12.153/2009, corrigiram algumas falhas, mostram que o legislador busca compatibilizar interesses públicos e privados.

3. ANÁLISE DE DADOS

Neste tópico, pretende-se fazer uma acurada análise de precatórios e requisições de pequeno valor, pois, a aplicação correta da legislação, por vezes, mostra-se inviável, quando colocada em confronto com situações concretas. Assim, quer-se demonstrar a situação cotidiana dos credores das fazendas públicas.

Segundo dados disponibilizados pelo CNJ³, em 2018, ingressaram no Poder Judiciário duas vezes mais processos de conhecimento do que execução. Todavia, mais da metade dos processos em andamento (54,2%) se referiam à fase de execução, dentre um acervo de 79 milhões de processos em andamento no final do ano de 2018, isto unicamente no 1º Grau, desconsiderando os recursos em análise pelas instâncias superiores. Por esse e outros motivos, a fase de execução é classificada como um gargalo, isto é, um obstáculo à boa prestação jurisdicional.

No tocante a Fazenda Pública, o referido relatório é carente de informações, apenas informa o percentual de execuções fiscais, em que os entes públicos detêm qualidade de credora, e dados estatísticos sobre o congestionamento do poder judiciário.

Na falta de dados federais que indiquem a situação global, a presente pesquisa irá se valer de dados disponibilizados pelo TJ/SE⁴. O trabalho de análise será feito por amostragem, utilizando as informações referentes aos pagamentos realizados, em 2018, pelo Estado de Sergipe, e Municípios de Aracaju, de Nossa Senhora do Socorro e de Lagarto, municípios com maior população do respectivo estado, conforme IBGE.

Primeiramente, iremos analisar os precatórios expedidos pelo Estado de Sergipe. Uma análise inicial mostra que a quantidade total de PRCs pagos, quais sejam, 919, e o valor total dispendido, R\$ 46.527.651,99, estes números podem a princípio parecerem razoáveis, no entanto, eles

3 Dados extraídos do relatório justiça em números 2019, disponível em <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>, acesso em 12/11/2019.

4 Informações obtidas no sítio: <https://www.tjse.jus.br/precatorios>. Acesso em: 20/09/19.

vêm desacompanhados de informações como qual o número de precatórios expedidos no ano de 2018, valores consignados no orçamento de 2019 ou mesmo a quantidade de precatórios pendentes.

Uma análise aprofundada ainda revela que, do total de precatórios quitados, apenas 357, isto é, menos de 40%, referem-se a pagamento integral os demais tratam-se de antecipação de pagamento parcial por motivo de idade ou doença grave, atendendo ao disposto no art. 100, §2º da CF/88. Além disso, dentre estes casos apenas 23 são precatórios expedidos em 2017, ou seja, aproximadamente 60% do valor consignado com precatórios é gasto a fim de atender ao fracionamento e, ainda assim, a espera para recebimento do valor deve, hodiernamente, alcançar dois anos, desde a data de expedição.

Já se analisarmos somente os precatórios de pagamento integral, observa-se que a extinção do débito demanda um espaço de tempo exorbitante, muitas vezes desproporcional a soma recebida. Trecho disponível para acesso ao público:

Nº do precatório	Data pagamento	Tipo de pagamento	Tipo de antecipação	Pagamento	Previdência	Imposto de Valor Renda
000200103312	13/09/2018	*Pagamento integral	-	136.123,88		R\$ 136.123,88
000200106979	20/07/2018	*Pagamento integral	-	24.155,14	5.773,30	R\$ 24.155,14
000200103387	27/12/2018	*Pagamento integral	-	417.897,78	0,00	0,00 R\$ 417.897,78

(Fonte: TJSE – precatórios pagos por entidades anos anteriores).

Observando-se apenas o número do primeiro precatório listado, 200200103312, podemos obter diversas informações. Os quatro primeiros dígitos, 2002, representam o ano de expedição do precatório, os quatro seguintes, 0010, são o código identificador da vara que o expediu e os quatros últimos representam a quantidade de PRCs expedidos naquele ano 3312, conforme informações obtidas junto a servidores da Vara Única do Município de Carira/SE.

Desconsiderando o tempo de tramitação do processo de conhecimento e de execução, no caso sob análise, o credor teve que esperar cerca de 16 anos para ter seu crédito satisfeito. A situação piora quando analisamos o segundo precatório, também expedido em 2002, refere-se ao pagamento de R\$ 24.155,14, valor que ainda sofreu o desconto de R\$ 5.773,30 de imposto de renda. Não queremos com isso questionar a cobrança do referido

imposto, mas salientar a morosidade do estado em realizar o pagamento e agilidade para realizar a cobrança em uma situação que pode facilmente ser interpretada à luz do jargão popular “dois pesos, duas medidas”.

A partir dos precatórios liquidados pelo município de Aracaju, percebe-se que a situação não é muito diferente da relatada sobre os pagamentos do estado de Sergipe, apesar do menor número de precatórios. Foram 25 referentes a pagamento integral e 21 em antecipação. O tempo para pagamento do débito também foi menor, em relação ao Estado, pois, o precatório mais antigo pago foi expedido em 2007. Embora a quantidade de precatórios saldados, em comparação com Estado de Sergipe, tenha sido pequena, o valor pago alcançou a soma de R\$ 32.683.953,83, destaque para um precatório expedido em 2008 cujo valor ultrapassa R\$ 15.000.000:

200800108441	02/06/2018	*Pagamento integral	-	19.475,84	R\$ 19.475,84
200800108763	02/06/2018	*Pagamento integral	-	105.468,93	R\$ 105.468,93
200800109214	01/11/2018	*Pagamento integral	-	15.190.549,10	R\$ 15.190.549,10

(Fonte: TJSE – precatórios pagos por entidades anos anteriores)

Já o município de Nossa Senhora do Socorro respondeu pelo pagamento de 252 precatórios, sendo apenas um dele em caráter de antecipação. O valor total de precatórios satisfeitos pelo Município alcançou o valor de R\$ 2.740.749,53. Lado outro, o município de Lagarto conseguiu a extinção de 32 precatórios, um em antecipação e os demais como pagamento integral, totalizando o valor de R\$ 1.590.024,16, em ambos os municípios o precatório mais antigo pago foi expedido em 2009.

No tocante às RPVs⁵, os dados analisados tornam qualquer análise mais acurada praticamente inviável, especialmente considerando o padrão do brasileiro médio. Enquanto em uma seção do referido sítio apresentam-se todas as RPVs expedidas em face de certa entidade, sem distinguir a data de pagamento, em outra exibem-se todas as RPVs expedidas em determinado ano, sem permitir filtrar a entidade pagadora, deixando o interessado perdido em um mar de informações sem critérios mínimos de catalogação adequados.

5 Os dados analisados foram obtidos nos sítios <https://www.tjse.jus.br/precatórios/consulta/rpv/pagas-por-entidade>, e <https://www.tjse.jus.br/precatórios/com-sulta/rpv/expedidas-por-ano>, ambos acessados em: 20/09/2019.

Além disso, em nenhum dos endereços eletrônicos colacionados foi disponibilizada consulta ao valor global pago ou quantidades de Requisições de Pequeno valor pagas, sequer a data em que o pagamento ocorreu é apresentada ao usuário, conforme imagens a seguir:



Relação de Ofícios de RPV Pagas por Entidade Devedora

Selecionar

Entidade devedora: ESTADO DE SERGIPE

Pesquisar

Imprimir

Número ofício	Processo	Entidade	Valor total	Data de expedição	Situação
0002/2018RPV	0002/2018RPV	ESTADO DE SERGIPE	R\$ 850,26	25/02/2018	Pago: manual sequente
0049/2018RPV	0049/2018RPV	ESTADO DE SERGIPE	R\$ 756,24	01/09/2018	Pago: manual sequente
0066/2018RPV	0066/2018RPV	ESTADO DE SERGIPE	R\$ 200,00	01/09/2018	Pago: manual sequente

(Fonte: TJSE – precatórios pagos por entidades anos anteriores).



Relação de Ofícios de RPV's Expedidas por ano

2018

2018

Pesquisar

Imprimir

Número ofício	Processo	Entidade	Valor total	Natureza	Data de expedição	Situação
0001/2018RPV	0001/2018RPV	ESTADO DE SERGIPE	R\$ 940,00	Alimentar	09/01/2018	Pendente de pagamento
0003/2018RPV	0003/2018RPV	ESTADO DE SERGIPE	R\$ 1.263,30	Alimentar	09/01/2018	Pendente de pagamento
0003/2018RPV	0003/2018RPV	ESTADO DE SERGIPE	R\$ 1.100,00	Alimentar	09/01/2018	Pendente de pagamento
0004/2018RPV	0004/2018RPV	INSTITUTO DE PROMOÇÃO E DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DE SERVIDORES DO ESTADO DE SERGIPE - IPESAÚDE	R\$ 5.581,30	Comum	09/01/2018	Pago: automático (DAA)

(Fonte: TJSE – precatórios pagos por entidades anos anteriores).

4 CONCLUSÃO

Diante do problema constatado, oferecer proposições para melhoria do regime especial de execução da Fazenda Pública não é uma marca de um Estado autoritário ou mesmo de entes públicos que objetivam postergar o pagamento de seus débitos, mas sim uma prerrogativa destinada a permitir a quitação das dívidas estatais sem comprometer o interesse público.

Os normativos sobre o tema, com destaque para a Constituição Federal, abordam o tema de maneira satisfatória, apesar de terem sua compreensão dificultada em razão da quantidade de disposições sobre este assunto. Contudo, a plena aplicabilidade desses diplomas, bem como a sua compreensão pela população leiga, tem sido dificultada pela realidade de congestionamento que vive o Judiciário e pela baixa qualidade de informações disponibilizadas ao público.

A análise de dados obtidos de situações concretas revela duas perspectivas: a dos precatórios que, por demandarem maior organização do Estado para seus pagamentos, seja em razão dos valores seja em razão do prazo maior para pagamento, apresentam-se para o contribuinte de maneira mais organizada e com mais informações, mas de morosidade inescusável. E a realidade das Requisições de Pequeno Valor que, em contrapartida à liquidação rápida, ocultam, à primeira vista, dados tais quais o nome do credor e data do pagamento. Ademais, as informações apresentadas são pouco organizadas e incompletas dificultando o exercício de um controle social eficaz.

No tocante aos precatórios, cabe ainda destacar que, dentre as entidades que tiveram seus dados analisados no presente trabalho, foram encontradas divergências. O Estado de Sergipe, apresenta percentual baixo de pagamentos integrais, já o município de Aracaju, com uma quantidade pequena de pagamentos, gastou praticamente 75% do valor expendido pelo Estado.

Já os municípios de Nossa Senhora do Socorro e Lagarto pagaram valores similares, considerando a população de cada município, mas a quantidade de precatórios pagos é discrepante.

A princípio pode se pensar que tais divergências ocorrem em razão de limites diferenciados para o pagamento de RPVs, todavia, com exceção do município de Lagarto, todos os entes analisados possuem como teto o maior benefício pago pelo Regime Geral de Previdência Social, sendo que os créditos superiores se submetem aos precatórios judiciais.

Desta feita, devem os entes federados, cumprindo com as disposições constitucionais e especialmente com o princípio democrático disposto, notadamente, no caput do artigo 37 da CF/88, garantir a transparência dos seus atos, informando o embasamento de tais ações, esclarecendo as regras que resultam nas divergências supracitadas, com foco no cidadão comum, isto é, não inserido no meio jurídico. Assim,

estará o Estado mais próximo de atingir a sua finalidade maior, o bem público.

Os controles sociais são mecanismos importantes que surgem não como uma benevolência do estado, mas como uma prestação de contas do governo para com aqueles que lhe garantem a legitimidade para conduzir a coisa pública. Dessa forma, fica claro que se o regime especial de execução existe para atender o interesse público, deve, para tanto, o Estado garantir à população o direito de acompanhar, compreender e opinar nos atos de gestão que envolvem dinheiro público, especialmente, os valores despendidos no pagamento de precatórios e requisições de pequeno valor.

Diante do exposto, nota-se que o estado não pode tratar informações tão importantes como os gastos realizados com pagamento de requisições com desídia. Tais dados devem ser reorganizados de maneira que se apresentem por meio de vocabulário simples, claro e objetivo. Nesse sentido, destaca-se o relatório justica em números, muito utilizado na presente pesquisa, o qual apresenta dados de maneira esquematizada com diversos gráficos e explicações que facilitam o entendimento dos temas ali tratados, apesar da ausência de informações importantes sobre a execução contra a fazenda pública.

Além disso, não basta que o governo produza informações, sem que a população tenha efetivo acesso a elas. Necessita-se que haja difusão de tais dados de maneira que se tornem de fácil acesso. Ademais, o valor de propagandas de caráter informativo nos meios de comunicação não deve ser menosprezado, pois quando bem utilizadas representam forte instrumento na democratização do acesso à informação e de proteção ao interesse público verdadeira razão de ser do procedimento de execução contra a fazenda pública.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 34. Ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20/09/19.

BRASIL. *Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009*. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito

Federal, dos Territórios e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12153.htm. Acesso em: 20/09/19.

BRASIL. *Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 17/04/2020.

BRASIL. *Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988*. Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7713.htm. Acesso em: 17/04/2020.

CIDADES IBGE. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/>. Acesso em: 12/11/2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 5. 10 Ed. Salvador: Podivm, 2020.

JUSTIÇA EM NÚMEROS 2019. *Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 12/11/2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

PRECATÓRIOS TJSE. Disponível em: <https://www.tjse.jus.br/precatorios/consulta/precatorios/pagos-por-entidade-anos-anteriores>. Acesso em 12/11/2019.

RESOLUÇÃO Nº 303, do *Conselho Nacional de Justiça, de 18 de dezembro de 2019*. Dispõe sobre a gestão dos precatórios e respectivos procedimentos operacionais no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3130>. Acesso em 17/04/2020.

ROUSSEAU, J-J. *O contrato social*. In: Oeuvres complètes, tome III. Collection “Pléiade”. Paris: Gallimard, 1757.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Os Juizados Especiais da Fazenda Pública*. Palestra proferida em 19.02.2010, no III Encontro de Juízes Especiais do Estado de Minas Gerais, e, em 26.02.2010, no I Seminário de Direito Processual Civil do Triângulo Mineiro: O Processo Civil no Século XXI.

RECEBIDO EM: 12/01/2021

APROVADO EM: 03/05/2021

O PAPEL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NA RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA PELA PRÁTICA DE ATOS LESIVOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

***THE FUNCTION OF ATTORNEY GENERAL'S OFFICE
IN THE LIABILITY OF THE LEGAL PERSON FOR
PRACTICE OF LESIVE ACTS IN DAMAGE TO THE PUBLIC
ADMINISTRATION***

João Paulo Santos Borba

*Mestrado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Pós-
Graduado em Direito Público pela Universidade de Brasília - UNB. Advogado da
União*

SUMÁRIO: Introdução. 1. A competência privativa da Advocacia-Geral da União na representação judicial e extrajudicial da Administração Pública Federal. 2. A função da Advocacia-Geral da União na responsabilização da pessoa jurídica. 3. A necessidade da independência funcional dos membros Advocacia-Geral da União. 4. Considerações finais. Referências.

RESUMO: O presente estudo versa sobre a função atribuída à Advocacia-Geral da União - AGU, pela Lei Anticorrupção Brasileira, no combate a atos de corrupção praticados por pessoas jurídicas nacionais e estrangeiras. Demonstra-se que o combate à corrupção contra a Administração Pública é uma questão transnacional. Aborda-se a competência privativa da Advocacia-Geral da União na representação, judicial e extrajudicial, da Administração Pública Federal. Sustenta-se a importância da função exercida pela Advocacia-Geral da União na responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica que comete ato lesivo contra a Administração Pública Federal. Defende-se a relevância da independência funcional dos membros da Advocacia-Geral da União para que haja o combate à corrupção contra as entidades públicas federais.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa Jurídica. Responsabilidade Civil e Administrativa. Advocacia-Geral da União. Independência Funcional. Combate à Corrupção.

ABSTRACT: This study deals with the function attributed to the Attorney General's Office, by the Brazilian Anticorruption Law, in combating acts of corruption committed by national and foreign legal persons. The combated against corruption inside of Public Administration is a transnational issue. This article discusses the private competence of the Attorney General's Office in the judicial and extrajudicial representation of the Federal Public Administration and maintains that the function exercised in the administrative and civil liability of the legal person that commits a lesive act property is important. Finally, it defends the functional independence of the members of the Attorney General's Office as a means for combating corruption against Public Administration.

KEYWORDS: Legal Person. Civil and Administrative Liability. Attorney General's Office. Functional Independence. Combating Corruption

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro é dotado de microssistema normativo de tutela da ética nas relações político-administrativas, como se pode verificar, por exemplo, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei sobre improbidade Administrativa), da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, c/c o Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967 (Leis contra os crimes de responsabilidade), da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, c/c a Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010 (Leis sobre inelegibilidades), assim como de diversos tipos penais, cujo bem jurídico tutelado é a licitude das relações com a Administração Pública (FERRAZ, 2014).

É imperioso destacar, outrossim, que o Brasil firmou compromissos internacionais a respeito do combate à corrupção contra o poder público. Como se verifica dos seguintes normativos: i) Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000, que promulgou a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997; ii) Decreto nº 4.410, de 07 de outubro de 2002, que promulgou a Convenção Interamericana contra a Corrupção, adotada em Caracas, em 29 de março de 1996; iii) Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, que promulgou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia - Geral das Nações Unidas, em 31 de outubro de 2003.

Diversas nações do mundo, inclusive aquelas que são consideradas mais desenvolvidas atualmente, enfrentaram, em algum momento de sua história, o círculo vicioso da corrupção. O problema da corrupção é tão antigo quanto a humanidade, porém a sua gravidade ganhou mais relevância nas últimas décadas do século passado (BARROSO, 2019).

Não obstante o arcabouço normativo existente, os incontáveis e dramáticos escândalos de corrupção envolvendo agentes públicos e políticos no Brasil, inclusive a sofisticação das técnicas utilizadas para praticar ilegalidades, torna imprescindível que o sistema jurídico brasileiro avance no sentido de aprimorar a normatização do combate a atos ilegais contra entidades públicas.

Diante desse contexto, foi publicada a Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013, que disciplina a responsabilização civil e administrativa da pessoa jurídica pela prática de ato lesivo contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

A Lei nº 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção Brasileira - LAC, representa significativo avanço no combate à corrupção, estabelecendo, inclusive, a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica que cometer atos ilegais contra o Poder Público. Isto é, a imputação da responsabilidade, independe de dolo ou culpa, bastando, tão somente, a comprovação do ato lesivo e do nexo de causalidade.

A denominada Lei Anticorrupção Brasileira permite a responsabilização da pessoa jurídica tanto na esfera administrativa quanto na esfera judicial. Ademais, a aplicação de penalidade a pessoa jurídica não isenta a pessoa natural (autores, coautores e partícipes de ato ilícito, sejam ou não dirigentes ou administradores da pessoa jurídica) da responsabilidade individual na medida da sua culpabilidade (OLIVEIRA; NEVES, 2014).

Deste modo, tem-se que a Lei nº 12.846/2013 representa marco importante no cenário normativo brasileiro a respeito do combate à corrupção, razão pela qual a análise do referido instrumento normativo possui relevância prática no sentido de responsabilizar, com o devido rigor, todos aqueles que se beneficiam indevidamente de práticas lesivas contra o patrimônio público.

Assim, torna-se relevante que os assuntos relacionados à efetiva implementação da Lei nº 12.846/2013, sejam objeto de estudo, dentre elas, a função da Advocacia-Geral da União – AGU na adoção das medidas necessárias para apuração e imputação de responsabilidade administrativa e civil às pessoas jurídicas que praticaram atos contra a Administração Pública Federal.

Diante desse contexto, surge a indagação sobre a problemática a ser enfrentada no presente estudo no sentido de avaliar se o Poder Legislativo deve conferir as prerrogativas necessárias aos membros da AGU para que fosse viável realizar o devido combate à corrupção contra a Administração Pública.

Defende-se o posicionamento de que deve haver a consolidação institucional da AGU, aliada à concessão da independência funcional aos seus membros, para que seja possível o efetivo combate à corrupção e o controle de legalidade dos atos administrativos.

A metodologia utilizada neste estudo é baseada na análise do conjunto normativo vigente, assim como na doutrina e jurisprudência pátria, que estabelece significativa competência de atuação da AGU, inclusive no controle de legalidade dos atos administrativos, e da relevância

da independência funcional para o desempenho das atividades. Além disso, aborda-se à atuação em casos concretos, notadamente na celebração de acordos de leniência e no trabalho proativo realizado para que ocorra o ressarcimento ao erário do prejuízo causado à Administração Pública.

Para uma devida compreensão do assunto, será apresentada definição de um marco teórico que possibilite a demonstração da relevância da advocacia pública, máxime como função essencial à justiça e da necessidade de independência funcional para que a atuação dos membros da AGU ocorra sem ingerência indevida.

O primeiro tópico deste estudo aborda a competência privativa conferida à AGU para realizar o assessoramento jurídico e representação judicial da Administração Pública Federal, sendo conferida relevante competência no controle da legalidade dos atos administrativos e, também, na prevenção e resolução extrajudicial de conflitos, dentre outras atribuições.

Já o segundo tópico avalia a função exercida pela AGU na responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica que tenha praticado ato lesivo contra a Administração Pública Federal, havendo referência aos dispositivos existentes nas normas que tratam da ação civil pública e da improbidade administrativa, assim como na análise de dispositivos existentes na LAC.

Por sua vez, o último tópico versa sobre a relevância de conferir independência funcional aos membros da AGU para que haja o necessário combate à corrupção, assim como a devida defesa da legalidade e da moralidade, ampliando sobremaneira a efetividade da LAC.

O enfoque da pesquisa realizada é fundado na atuação da AGU, que realiza o assessoramento jurídico e representação judicial das entidades integrantes da Administração Pública Federal. Porém, as conclusões e reflexões sobre o assunto podem ser aplicadas a advocacia pública, na esfera estadual e municipal.

1. A COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NA REPRESENTAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

O art. 131 da Constituição da República estabelece que a AGU tem como função a representação judicial e extrajudicial da União, sendo uma instituição que exerce função essencial à justiça.

O Supremo Tribunal Federal – STF já se pronunciou de forma peremptória sobre a competência privativa dos membros da advocacia pública para realizar o assessoramento jurídico e a representação judicial das entidades públicas.

A decisão proferida pelo STF, na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 5215, afirma o caráter privativo das competências dos Procuradores do Estado junto às assessorias jurídicas da Administração Direta e procuradorias das autarquias e fundações estaduais para realizar a atividade de assessoramento jurídico e de representação judicial das entidades públicas estaduais, nos termos do art. 132 da Constituição Federal, como se constata da leitura da ementa do referido julgado:

Ementa: Direito Constitucional e Administrativo. Ação direta de inconstitucionalidade. Emenda à Constituição Estadual que cria o cargo de Procurador Autárquico, em estrutura paralela à Procuradoria do Estado. Inconstitucionalidade formal e material. 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que viola a separação dos poderes emenda à Constituição Estadual que trate de regime jurídico de servidores públicos, em razão de se tratar de matéria reservada à lei ordinária e de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo. Precedentes. 2. O exercício da atividade de representação judicial e de consultoria jurídica no âmbito dos Estados e do Distrito Federal é de competência exclusiva dos Procuradores do Estado (art. 132, CF/88), sendo vedada a criação de Procuradoria Autárquica para a consultoria e o assessoramento jurídico das autarquias e fundações estaduais. 3. O modelo constitucional da atividade de representação judicial e consultoria jurídica dos Estados exige a unicidade orgânica da advocacia pública estadual, incompatível com a criação de órgãos jurídicos paralelos para o desempenho das mesmas atribuições no âmbito da Administração Pública Direta ou Indireta, com exceção dos seguintes casos: (i) procuradorias jurídicas nas Assembleias Legislativas e Tribunais de Contas para a defesa de sua autonomia e assessoramento jurídico de suas atividades internas (ADI 94, Rel. Min. Gilmar Mendes); (ii) contratação de advogados particulares em casos especiais (Pet 409-AgR, Rel. Min. Celso de Mello); e (iii) consultorias paralelas à advocacia estadual que já exerciam esse papel à época da promulgação da Constituição de 1988 (art. 69 do ADCT). 4. Na linha dos precedentes desta Corte, considero que as universidades estaduais também podem criar e organizar procuradorias jurídicas, em razão de sua autonomia didático-científica, administrativa, financeira e patrimonial (art. 207, caput, CF/88). Tais órgãos jurídicos exercem um papel fundamental na defesa dos interesses das universidades, inclusive em face dos próprios Estados-membros que as constituíram. Portanto, em razão da autonomia universitária e seguindo a lógica da

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na matéria, a existência dessas procuradorias não viola o art. 132 da Constituição. 5. A transformação de cargos e a concessão de equiparação remuneratória entre cargos distintos constituem flagrantes violações à regra do concurso público (art. 37, II, c/c art. 132, CF/88), à vedação de equiparação ou vinculação remuneratória entre cargos públicos diversos (art. 37, XIII, CF/88) e aos critérios de fixação remuneratória dos servidores públicos (art. 39, §1º, CF/88). 6. Procedência do pedido, com a fixação da seguinte tese: “É inconstitucional a criação de Procuradorias Autárquicas no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, em razão da violação à unicidade orgânica da advocacia pública estadual”.

Não obstante o julgado fazer referência à Procuradoria do Estado, tem-se que a exegese da decisão exarada pelo Pretório Excelso é no sentido de abarcar a atribuição privativa da advocacia pública, na esfera federal, estadual e municipal, para representar judicialmente e assessorar extrajudicialmente os agentes e entes públicos.

Após a abordagem no plano constitucional sobre a função da advocacia pública, insta destacar que a Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, disciplina a sua atribuição para representar a União no âmbito da esfera judicial, assim como extrajudicialmente, inclusive mediante atividade de consultoria e assessoramento jurídico.

Diante da atribuição constitucional e legal de representar a União judicialmente e realizar o assessoramento extrajudicial, a legislação brasileira vem atribuindo expressamente competências à AGU, notadamente no que se refere ao combate de ilicitudes cometidas contra a Administração Pública Federal.

A Constituição Federal, no art. 103, § 3º, prevê relevante função à AGU, por meio do Advogado-Geral, relacionada à defesa da lei ou ato normativo, que é objeto de controle de constitucionalidade no âmbito do STF, atuando, deste modo, como curador (defensor legis) das normas legais e infralegais, inclusive de origem estadual. A referida defesa torna-se dispensável quando o próprio STF já fixou entendimento pela inconstitucionalidade da norma.

A redação do art. 38, Parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com redação dada pela Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1994, confere a competência da advocacia pública para examinar e aprovar

as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes.

O art. 1º do Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999, estabelece a obrigatoriedade da apresentação de manifestação jurídica pela advocacia pública federal, antes da emissão da decisão pelo agente público competente, nos processos administrativos disciplinares, que versem sobre a aplicação de penalidades relativas à demissão, cassação de aposentadoria, disponibilidade de servidor público ou mesmo reintegração de servidor público em cumprimento de decisão judicial.

Destaque-se, também, a atribuição expressa conferida à AGU para representar a União e as entidades da Administração Pública Federal perante o juízo arbitral, referentes aos litígios no âmbito do setor portuário, de transportes rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, sendo certo que a arbitragem, como método alternativo de resolução de conflitos, avança significativamente, máxime no campo da Administração Pública empresarial (ARAGÃO, 2017).

Vale acrescentar que a AGU possui competência legal relevante, no que concerne à utilização da consensualidade para dirimir conflitos na Administração Pública Federal mediante a prevenção e a resolução extrajudicial de conflitos, nos termos da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.

A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal – CCAF, existente na AGU, desempenha importante função de solucionar, mediante conciliação, as controvérsias entre a União e os demais entes federais ou entre esses e as Administrações Públicas estaduais e municipais.

A atuação da CCAF pode ocorrer tanto em conflitos que já estão judicializados, quanto em controvérsias existentes na seara administrativa, constituindo, portanto, alternativa extrajudicial de resolução de conflito.

Especificamente sobre a competência legal atribuída à AGU relacionada à prática de ilicitudes cometidas contra a Administração Pública, cumpre lembrar a Lei nº 8.429/1992, que também disciplina o cometimento de improbidade administrativa, estabelece a atribuição de a advocacia pública requerer ao juízo estatal a decretação do sequestro de bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado prejuízo ao patrimônio público, assim como a incumbência para o ajuizamento da ação de ressarcimento ao patrimônio público.

Nessa mesma linha argumentativa, é imperioso asseverar que a Lei nº 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, estabelece atribuições relevantes à advocacia pública, como será abordado nos próximos tópicos.

A respeito da relevância da função exercida pela advocacia pública, é imprescindível transcrever os seguintes argumentos doutrinários de José Afonso da Silva, apresentados no texto intitulado de A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito, em que é abordada, com muita propriedade, a imprescindibilidade da advocacia pública no adequado funcionamento da Administração Pública (SILVA, 2002):

(...) a Advocacia Pública é tudo isso e mais alguma coisa, porque, na medida mesma que se ampliam as atividades estatais, mais ela se torna um elemento essencial ao funcionamento do Estado Democrático de Direito. Toda atividade do Estado se desenvolve nos quadros do direito. Assim é mesmo “quando os preceitos positivos não vinculam a Administração e essa exerce faculdades discricionárias, tende a atuação do justo, suprema e constante aspiração desse organismo essencialmente jurídico que é o Estado”. Pois, o “arbítrio é inconcebível na atividade do Estado, regida sempre por um escopo ético e por valorização de interesse público”. Esse sentido ético-jurídico da atividade estatal requer avaliação especializada que pondere e controle o seu exercício, ao mesmo tempo em que defende a posição jurídica do Estado em face dos particulares.

Pode-se afirmar que a advocacia pública representa um valioso órgão de assessoramento jurídico, caracterizando-se como função essencial à justiça e com atuação imprescindível na proteção do patrimônio público e na defesa dos princípios que devem reger a atuação dos entes públicos (COUTINHO, 2015).

Deste modo, é factível sustentar que a AGU possui função essencial e indispensável na representação judicial e extrajudicial da Administração Pública Federal, exercendo suas atribuições no sentido de preservar e garantir a legalidade (juridicidade).

Vale lembrar que constitucionalização do direito administrativo convola a legalidade em juridicidade administrativa. A lei deixa de ser o fundamento único e último da atuação da Administração Pública para se tornar apenas um dos princípios do sistema de juridicidade instituído pela Constituição Federal. Portanto, o agir administrativo pode encontrar

fundamento e limite diretamente em regras ou princípios constitucionais, dos quais decorrerão, sem necessidade de mediação do legislador (BINENBOJM, 2008).

2. A FUNÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NA RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

A partir da leitura da Lei nº 12.846/2013, verifica-se que o legislador ordinário atribuiu significativa competência à advocacia pública nos procedimentos necessários para responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica que cometeu irregularidade contra a Administração Pública.

No âmbito da responsabilização administrativa, compete à advocacia pública avaliar a sanção proposta pela comissão responsável pelo processo de apuração de responsabilidade. Após a elaboração da manifestação jurídica, que analisou a sanção proposta no aspecto jurídico-formal, o agente público competente proferirá a respectiva decisão administrativa.

Por outros dizeres, a autoridade responsável designará comissão composta por dois servidores estáveis que analisará, por meio de processo administrativo de apuração, o cometimento de atos lesivos contra a Administração Pública. O relatório da comissão que recomendar a aplicação de sanção, que pode ser multa pecuniária e publicação extraordinária de decisão, deverá ser submetido à apreciação da advocacia pública, para, posteriormente, ser encaminhado à autoridade competente para o respectivo julgamento administrativo.

A referida manifestação jurídica da advocacia pública possui caráter vinculante, motivo pelo qual o agente público responsável pelo julgamento do processo de apuração de responsabilidade deve seguir a orientação jurídica ali apresentada, quer seja para aplicar a sanção, quer seja para isentar de responsabilidade a pessoa jurídica.

Apesar de não haver norma legal que estabeleça expressamente uma classificação das manifestações jurídicas elaboradas pela advocacia pública, existe decisão do STF, no Mandado de Segurança nº 24.631, que estabelece as seguintes categorias de pareceres jurídicos: i) parecer jurídico meramente opinativo, sem caráter vinculante, quando a consulta realizada pelo agente público é facultativa; ii) parecer jurídico vinculante, quando a consulta é obrigatória, o ato deve ser praticado à luz da orientação apresentada. Caso

não haja concordância com a orientação jurídica, deve submeter o caso concreto a uma nova manifestação jurídica; iii) parecer vinculante, quando a lei determina que o agente público deve obrigatoriamente decidir nos termos da manifestação jurídica, ou, então, não decidir:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. (...)

Deste modo, a autoridade competente para a imposição de sanção administrativa deve observar os termos do parecer jurídico, que tem caráter vinculante, sendo possível requerer reapreciação da matéria pelo órgão responsável pelo assessoramento jurídico, quando não houver concordância com os termos do primeiro parecer jurídico, uma vez que o art. 6º, § 2º, da Lei nº 12.846/2013, estabelece que a imposição de penalidade deve ser precedida de manifestação jurídica elaborada pela advocacia pública.

Além da atuação na seara da responsabilização administrativa da pessoa jurídica, a advocacia pública possui a atribuição de propor demanda judicial com o escopo de responsabilizar civilmente a pessoa jurídica que tenha cometido ato lesivo contra a Administração Pública.

A referida competência de ajuizar ação judicial, conferida à advocacia pública, é concorrente, porquanto o legislador ordinário conferiu também

ao Ministério Público a possibilidade de requerer, na esfera judicial, a aplicação de sanções às pessoas jurídicas infratoras.

Neste ponto, verifica-se a existência de similitude entre a Lei nº 12.846/2013 e a Lei nº 8.429/1992, uma vez que o legislador ordinário optou pela competência concorrente entre o Ministério Público e a advocacia pública (como representante judicial da pessoa jurídica de direito público).

Cite-se, ainda, a existência de competência concorrente entre a advocacia pública (desempenhando a função de representante judicial dos entes públicos) e o Ministério Público para ajuizamento de ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, consoante dispõe o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (MAGALHÃES, 2013).

Diante do exposto, afigura-se que a AGU, no exercício de suas funções de assessoramento técnico-jurídico ou de representação judicial, possui papel relevante na responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica que tenha praticado ato lesivo contra a Administração Pública Federal.

3. A NECESSIDADE DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DOS MEMBROS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Após a abordagem das atribuições conferidas à advocacia pública e, conseqüentemente, à AGU, na responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica que perpetrou ato ilegal contra a Administração Pública, é imperioso avaliar a necessidade da independência funcional dos seus membros para que as referidas funções sejam exercidas de forma plena.

Como é consabido, a AGU está inserida na organização hierárquica da Administração Pública Federal, não possuindo autonomia administrativa. Ademais, a AGU não é uma instituição independente, apesar de ser enquadrada como uma função essencial à justiça, nos termos da Constituição Federal, exercendo, ainda, função típica de Estado.

Nos termos do ordenamento jurídico vigentes, os membros da AGU não possuem a independência funcional como foi atribuída aos integrantes do Ministério Público, sendo certo que a existência de subordinação pode obstar o efetivo desempenho das atribuições legais conferidas, notadamente

no que se refere ao combate à corrupção na própria Administração Pública Federal.

Não obstante a inexistência de independência funcional, a advocacia pública, no desempenho da função de assessoramento jurídico, exerce a função de controle interno da Administração Pública, na medida em que verifica a conformidade dos atos administrativos com o sistema jurídico, razão pela qual é possível a existência de situações em que a atuação do advogado público, como curador da legalidade, pode ser mitigada em virtude da ausência da independência funcional.

A respeito da situação acima apresentada sobre o desvirtuamento do assessoramento jurídico realizado pela advocacia pública, convém citar a abordagem realizada por Maria Sylvia Zannella Di Pietro, em artigo publicado sobre a advocacia pública como função essencial à justiça (PIETRO, 2016):

A regra é que as autoridades administrativas, mesmo quando revelem inconformismo com a submissão à lei e ao Direito — que muitas vezes constituem entraves aos seus objetivos — consultem a advocacia pública, ainda que a lei não exija sempre essa consulta. Mesmo quando quer praticar um ato ilícito, a autoridade quer fazê-lo com base em parecer jurídico; para esse fim, ela pede e pressiona o órgão jurídico para obter um parecer que lhe convenha. Ela quer, na realidade, dar aparência de legalidade a um ato ilegal e, para esse fim, quer refugiar-se atrás de um parecer jurídico, até para ressaltar a sua responsabilidade. O advogado público que cede a esse tipo de pressão amesquinha a instituição e corre o risco de responder administrativamente por seu ato.

O papel do advogado público que exerce função de consultoria não é o de representante de parte. O consultor, da mesma forma que o juiz, tem de interpretar a lei para apontar a solução correta; ele tem de ser imparcial, porque protege a legalidade e a moralidade do ato administrativo; ele atua na defesa do interesse público primário, de que é titular a coletividade, e não na defesa do interesse público secundário, de que é titular a autoridade administrativa.

Por isso mesmo, a atividade de consultoria tem de estar fora da hierarquia administrativa para fins funcionais, ou seja, para desempenhar com independência as suas atribuições constitucionais. Tratando-se de competência absolutamente exclusiva, a atividade de consultoria afasta qualquer possibilidade de controle por órgãos superiores, ficando o

órgão praticamente fora da hierarquia da Administração Pública, no que diz respeito à sua função. Ainda que os órgãos consultivos funcionem junto a ministérios e secretarias estaduais e municipais — já que integram o Poder Executivo —, eles estão fora da hierarquia, não recebem ordens, instruções, para emitir o parecer neste ou naquele sentido. Não se submetem a decisões políticas de governo que sejam emanadas ao arrepio do direito. Quem emite um parecer, tem absoluta liberdade de apreciar a lei e de dar a sua interpretação. Isto é inerente à própria função que o órgão exerce. Ou ele é independente ou não precisa existir.

Conforme se depreende da avaliação apresentada pela Di Pietro, que já exerceu o cargo de Procuradora do Estado de São Paulo, é imprescindível que os membros da advocacia pública possuam independência funcional com o objetivo de que não sejam submetidos às vontades políticas que estejam em dissonância com o ordenamento jurídico.

Os agentes públicos, qualificados como advogados públicos, devem observar, no desempenho de suas atribuições, o princípio da juridicidade e do interesse público, não sendo admitido pautar suas atividades no interesse privado ou egoístico de agentes políticos. O interesse público deve ser compreendido como o interesse comum da coletividade, sendo esse o interesse primário, que não se confunde, por sua vez, com o interesse público secundário, que representa o interesse do aparelhamento administrativo, assim como não se mistura com o interesse pessoal do agente público (FERRAZ; DALLARI, 2007)

Qualquer interesse qualificado como decisão de agente político, que exteriorize violação da ordem jurídica, contrarie o interesse público ou transgrida princípios jurídicos, não merecerá guarida para ser chancelada ou defendida por advogados públicos (CABRAL, 2018).

A necessidade de independência funcional dos membros da AGU, permite a atuação profissional baseada na imparcialidade, havendo submissão ao império da Constituição Federal e da legislação produzida pelo Congresso Nacional, preservando-se, dessa forma, o controle de atos administrativos ao disposto no princípio constitucional da legalidade e da moralidade.

Como sustenta José Afonso da Silva, no Estado Democrático de Direito, a advocacia pública está investida do papel de defesa da moralidade pública e, também, da legalidade, não exercendo, tão somente, a função

meramente jurídica de defesa dos interesses patrimoniais da Fazenda Pública (SILVA, 2002).

O citado doutrinador destaca a amplitude e importância da tarefa da advocacia pública no Estado Democrático de Direito na medida em que o assessoramento jurídico realizado constitui filtro contra a prática de atos por agentes públicos que contrariem o sistema jurídico brasileiro (SILVA, 2002).

Logo, a AGU, quer seja na representação judicial ou extrajudicial, tem função de relevo na adoção das medidas necessárias para conferir efetividade à Lei nº 12.846/2013, que representa instrumento de destaque no combate à corrupção.

Na referida Lei existe a previsão de haver a celebração do acordo de leniência, tendo em vista o objetivo de garantir a efetividade da colaboração realizada pela pessoa jurídica que praticou atos lesivos à Administração Pública, por meio da identificação de outros elementos envolvidos na infração e da obtenção célere de informações e/ou documentos comprobatórios do ilícito apurado (CAMPOS, 2015).

Contudo, verifica-se que o legislador ordinário excluiu a participação obrigatória da AGU na celebração do acordo de leniência, pelo que inexistente o necessário controle de legalidade dos atos praticados pelos agentes públicos para realizar o mencionado acordo.

Não subsiste dúvida de que é possível a participação da advocacia pública, na hipótese de consulta realizada pelo agente público competente para celebração do acordo de leniência, porém não existe imposição legal para que os membros da AGU participem da elaboração dos termos do citado acordo de forma cogente.

A Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015, que alterava a Lei nº 12.846/2013, estabelecia competência expressa à advocacia pública na celebração de acordo de leniência. Contudo, houve a perda da vigência dos artigos da Medida Provisória anteriormente citada, sem que houvesse a sua conversão em lei.

Em virtude do objetivo do acordo de leniência, que é potencializar a capacidade investigativa do Estado, por meio da apresentação de meios probantes válidos fornecidos pelos colaboradores, os quais seriam de difícil obtenção pelos métodos tradicionais, é factível sustentar que a ausência de intervenção da advocacia pública pode comprometer a obtenção válida das

provas imprescindíveis para demonstração das ilicitudes perpetradas contra a Administração Pública e a sua posterior utilização para responsabilização administrativa e civil (ZIMMER, 2019).

A averiguação de meios probatórios fornecidos por colaboradores que cometeram ilicitudes e que almejam celebrar acordo de leniência para obter os benefícios legais deve ser realizada com a devida cautela e em estrita observância do sistema jurídico para que haja a devida punição aos acusados de atos de corrupção, sendo certo que os membros da advocacia pública, como operadores do direito, são habilitados para verificar a conformidade da prova apresentada pelo colaborador, bem como avaliar a configuração da responsabilidade administrativa por ato cometido por pessoa jurídica.

Por óbvio, a não participação obrigatória dos membros da advocacia pública na celebração do acordo de leniência, assim como a mitigação da independência funcional podem significar prejuízo no controle de legalidade realizado no assessoramento jurídico, facilitando a prática de corrupção no âmbito da Administração Pública.

Apesar da inexistência de dispositivo legal na Lei nº 12.846/2013, que fixe a competência da advocacia pública, na celebração do acordo de leniência, convém citar que, no ano de 2018, a AGU e a Controladoria Geral da União – CGU firmaram acordo com a empresa Odebrecht, investigada pela conhecida operação Lava-Jato, sendo estabelecido o ressarcimento aos cofres públicos do valor de 2,7 bilhões de reais, referente ao pagamento de dano, multa e enriquecimento ilícito (CGU, 2018).

Merece destaque, também, que a atuação em conjunto da CGU e da AGU permitiu a celebração de mais de 10 acordos de leniência, resultando no pagamento aos cofres públicos do valor de R\$ 13,67 bilhões reais. E, ainda, estão em tratativas mais de 20 acordos (CGU, 2020).

Depreende-se, portanto, que os membros da AGU vêm atuando diretamente em acordos de leniência, firmados no âmbito da União, que envolvem bilhões de reais, apesar de não existir a obrigatoriedade legal na sua participação, e, outrossim, não existir a prerrogativa da independência funcional, que preserva a imparcialidade do advogado público e permite que o desempenho das atividades de representação extrajudicial seja fundado na salvaguarda da legalidade e da moralidade.

A respeito da relevância da participação da advocacia pública nas tratativas e na própria celebração do acordo de leniência para

que seja possível a prestação do devido assessoramento jurídico à autoridade competente para firmar acordo de leniência, vale citar o seguinte argumento doutrinário que ressalta a função dos membros da advocacia pública na defesa da supremacia do interesse público (COUTINHO, 2015):

Nesse aspecto, cite-se, exemplificativamente, a possibilidade de participação da advocacia pública nos acordos de leniência a serem celebrados com a Administração Pública, a qual (muito embora não esteja prevista na Lei 12.846/2013) constitui-se como medida salutar para a defesa do interesse público, permitindo-se que as pessoas jurídicas responsáveis por atos lesivos façam um acordo de colaboração com a Administração Pública para investigações relacionadas ao tema em análise, possibilitando, inclusive, a redução da multa aplicável, caso preenchidos os requisitos legais.

Assim, parece-nos fundamental que seja possibilitada à advocacia pública a oportunidade de manifestar-se nos acordos de leniência a serem eventualmente firmados pelos entes estatais, de modo a auxiliá-los no processo de tomada de decisão.

No âmbito da representação judicial, a significativa atuação contenciosa da AGU, no combate à corrupção, é perceptível diante do expressivo número de 1055 ações judiciais propostas, no primeiro semestre do ano de 2020, em face de acusados de corrupção e improbidade administrativa, sendo cobrado o pagamento de mais de R\$ 2,4 bilhões de reais de pessoas físicas e jurídicas que praticaram irregularidades contra a Administração Pública Federal (AGU, 2018).

A propositura de ações de improbidade administrativa ou de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos e políticos, assim como de grandes grupos econômicos também requer a indispensável independência funcional dos membros da advocacia pública no sentido de que seja preservada sua atuação profissional em defesa do interesse público, sem ingerências indevidas.

Deste modo, afigura-se a relevância da independência funcional dos membros da AGU, com a finalidade de garantir a imparcialidade no desempenho de suas atividades, permitindo que a atuação, na representação judicial e extrajudicial, preserve o controle de legalidade no processo administrativo ou judicial de responsabilização de pessoa jurídica que praticou ato lesivo contra a Administração Pública Federal, como estabelecido na Lei nº 12.846/2013.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Face aos fundamentos acima apresentados, afigura-se que a Lei nº 12.846/2013 representa importante instrumento legal de combate à corrupção contra a Administração Pública, na medida em que está em plena sintonia com o princípio constitucional da moralidade (art. 37, caput, da Constituição Federal) e com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, dentre eles, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, elaborada no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, Convenção Interamericana contra a Corrupção - CICC, elaborada pela Organização dos Estados Americanos - OEA, Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – CNUCC.

No âmbito federal, a Advocacia-Geral da União – AGU, no exercício da sua competência privativa de representação judicial e extrajudicial da União, possui função relevante na adequada implementação da Lei nº 12.846/2013, tendo em vista que a sua atuação está diretamente relacionada à observância da legislação aplicável para a responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica que tenha praticado ato lesivo contra a Administração Pública Federal.

Nesse contexto e em razão da possibilidade de interferência indevida advindas de interesses escusos que contrariam o sistema jurídico, a independência funcional dos membros da advocacia pública constitui fator relevante para que a conhecida Lei Anticorrupção Brasileira seja efetivamente aplicada no sentido coibir a prática de atos de corrupção contra as entidades públicas.

Assim, o efetivo combate a corrupção, decorrente da aplicação da Lei nº 12.846/2013, como instrumento de responsabilização da pessoa jurídica que cometeu ato lesivo em face da Administração Pública Federal, perpassa o fortalecimento da AGU e a concessão da prerrogativa da independência funcional dos seus membros para que atuem, tão somente, sob o manto da probidade, eficiência, dentre outros valores tão relevantes existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. *Controladoria-Geral da União – CGU*, 2018. Disponível em: < <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2018/07/acordo-de-leniencia-com-a-odebrecht-preve-ressarcimento-de-2-7-bilhoes> >. Acesso em: 05 de dezembro de 2020.

BRASIL. *Controladoria-Geral da União – CGU*, 2020. Disponível em:<<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia>. >. Acesso em: 05 de dezembro de 2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno)*. ADI 5215/GO. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Emenda à Constituição Estadual. Criação de estrutura paralela para cargo de procurador autárquico. Inconstitucionalidade formal e material. Competência exclusiva dos procuradores do Estado. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal – ANAPE e outros. Relator (a): Ministro Roberto Barroso, de 28 de março de 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750294436>>. Acesso em: 05 de dezembro de 2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno)*. MS 24631/DF. Mandado de Segurança. Parecer técnico-jurídico. Caráter vinculante. Responsabilidade do parecerista. Impetrante: Sebastião Gilberto Mota Tavares. Impetrado: Tribunal de Contas da União, de 09 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506595>>. Acesso em: 05 de dezembro de 2020.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Arbitragem no Direito Administrativo. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 16, n. 03, p.19-58, jul./set. 2017. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/1935>>. Acesso em: 05 de dezembro de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação. *REI - Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 1234-1313, dez. 2019. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.emnuvens.com.br/REI/article/view/429>>. Acesso em: 05 de dezembro de 2020.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CABRAL, Flávio Garcia. A efetivação do princípio da boa administração pública pela atuação da Advocacia-Geral da União. *Publicações da Escola da AGU*, Brasília, v.10, n.3, p.85-99 jul./set. 2018.

CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei nº 12.846/2013- Lei anticorrupção. *Revista Digital de Direito Administrativo*. v. 2, n. 1, p.160-185, 2015.

COUTINHO, Nilton C. A. *Probidade e ética na gestão pública: a Lei nº 12.846/2013 e a importância do advogado público no combate à corrupção*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 15, n. 171, p. 65-70, maio 2015.

CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei nº 12.846/2013- Lei anticorrupção. *Revista Digital de Direito Administrativo*. v. 2, n. 1, p.160-185, 2015.

FERRAZ, Luciano. Reflexões sobre a Lei nº 12.846/2013 e seus impactos nas relações público-privadas: lei de improbidade empresarial e não lei anticorrupção. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 33-43, out./dez. 2014.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Aspectos relevantes da lei anticorrupção empresarial brasileira (Lei nº 12.846/2013). *Revista Controle - Doutrina e Artigos*, v. 11, n. 2, Fortaleza, 2013, p. 26-48.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O sistema brasileiro de combate à corrupção e a Lei nº 12.846/2013 (Lei anticorrupção). *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 44, p. 9-21, jan./mar. 2014.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *A Advocacia Pública como função essencial à Justiça*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justical>>. Acesso em: 05 de dezembro de 2020.

SILVA, José Afonso da. A Advocacia Pública e Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 230: 281-289, Out./Dez. 2002.

ZIMMER, Aloísio. *Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013*. Irene Patrícia Nohara, Fabricio Motta, Marco Praxedes (coords.). Coleção Soluções de Direito Administrativo: Leis Comentadas. Série I – Administração Pública. São Paulo: Thomson Reuters - RT, 2019.

RECEBIDO EM: 14/06/2021

APROVADO EM: 22/10/2021

O ESTADO REGULADOR, COVID19 E OS LIMITES DA REGULAÇÃO

***REGULATORY STATE, COVID19 AND THE LIMITS OF
REGULATION***

Julio Cesar Werneck Martins

*Doutorando em Direito pela Universidade Veiga de Almeida. Mestre em Direito pela
Universidade Candido Mendes. Advogado da União.*

Priscila Elise Alves Vasconcelos

*Estágio Pós-doutoral em Direito das Cidades pela Universidade do Estado do Rio
de Janeiro - UERJ. Doutora em Direito pela Universidade Veiga de Almeida - RJ.
Mestra no Programa de Pós-Graduação em Agronegócios na Universidade Federal
da Grande Dourados - Mato Grosso do Sul. Especialista em Direito Público e
Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.
Pós-graduada em Direito Público e Privado pela UESA. Pós-graduada em Meio
Ambiente pelo MBE/COPPE/UFRJ.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Regulação Econômica; 2.
Atividade Regulatória: O Poder de Polícia; 3. Limites

da Atuação Regulatória/Polícia Administrativa; 4. Estado de Necessidade Administrativa; 5. Os Direitos Fundamentais Individuais; 6. Conclusão; Referências.

RESUMO: Esse artigo tem por objetivo analisar as intervenções estatais na economia e liberdades individuais como forma de enfrentamento à pandemia de coronavírus COVID19. Sem a decretação de estado de exceção constitucional, o poder público brasileiro adotou medidas restritivas que atingiram severamente vários direitos fundamentais, especialmente os direitos de livre exercício das atividades econômicas, livre circulação no território nacional e direito de reunião. Tais medidas se formalizaram através de simples intervenções regulatórias, do exercício do poder de polícia administrativa, tendo por fundamento o instituto do estado de necessidade administrativa, inexistente expressamente no direito administrativo no Brasil, mas inspirado no direito português e no direito penal brasileiro, onde encontra normatização expressa. Por fim, foram analisados alguns exemplos de medidas aparentemente arbitrárias e/ou excessivas adotadas por algumas autoridades públicas e a possibilidade do surgimento de aumento na demanda judicial pelos prejuízos financeiros provocados pelas medidas de combate à pandemia. Para isso, utilizou-se o método bibliográfico para apuração das teorias pertinentes bem como o uso de dados oficiais. Artigos científicos buscados nas principais bases de dados como *Google Scholar*, *Web of Science* e *Scopus*, bibliografia especializadas e legislação pertinentes serviram de base para o desenvolvimento da pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: COVID19. Direitos Fundamentais. *Lockdown*. Estado de Necessidade. Responsabilidade do Estado.

ABSTRACT: This paper aims to analyze state interventions in the economy and individual freedoms as a way to cope with the COVID coronavirus pandemic19. Without the decree of a state of constitutional exception, the Brazilian public power adopted restrictive measures that severely affected several fundamental rights, especially the rights of free exercise of economic activities, free movement in the national territory and the right of assembly. Such measures were formalized through simple regulatory interventions, the exercise of administrative police power, based on the institute of the state of administrative need, expressly nonexistent in administrative law in Brazil, but inspired by Portuguese law and criminal law, where it finds express standardization. Finally, we analyze some examples of apparently arbitrary and/or excessive measures adopted by some public authorities and the possibility of a

large legal demand for the financial losses caused by measures to combat the pandemic. For this, we used the bibliographic method to investigate the pertinent theories as well as the use of official data. Scientific articles searched in the main databases such as Google Scholar, Web of Science and Scopus, specialized bibliography and relevant legislation served as the basis for the development of the research.

KEYWORDS: COVID19. Fundamental Rights. *Lockdown*. Flagrant Necessity. State Responsibility

INTRODUÇÃO

Dentre os diversos reflexos provocados pela pandemia do coronavírus COVID19, que atingiram a economia global, há uma sequência de falências e demissões sem precedentes no Brasil. As consequências serão contabilizadas ao longo dos anos.

Nem mesmo o maior dos economistas é capaz de determinar o tamanho da devastação provocada pela ação dos titulares do Poder Público.

Em nome da proteção à saúde e para “achatar” a curva de contaminação do chamado novo coronavírus, determinaram a paralisação de atividades econômicas e o fechamento de diversos estabelecimentos empresariais, impedindo o exercício das atividades econômicas. Lojas, restaurantes, bares, academias de ginástica, salões de beleza e barbearias formam um pequeno rol exemplificativo de atividades empresariais que, da noite para o dia, foram impedidas de exercer suas atividades.

A pesquisa tem por objetivo verificar se, no aspecto legal, material e formal, o Poder Público possui a prerrogativa de impor restrições que possam atingir as liberdades individuais. Importante lembrar que desde março de 2020 várias restrições foram impostas ao livre exercício de atividades econômicas lícitas, com a realização de bloqueios, restrições ao direito da livre iniciativa, liberdade de reunião e até mesmo da livre circulação no território nacional.

É preciso analisar os limites à atividade regulatória do Estado para verificar sua compatibilidade a preceitos constitucionais existentes.

Ao longo da pesquisa pretende-se definir, através de fundamentos constitucionais, doutrinários e jurisprudenciais, se as condutas adotadas no

Brasil por gestores públicos que, em nome do enfrentamento a uma grave crise sanitária sem precedentes, causaram grandes restrições aos direitos de livre circulação e exercício de suas atividades laborais/empresariais. Com gigantescos prejuízos que muito provavelmente não poderão ser reparados, tamanho o impacto provocado na sociedade e na dinâmica dos agentes econômicos, é preciso analisar se houve excesso na atividade regulatória estatal.

Definir qual o limite da atividade regulatória e a possibilidade/impossibilidade de decretação de paralisação de atividades, o chamado *lockdown*, é necessário ser abordado. Sob quais circunstâncias as atuações regulatórias são legítimas e a partir de que momento se tornam abusivas? Para chegar ao resultado pretendido, um grande exercício de ponderação de valores constitucionais será necessário, eis que presente enorme conflito entre os já mencionados direitos individuais e a necessidade de enfrentamento a uma grave crise sanitária e de saúde pública.

Para tanto, foi realizada uma pesquisa cuja metodologia foi analisar os principais atos normativos balizadores das ações de combate à pandemia, destacando-se a lei 13.979/20, A Constituição da República, os primeiros pronunciamentos do STF sobre as demandas judiciais além de qualificada doutrina nacional e estrangeira sobre Direito Administrativo e Regulação Estatal.

1. DA REGULAÇÃO ECONÔMICA

No campo do Direito Regulatório, existe ampla literatura tratando especificamente das agências reguladoras e sua forma de atuação. São analisadas a natureza jurídica de suas normas bem como sua aplicabilidade e coercitividade. Tais trabalhos servem de apoio, mas a presente análise se encontra em momento distinto à atividade das agências, eis que procura definir contornos à própria atividade reguladora do Estado, em sentido mais amplo, confrontada com o fundamento republicano da livre iniciativa, do livre exercício das atividades econômicas e liberdades individuais.

Nas palavras de MICHAEL (2016, p. 1122) “A pessoa humana é um ser social; por isso, a sua liberdade encontra os seus limites na liberdade das outras pessoas”. Estaria o exercício das liberdades econômicas violando de alguma forma os direitos fundamentais de outrem ou até mesmo da coletividade em decorrência de possível agravamento do risco de contaminação pelo coronavírus?

É necessário entender a natureza jurídica das medidas restritivas impostas pelas autoridades públicas no combate à covid19. Seriam medidas meramente regulatórias, legítimas intervenções do Estado na economia? No desenvolvimento do estado democrático moderno, a intervenção do Estado na economia foi desenvolvida como uma busca por equilíbrio, correção de distorções.

Assim, os atos regulatórios têm por fim não impedir total ou parcialmente, mesmo em caráter temporário, o exercício de uma atividade econômica, pelo contrário, objetivam em essência coibir irregularidades, corrigir desequilíbrios para que a economia possa se desenvolver naturalmente através da interação dos agentes econômicos.

A esse respeito, cabe trazer as palavras de Sérgio Guerra (2014, p. 365):

Esses fundamentos levam à indicação de alguns princípios fundamentais e norteadores da base jurídica regulatória no Brasil. O primeiro, relacionado à perfeita concepção da tecnicidade das escolhas regulatórias, para que esta ameaça não seja um instrumento de embaraço ao estado democrático de direito (tecnocracia). O segundo, voltado à necessária especialização dos ramos jurídicos em subsistemas que impõem uma pluralidade de fontes em cotejo com a difícil tarefa de discernir onde começa e termina o espaço de cada um à luz do princípio tripartite de separação dos poderes. O terceiro, ligado à permanente ambivalência, que aspira ao sopesamento de valores e princípios.

Diante do acima exposto, qual a natureza jurídica das ações restritivas adotadas pelas autoridades públicas? Qual fundamento legal pode ser utilizado como embasamento legitimador da determinação, por exemplo, de fechamento de uma loja de rua ou shopping center? Que fato autoriza o presidente, um governador ou prefeito impor o fechamento por prazo indeterminado de uma academia de ginástica ou salão de beleza? Até mesmo a livre circulação das pessoas foi limitada a toques de recolher em alguns momentos.

Numa breve análise, verifica-se que tais medidas consistem em intervenções do Estado na liberdade individual e economia, mas por razões totalmente diversas daquelas que a doutrina e a própria legislação têm por fundamento jurídico para ocorrer.

Sob argumentos de natureza sanitária, seguindo recomendações internacionais, foram adotadas medidas radicais de paralisação da sociedade,

quase todas voltadas às atividades econômicas. Entenderam as autoridades públicas por determinar, a seu exclusivo arbítrio¹, quais atividades poderiam ter regular continuidade e quais deveriam aguardar o fim do chamado “isolamento social”² para seu retorno.

Foram criadas proibições circunstanciais, causando prejuízos que, uma vez considerados indevidos, podem redundar em responsabilização do Estado pelos enormes danos materiais e morais provocados. Nas palavras de Diogo Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 105) “A regulação, como toda atividade jurídica do Estado, não prescinde da existência de normas balizadoras da ação”.

Em artigo publicado na página da Organização Mundial de Saúde em 13/10/2020, é destacado o impacto avassalador da pandemia, sendo destacado que a interrupção nas atividades é devastadora. Dezenas de milhões de pessoas estão sob o risco de cair na pobreza extrema, além de milhões de empreendimentos enfrentam ameaça à sua própria existência. Aproximadamente 3.3 bilhões de membros da força de trabalho global estão sob risco de perder seu meio de vida. Sem uma forma de obtenção de renda durante os *lockdowns*, muitos estão incapazes de se alimentar e suas famílias. Para muitos, ausência de renda significa ausência de comida.³

Verifica-se de antemão concluir que as ações de combate à pandemia não podem ser classificadas como uma simples regulação econômica, eis que não estavam voltadas a qualquer correção de desequilíbrios, conforme mencionado.

2. ATIVIDADE REGULATÓRIA: O PODER DE POLÍCIA

Conforme exposto no capítulo anterior, o vocábulo regulação e a expressão direito regulatório costumam ser empregadas quando referidas

1 Tal afirmação tem base no fato de não haver qualquer critério ou parâmetro geral para as restrições impostas. Cada Prefeito e Governador adotaram as medidas que entendiam cabíveis, algumas alicerçadas em argumentos médico/sanitários, outras simplesmente porque pensaram ser efetivas na redução da contaminação. No julgamento da ADI6341, o STF declarou a legitimação concorrente para a atuação dos entes federativos no combate à pandemia, sem, no entanto, estabelecer qualquer baliza.

2 O **isolamento social** é o ato de separar um indivíduo ou um grupo do convívio com o restante da sociedade. Esse isolamento pode ser voluntário ou não. Quando há uma **força maior**, seja imposta pelo governo, seja por uma situação de guerra ou pandemia, ou até mesmo um toque de recolher provocado pela violência urbana, o **isolamento é forçado**. Quando o próprio indivíduo ou grupo se isola voluntariamente, por questões de saúde mental (em consequência de depressão, por exemplo), por questões pessoais ou por questões religiosas, há um **isolamento social voluntário**. <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/isolamento-social.htm>

3 Disponível em <https://www.who.int/news/item/13-10-2020-impact-of-covid-19-on-people's-livelihoods-their-health-and-our-food-systems>

à normatização das atividades econômicas, à intervenção do Estado na economia. Na Constituição Federal, no título VII, capítulo I, ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica, tais termos constam no *caput* do art. 174, ao definir o papel do Estado “Como agente normativo e regulador da atividade econômica...”.

Cabe destacar que a atividade regulatória é bem mais ampla e este termo possui vários significados. Pode-se descrever a atividade regulatória de forma bastante genérica, tratando-a como toda forma de intervenção estatal no comportamento social. Orbach (2012, p. 3-6), em artigo publicado no *Yale Journal of Regulation* (*on line*), traz boas referências a respeito do tema:

A natureza evasiva do termo “regulação” é em grande parte um produto da confusão entre dois temas não relacionados – o conceito abstrato de regulação e opiniões sobre o escopo desejável de poderes regulatórios ou políticas regulatórias desejáveis. As pessoas intuitivamente entendem a palavra “regulação” significando intervenção governamental na liberdade e escolhas[...]

[...]Juristas frequentemente usam a palavra “regulação” em referência às regras das agências administrativas.

Este significado das palavras reflete outra percepção comum do termo “regulação”, mas certamente não contém o espectro completo dos instrumentos regulatórios. Muitos de nossos cenários regulatórios não têm origem em agências administrativas.

Então qual o significado de regulação? Voltamos ao ponto inicial – a compreensão intuitiva da palavra “regulação”: Intervenção governamental no domínio privado ou uma regra legal que implementa tal intervenção. A regra de implementação é uma norma de vínculo legal criada pelo órgão estatal que pretende moldar a conduta de indivíduos e firmas. O órgão estatal, o regulador, pode ser qualquer corpo legislativo, executivo, administrativo ou judicial que possua poder legal para estabelecer a norma.⁴

⁴ “The evasive nature of the term “regulation” is largely a product of confusion between two unrelated matters—the abstract concept of regulation and opinions about the desirable scope of regulatory powers or desirable regulatory policies. People intuitively understand the word “regulation” to mean government intervention in liberty and choices. Lawyers frequently use the word “regulation” in reference to rules of administrative agencies[...]. This meaning of the word mirrors another common perception of the term “regulation,” but surely does not capture the entire spectrum of regulatory instruments. Much of our regulatory landscape does not originate in administrative agencies. So

O termo regulação é aqui utilizado em seu significado mais amplo, como intervenção do Estado na vida privada. Nesse sentido é possível inclusive utilizar o termo como sinônimo de poder de polícia, como a intervenção do Estado no comportamento social em seus diversos aspectos. “Chegou-se, assim, ao conceito atual de função administrativa de polícia, pela qual o Estado aplica as restrições e os condicionamentos legalmente impostos, ao exercício das liberdades e direitos fundamentais, tendo em vista assegurar uma convivência social harmônica e produtiva”. (NETO, 2014, p. 531)

Assim, pode-se verificar que regulação em sentido amplo e poder de polícia administrativa têm o mesmo significado, sendo os debates a respeito dos termos pura discussão semântica. A relevância de chamar a atenção para a similaridade desses institutos diz respeito aos princípios e regras aplicáveis ao direito regulatório/poder de polícia administrativa.

É importante lembrar que o Estado intervém regularmente na vida privada, expedindo normas comportamentais regulando o exercício dos diversos direitos individuais consagrados na Carta Magna. Para tal, elabora leis, decretos, portarias e regulamentos em diversas áreas, e não apenas no setor econômico.

Diversas normas impõem vedações ou condutas positivas em nome de valores sociais como o meio ambiente, segurança do trabalho, direito construtivo, etc⁵. Nas mais variadas ocasiões, estas normas não possuem o objetivo de regular qualquer atividade econômica, mas sim vêm a regular condutas que demandam algum tipo de “ajuste”, têm por fim trazer uma maior organização à sociedade.

Dentre os diversos objetos de normatização pelo Estado, as normas de natureza sanitária, que objetivam a proteção da saúde pública, estão em pleno destaque em decorrência da pandemia do coronavírus.

what does regulation mean? We return to the starting point—the intuitive understanding of the word “regulation”: government intervention in the private domain or a legal rule that implements such intervention. The implementing rule is a binding legal norm created by a state organ that intends to shape the conduct of individuals and firms. The state organ, the regulator, may be any legislative, executive, administrative, or judicial body that has the legal power to create a binding legal norm.

- 5 A lei 9.503/97, Código Brasileiro de Trânsito, é um típico exemplo de intervenção estatal nas liberdades individuais sem conotação econômica. Trata-se de exercício de poder de polícia através de atividade legislativa, objetivando a organização da utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga.

O combate à pandemia, como obrigação estatal de atuar na proteção à saúde pública⁶, tem exigido ações do poder público em sua atuação direta nos serviços de saúde, onde precisa trabalhar na aquisição de vacinas e no abastecimento do sistema de saúde para atendimento da crescente demanda pelo atendimento hospitalar. Além disso, essas ações têm sido concretizadas pela imposição de diversas normas de regulação/poder de polícia, impondo condutas negativas e positivas aos particulares, para redução do contágio.

Dentre as chamadas condutas positivas, que não geram maiores polêmicas, cita-se a obrigação do uso de máscaras de proteção individual imposta a todos pelo art. 3ºA da lei 13.979/2020, a chamada lei da pandemia. Por meio desta norma, todos devem cobrir boca e nariz em espaços públicos e privados acessíveis ao público, além de meios de transporte coletivo e vias públicas. Fora discussões vazias em redes sociais, essa imposição não trouxe nenhum debate relevante no meio jurídico.

A grande discussão jurídica diz respeito às ordens de fechamento temporário de estabelecimentos comerciais, além de outras atividades sociais coletivas. Até a liberdade de culto religioso e a livre locomoção sofreram restrições temporárias levando a discussão ao Supremo Tribunal Federal, que julgou improcedente pedido apresentado no sentido de liberação do exercício do direito de culto religioso, em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental que alegava inconstitucionalidade de restrição imposta pelo governo do Estado de São Paulo⁷.

Tais atuações do poder público vêm gerando acalorados debates, infelizmente muitos deles contaminados por ideologias políticas que nada contribuem para uma solução ponderada. Pouco importa ser situação ou oposição política, as ações do poder público devem ser analisadas pelo seu conteúdo e não por quem atuou ou deixou de atuar. Essa poluição intelectual infelizmente não é exclusividade do Brasil, mas parece uma nova realidade mundial, talvez impulsionada pelas redes sociais.

6 Lei 8.080/90, a chamada lei do SUS.

7 BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE RECEITO FUNDAMENTAL 811 SÃO PAULO. O Tribunal, por maioria, converteu o julgamento do referendo em julgamento definitivo de mérito e julgou improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Nunes Marques e Dias Toffoli, que julgavam procedente a arguição. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 08.04.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136541>.

3. LIMITES DA ATUAÇÃO REGULATÓRIA/POLÍCIA ADMINISTRATIVA

Acerca da atuação regulatória estatal, inicia-se o presente capítulo com importante destaque a uma nota de rodapé na obra *Direito Administrativo Ordenador* de Carlos Ari Sundfeld:

Os direitos de liberdade (locomção, circulação, pensamento, expressão, associação, exercício de trabalho, ofício ou profissão, liberdade econômica, etc.) são insuscetíveis de sacrifício. Aditem, isto sim, a supressão concreta, a título de sanção, nas hipóteses e limites previstos na Constituição ou nas leis (ex.: prisão pela prática de crimes). A interferência estatal (legislativa e administrativa) em relação aos direitos de liberdade se resume à fixação do âmbito do lícito, é dizer, à determinação das condições em que devem ser adquiridos e exercidos pelos indivíduos. Qualquer ato estatal desbordante deste limite incidirá em inconstitucionalidade. Porém, em casos de decretação de estado de defesa ou estado de sítio, a liberdade é anormalmente restringida (isto é, parcial e temporariamente sacrificada), como preveem os artigos 136, parágrafo 1º, I e 139, da Constituição da República. (SUNDFELD, 1993, p. 86)

O texto acima destacado tem enorme relevância, eis que traça alguns limites para a atuação regulatória estatal. Segundo o autor, os assim chamados “direitos de liberdade” não podem sofrer sacrifícios fora das hipóteses estabelecidas na própria Constituição. A liberdade pode ser restringida como sanção de natureza criminal e o próprio direito à vida pode vir a ser sacrificado na raríssima hipótese constitucional de pena de morte no Brasil⁸, mas há formas específicas para tal.

Da mesma forma que é possível afirmar não haver nenhum direito absoluto, também é necessário reconhecer que a Constituição Federal estabeleceu uma espécie de “núcleo duro”, conforme destacado por Sundfeld, sendo esse um conjunto de direitos fundamentais que não podem sofrer cerceamento senão por mecanismos muito rigorosos e excepcionais, os chamados estados de exceção constitucional. O estabelecimento deste exato ponto, até onde a atuação regulatória/poder de polícia pode chegar, é o grande desafio que se enfrenta neste momento.

8 Art. 5º, XLVII, CRFB: não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

Conforme já mencionado, a lei da pandemia impôs o uso de máscaras em áreas públicas ou privadas com acesso público. Esta regra não provoca maiores animosidades no ambiente jurídico, mas diversos municípios e alguns governos estaduais entenderam pela necessidade de impor normas mais severas, determinando o fechamento de estabelecimentos comerciais, impondo graves prejuízos financeiros, desemprego e até mesmo falências definitivas de empreendimentos econômicos.

Imprescindível destacar que as justificativas para tais medidas, por força do art.3º, §1º da lei da pandemia⁹ e do próprio STF, em trecho destacado do voto do Ministro Alexandre de Moraes na ADI6341¹⁰, devem vir sempre acompanhadas de razões médicas/epidemiológicas, o que nem sempre se constata.

Suponhamos seja adotada uma medida absolutamente extrema para evitar a disseminação do vírus. Tão logo seja confirmado o diagnóstico, a pessoa contaminada é imediatamente morta e cremada, evitando assim que contamine outras pessoas. Do ponto de vista epidemiológico, trata-se de medida eficaz, mas obviamente seria uma ação totalmente desumana e jamais tolerada por nosso ordenamento jurídico, pois seria imposta uma

9 § 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.

10 “Agora, as medidas de interesse regional, de interesse local, as medidas dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício das suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, sempre dentro de critérios técnicos, essas medidas restritivas, como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições ao comércio, atividades culturais, restrições à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidos como eficazes pela Organização Mundial de Saúde, pelos estudos realizados pelo Imperial College London, a partir de modelos matemáticos, é a ciência, é a técnica embasando políticas públicas, decisões administrativas.” BRASIL, Supremo Tribunal Federal, EMENTA: REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA. O Tribunal, por maioria, referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio (Relator), acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais, vencidos, neste ponto, o Ministro Relator e o Ministro Dias Toffoli (Presidente), e, em parte, quanto à interpretação conforme à letra b do inciso VI do art. 3º, os Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux. Plenário, 15.04.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>.

espécie de pena de morte, de execução imediata, a qualquer pessoa pelo mero fato de contrair uma doença.

O exemplo exagerado do parágrafo anterior tem por objetivo expor a ideia de que há limites para a atuação estatal. As autoridades sanitárias não podem adotar qualquer atitude simplesmente porque terá eficácia no combate ao coronavírus. A grande dificuldade está em concretamente definir esta fronteira de atuação.

A lei da pandemia previu expressamente em seu texto a possibilidade de separação de pessoas doentes ou contaminadas como medida de combate à contaminação. Trata-se do texto do art. 2º da lei 13.979/20:

Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - **isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas**, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e

II - **quarentena**: restrição de atividades ou **separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes**, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus. (grifei)

A definição legal de isolamento contida no dispositivo legal acima destacado permite, em tese, a criação de campos de reclusão, uma verdadeira casa verde de Simão Bacamarte, em alusão à célebre obra de Machado de Assis, O Alienista, ou algo similar à obra do Nobel de literatura José Saramago, Ensaio Sobre a Cegueira, onde as pessoas eram conduzidas ao isolamento forçado tão logo exteriorizassem os primeiros sintomas de uma misteriosa doença que deixava todos cegos. Longe da ficção, os conceitos de isolamento e quarentena são reais e formalmente autorizam a criação de áreas de isolamento de doentes, até que estejam curados ou o pior aconteça. Ainda não temos notícias da criação destes campos de isolamento de contaminados ou suspeitos de contaminação, mas o fato é que a norma autoriza tal medida e nenhum órgão do poder judiciário se manifestou a respeito deste dispositivo legal criado por simples lei ordinária.

O professor Rafael Oliveira traz, em artigo publicado na revista Revista Brasileira de Direito Público (OLIVEIRA, 2020, p. 9-23), uma

abordagem sobre o poder de polícia exercido na pandemia, destacando diversos diplomas normativos que tratam do controle epidemiológico e outras normas que consistem em efetiva intervenção do poder estatal nos direitos individuais em nome da saúde pública, sendo de grande valia sua leitura.

Várias normas foram mencionadas no artigo citado, mas nenhuma se mostrou tão incisiva quanto a atual lei da pandemia. Dentre as normas referidas, duas leis merecem maior destaque, as leis 10.216/01 e 13.343/06 que autorizam a internação compulsória de portadores de transtornos mentais e viciados em drogas, respectivamente. Estas duas normas tratam de pessoas que, por razões médicas, perderam de certa forma sua capacidade civil, sua autodeterminação e, em que pese representarem efetivamente uma restrição a direitos individuais, possuem um caráter altamente protetivo ao próprio indivíduo incapacitado. No caso da pandemia de COVID19, as medidas autorizadas de isolamento e separação de pessoas certamente vão gerar gigantescos embates se forem efetivamente aplicadas.

O tópico que mais chama a atenção no trabalho do professor Rafael Oliveira foi o destaque dado ao instituto jurídico do estado de necessidade administrativa, tratado no próximo capítulo, como fundamento para as medidas excepcionais de combate à pandemia, eis que suas consequências podem ser extremas caso seja este o fundamento definitivo das medidas de restrição impostas pelo poder público.

4. ESTADO DE NECESSIDADE ADMINISTRATIVA.

O instituto do estado de necessidade não encontra qualquer previsão expressa no direito administrativo brasileiro. Não é sem motivo que Rafael Oliveira buscou no direito comparado o tratamento do mesmo. Consta do Código do Procedimento Administrativo Português, Decreto-Lei n.º 4/2015, expressa normatização para o chamado estado de necessidade administrativo:

Artigo 3.º

Princípio da legalidade

- 1 - Os órgãos da Administração Pública devem atuar em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos e em conformidade com os respetivos fins.
- 2 - Os atos administrativos praticados em **estado de necessidade**, com

preterição das regras estabelecidas no presente Código, são válidos, desde que os seus resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo, mas **os lesados têm o direito de ser indenizados** nos termos gerais da responsabilidade da Administração. (grifamos)

No direito brasileiro, o instituto do estado de necessidade está expressamente disposto nas normas de direito penal. No art. 23, I do Código Penal está prevista, como modalidade de exclusão de ilicitude, a prática de conduta típica criminal quando o agente executa o fato em estado de necessidade, estando seu conceito no âmbito legal no artigo 24 do mesmo diploma. No entanto, tanto no direito português como no direito brasileiro há um importante efeito no caso da aplicação do estado de necessidade, que é o dever de indenizar. A esse respeito destacam-se os seguintes dispositivos do Código Civil brasileiro:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos: [...]

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, **assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram**. (grifamos)

O efeito principal do estado de necessidade é o tratamento da conduta adotada como lícita, uma vez que era estritamente necessária. Nesta hipótese, no âmbito do direito penal, mesmo que a conduta do agente seja tipificada como crime, estará justificada e não recairão sobre o autor as consequências do direito penal. Em que pese excluída a ilicitude da conduta, persiste no mundo jurídico o dever geral de indenização pelos prejuízos causados a qualquer um que não seja o causador da situação de risco.

No caso das medidas de enfrentamento à pandemia de coronavírus, uma das principais ações adotadas como forma de reduzir as aglomerações foi o fechamento temporário de diversas atividades econômicas, sendo autorizadas a funcionar normalmente apenas aquelas consideradas essenciais. Estes fechamentos, em muitas hipóteses, tiveram como consequências não apenas prejuízos financeiros momentâneos, mas provocaram uma onda

de falências e desemprego que podem ser causa de uma enxurrada de processos judiciais em busca de reparação.

Outro aspecto referente ao dever de indenizar é a definição de quem é o responsável. Uma lei federal autoriza restringir atividades e tal medida vem a ser concretizada por um decreto municipal ou estadual. Quem deverá indenizar os prejuízos causados? Como quantificar o valor de um emprego perdido? O pacto federativo está novamente em xeque, mostrando sua fragilidade, uma vez que há enorme divergência entre as autoridades sobre que medidas adotar, em que intensidade e quais as consequências. Por outro lado, como quantificar uma vida perdida para a pandemia? Se a autoridade pública impõe restrições excepcionais ou até desnecessárias responderá pelos danos materiais causados, mas se não adotar qualquer providência poderá ser acusada de omissão diante de sua obrigação de atuar na proteção à saúde pública prevista na lei 8.080/90, a lei do SUS.

A lei da pandemia é em diversos aspectos inconstitucional, considerando as formalidades já salientadas por Carlos Ari Sundfeld, mas tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal a considerou válida, é necessário um pragmatismo em sua análise. A União se limitou a determinar quais medidas poderiam ser adotadas no combate à pandemia, mas cabe a cada ente da federação a concretização das ações, estando dentro de sua autonomia a definição de como e quando agir. Esta foi a decisão do STF na ADI 6341 ao reconhecer a competência concorrente da União, Estados e Municípios para atuação no combate à pandemia, preservando o interesse local sobre o regional e este sobre o nacional. Assim, podemos afirmar a existência, por exemplo, de *lockdowns* municipais, estaduais e nacionais, conforme o ente instituidor, devendo este suportar os prejuízos causados.

Não trata o presente capítulo de um incentivo a uma onda de ações indenizatórias em face dos poderes públicos pelos prejuízos causados no combate à pandemia, mas sim de análise técnica do instituto do estado de necessidade que não elimina o dever de reparação dos prejuízos causados. O dever de indenizar não subsistirá caso tratemos as medidas adotadas como totalmente dentro da normalidade do poder regular de polícia administrativa, algo que, até o presente momento, não parece regular a nenhum jurista. O STF assim se manifestou ao analisar discussão sobre as restrições aos cultos religiosos no estado de São Paulo, no já referido julgamento da ADPF 811-SP¹¹:

11 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF811.pdf>.

Em primeiro lugar, não há como se falar que o ato normativo impugnado viola, ao menos diretamente, o direito fundamental ao exercício da liberdade religiosa, **considerando, inclusive, a excepcionalidade das medidas restritivas de enfrentamento da pandemia**. Em segundo lugar, ainda que fosse possível cogitar que a restrição interfere em alguma medida no núcleo essencial daquele direito fundamental, não há como reconhecer *prima facie* que tal restrição desbordaria das balizas jurisprudenciais que vêm sendo estabelecidas por este Supremo Tribunal Federal para firmar a juridicidade das medidas de restrições de enfrentamento à pandemia do Novo Coronavírus.

O trecho do voto vencedor acima citado foi proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, enfatizando expressamente a excepcionalidade das medidas adotadas para enfrentar a pandemia. Em ato algum da jurisprudência foi encontrada, até o presente momento, referência textual à atuação estatal em estado de necessidade, mas todas as justificativas fazem menção às circunstâncias especiais que tornam lícitas a atuação incomum das autoridades públicas.

Assim, a posição exposta por Oliveira (2020, p. 9-23), acompanhada de outros nomes de peso no cenário jurídico nacional e internacional, destacando Otero (2003) em Portugal e Binenbojm (2016) no Brasil, mesmo que não expressamente, parecer ser a adotada pela jurisprudência da Suprema Corte.

Certamente essa atuação estatal em estado de necessidade, mais cedo ou mais tarde, deverá ser enfrentada pelos tribunais quando surgirem os pleitos de reparação pelos danos econômicos suportados pelos inúmeros atingidos pelas medidas restritivas de combate à pandemia. O fundamento do estado de necessidade tem essa consequência e, a menos que a jurisprudência declare expressamente a inexistência do dever de reparação pela atuação estatal, nos veremos diante de um passivo judicial inadmissível devido sua extensão econômica.

5. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS

Ao longo da pesquisa, tem-se demonstrado que há limites para a atuação regulatória. As normas instituídas pelo exercício regular do poder de polícia/regulação têm sempre uma justificativa de ordem técnica para sua criação. Especialmente do tocante às atividades econômicas, têm por fim suprimir ou induzir determinada conduta em busca da correção de algum desequilíbrio em determinado mercado. A regulação, nesse sentido,

costuma se limitar ao estritamente necessário para a correção de rumo das atividades, evitando os chamados excessos regulatórios.

Em trabalho de conclusão do curso de mestrado, Rafael Veras de Freitas explora o direito regulatório discorrendo sobre um dos efeitos nocivos do excesso de intervenção estatal. Por vezes, o excesso de exercício do poder de polícia administrativa provoca o efeito de inviabilização de um direito, provocando o que os norte americanos denominam *regulatory takings*, tendo sido adotado no Brasil o termo expropriação regulatória. Nas suas conclusões o autor apresenta a seguinte sugestão para conceituar o instituto:

A expropriação regulatória é a falha no processo de elaboração da norma, provocada pela não realização de um procedimento avaliador de seus efeitos sistêmicos, que impõe um sacrifício de direitos a particulares, por meio do estabelecimento de gravames anormais e especiais, sem a observância do devido processo legal expropriatório (previsto no art. 5º, inc. XXXIV, da CRFB), resultando na responsabilização do Estado por ato lícito, em razão da violação da equânime repartição de encargos sociais. (FREITAS, 2016, p.182)

Em sua conceituação, Freitas ressalta a responsabilização do Estado por ato lícito. O exercício do poder polícia/regulação, mesmo exercido conforme os ditames legais, se inviabilizar o direito do administrado, gera o dever de indenizar os prejuízos causados.

Naturalmente, trata-se de análise caso a caso a verificação desta inviabilidade, mas as medidas de combate à pandemia impuseram a grande parte da sociedade prejuízos graves, quando não impuseram a quebra definitiva de diversas empresas que não dispunham de fôlego financeiro para suportar tantas restrições em tão longo período.

É necessário frisar que o instituto da expropriação regulatória não foi estudado sob a ocorrência de restrições temporárias, emergências sanitárias, mas sim nas hipóteses de funcionamento regular de mercado, onde o excesso de regulações e restrições culminam por inviabilizar um direito, mas parece ser perfeitamente possível a aplicação do conceito a hipóteses que, mesmo temporárias, se mostram excessivas, impondo a “morte” financeira de empreendimentos econômicos, mesmo que tais medidas se mostrem necessárias.

Além destas medidas de excessos regulatórios, podem ser encontrados limites materiais para a regulação administrativa. Os direitos fundamentais

somente podem sofrer restrições dentro dos limites autorizados pela própria Constituição. As medidas razoáveis de polícia administrativa condicionam ou restringem os exercícios dos direitos individuais dentro de limites razoáveis de ponderação e equilíbrio. Via de regra, ao lidar com ponderação, tem-se sempre em vista a viabilização mais efetiva dos direitos individuais. Deve a atividade de polícia administrativa encontrar a via que maximize o gozo dos direitos individuais, limitando as restrições e condicionamentos ao indispensável. Não é razoável falar em ponderação quando as medidas adotadas são de efetiva negação, mesmo temporária, de direitos individuais fundamentais.

A esse respeito Daniel Sarmiento expõe o seguinte:

[...]na ponderação, a restrição imposta a cada interesse em jogo, num caso de conflito entre princípios constitucionais, só se justifica na medida em que: (a) mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, (b) não houver solução menos gravosa, e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico. Portanto, a ponderação de interesses não representa uma forma de decisionismo judicial disfarçado, já que seu método pauta-se pelo princípio da proporcionalidade, cujos critérios podem ser aferidos com certa objetividade. (SARMENTO, 2002, p.96)

Perfaz-se necessário uma breve análise de uma amostra de medidas adotadas pelos poderes municipais e estaduais que extrapolam sua competência constitucional, demonstrando que, da forma caótica como estão sendo concretizadas as ações de combate à pandemia, muitos abusos e excessos são cometidos, não se mostrando razoável que seja o poder judiciário instado a controlar concretamente cada medida adotada por mais de 5.500 municípios brasileiros, além de 27 governos estaduais e o governo federal. Foram selecionados três decretos por seu conteúdo “especial”, sendo um do Estado do Tocantins, um do Município de Teresópolis e outro do Município de Campos dos Goytacazes, ambos no Estado do Rio de Janeiro.

DECRETO Nº 113/2021 – CAMPOS DOS GOYTACAZES

Art. 3º - Fica vedada, ainda que nas situações previstas pelo artigo 2º, a qualquer indivíduo, a permanência e o trânsito em vias, parques, equipamentos, locais e praças públicas, dentro do Município, entre as 22h da noite e às 5h da manhã, com exceção dos profissionais e serviços de saúde, incluindo farmácias, forças de segurança, vigilantes, Vigilância Sanitária, Postura Municipal, advogados no exercício da

profissão, serviços de telecomunicação e energia, e demais situações de emergência.

Art. 12 - Estão liberados para funcionar com o atendimento ao público, sendo vedada crianças menores de 10 (dez) anos, tão somente:

I) Farmácias (24 horas);

II) Minimercados, Mercados, Supermercados, Mercarias, Hortifrutigranjeiros, Açougues, Peixarias, com horário de funcionamento até às 20h (vinte horas), permitindo-se somente a venda de produtos essenciais, considerados como tais os gêneros de alimentação, higiene e limpeza, observando-se o limite de 50% (cinquenta por cento) da capacidade de lotação, atribuindo-se ao Gerente ou Preposto a responsabilidade pela organização da fila externa;

Art. 13 – Fica determinado aos responsáveis por condomínios verticais e/ou horizontais que proibam aos moradores a utilização das áreas de uso comum, tais como, academias, quadras esportivas, piscinas, salões de festa, churrasqueiras, saunas e afins.

Neste primeiro decreto, consta do art 3º a decretação de toque de recolher imposto por um prefeito, fato que se tornou bastante comum em diversas cidades brasileiras. Com a devida *vênia* aos entendimentos contrários, não se vislumbra na Carta Magna qualquer dispositivo autorizando que o direito constitucional de ir e vir, de livre circulação no território nacional seja restringido a critério de cada gestor público em qualquer nível da federação. Nem mesmo ao Presidente da República foi concedida tal atribuição e não se mostra razoável tratar esta restrição como mera medida sanitária, mesmo diante da emergência, sem o devido processo constitucionalmente estabelecido.

O destaque do art. 12 se dá devido à sua inviabilidade prática. A proibição da presença de menores de 10 anos nos estabelecimentos comerciais liberados ao funcionamento acaba por impedir também a presença de qualquer mãe ou pai solteiro que não tenha com quem deixar seu filho. Cabe destacar que não é em todo lugar que o sistema de delivery está disponível, estando longe de uma realidade prática a aplicação desta restrição.

O art. 13 é passível de grande questionamento ante a previsão constitucional das competências privativas da União para legislar sobre direito civil. Cabe a um prefeito determinar o que pode ou não funcionar

dentro de propriedades privadas ou estaria o decreto extrapolando os limites materiais de normatização municipal? Entendo que esta norma deveria ser uma mera sugestão aos síndicos, mas jamais uma imposição, eis que mesmo em estado de necessidade, não há que se falar em uma extensão da competência normativa estabelecida na Carta Magna.

Destaca-se que os condomínios não se tornariam áreas imunes a controles sanitários, eis que aplicáveis as normas do código penal, por exemplo, sujeitando os responsáveis por eventos como festas e outras aglomerações às sanções do art. 268 do CP, que tipifica a conduta de “*Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa*”, prevendo pena de detenção, de um mês a um ano, e multa ao autor.

DECRETO Nº 5.485, DE 19 DE MARÇO DE 2021.

EMENTA: DISPÕE SOBRE AS NOVAS MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO DA EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTÂNCIA INTERNACIONAL DECORRENTE DO NOVO 2019-NCOV (CORONAVÍRUS) E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

O PREFEITO MUNICIPAL DE TERESÓPOLIS, no uso das atribuições que lhe confere a legislação em vigor e...

Art. 4º. Fica instituído no período de 22/03/2021 a 05/04/2021, o rodízio para a circulação nas ruas, praças e bens de uso comum da população do Município de Teresópolis, bem como para o acesso e aquisição de bens e serviços junto aos estabelecimentos de todas as atividades econômicas.

§1º. Os cidadãos com o dígito do CPF par podem sair, acessar e adquirir bens e serviços nos dias pares e com o dígito do CPF ímpar, sair, acessar e adquirir bens e serviços nos dias ímpares; sendo o dígito 00 considerado como par.

Quanto ao decreto de Teresópolis, constata-se inusitado rodízio de CPFs para sair às ruas, estando tal disposição, em tese, violando o direito fundamental à livre circulação em território nacional em tempos de paz.

DECRETO Nº 6.230, de 12 de março de 2021. TOCANTINS

Art. 3º É instituída a Força-Tarefa “Tolerância Zero”, coordenada pela Secretaria Estadual de Segurança Pública, Polícia Militar do Estado do Tocantins - PMTO, Corpo de Bombeiros do Estado do Tocantins

- CBMTO e Secretaria Estadual de Cidadania e Justiça, tendo como propósito prevenir e enfrentar condutas e ações que descumpram o disposto neste Decreto, de forma direta ou indireta, e contribuam para a propagação do Coronavírus (Covid-19).

§2º Para aumentar a eficácia da atuação, é a Secretaria Estadual de Segurança Pública autorizada a realizar o monitoramento sistematizado, por meio de aparelhos celulares, redes sociais, aplicativos de transporte ou outro meio que permita o rastreamento e/ou o georreferenciamento, com a finalidade de identificar locais com indicativo de maior concentração de pessoas.

O terceiro decreto, de autoria do Governo do Estado do Tocantins, inovou na violação do direito à privacidade ao instituir o rastreamento de todos os cidadãos através de seus aparelhos celulares para determinar sua localização e identificar locais com maior concentração de pessoas. Trata-se de mais uma medida aleatória instituída pela criatividade aleatória no combate à pandemia, ante a ausência de uma delimitação das medidas que possam ou não ser adotadas, pois o Supremo Tribunal Federal limitou-se a corretamente reconhecer a competência concorrente dos entes federativos na adoção de medidas de combate à pandemia, mas vem acatando praticamente qualquer atuação desde que seja justificada do ponto de vista médico/epidemiológico.

Orbach (2012, p. 10), assim se manifesta acerca da atividade regulatória:

Vivemos em um mundo complexo de recursos finitos, no qual a busca por interesses pessoais frequentemente leva o indivíduo ao fracasso e causa dano aos demais. Essas imperfeições e limitações são a motivação primária para a regulação – promover a eficiência econômica, ambiental, sustentabilidade, moralidade e o bem-estar coletivo.

Obviamente os poderes públicos precisam e devem atuar na defesa da saúde pública e por vezes medidas mais fortes podem ser necessárias, mas os limites constitucionais materiais e formais precisam ser observados sob pena de criarmos um perigosíssimo precedente que será de difícil superação no futuro.

6. CONCLUSÃO

A pandemia do coronavírus não tem natureza de fenômeno econômico a ser corrigido ou moderado. Não se trata de uma anomalia

mercadológica que deva ser equilibrada ou eliminada. Trata-se de uma doença com altíssimo índice de contágio, atingindo de forma implacável praticamente todo o planeta, provocando debates e reações bastante diversas ao redor do mundo, sendo algumas bastante radicais, como o fechamento de fronteiras, aeroportos e até proibições de circulação de pessoas e abertura de estabelecimentos empresariais, inclusive escolas e universidades.

As medidas adotadas não objetivaram qualquer espécie de regulação ou correção de desequilíbrios em algum mercado, mas sim tiveram por fim provocar o que os especialistas médicos denominaram de achatamento da curva de contágio, de modo a tentar evitar que um número excessivo de pessoas fossem contaminadas ao mesmo tempo, diminuindo assim a possibilidade de superlotação dos hospitais.

A missão dos gestores públicos nessa pandemia é extremamente ingrata, estando os mesmos diante de constantes “escolhas de Sofia”. Sem sombra de dúvidas, medidas para reduzir o contágio da população precisam ser efetivadas e muitas vezes causam danos econômicos. Os prejudicados não deram causa alguma ao surgimento e disseminação do vírus e não se mostra razoável que sejam obrigados a suportar individualmente os prejuízos provocados pelas medidas de combate à pandemia.

Prevalecendo a tese do estado de necessidade administrativa como fundamento legal para as restrições impostas, há um enorme risco de uma onda de demandas judiciais em face dos poderes públicos responsáveis pelas medidas adotadas, questão a ser enfrentada com grande seriedade pelo Poder Judiciário em curto espaço de tempo.

Diante da extrema necessidade de adoção de medidas mais intensas, que concretizem a negação de direitos, citando como exemplo o toque de recolher (liberdade de locomoção do território nacional), a suspensão de atividades econômicas ditas não essenciais (livre exercício de atividades econômicas), a proibição de aglomerações (liberdade de reunião), a vedação da realização de cultos religiosos presenciais (liberdade de culto), a Constituição previu os estados de exceção constitucional, procedimento através do qual são especificados quais direitos fundamentais devem ser objeto de restrição, sendo apresentadas as devidas justificativas para as medidas extremas a serem adotadas, submetendo todos os atos ao controle da maioria absoluta do Congresso Nacional, não sendo razoável que tais restrições extremas sejam tratadas como mero exercício do poder geral de regulação administrativa.

Cabe observar ainda que a não utilização dos instrumentos constitucionais de exceção usurpa do poder legislativo sua função de fiscalização em tempo real das medidas restritivas extremas, eis que não só a decretação inicial depende da aprovação por maioria absoluta do Congresso Nacional como é necessária a revisão dos atos a cada 30 dias, atestando a necessidade de sua manutenção ou imediato encerramento.

A adoção deste procedimento poderia, em tese, resolver a questão indenizatória que se vislumbra em horizonte bastante próximo, eis que não estaríamos diante de uma limitação imposta por estado de necessidade, mas sim em regime de efetiva suspensão de direitos fundamentais provocada por fatos emergenciais, sempre atentando aos procedimentos e rigorosos controles estabelecidos pelo poder constituinte originário.

Naturalmente ainda há muito a se ponderar sob esse aspecto, não sendo o escopo deste trabalho a análise sobre esse raciocínio e sim para uma próxima pesquisa.

REFERÊNCIAS.

ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation*. Theory, Strategy, and Practice. 2a ed. Oxford [u.a]: Oxford University Press, 2012, Part I, p. 15-102.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 7ª ed, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia*, Ordenação, Regulação. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*, ADPI 811 (Plenário). O Tribunal, por maioria, converteu o julgamento do referendo em julgamento definitivo de mérito e julgou improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Nunes Marques e Dias Toffoli, que julgavam procedente a arguição. Presidência

do Ministro Luiz Fux. Plenário, 08.04.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF). Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136541>.

BRASIL, *Supremo Tribunal Federal, ADI 6341 (Plenário)* EMENTA: REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DECOMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DOSISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA. O Tribunal, por maioria, referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio (Relator), acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais, vencidos, neste ponto, o Ministro Relator e o Ministro Dias Toffoli (Presidente), e, em parte, quanto à interpretação conforme à letra b do inciso VI do art. 3º, os Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux. Plenário, 15.04.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF). Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>.

CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

FREITAS, Rafael Vêras de. *Expropriações Regulatórias*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GUERRA, Sérgio. *Regulação no Brasil: Uma Visão Multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

GUERRA, Sérgio. *Aperfeiçoando a Regulação Brasileira por Agências: Quais Lições Podem Ser Extraídas do Sesquicentenário Modelo Norte-Americano?* In: Sergio Guerra (Org). *Teoria do Estado Regulador*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 13-106.

HESSE, Conrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. In: Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco (Org). São Paulo: Saraiva, 2007.

MICHAEL, Lothar. *Direitos Fundamentais*. In: Lothar Michael e Martin Morlok (Org). tradução de Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva, 2016.

NASCIMENTO, Rafael do. *As Restrições aos Direitos Fundamentais no Contexto de Crise do Estado de Bem-Estar Social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

NETO, Diogo Figueiredo Moreira. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Estado de necessidade administrativo e poder de polícia: o caso do novo coronavírus. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, n. 68, ano 18, p. 9-23, jan-mar 2020.

ORBACH, Barak. What is Regulation? *Yale Journal of Regulation Online*, Arizona, Vol. 30, número 1, pg. 12-27, setembro 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2143385.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993.

Recebido em: 24/08/2020

Aprovado em: 08/06/2021

O GARANTISMO PENAL COMO RESPOSTA ÀS POLÍTICAS POPULISTAS DE PUNIÇÃO COMO GARANTIA DE SEGURANÇA DA SOCIEDADE

***THE CRIMINAL GUARANTEE AS A RESPONSE TO
POPULATION POLICIES OF PUNISHMENT AS A
GUARANTEE OF SOCIETY'S SECURITY***

Murillo Franco Camargo

Mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Especialização em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

Edson Vieira da Silva Filho

Pós Doutor pela UNISINOS. Doutor em Direito pela UNESA. Mestre pela Universidade Federal do Paraná. Mestre pela Universidade São Francisco. Delegado de Polícia Classe Geral, aposentado - Polícia Civil do Estado de Minas Gerais. Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os modelos eficientistas; 1.1 Teoria das janelas quebradas. 1.2 Teoria do *labelling approach* (ou etiquetamento). 2 O modelo garantista

em contraponto às teorias baseadas na tolerância zero; 2.1 O garantismo penal de Luigi Ferrajoli; 2.2 Garantismo Penal e o constitucionalismo moderno. Considerações Finais. Referências bibliográficas.

RESUMO: O estudo abordará o Direito Penal sobre as perspectivas maximalistas e garantista, demonstrando-se que o segundo enfoque é mais adequado como um passo a buscar a efetivação dos direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito. Para tanto, inicialmente, haverá uma abordagem dos modelos maximalistas mais sustentáveis, em uma análise da teoria das janelas quebradas e teoria do etiquetamento (*labelling approach*), com o contraponto sob a ótica do italiano Luigi Ferrajoli, que é o maior defensor da teoria do garantismo penal e criador do modelo de dez axiomas. O trabalho se desenvolve a partir de pesquisas bibliográficas embasadas nas doutrinas específicas acerca do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Teorias Maximalistas. Teoria das Janelas Quebradas. Teoria do Etiquetamento. Garantismo Penal. Princípios Constitucionais. Minimalismo Penal. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: The study will approach Criminal Law on the maximalist and guarantor perspectives, demonstrating that the second approach is more appropriate as a step to seek the realization of fundamental rights in a Democratic State of Law. To this end, initially, there will be an approach to the most sustainable maximalist models, in an analysis of the theory of broken windows and labeling theory, with the counterpoint under the perspective of the Italian Luigi Ferrajoli, who is the greatest defender of the theory of penal guarantor and creator of the ten axiom model. The work is developed from bibliographic research based on specific doctrines on the topic.

KEYWORDS: Maximalist Theories. Broken Windows Theory. Labeling Theory. Criminal Guarantee. Constitutional Principles. Penal Minimalism. Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

O aumento expressivo da violência no Brasil de hoje pode ser comprovado em parte pelos dados de homicídios (óbitos por agressões e intervenção legal) retirados do Sistema de Informações de Mortalidade (SIM), que é a principal referência para o diagnóstico da violência no Brasil desde 1979. No ano de 2017 as médias trazem preocupação ao revelar um aumento de MVCI (morte violenta com causa indeterminada), alcançando-se o assustador número de 9.798. Em termos proporcionais (tabela 9.3), em 2017, este índice correspondeu a 7,2% do total de casos de causas externas. Considerando-se o indicador proporcionalmente à população, em 2017 houve uma taxa 4,7 mortes por causa indeterminada por 100 mil habitantes (tabela 9.2). Nota-se a constante adoção de políticas criminais severas como forma de resposta à necessidade de segurança social, que via de regra são marcadas por um viés maximalista a partir de um discurso efficientista. Políticas essas que vão de encontro às garantias que constituem alicerces de um Estado Democrático de Direito, mas encontram certo respaldo populista (ZAFFARONI, 2007, p. 15).

A punição de infratores é vendida como uma mercadoria, uma medida cool (ZAFFARONI, 2007, p. 74-75) que retrata a falsa ilusão de que a segurança pública é alcançada mediante a conduta rígida do Estado, aumentando-se a arbitrariedade policial e legitimando, até mesmo, a violência contra os que discordam desse posicionamento.

O presente trabalho busca demonstrar que o minimalismo penal garantista de Zaffaroni e Ferrajoli, que tem como finalidade um exercício adequado e ético do poder punitivo do Estado, pautado no cumprimento de direitos fundamentais de modo a evitar arbitrariedades casuísticas que tocam com maior vigor e de maneira seletiva parcelas menos privilegiadas da sociedade.

O tema está intimamente ligado ao momento em que vivemos no Brasil, já que, em razão da crise estrutural das instituições, os Governos têm adotado medidas que deixam evidente o caráter de intolerância, em franca violação aos direitos fundamentais como forma de demonstrar uma falsa efetividade do sistema de segurança pública. Trata-se o indivíduo delinquente, parcela de uma clientela preferencial do direito penal, muitas vezes, como inimigo para excluí-lo da sociedade (ZAFFARONI, 2007, p. 17).

Isso faz com que o Direito Penal entre em rota de colisão envolvendo o modelo chamado “maximalista”, relacionado a respostas severas, que

por vezes pode ser considerado incerto e imprevisível, e aquele tido como “minimalista”, que está enraizado nos direitos fundamentais e considera o Direito Penal tão somente a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, ou seja, responsável por tratar de ofensas mais graves das quais resulte, de fato, necessidade, tendo em vista que este ramo jurídico lida com a liberdade da pessoa (FERRAJOLI, 2002, p. 84).

O estudo se baseará em análises bibliográficas, utilizando-se como marco teórico Benoni Belli e Luigi Ferrajoli, ao contrário do que alguns pensam, demonstrará que o sistema garantista é um modelo em constante aperfeiçoamento que visa tão somente a uma punição adequada, não se confundindo com a ideia de abolicionismo.

Na verdade, a implementação do garantismo penal objetiva instrumentalizar um paradigma de racionalidade adotado pela Constituição Brasileira de 1988 para adequar o poder punitivo estatal e impedir que o indivíduo seja diferenciado dos demais por uma característica pessoal ou por circunstâncias subjetivas.

1. OS MODELOS EFICIENTISTAS

Em um país de modernidade tardia, onde a criminalidade alcança índices insuportáveis,¹ respostas maximalistas acabam se tornando sedutoras em virtude de suas promessas. Via de regra, esta vertente tem como fundamento teorias com características de tolerância zero, que se completam e configuram um pilar teórico com aparência sólida, embora apresentem uma série de inconsistências.

O panorama se caracteriza por uma mudança política decorrente do endurecimento das legislações penais para repelir situações de emergência diante do mencionado aumento de criminalidade (ZAFFARONI, 2007, p. 15-16).

As teorias baseadas em tolerância zero têm como finalidade uma “nova” maneira de gerenciar o espaço urbano e as relações entre polícia e criminalidade, mediante vigilância constante e a adoção de alvos preferenciais (BELLI, 2004, p. 62). Surgem como possibilidade de conter o problema da segurança e apontam que a desordem é a principal causa da prática de crimes.

1 Vide o primeiro parágrafo da introdução acerca da estatística dos homicídios no Brasil, crime este considerado o mais violento, porque atenta contra a vida humana.

As principais teorias fundantes desse modelo são *broken windows* (teoria das janelas quebradas) e *labeling approach* (teoria do etiquetamento), sendo que elas, além de antigarantistas, violam princípios constitucionais, por serem notadamente seletivas e mais ligadas a um direito penal do autor (não se limitam ao fato praticado) e oferecem uma resposta que se apresenta mais rigorosa contra determinada clientela preferencial composta pelas periferias. A rigidez dos modelos alcança com muito vigor a uns e timidamente a outros, já que os critérios são subjetivos e autoritaristas.

Destarte, o ponto de partida do presente estudo está na reconstrução dessas teorias para que, a seguir, apresente-se uma crítica às suas contradições.

1.1. A Teoria das janelas quebradas e seus desdobramentos: a construção de um direito penal maximalista

A teoria maximalista das “janelas quebradas” (*broken windows theory*) foi elaborada pelo cientista político James Wilson e pelo psicólogo George Kelling, estudiosos da universidade de Harvard, que a publicaram na revista *The Atlantic Monthly*, em março de 1982 (KELLING, 1982).

Em 1996, Kelling lançou obra definitiva com Catherine Coles, denominada “*Fixing Broken Windows – Restoring Order and Reducing Crimes in Our Communities* (Consertando as Janelas Quebradas – Restaurando a Ordem e Reduzindo o Crime em Nossas Comunidades)”, na qual abordou a relação causal entre criminalidade violenta e a falta de repressão a pequenas infrações.

A teoria das janelas quebradas se baseou em um experimento em que houve o abandono de dois automóveis idênticos, em via pública, um deles no bairro do Bronx (zona pobre da cidade de Nova Iorque), e o outro em um bairro chamado Palo Alto, considerado uma zona rica da Califórnia. O veículo deixado no Bronx sofreu atos de vandalismo em poucas horas, inclusive destruição material. Em vinte e quatro horas, tudo aquilo de valor foi retirado do veículo, ressaltando-se que uma família foi a primeira a chegar e levar o radiador e a bateria. Lado outro, o carro deixado em Palo Alto nada sofreu por mais de uma semana, até que os investigadores quebraram uma janela do veículo e isso gerou o desencadeamento de atos semelhantes aos do bairro novaiorquino.

Segundo o experimento, pode-se concluir que a “quebra das janelas” ocorre em locais em que isso seja mais propício. Para Kelling e Wilson,

isso decorre naturalmente do tipo de vida existente no bairro: “Because of the nature of community life in the Bronx—its anonymity, the frequency with which cars are abandoned and things are stolen or broken, the past experience of “no one caring”” (KELLING, 1982). A não-repressão de condutas leves faz com que o ambiente se contamine e ocorra a desordem, consequentemente, ações mais violentas.

Se uma janela é quebrada e não ocorre o conserto, pessoas que passam pelo local presumem que não há quem zele pela ordem pública. Segundo os criadores da teoria: “o vandalismo pode ocorrer em qualquer lugar quando as barreiras comunitárias - o senso de respeito mútuo e as obrigações de civilidade - são reduzidas por ações que parecem sinalizar que “ninguém se importa”” (KELLING, 1982).

Isso nada mais é que uma questão de progressão criminosa. O indivíduo que comete um crime e não recebe uma punição por sua conduta delituosa tem em mente que a prática de novas condutas também não sofrerá consequências.

De acordo com Tiago Odon:

Nessa lógica, diante do abandono de comunidades pela autoridade responsável, desocupados, desordeiros e pessoas com tendências criminosas se sentiriam à vontade para ali fazer negócios ou mesmo morar, levando outros moradores a desejarem se mudar para outros locais. A pequena desordem gera a ideia de deterioração, de desinteresse e de despreocupação nas pessoas. A percepção da ausência de lei, normas e regras tende a levar à quebra dos códigos de convivência. Assim, o crime é maior em zonas onde o descuido, a sujeira e o maltrato são maiores, e pequenas faltas não punidas levam a faltas maiores e logo a delitos cada vez mais graves (ODON, 2016, p. 03).

Essa teoria tem como pilar a crença nas causas individuais da criminalidade. Trata-se o indivíduo como o único culpado pelo desvio de conduta, sem imputar relevância às questões sociais (SILVA FILHO, 2013, p. 59). O cerne da questão é a impunidade relativa aos pequenos atos, que atua como ponto de partida para atos mais graves. Coibindo-se aqueles, os atos mais graves também serão evitados.

Sua implementação mais relevante ocorreu na cidade de Nova Iorque, inicialmente no mandato do prefeito Rudolph Giuliani, que nomeou como Comissário de Polícia o Sr. William Bratton para elaborar um programa

capaz de atingir as pequenas infrações ocorridas no dia a dia, já que elas eram as reais influência para a prática de crimes mais graves (BELLI, 2004, p. 70).

Bratton fez diversas mudanças, aumentou do corpo policial, melhorou e atualizou os equipamentos, descentralizou as delegacias para que os bairros tivessem seu delegado, disponibilizou diversos mecanismos tecnológicos para o combate ao crime. As delegacias locais, com isso, passaram a gozar de maior autonomia e receberam maior responsabilidade (sendo que a remuneração dos policiais dependia de resultados), substituindo-se aqueles agentes que poderiam ser considerado empecilhos à eficiência do sistema, que contava com softwares modernos para controle das estatísticas e troca de informações entre as chefias (BELLI, 2004, p. 70).

O programa implementado por Bratton atacava primordialmente a presença de mendigos nas ruas, evitava a ação de “lavadores de parabrisas”, pichadores de muros, alunos arruaceiros, bêbados barulhentos e pessoas envolvidas na prostituição. Houve maior patrulha no metrô da cidade para evitar, até mesmo, pequenas evasões sem o pagamento do tíquete. Para ele, esses indivíduos causavam desconforto aos moradores dos bairros e geravam a sensação de insegurança, sendo eles indesejados pela sociedade, pois seriam fontes de problemas futuros (BELLI, 2004, p. 72-79-82).

A maior presença dos policiais nas ruas é um elemento inibidor da prática de delitos, já que é um fator intimamente ligado com a ordem do local (RUBIN, 2003). De acordo com Daniel Rubin:

O policial deve fazer parte da comunidade, entranhar-se na comunidade, e lidar com as condições que criam o crime (desordens de todo o tipo, embriaguez pública, jogos ilegais, etc.). Assim, ele conhece a comunidade, e é conhecido por ela. Cria-se um vínculo entre a comunidade e a autoridade policial, e este vínculo, permite que ambos juntem forças para evitar o surgimento da desordem e de pequenos delitos que, mais tarde, levarão à criminalidade violenta. Assim, se algum traficante tenta imiscuir-se naquela comunidade, tanto a comunidade como a polícia podem imediatamente identificá-lo, e unindo forças, expulsá-lo de lá, ou mesmo prendê-lo se o mesmo for apanhado no exercício do tráfico. Mas para isso é preciso uma comunidade organizada, que preze a manutenção da ordem, e uma relação de confiança entre a comunidade e a polícia, de modo que ambos se auxiliem mutuamente (ODON, 2016).

Tudo aquilo que não conta com uma autoridade responsável é tido por abandonado, estimulando e encorajando os delinquentes a agir. Além disso, o policial comunitário conhece os anseios locais e, muitas vezes, previne o crime tão somente com a presença física. Não basta a repressão rigorosa de uma conduta criminosa, mas a ordem pública que garanta qualidade de vida.

A consequência da aplicação da teoria das janelas quebradas em Nova Iorque foi uma queda drástica nas estatísticas referentes aos crimes violentos, aumentando-se também o número de pessoas encarceradas (ODON, 2016)

Porém, não há segurança em afirmar que a imposição de uma política que envolva tolerância zero seja a única responsável pela redução da criminalidade. De acordo com Benoni Belli (2004, p. 62), houve redução na criminalidade nos Estados Unidos, de um modo geral, inclusive em cidades que não implementaram a vigilância ostensiva sobre os pequenos delitos e pessoas excluídas pela sociedade, como Boston e San Diego, tendo em vista a contribuição de fatores externos, como a diminuição do desemprego e a consequente melhora na questão cultural e econômica, o aumento do uso da tecnologia, dentre outros fatores.

Tiago Odon (ODON, 2016, p. 04) aponta, ainda, que a eficácia coletiva dos vizinhos com o compartilhamento da ideia de proteção do espaço público também é útil à diminuição da violência. Para ele, há uma clara intenção do próprio grupo intervir em prol do bem comum, o que foi evidenciado mediante pesquisa realizada na cidade de Chicago, apontando-se, inclusive, a melhora na condição econômica como elemento crucial para a redução.

Em que pese a impossibilidade de certificação de sua eficiência, já que a queda nas estatísticas criminais pode decorrer de vários fatores, sobretudo da coesão social de determinada comunidade com objetivos semelhantes, diversos estudos foram realizados na tentativa de implementar a teoria das janelas quebradas no Brasil.

Em tese, haveria simetria entre o discurso da tolerância zero e a ordem social brasileira, bem como certa ligação entre a maneira utilizada contra a criminalidade, em franca individualização dos problemas e valorização das diferenças, pois os indivíduos considerados inúteis para o sistema capitalista são excluídos da sociedade como foco de problemas (BELLI, 2004, p. 82).

Há que se entender que a ausência do Estado em determinado local é vista de forma diferente quando analisamos brasileiros e americanos, pois há limites de aceitação distintos (ODON, 2016, p. 15), já que nem sequer houve uma completa implementação do Estado de bem-estar social no país e, com o rompimento, pode-se gerar uma precarização ainda maior (BELLI, 2004, p. 85).

Além disso, há que se considerar alguns fatores como, tais como a questão orçamentaria, a falta de planejamento que permeia no estado e, até mesmo, a falta de políticas criminais bem definidas com a constante alteração dos governantes, a modernização dos equipamentos eletrônicos que auxiliam a segurança e o uso elevado de tecnologia, o que leva a crer que sua aplicação prática não seria viável (BELLI, 2004, p. 17).

Inclusive, com a repressão a pequenos atos e a criminalização de pequenos delitos ou delitos de baixo potencial ofensivo, ocorre o consequente aumento dos custos com o encarceramento, o que também esbarra no fator orçamentário dada a necessidade de aceleração na construção e manutenção de presídios e penitenciárias (BELLI, 2004, p. 85).

Conclui-se, então, que a teoria das janelas quebradas cria um conflito entre os direitos individuais daqueles que praticam essas pequenas condutas e os valores comunitários que buscam pela manutenção ordem local. A punição dos atos de desordem depende, primeiramente, da tipificação dos comportamentos e, além disso, não deve se basear em uma condição ou *status* (pobre, sem-teto, viciado, etc), já que o Direito Penal tem como objeto o fato criminoso (RUBIN, 2003), e não pessoas que sejam excluídas da sociedade pelos mais diversos fatores.

A teoria em exame sofre inúmeras críticas, sobretudo porque os resultados apresentados possuem influências externas à política criminal implementada. Não suficiente, há também violação de direitos humanos.

Por fim, os princípios da intervenção mínima e da insignificância, que visam cada vez mais a desinstitucionalizar a participação do Estado quando praticadas condutas irrelevantes, pode inclusive fundamentar questionamento judicial que impeça essa política autoritarista com forte cunho subjetivista.

1.2. A seletividade, compreendida por meio da Teoria do labelling approach (ou etiquetamento social)

Com o objetivo explicar como se opera a seletividade penal o *Labelling Approach* (teoria do etiquetamento), busca desenhar a partir das dinâmicas

de criminalização primária e secundária como se dá a construção de uma clientela preferencial do sistema penal, construção da qual se valem embora parte as correntes do maximalismo penal ou também conhecidas como “movimento da lei e da ordem”.

Howard Becker foi quem aprofundou o estudo a respeito do tema, que resultou na publicação da obra *Outsiders* (Os Excluídos), em 1963 (BECKER, 1963). Para ele, a sociedade impõe a característica de delinquente a determinados indivíduos, já que estipula quais os comportamentos certos e errados. Diante dessa premissa, aqueles que não se comportam conforme os modelos delineados são tidos como desviantes e não são aceitos ou, melhor dizendo, estigmatizados, daí a palavra *outsider*.

Para que seja considerado um comportamento desviante, a ponto de sofrer o etiquetamento, há necessidade da violação de uma norma por parte do indivíduo, que é colocado sob um julgamento moral. Para a teoria do labeling approach, Não basta o simples desvio, exige-se um procedimento capaz de gerar a discriminação, em uma franca aproximação do direito e da moral, fazendo-se com que determinadas pessoas sofram discriminação a partir um estigma criado pela sociedade, o que cria reflexos negativos além daqueles estipulados pela legislação para o poder punitivo.

De acordo com Sérgio Salomão Shecaira:

Pode-se resumir o modelo explicativo sequencial dos atos do *labelling approach* da seguinte forma: delinquência primária – resposta ritualizada e estigmatização – distância social e redução de oportunidades – surgimento de uma subcultura delinquente com reflexo na autoimagem – estigma decorrente da institucionalização – carreira criminal – delinquência secundária (SHECAIRA, 2012, p. 264).

A sociedade penaliza determinados sujeitos e cria um *status* que passa pelas instâncias oficiais (que participam do exercício punitivo do Estado, como Polícias, Judiciário e Penitenciárias), as quais caracterizam o indivíduo como delinquente de forma seletiva (BARATTA, 2002, p. 86) e contam com a participação direta das instituições informais, tais como a família, a igreja, a imprensa, etc (FACHIN, 2012). Este *status* representa assim uma marca estigmatizadora que permite ao sistema incidir com mais eficiência contra os desviantes, por argumentar que seriam eles propensos ao desvio.

A ideia central é a de que a conduta desviante é aquela que resulta de uma reação social, criando-se uma distinção entre os considerados

desviantes (ou malfeitores) das “pessoas de bem”, em razão de uma classificação imposta pelo rótulo da condenação penal. Cabe ressaltar, ainda, segundo Becker, que quem estipula a regra determinante acerca do comportamento é a própria sociedade, com base em subjetividades, o que não pode prosperar.

Shecaira elucida, ainda, que:

Quando os outros decidem que determinada pessoa é *non grata*, perigosa, não confiável, moralmente repugnante, eles tomarão contra tal pessoa atitudes normalmente desagradáveis, que não seriam adotadas com qualquer um. São atitudes a demonstrar a rejeição e a humilhação nos contatos interpessoais e que trazem a pessoa estigmatizada para um controle que restringirá sua liberdade (SHECAIRA, 2012, p. 251-252).

Diante disso, a partir da teoria do etiquetamento dependendo da natureza do ato, que representa a violação de uma norma, bem como do que a sociedade pensa a respeito, haverá uma maior probabilidade de que o sistema seja mais eficiente contra aqueles que já foram tocados previamente por ele. Ou seja, determinadas condutas são consideradas irrelevantes quando praticadas por grupos protegidos pela sociedade. Para Shecaira (SHECAIRA, 2012, p. 252), “o transgressor, em suma, está profundamente implicado em definições negociadas de pessoas e comportamentos. As reações à transgressão dão-lhe organização simbólica e identidade pública”.

O problema é detectado pelos estudos que demonstram que as estatísticas penais são baseadas em um pequeno número de delitos, diante da grande gama de crimes que nem sequer chegam ao conhecimento do Estado. A resposta penal anêmica se explica pela “cifra negra”, que constata que o número real de crimes praticados é muito superior aos que efetivamente chegam às agências penais e aqueles que são, de fato, investigados, apurados e recebem uma resposta sancionadora das autoridades incumbidas da persecução penal. Muitas condutas consideradas delituosas nem sequer chegam a ser noticiadas, e isso demonstra que o estigma não depende da ação, mas de uma interpretação realizada sobre o fato e da posição do infrator na ordem social. Assim, é possível afirmar que as relações sociais e as relações de poder influenciam sobre a definição das condutas criminalizadas, bem como na resposta adequada a ser adotada (BARATTA, 2002, p. 85).

É necessário compreender-se que a definição de desviante é relativa e variável, já que o fundamental é a reação desencadeada. O comportamento que

manda alguém à prisão é o mesmo que pode ser considerado algo honesto, a depender das circunstâncias e do temperamento de quem o testemunhou, bem como sobre quem praticou o ato, considerando-se que a condição social do autor é algo relevante para a conclusão (SHECAIRA, 2012, p. 253).

Afirma Baratta que:

A criminalidade não é um comportamento de uma restrita minoria, como quer uma difundida concepção (e a ideologia da defesa social a ela vinculada), mas, ao contrário, o comportamento de largos estratos ou mesmo da maioria dos membros de nossa sociedade (BARATTA, 2002, p. 104).

O etiquetamento social, em última análise, distancia o indivíduo da sociedade, ou seja, ocorre o seu isolamento, sua exclusão como efeito indireto da pena, especialmente quando imposta a prisão (BARATTA, 2002, p. 98). Decorre que a criminalidade se torna um fenômeno concentrado, principalmente, nas classes sociais inferiores, ligada a fatores pessoais e sociais relacionados à pobreza, ao local de moradia, à má situação familiar, já que são as elites que criam os estigmas prejudiciais a um exercício adequado do poder punitivo.

A consequência dessa escolha na clientela penal torna seletiva a ação dos órgãos envolvidos. Escala diferente é alcançada pelos crimes de colarinho branco, que nem sempre recebem o mesmo estigma, dado o nível econômico superior e o prestígio dos envolvidos, além do tipo de sanção imposta nesse tipo de conduta (BARATTA, 2002, p. 103).

A questão é que nessa perspectiva a definição de desvio e de criminalidade, bem como a eficiência da resposta do sistema sancionador, de acordo com um senso comum (inclusive dos juristas), estão intimamente ligadas às leis, estruturas sociais e mecanismos que se baseiam em relação de poder entre os grupos e de acordo com as relações sociais de produção. Por sua vez, a estigmatização é uma consequência social do delito, conexa não à sua prática, mas a negatização imposta pelos grupos em razão de um juízo atributivo contrário à isonomia.

Essa relação de poder, além de definir quais os crimes serão apenados, define as pessoas a serem perseguidas em um dado contexto social, enquanto outros indivíduos estão fora dessa abrangência do sistema, o que não decorre apenas dos processos institucionais de punição, mas da interação entre os homens.

Os resultados desse etiquetamento imposto a certos indivíduos são irreversíveis, em franca violação ao princípio da isonomia. O *status* atribuído a um grupo pelos detentores do poder, que criam e aplicam as leis mediante mecanismos seletivos, em uma clara relação de hegemonia, faz com que as classes menos favorecidas se submetam à pecha do criminalismo, da imagem, da estigmatização, o que não pode se admitir em um Estado Democrático de Direito pautado na igualdade dos cidadãos.

2. O MODELO GARANTISTA COMO CONTRAPONTO ÀS TEORIAS BASEADAS NA TOLERÂNCIA ZERO

Em resposta a um Estado Penal repressor com condutas severas e rígidas, foram desenvolvidas teorias baseadas no constitucionalismo moderno e na necessidade de se proteger a dignidade da pessoa humana, colocada como epicentro dos ordenamentos jurídicos após os atos praticados na Segunda Guerra Mundial.

Defende-se um Direito Penal Minimalista que atua como *última ratio* nas hipóteses em que outros campos do Direito não consigam resolver o conflito. O que se esboça é um modelo garantista com o intuito de proteger o acusado contra arbitrariedades estatais casuísticas, mediante um arcabouço normativo a ser seguido para que se averígue a necessidade de aplicação de uma pena àquele que pratica um fato antijurídico.

Abordaremos a teoria de Luigi Ferrajoli e, em complemento, a desenvolvida por Lenio Luís Streck, sendo que o primeiro foi aquele que inicialmente elaborou um modelo garantista e, o segundo, quem realizou a evolução do estudo e relacionou a temática com a hermenêutica constitucional atual.

2.1. O garantismo penal de Luigi Ferrajoli

Luigi Ferrajoli é um jurista italiano que participou do grupo denominado “magistratura democrática” nos conhecidos “Anos de Chumbo”² (décadas de 1960 a 1980), na Itália, período em que, para responder à violência praticada por grupos terroristas organizados, o Estado impôs

2 Período em que os conflitos entre grupos de esquerda e de direita política se acirraram e houve a propagação do terror no local, com diversos atos extremamente violentos por parte dos militantes, que colocavam a população em risco e, inclusive, resultou em centenas de mortes e pessoas feridas. A finalidade era questionar e derrubar o governo existente e, então, muitos dos atos envolviam pessoas públicas e autoridades relevantes. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2019/01/14/O-que-foram-os-anos-de-chumbo-na-It%C3%A1lia-de-Cesare-Battisti>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2020.

medidas severas e criou leis emergenciais que colidiam os direitos fundamentais. O referido corpo de juízes buscava resgatar o respeito aos direitos humanos, mediante a observância de garantias penais e processuais penais contra os arbítrios no exercício do poder punitivo. Sua principal obra é “Direito e Razão” – Teoria do Garantismo Penal, publicada em 1989 (FERRAJOLI, 2012, p. 288).

Para Ferrajoli, o Estado tem como pilar uma Constituição, e nela há uma série de princípios expressos e implícitos que devem ser respeitados, já que o Direito Penal lida com a liberdade do cidadão. Todo o ordenamento infraconstitucional deve se basear nas normas constitucionais, tanto em sua elaboração como na interpretação, exigindo-se uma conformidade de conteúdo (FERRAJOLI, 2012, p. 14).

A finalidade do Estado é garantir o bem-estar e preservar os direitos fundamentais dos cidadãos (FERRAJOLI, 2012, p. 288), de modo que são incorporados diversos princípios éticos, políticos ou de justiça nos ordenamentos jurídicos modernos, os quais representam valores que servem como parâmetros de adequação ao poder punitivo do Estado.

O Direito Penal, para Ferrajoli, deve ser utilizado como *ultima ratio* (FERRAJOLI, 2012, p. 576), já que os demais ramos do Direito se encarregam das condutas irrelevantes, consideradas de menor potencial ofensivo. Seus estudos se baseiam em ideais liberais e minimalistas, com enfoque no princípio da estrita legalidade, resultou em um sistema constituído por dez axiomas e está em constante evolução.

O cumprimento desses axiomas evita discricionariedades e legitima a eventual aplicação da pena, desde que imposta de maneira ética pelos órgãos responsáveis pela persecução penal. Luigi Ferrajoli defende que a punição seja desagradável, de modo a dissuadir a prática de novas condutas criminosas e evitar a justiça com as próprias mãos, mas, não pode impor sofrimento demasiadamente prejudicial, sendo necessário que ela se mostre proporcional, de acordo com o menor nível possível (FERRAJOLI, 2012, p. 312), em respeito à dignidade do executado. Para o jurista italiano, o ideal é adoção de medidas alternativas (FERRAJOLI, 2012, p. 329), pois a restrição de liberdade já se mostrou obsoleta e ineficaz.

A primeira garantia trata do princípio da legalidade, pois somente haverá punição (pena) quando houver a prática de um crime (*Nulla poena sine crimine* - A01). A pena é uma retribuição pela prática do delito. Ou seja, o ilícito uma condição necessária para a sua imposição, embora

não suficiente (FERRAJOLI, 2012, p. 297). O Direito Penal reprime as transgressões, respeitando-se a igualdade entre os homens, diversamente do que defendem as teorias maximalistas. De acordo com o jurista italiano:

Ao castigar e reprimir a identidade desviante independentemente das ações realizadas, as normas penais constitutivas pressupõem que somos, natural ou socialmente, diferentes, e expressam, com isso, a intolerância para com as pessoas anormais ou simplesmente diferentes, identificadas por características intrínsecas, quaisquer que sejam os critérios para sua diferenciação. No nosso ordenamento são normas constitutivas, por exemplo, aquelas que consideram como possíveis destinatários de medidas de prevenção os desocupados, vagabundos, sujeitos afeitos a tráfico ilícito, propensos a delinquir e semelhantes (FERRAJOLI, 2012, p. 404).

Para que haja um crime, faz-se necessária a existência de lei penal que o defina, de forma específica (*Nullum crimen sine lege* - A02). A legalidade é uma garantia irrenunciável contra o arbítrio punitivo estatal (FERRAJOLI, 2012, p. 300) e decorre da franca influência do positivismo jurídico, sendo indispensável que os contornos acerca do delito sejam estipulados antes de sua prática e não sejam alterados no curso de sua apuração.

O legislador observa um conteúdo moral médio baseado no sentimento do povo, mas o ilícito penal somente é aquele estabelecido em lei, de forma taxativa, sem que haja qualquer influência da figura do réu. Repreende-se a conduta que traz consequências indesejáveis, de forma objetiva, utilizando-se uma linguagem fechada e extensão determinada, sem olvidar que a definição do que é crime ocorre pelas classes dominantes que exercem o poder (exercício de políticas criminais) (FERRAJOLI, 2012, p. 377). Ferrajoli se preocupa com os critérios de justiça utilizados na elaboração da norma. Segundo ele:

A incorporação garantista de princípios morais ou de justiça aos níveis superiores de um ordenamento, por mais ampla que seja, continuará tendo limites extrínsecos. Precisamente o princípio teórico da separação entre direito e moral, aliado à relatividade dos juízos éticos, derivada da autonomia de cada consciência e do princípio metaético da tolerância, impedem que um sistema de proibições penais possa proclamar-se objetivamente justo ou integralmente justificado. De fato, não existem princípios jurídicos que possam garantir a justiça absoluta de um sistema penal, nem mesmo limitando-nos a seus enunciados normativos e deixando de lado seu funcionamento real. Nem são concebíveis

sistemas jurídico-penais perfeitos, sendo, como são, irreduzíveis tanto a autonomia como a pluralidade dos juízos ético-políticos sobre sua imperfeição, assim como a relatividade histórica e política das opções legislativas sobre o que se deve proibir (FERRAJOLI, 2012, p. 369).

Respeita-se, também, o princípio da necessidade - *nulla lex (poenalis) sine necessitate* (A03). A lei penal deve cuidar de situações graves e bem jurídicos relevantes, como ultima ratio, já que o Direito Penal é técnica de controle social e atinge o direito de liberdade. Intimamente ligado ao terceiro axioma, o quarto trata do princípio da lesividade (*Nulla necessitas sine injuria* - A04), que defende a intervenção quando cabível, excluídas as condutas cujo resultado é insignificante (FERRAJOLI, 2012, p. 439).

Além disso, não serão puníveis meros pensamentos ou características de determinadas pessoas, como já ocorreu em períodos de autoritarismo, em respeito ao princípio da materialidade (*Nulla injuria sine actione* - A05). Os cidadãos somente estão coagidos pela força da lei e isso decorre da liberdade individual, ainda que o fato seja moralmente reprovável. Os indivíduos são diferenciáveis por seus atos, mas não por suas ideias, suas opiniões, garantindo-se o direito de dissidência (FERRAJOLI, 2012, p. 386).

Não há como proibir um estado de ânimo, se este não é exteriorizado pelo agente. Pensamentos ou cogitações nem sequer podem ser objeto de prova, já que não causam danos (FERRAJOLI, 2012, p. 384-388). Este axioma é o coração do garantismo penal e evita que meros “suspeitos” sejam incriminados com base em condições pessoais de periculosidade.

O sexto axioma cuida do elemento subjetivo exigido (*Nulla actio sine culpa* - A06), pois a conduta resulta de uma decisão tomada pelo autor, que deve ter plena capacidade de entendimento e agir com dolo ou culpa (imprudência, negligência ou imperícia). Exclui-se a configuração do delito em caso de inconsciência involuntária, força maior, constrangimento físico irresistível ou em casos de erro. O agente pode agir de outro modo, mas não o faz, em franca infidelidade à norma (FERRAJOLI, 2012, p. 399-401).

O sétimo axioma e primeira garantia processual penal reflete a necessidade de verificação da culpa em juízo (*Nulla culpa sine iudicio* - A07). O Juízo é o conjunto das garantias substanciais, em sentido lato, ou, em sentido estrito, o conjunto das garantias processuais (FERRAJOLI, 2012, p. 432). A justiça penal é confiada a um só órgão, mediante processo acusatório, no qual a acusação é plenamente separada da figura do julgador previamente constituído (proibição da criação pós-fato), independente,

imparcial e inerte (garantias orgânicas relacionadas ao magistrado) (FERRAJOLI, 2012, p. 472 ss).

Para que haja juízo de valor (decisão), necessita-se de acusação formal (*Nullum iudicium sine accusatione* – A08), que se sujeite à possibilidade de refutação e prova. Até que seja provada a veracidade da denúncia, o réu é considerado inocente, algo que assegura a confiança dos cidadãos na Justiça, que os defenderá contra os abusos praticados pelo Poder. O sistema garantista é adverso às prisões processuais, pois existem outros meios que permitem a manutenção da idoneidade da prova e evitem a possibilidade de fuga, como a condução do acusado até seu interrogatório, com um breve isolamento, o que se mostra menos gravoso e respeita à igualdade na produção de provas (FERRAJOLI, 2012, p. 449 ss).

O ônus da prova é sempre da acusação. Se não houver prova, é inexistente a acusação (*nulla accusatio sine probatione*) (FERRAJOLI, 2012, p. 488-489). O fato e a prova se ligam à verdade, elemento este que sempre vinculará o juízo. A sentença penal é ligada à verdade e à legislação taxativa a respeito do crime (FERRAJOLI, 2012, p. 497), o que garante o seu controle por parte dos envolvidos no processo e da opinião pública.

Por fim, garante-se o direito à defesa e refutação da prova, sendo nula aquela produzida fora deste contexto. Segundo Ferrajoli, esta é a principal condição da prova: a possibilidade de sua refutação (*Nulla probatio sine defensione* – A10). O acusado deve ter as mesmas condições da acusação, mantendo-se em posição equidistante quanto ao julgador e ao Ministério Público, para tanto, torna-se necessária a presença técnica do defensor (FERRAJOLI, 2012, p. 490).

Esse sistema garantista tenta minimizar as arbitrariedades, algo a se aprimorar, mas em sentido completamente contrário aos ideais maximalistas que violam a igualdade dos cidadãos. O objetivo não é enfraquecer e nem abolir o Direito Penal, mas garantir aos acusados todos os meios adequados para provar sua inocência (FERRAJOLI, 2012, p. 275). O processo deve ser visto como um meio de proteção, e não o contrário, como se prega nas teorias anteriormente examinadas, já que, até o trânsito em julgado de sentença que reconhece o delito, o réu é considerado inocente.

2.2 Garantismo Penal e o constitucionalismo moderno

A teoria do garantismo penal elaborada por Luigi Ferrajoli tem como base o positivismo jurídico que resulta, modernamente, segundo

ele, no constitucionalismo positivista, para o qual há uma norma superior que irradia por todo o restante do ordenamento jurídico, pois retrata a formalização de valores e direitos fundamentais (FERRAJOLI, ROSA, 2012, p. 17).

Com o enquadramento na Norma Superior, esses valores se mostram vinculantes e inderrogáveis (FERRAJOLI, ROSA, 2012, p. 18), mantendo-se a separação entre direito e moral – em um núcleo rígido, de modo que sua pretensão é que o direito não seja aquilo dito pelos tribunais para evitar discricionariedades e proporcionar o controle das decisões.

Para Ferrajoli, aí está a força normativa da constituição, baseada em um “reforço do positivismo” que evita o enfraquecimento gerado, segundo ele, pelos princípios:

Este constitucionalismo principialista e argumentativo, de nítida matriz anglo-saxônica, caracteriza-se, portanto, (a) pelo ataque ao positivismo jurídico e à tese da separação entre direito e moral; (b) pelo papel central associado à argumentação a partir da tese de que os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas princípios, entre eles em virtual conflito, que são objetos de ponderação, e não de subsunção; (c) pela consequente concepção de direito “como uma prática jurídica”, confiada, sobretudo, à atividade dos juízes. Sob este último aspecto, pode-se registrar uma singular convergência do constitucionalismo principialista ou argumentativo como o realismo e com aquilo que podemos chamar neopandectismo quando ameaçam a normatividade do direito e dos confrontos dos operadores jurídicos: o direito, segundo todas estas três orientações, é aquilo que, na realidade, dizem os tribunais – e, de maneira mais ampla, os operadores jurídicos (FERRAJOLI, ROSA, 2012, p. 21).

No entanto, sua visão não mais encontra respaldo nos ordenamentos jurídicos neoconstitucionais,³ que contam com alta carga de normas abstratas decorrente da principiologia. De acordo com Lenio Streck (FERRAJOLI, ROSA, 2012, p. 64), após a Segunda Guerra Mundial e a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, adotou-se uma postura mais proativa do Estado e protagonismo do Poder Judiciário, de modo que sua atuação resulte na concretização daqueles valores e garanta

3 Compreende-se o neoconstitucionalismo como um modelo surgido na Europa no segundo pós-guerra e marcado por ser principiológico, programático, compromissório e, principalmente, fixado em torno de um núcleo duro, inegociável de direitos fundamentais.

do exercício da cidadania, o que se define como um constitucionalismo moderno (ou, por muitos, neoconstitucionalismo).

Streck concorda, em partes, com Ferrajoli e aponta que o alto número de princípios criados enfraquece a força normativa da constituição, levando-se ao extremo a possibilidade de arbitrariedades decorrentes da discricionariedade do julgador. Para ele:

Dito de outro modo, o que se tem visto é o crescimento “criativo” de um conjunto de álibis teóricos que vem recebendo “coniventemente” o nome de “princípios”, os quais, reconheço, podem ser importantes na busca de soluções jurídicas na cotidianidade das práticas judiciárias, mas que, em sua maior parte, possuem nítidas pretensões de meta-regras, além de, em muitos casos, sofrerem de tautologia. E isso pode representar uma fragilização do direito, ao invés de o reforçar. Assim, parece necessário um mínimo de distinção entre os vários tipos apresentados no sistema jurídico. Assim, está -se diante de um fenômeno que pode ser chamado de “pan-principiologismo”, caminho perigoso para um retorno à “completude” que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX a partir de uma adaptação darwiniana: na ausência de leis apropriadas (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete deve lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um princípio aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo (FERRAJOLI, ROSA, 2012, p. 67).

Logo, mesmo com a força normativa dos princípios constitucionais, há que se limitar a atuação do Poder Judiciário, evitando-se que as decisões recebam níveis extremos de subjetivismo. Por isso, defende-se a fundamentação das decisões como um dos direitos fundamentais, inclusive como ponto de legitimação, já que os princípios não são valores e devem servir, sobretudo, ao fechamento da argumentação interpretativa, baseando-se em uma regra na qual ele teve origem (FERRAJOLI, ROSA, 2012, p. 69). Streck deixvc não a claro:

O princípio está antes da regra. Somente se compreende a regra através do princípio. Os princípios não são princípios porque a Constituição assim o diz, mas a Constituição é principiológica porque há um conjunto de princípios que conformam o paradigma constitucional, de onde exsurge o Estado Democrático de Direito (FERRAJOLI, ROSA, 2012, p. 70).

Além disso, a carga principiológica existente na Constituição autoriza a superação daquela plena separação entre direito e moral pregada pelo jurista italiano, conforme aponta Streck (FERRAJOLI, ROSA, 2012, p. 71), com base na teoria de Jürgen Habermas, porque alguns dos princípios estarão presentes em toda e qualquer interpretação realizada, já que há certo comprometimento da comunidade jurídica com eles.

Habermas, que também possui uma visão contrária ao ativismo e a discricionariedade ampla do Poder Judiciário, defende que direito e moral possuem uma relação de co-originariedade ou de complementariedade, pois a legitimidade das normas jurídicas se apoia em diversos fatores, e um deles é a moral (HABERMAS, 2002, p. 289), que constitui aquele pensamento comportamental médio da sociedade. Rafael Simioni, estudioso sobre o filósofo alemão aponta:

Nas sociedades complexas, a autonomia pública dos cidadãos passa a construir o poder comunicativo que confere legitimidade à própria moral. E isso significa que não pode mais haver uma relação hierárquica entre princípios morais e direito. Direito e moral passam a ser, então, cooriginários: ambos têm a mesma origem, ambos são coproduzidos nos discursos públicos de formação livre da vontade e da opinião. A moral passa então a integrar os próprios princípios constitucionais. Direito e moral passam a ser, portanto, cooriginários. E isso significa, também, codependência. A validade (legitimidade) do direito depende dos conteúdos morais e a moral depende da forma do direito (SIMIONI, 2014, p. 506).

No entanto, Streck reconhece que a moral não possui força jurídico-normativa, e sim o direito, que recebe conteúdos morais quando de sua elaboração. Ressalta o jurista brasileiro, em divergência aberta a Ferrajoli, que são as Constituições desse “novo período” que expressam esse “novo direito” com as promessas da modernidade e, a partir delas, é que o legislador deverá agir (FERRAJOLI, ROSA, 2012, p. 77), evidenciando-se que nem mesmo este terá livre discricionariedade, pois vinculado às diretrizes constitucionais.

Desta forma, em que pese Streck não seja contrário ao núcleo rígido estipulado pelo Constitucionalismo Positivista (garantista) de Luigi Ferrajoli, ele abre espaço para a atuação dos princípios, deixando claro que a discricionariedade não tem espaço no Constitucionalismo Moderno, pois deve haver respeito ao racional comando da lei. Logo, exclui-se o risco de

se colocar a “moral corretiva” no campo do direito (FERRAJOLI, ROSA, 2012, p. 77). Para ele:

De fato, mais do que apostar na formulação democrática do direito, há que se fazer uma aposta paradigmática, isto é, acreditar na perspectiva pós-positivista do novo constitucionalismo e sua materialidade principiológica. A “nova espécie de direito”, evitada de direitos fundamentais e com cláusulas de garantias contra o arbítrio, não se dá simplesmente na formulação legislativa e na vontade geral. Fundamentalmente, ela se encontra na Constituição, que estabeleceu uma ruptura com a discricionariedade política que sempre sustentou o paleojuspositivismo. E tudo isso está ancorado no contramajoritarismo, que vai além do nosso controle da aferição da correção dos procedimentos democráticos utilizados na feitura da lei (FERRAJOLI, ROSA, 2012, p. 78).

Para o brasileiro, da forma como defende Ferrajoli, mesmo com todos os cuidados, pode ocorrer a institucionalização da extrapolação de um poder discricionário aos juízes, o que, deveras, é visto no Brasil há algum tempo com a elaboração de súmulas vinculantes por parte do Supremo Tribunal Federal (FERRAJOLI, ROSA, 2012, p. 80).

A lei não é suficiente e não consegue englobar todos os fatos. A sociedade complexa vive em constante evolução, e o Poder Legislativo não acompanha o seu caminhar. Cabe ao Judiciário, de forma limitada, preencher os espaços legislativos para que os fatos novos não fiquem sem resposta. A figura do juiz boca da lei encampada por Montesquieu (MONTESQUIEU, 1996) não mais subsiste. Segundo Streck:

A adaptação criada pelo próprio sistema para resolver esta questão foi colocar, ao lado do legislador nacional, um juiz/intérprete racional. Desse modo, o primeiro criará, de forma absolutamente discricionária – podemos falar em uma discricionariedade política que funcionava como condição de possibilidade – o conteúdo da lei, ao passo que o juiz/intérprete racional terá uma delegação para, de forma limitada, preencher os vácuos deixados pela discricionariedade absoluta (política) do legislador (FERRAJOLI, ROSA, 2012).

Lenio Streck ressalta que há no Brasil um sistema de garantias como o defendido pelo professor italiano, bem como que a Constituição de 1988 *serve como freio sobre a vontade da maioria*, sendo necessário concretizar tudo o que é prometido e, para tanto, é elementar o combate contra a

discrecionalidade dos juízes, deixando-se que questões políticas sejam resolvidas democraticamente pelo povo e seus representantes, e finaliza:

Por tudo isso, é possível afirmar que os princípios são o modelo concreto de enfrentamento da discricionariedade judicial, porque são a manifestação da densidade normativo-concreta de um mandamento (regra-preceito), sendo que, mesmo aqueles preceitos nomeados por princípio, também necessitam dessa singularização que só ocorre no momento aplicativo (FERRAJOLI, ROSA, 2012, p. 85-86).

Desta forma, conclui-se que Lenio Streck se mostra garantista e concorda com o modelo proposto por Luigi Ferrajoli. Mas, diante da evolução da hermenêutica do Direito Constitucional Moderno, propõe a visão por um paradigma diferente, baseado na relação de co-originariedade entre direito e moral e na adoção de princípios constitucionais específicos que limitem a atuação do intérprete, o que, segundo ele, pode inclusive aumentar o rol de direitos garantidos, incluindo-se os não-positivados (FERRAJOLI, ROSA, 2012, p. 93).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É clara a necessidade de garantir segurança à sociedade e, por isso, os modelos maximalistas (eficientistas) recebem certo prestígio quando narrados à população. Porém, o que se verifica é que os modelos adotam postura extremamente seletiva, o que implica em altos custos resultantes da busca de uma segurança a qualquer custo, onde fins justificam meios, em total descompasso aos direitos humanos fundamentais de dignidade e igualdade, pilares da Constituição democrática de 1988.

A teoria das janelas quebradas além de explicar como se constrói um direito penal do autor, demonstra que a rotulação exclui indivíduos como diferentes dos “homens de bem” e, conseqüentemente, não merecedores de tratamento que preserve os seus direitos contra a arbitrariedade do Estado.

Não se pode impor o ônus da ineficiência do Estado à determinadas classes sociais estigmatizadas pelas elites, como se fossem grupos de infratores que ameaçam a todo o sistema social. O Direito, assim, precisa se estruturar a partir de garantias no ordenamento jurídico que visam à proteção dos cidadãos contra o abuso de poder por parte dos órgãos responsáveis pela investigação e aplicação da pena. Não se objetiva que os fatos criminosos fiquem impunes e a sociedade viva num caos instalado pela prática da justiça com as próprias mãos, ao contrário, o garantismo

penal prevê a imposição de sanções de forma adequada e legítima, sem que ocorram subjetivismos.

Está claro que o garantismo não representa impunidade, pelo contrário, já que se traduz, em última análise, em um sistema com blindagens contra falhas e excessos descabidos em um estado democrático. As políticas de segurança pública não podem remontar ao autoritarismo, como ocorrera no passado. Se adotadas as teorias baseadas em tolerância zero, mantêm-se incentivos à punição severa direcionada a determinados grupos de pessoas, sem que haja uma possibilidade de preservação processual de sua inocência (CARVALHO, 2008, p. 138), em franco caráter discriminador.

Além disso, a preocupação que se volta para o encarceramento maciço, em nenhum momento, busca diretrizes sobre o modo como será a reabilitação do egresso do sistema penal. Conforme exposto por Lenio Streck, “punir mais não quer dizer punir melhor. Podemos e devemos punir quem transgredir a lei, só que precisamos, para isso, garantir as garantias previstas nessa velha e serôdia coisa chamada... Constituição” (STRECK, 2019).

Os axiomas estipulados por Luigi Ferrajoli constam da Constituição Federal de 1988, e a resposta garantista aos anseios das políticas severas de segurança pública se trata de um grande passo em respeito aos direitos fundamentais. A proposta de Streck, por sua vez, enquadra-se de forma mais adequada ao constitucionalismo brasileiro, pois não se atém exclusivamente à legalidade, prevendo-se o alargamento do rol de proteção pela hermenêutica realizada a partir dos princípios e, por isso, complementa o trabalho.

Se a perspectiva de Ferrajoli (positivista que é) parece frágil frente ao constitucionalismo contemporâneo brasileiro, pois abandona a ideia de princípios constitucionais, deve-se ressaltar que, mesmo não sendo uma reposta que alcance a plenitude da eficácia garantista pretendida pela Carta Magna, o modelo já se trata de um grande passo, algo reconhecido pelo próprio Lenio Streck (STRECK, 2012), como forma de preservação das garantias, sobretudo no Brasil, até que a leitura constitucionalmente adequada se assenhere dos modelos penais aqui improvisados.

Respeitar os direitos é premissa básica inerente à democracia, algo resultante de conquistas através de lutas e revoluções ao longo das gerações, como forma de evitar que o Estado não atue com abuso de poder quando do exercício punitivo.

REFERÊNCIAS

- ATLAS DA VIOLÊNCIA 2019. Organizadores: *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública*. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/19/atlas-da-violencia-2019>. Acesso em: 04 de dezembro de 2019.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BECKER, Howard S. *Outsider: Studies in the sociology of deviance*. New York: Free Press, 1963.
- BELLI, Benoni. *Tolerância zero e democracia no Brasil*: visões da segurança pública na década de 90. São Paulo: Perspectiva, 2004.
- CARVALHO, Edward Rocha de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Teoria das janelas quebradas: E se a pedra vem de dentro? *Empório do direito*. 06 mar. 2015. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/teoria-das-janelas-quebradas-e-se-a-pedra-vem-de-dentro>. Acesso em: 11 de dezembro de 2019.
- CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2008.
- FACHIN, Melina Girardi; MAZONI, Ana Paula de Oliveira. A Teoria do etiquetamento do sistema penal e os crimes contra a ordem econômica: uma análise dos crimes de colarinho branco. *Revista de direito público*, Londrina, v. 7, n. 1, p. 3-18, jan./abr. 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi; ROSA, Alexandre Morais da, et al. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

KELLING, George L. e WILSON, James Q. *The Atlantic*. Março de 1982. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/>. Acesso em: 05 de dezembro de 2019.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ODON, Tiago Ivo. *Tolerância Zero e Janelas Quebradas*: sobre os riscos de se importar teorias e políticas. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, março/2016.

RUBIN, Daniel Sperb. Janelas Quebradas, tolerância zero e criminalidade. Teresina: *Jus Navigandi*. Fevereiro de 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3730/janelas-quebradas-tolerancia-zero-e-criminalidade>. Acesso: em 10 de dezembro de 2019.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA FILHO, Edson Vieira da [Et al.]. *O Direito Penal e suas faces*: Da modernidade ao Neoconstitucionalismo – Volume 2 – O Direito Penal visto de uma perspectiva maximalista. São Paulo: Lexia, 2013.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Ed. Juruá, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. E a professora disse: “Você é um positivista”. *Conjur*. 23 ago. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-ago-23/senso-incomum-professora-disse-voce-positivista>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Ministro Barroso, minha dor é perceber que apesar de tudo, tudo... *Conjur*. 24 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-24/senso-incomum-ministro-barroso-minha-dor-perceber-apesar-tudo-tudo>. Acesso em: 08 de janeiro de 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007.

RECEBIDO EM: 13/06/2021

APROVADO EM: 22/10/2021

A SEGURANÇA JURÍDICA COMO PRINCÍPIO GARANTIDOR DE CERTEZA, ESTABILIDADE E PREVISIBILIDADE DO DIREITO TRIBUTÁRIO

***THE PRINCIPLE OF LEGAL CERTAINTY AS INSTRUMENT
TO GUARANTEE THE CERTAINTY, STABILITY AND
PREDICTABILITY OF TAX LAW***

Renata Elisandra de Araujo

*Mestre em Direito Tributário e Internacional pela Universidade Federal de Santa
Catarina –UFSC. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília-
UNB. Procuradora Federal.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Segurança jurídica; 2 O princípio da segurança jurídica no direito constitucional; 3 O princípio da segurança jurídica no âmbito do direito tributário; 4 A interligação entre a segurança jurídica e os demais princípios do direito tributário; 4.1 Princípio da legalidade; 4.2 Princípio da irretroatividade; 4.3 Princípio da anterioridade da lei tributária; 4.4 Princípio da isonomia ou igualdade tributária; 4.5 Princípio da vedação de tributo

confiscatório; 4.6 Princípio da proteção da confiança e da boa-fé; Conclusão; Referências.

RESUMO: Tema em destaque atualmente na doutrina e na jurisprudência, a segurança jurídica é abordada no presente estudo como princípio, um valor inerente ao Estado Democrático de Direito, que confere certeza, estabilidade sistêmica ao ordenamento jurídico. Como princípio constitucional tributário, a segurança jurídica é um importante instrumento de preservação da confiança depositada por contribuintes e instituições na previsibilidade e na estabilidade do direito e das relações jurídicas. A conexão entre a segurança jurídica e os demais princípios tributários é a garantia de que os atos e os negócios tributáveis praticados com fundamento na legislação e na jurisprudência consolidada não serão prejudicados por modificações repentinas e abruptas do direito tributário.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Segurança Jurídica. Princípio Constitucional Tributário. Certeza. Estabilidade. Previsibilidade. Direito Tributário.

ABSTRACT: Theme currently highlighted in doctrine and jurisprudence, legal certainty is presented in this study as a principle, a value inherent to the Democratic rule of law, which confers certainty, systemic stability to the legal system. As an constitutional tax principle, legal certainty is an important instrument for preserving the trust deposited by taxpayers and institutions in the predictability and stability of law and legal relations. The connection between legal certainty and the others tax principles is the guarantee that the taxable acts and business practiced based on consolidated legislation and jurisprudence will not be harmed by sudden and abrupt changes in tax law.

KEYWORDS: Principle of Legal Certainty. Constitutional Tax Principle. Certainty. Stability. Predictability. Tax Law.

INTRODUÇÃO

A vida em sociedade pressupõe que as pessoas, tanto físicas quanto jurídicas, adotem o planejamento em diversas searas, como financeira, patrimonial e tributária. Esse planejamento deve ser feito com respaldo na legislação vigente à época dos fatos e dos negócios jurídicos realizados, contanto que não serão afetados por mudanças abruptas ocorridas posteriormente na legislação ou na interpretação da aplicação do direito pelos poderes da federação.

Dentro desse contexto, o presente artigo objetiva enquadrar o tema segurança jurídica como princípio constitucional tributário, regente das relações jurídicas tributárias e garantidor da estabilidade e da previsibilidade do ordenamento jurídico.

Para atingir esse desiderato, o primeiro passo será apresentar a segurança jurídica como valor inerente ao Estado Democrático de Direito, aliado à justiça e à certeza do direito, sem a pretensão de esgotar o tema. Isso porque o foco do esforço de pesquisa consiste na comprovação da interdependência e da conexão entre o princípio da segurança jurídica e os princípios tributários da legalidade, da irretroatividade, da isonomia, da capacidade contributiva, da vedação de confisco e da proteção da confiança e boa-fé, além de exaltar a existência de um propósito comum de preservação de importantes aspectos como certeza, previsibilidade e estabilidade do direito tributário.

Para corroborar a importância e a relevância do tema, o estudo adota a pesquisa bibliográfica como referencial de base, o que lhe permitirá contextualizar entendimentos doutrinários e compulsar decisões já proferidas na jurisprudência, especialmente do Supremo Tribunal Federal (STF), acerca da aplicabilidade do princípio da segurança jurídica no campo do direito tributário.

1. SEGURANÇA JURÍDICA

A partir das últimas décadas do século XX, doutrinadores e operadores do direito dedicaram-se ao estudo do tema segurança jurídica e sua aplicabilidade, em virtude da instabilidade das instituições e das relações econômicas e sociais. Tal fato se deve à necessidade de proteger as expectativas dos cidadãos na estabilidade do direito em face do expressivo aumento do número de leis, atos normativos e administrativos, contraditórios, incompreensíveis e modificadores do direito vigente de forma

abrupta e não esperada, causando incerteza, instabilidade e insegurança na interpretação e na aplicação do direito.

A doutrina, com efeito, analisa a segurança jurídica por diversas perspectivas e critérios, considerando-a em diferentes vieses: como valor do ordenamento jurídico, como princípio, como norma, como norma-princípio, como garantia e como qualidade do ordenamento jurídico.

O filósofo alemão Gustav Radbruch (1979, p. 161) considerou a segurança jurídica como um dos três elementos que determinam a validade do direito, junto com a justiça. A seu ver, a segurança tem o condão de preservar a certeza do direito e a paz social, mas dependerá da positividade do direito, por ser esta a essência da certeza do próprio direito.

Canotilho (2003, p. 17-18) associa a segurança jurídica à ideia de Estado Democrático de Direito, em razão de sua missão constitucional de impor limites aos atos dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Cavalcanti Filho (1964, p. 17-18), um dos primeiros juristas brasileiros a estudar o tema no campo da teoria geral do direito, associou a segurança jurídica ao direito e à justiça, como instituições que não só se complementam, mas se fundamentam e se interligam de forma dinâmica e interdependente. O autor conferiu à segurança jurídica um conceito funcional que reflete os valores e os ideais da sociedade, sempre baseado nas normas concretas. Assim, a segurança está interligada à justiça e à certeza do direito positivo contra as alterações inesperadas do próprio direito positivo.

A segurança jurídica pode apresentar-se de três maneiras distintas: a) ao pressupor a certeza do direito; b) ao confundir-se com a certeza do direito; e c) ao garantir segurança contra as alterações do próprio direito positivo.

Souza (1996, p. 81) classifica a segurança jurídica como princípio, valor e direito fundamental e sustenta que são aspectos diferentes da mesma realidade.

Nunes (2010, p. 166) concorda que a segurança jurídica é fundamento do direito e objetivo a ser perseguido como forma de realização do próprio direito; ao mesmo tempo, confere estabilidade ao ordenamento, protegendo-o de modificações inesperadas.

Com fulcro nos direitos fundamentais e sob o enfoque subjetivo, a segurança jurídica é vista como instrumento de proteção da dignidade humana contra o retrocesso de seus direitos e garantias (PIOVESAN; IKAWA, 2009, p. 83).

Analisada pela perspectiva de garantia processual dos direitos fundamentais, a segurança jurídica corresponde ao direito à estabilidade das relações jurídicas, à previsibilidade, à certeza e à eficácia do ordenamento jurídico, além de determinar a observância do direito intertemporal e das normas relativas a decadência e prescrição por parte dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (ROCHA, 2005, p. 165-191).

A possibilidade de conferir diversos sentidos e significados à segurança jurídica também advém do elevado grau de abstração da expressão, fato que permite a sua análise como fundamento do Estado Democrático de Direito ou como instrumento necessário a credibilidade, solidez e eficácia jurídico-social (FERRARI, 2004, p. 214-215).

A multiplicidade de significados da expressão segurança jurídica e a possibilidade de sua apropriação pelos diversos ramos do direito dificultam a determinação do seu conteúdo e podem gerar uma zona de incerteza, quando não se sabe se há ou não respeito à segurança jurídica, sujeitando a solução do imbróglio às peculiaridades do caso concreto.

Por esse motivo, a segurança jurídica não poder ser analisada apenas com fundamento no texto formal da lei (NASCIMENTO, 2007, p. 1) na medida em que sua eficácia e efetividade dependem da aferição da certeza da cognoscibilidade, da previsibilidade do direito e das peculiaridades do caso concreto.

Em suma, o olhar sistêmico do ordenamento jurídico com foco nos aspectos objetivo e subjetivo revela que a segurança jurídica é um valor, um princípio garantidor da justiça, da certeza, da previsibilidade e da estabilidade do direito; a sua missão é proteger as justas expectativas dos indivíduos em face das modificações inesperadas do direito.

2. O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO DIREITO CONSTITUCIONAL

Na seara do direito constitucional, a segurança jurídica foi incorporada de forma implícita pela Constituição Federal de 1988, em

seu preâmbulo e no caput do art. 5º, como princípio protetor de direitos e garantias fundamentais, individuais ou sociais.

Também de forma implícita, a Constituição Federal confere segurança jurídica a todos, ao proibir, no inciso XXXVI do artigo 5º, a edição de leis e de atos estatais que prejudiquem o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

O princípio em comento também fundamentou constitucionalmente a introdução de súmulas vinculantes no ordenamento jurídico pátrio, por meio do artigo 103-A, §1º, com o objetivo de encerrar as controvérsias atuais entre órgãos judiciais ou entre estes e a Administração Pública, ensejadoras de grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (SANTOS, 2021, p. 107).

A segurança jurídica corresponde a um conjunto de cinco ideias e conteúdos decorrentes da evolução doutrinária e jurisprudencial, que incluem: a) poderes e instituições consolidados e sujeitos ao princípio da legalidade; b) confiança nos atos dos poderes públicos, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade; c) estabilidade e durabilidade das normas e anterioridade das leis em relação aos fatos; d) previsibilidade dos comportamentos; e) igualdade na lei e perante a lei, com soluções similares para situações idênticas (BARROSO, 2005, p. 139-140).

Não obstante a segurança jurídica não ser apresentada como princípio constitucional expresso, tal fato não diminui sua eficácia e imperatividade em relação aos demais princípios constitucionais expressos (PAULSEN, 2006, p. 32). Isso porque, assim como os demais princípios constitucionais, a segurança jurídica é fundamental para a validade do direito positivo e da própria ordem constitucional em vigor, tanto em sentido amplo de garantia, de proteção dos direitos subjetivos e sociais, como em sentido estrito, de garantia da estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos (AFONSO DA SILVA, 2005, p. 17).

Justamente por corresponder à ideia de direito e à própria razão da Constituição, a segurança jurídica torna-se um norte para edição e aplicação de todos os demais atos normativos, impedindo a adoção de medidas legislativas, administrativas ou judiciais que possam frustrar a confiança que os indivíduos depositam no poder público e no ordenamento jurídico (CARRAZZA, 2015, p. 481-482).

Conscientes das normas jurídicas aplicáveis, os jurisdicionados podem planejar suas ações futuras com confiança, sem temer qualquer penalização.

Em outros termos, todas as demais normas jurídicas, notadamente as que dão efetividade aos direitos e às garantias fundamentais, devem afiançar a segurança de todos, permitindo-lhes que planejem as consequências jurídicas das relações e dos negócios jurídicos firmados.

Em suma, a constitucionalização da segurança jurídica objetiva proteger e preservar as justas expectativas das pessoas e impedir ou reduzir a adoção de medidas legislativas, administrativas e judiciais capazes de frustrar a confiança que elas depositam no poder público (ARAUJO, 2018, p. 39).

3. O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO ÂMBITO DO DIREITO TRIBUTÁRIO

A segurança jurídica é um princípio constitucional tributário, limitador do poder de tributar, ainda que não esteja previsto expressamente na Constituição Federal.

Como princípio constitucional tributário limitador do poder de tributar, a segurança jurídica é mais um instrumento de garantia conferida aos contribuintes em face da criação de tributo ou interpretação e aplicação de regras tributárias em desconformidade com as normas do sistema constitucional tributário (TORRES, 2011, p. 19).

Em consonância com essa assertiva, é oportuna a seguinte definição de segurança jurídica tributária formulada por Torres (2011, p. 186-187):

Define-se o princípio da segurança jurídica tributária, como princípio-garantia constitucional que tem por finalidade proteger expectativas de confiança legítima nos atos de criação ou de aplicação de normas, mediante certeza jurídica, estabilidade do ordenamento e confiabilidade na efetividade dos direitos e liberdades, assegurada como direito público fundamental.

Carvalho (2013, p. 50) classifica a segurança jurídica como princípio constitucional tributário, ao lado dos postulados da legalidade, da anterioridade, da igualdade e da irretroatividade, responsáveis pelo bom funcionamento da ordem jurídica.

Nessa perspectiva, a segurança jurídica coordena o fluxo de interações inter-humanas, mantendo a previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação das condutas.

Ademais, a segurança jurídica possui caráter bivalente, que produz efeitos em relação ao passado e ao futuro, conferindo: (i) tranquilidade aos indivíduos na medida em que permite o planejamento de suas ações futuras, em conformidade com as normas jurídicas atuais; (ii) proteção quanto a atos do passado de modo a garantir a certeza do tratamento normativo dos fatos consumados, dos direitos adquiridos e da coisa julgada (CARVALHO, 2016, p. 166).

A ideia de segurança jurídica como atributo do ordenamento jurídico norteador das normas jurídicas positivas e das condutas humanas também é defendida por Borges (2002, p. 1-2). Segundo o tributarista, a segurança jurídica possui estreita ligação com o princípio da justiça tributária e com demais princípios e garantias constitucionais tributários traduzidos pelos princípios da irretroatividade tributária, da proteção ao ato jurídico perfeito, do direito adquirido, da coisa julgada, do princípio da legalidade, do princípio da isonomia e do princípio do não confisco.

A segurança jurídica também guarda todas as características dos valores jurídicos, a saber: generalidade, abstração, popularidade. Adicionalmente a todos os valores jurídicos, esse princípio é aberto, bipolar e flexível, em favor da segurança social e dos direitos difusos, em detrimento da conotação fechada e formal que havia no Estado de Direito de outrora (TORRES, 2005, p. 176-180). Bem por isso, a segurança jurídica não pode ser extraída a partir do texto formal da lei, da leitura fria das suas disposições, uma vez que depende de outros elementos do caso concreto, como certeza, cognoscibilidade e previsibilidade do direito tributário.

Na lição de Ávila (2016, p. 300-301), a segurança jurídica tributária, composta pelos elementos cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade, impõe aos poderes públicos a obrigação de proteger a confiança depositada pelos contribuintes na estabilidade e previsibilidade do ordenamento jurídico e, sobretudo, no respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada. A proteção dos contribuintes, ainda segundo o autor, materializa-se com a efetividade dos direitos e garantias fundamentais e das limitações ao poder de tributar, que, conjuntamente, assumem conotação protetiva dos direitos fundamentais, reforçada no âmbito do direito tributário pelos preceitos legalidade, irretroatividade e anterioridade.

O conceito normativo de segurança jurídica tributária é atribuído por Ávila (2016, p. 300-301) nos seguintes termos:

O conceito de segurança jurídico-tributária pode ser definido como uma norma-princípio que exige dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a adoção dos comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos contribuintes e na sua perspectiva, de um elevado estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica com base na sua elevada cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de, sem engano, frustração, surpresa ou arbitrariedade, plasmar digna e responsavelmente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro..

Por fim, em sua conexão com o princípio da proteção da confiança, a segurança jurídica preserva o sentimento de confiança que os contribuintes depositam no Estado, assegurando-lhes que eventuais controvérsias e conflitos entre os princípios sopesados serão resolvidos pelo método ou técnica de ponderação dos princípios, com prevalência do princípio preponderante no caso concreto.

4. A INTERLIGAÇÃO ENTRE A SEGURANÇA JURÍDICA E OS DEMAIS PRINCÍPIOS DO DIREITO TRIBUTÁRIO

4.1. Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade, previsto no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal, disciplinado no artigo 97 do Código Tributário Nacional (CTN), reforça a necessidade de lei em sentido estrito para criação ou aumento de tributo.

A lei instituidora do tributo deve indicar todos os elementos da norma jurídica tributária, como fato gerador da obrigação tributária, sujeito passivo, alíquota e base de cálculo e sua modificação, não se admitindo a delegação de tais atribuições ao Poder Executivo.

Ainda, nos termos do artigo 150, § 6º, da Constituição Federal, a concessão de qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições depende de lei específica, federal, estadual, distrital ou municipal. Esse dispositivo visa impedir que certas isenções sejam aprovadas no bojo de leis variadas, que tratam simultaneamente sobre assuntos e questões de matérias diferentes. Bom exemplo nesse sentido seria a criação de lei que tratasse simultaneamente de educação,

saúde e finanças, sem estudos, discussões e debates exaustivos e sem a participação dos setores da sociedade que foram afetados pela medida legal.

Também dependem de publicação de lei cominações de penalidades tributárias e hipóteses de suspensão da exigibilidade ou extinção do crédito tributário e de isenção de anistia de tributo.

Além disso, somente o ente da federação constitucionalmente competente pode, por lei própria, instituir e regular tributo, conforme as normas de repartição de competência contidas nos artigos 145 a 156 e 195 da Constituição Federal.

Saliente-se que eventual vácuo de legislação não pode ser suprido com a edição de normas gerais, leis complementares da União, nem por legislação de qualquer outro ente da federação.

A determinação constitucional de reserva absoluta de lei formal para criação ou aumento de tributo é classificada como legalidade absoluta ou tipicidade fechada.

Pelo princípio da reserva absoluta, certas matérias só podem ser veiculadas por lei em sentido formal, elaborada pelo Poder Legislativo, proibindo que sejam objeto de normas infralegais (SCAFF, 2005, p. 379).

Em direito tributário, o princípio da legalidade demanda ainda a existência de mecanismos revisores da legalidade da tributação nas esferas administrativa e judicial.

Assim, o contribuinte tem duas ordens de garantias em relação ao Fisco, uma de caráter material e outra de caráter formal. A garantia material assegura ao contribuinte o direito de somente pagar tributo que tenha sido criado por meio de lei ordinária, elaborada por entidade política competente. A garantia formal confere ao contribuinte o direito de acionar o Poder Judiciário, caso haja descumprimento da lei pelo Fisco na atividade de cobrança tributária.

A garantia formal também confere ao contribuinte o direito de acionar o Poder Judiciário para que verifique se o Fisco está cumprindo a lei na atividade de cobrança tributária. A atividade judicial também deve ser exercida em observância aos princípios da legalidade estrita e da proteção da confiança (CARRAZZA, 2015, p. 283-285).

Por todas essas exigências constitucionais e legais concernentes à criação e à majoração dos tributos e à limitação do poder de tributar, o princípio da legalidade contribui para a concretização da segurança jurídica.

4.2. Princípio da Irretroatividade

No âmbito tributário, a irretroatividade prevista no artigo 150, inciso III, “a”, da mesma ordem constitucional, proíbe todos os entes tributantes de cobrar tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei.

Pelo princípio da irretroatividade da lei, o Poder Legislativo não pode criar regra para tributar fato passado ou para majorar tributo com relação a fatos anteriores à publicação da lei.

Portanto, a lei que cria ou aumenta tributo existente apenas se aplica a fatos futuros, posteriores à sua entrada em vigor. A lei tributária jamais pode eleger fatos do passado como suporte fático para incidência de tributo antes inexistente. A pretexto de interpretar a lei anterior, a lei tributária também não poderá voltar-se para o passado com o objetivo de explicitar a criação ou aumento do tributo (AMARO, 2006, p. 119).

Ademais, o princípio da irretroatividade exige que a lei referente a tributos de fatos geradores periódicos, como é o caso do Imposto de Renda, seja anterior a todo o conjunto de fatos isolados que compõem o fato gerador do tributo.

Os poderes Executivo e Judiciário igualmente estão sujeitos ao princípio da irretroatividade na medida em que não podem aplicar lei nova mais gravosa sobre fato gerador pretérito (TORRES, 2005, p. 514).

A irretroatividade dos atos judiciais e administrativos foi expressamente vedada no artigo 146 do CTN, que submete a mudança de interpretação dos critérios jurídicos aos fatos geradores posteriores à modificação.

A submissão do Poder Judiciário ao princípio da irretroatividade tributária o impede de aplicar nova jurisprudência mais gravosa ao contribuinte em relação a fatos pretéritos, uma vez que no momento da ocorrência do fato gerador existia uma expectativa e um sentimento de confiança em relação à aplicabilidade da jurisprudência consolidada, os quais respaldaram os negócios jurídicos pretéritos do contribuinte (NOVOA, 2000, p. 207).

Em respeito ao princípio da irretroatividade o Poder Judiciário não pode aplicar nova jurisprudência que tenha alterado substancialmente jurisprudência consolidada, em prejuízo dos contribuintes que praticaram seus atos e seus negócios jurídicos com base na jurisprudência revogada. Isso porque, no entendimento de Barroso (2006 p. 261), a alteração de jurisprudência consolidada corresponde à criação de direito e, portanto, não pode retroagir, sob pena de abalar a estabilidade e a previsibilidade do ordenamento jurídico.

Nos casos de modificação de jurisprudência compete ao Tribunal a verificação sobre a retroatividade de efeitos tributários relativos a condutas realizadas com base na norma jurisprudencial anterior e, se for o caso, deverá modular os efeitos da decisão para que não alcancem fatos passados (SCHOUERI; SANTOS, 2013, p. 126).

Evidentemente, não se trata de censurar as mudanças dos entendimentos jurisprudenciais consolidados. A jurisprudência deve sempre evoluir para acompanhar as mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais novas, em busca da justa decisão a casos concretos e similares.

Todavia, a modificação substancial da jurisprudência sedimentada não deve produzir efeitos pretéritos prejudiciais aos direitos fundamentais dos contribuintes. Nesses casos, a nova jurisprudência deve ser dotada apenas de eficácia futura (CARRAZZA, 2015, p. 406).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Derzi (2009, p. 586-588) sustenta que a jurisprudência modificativa da jurisprudência consolidada é uma nova norma judicial, a qual, assim como lei nova, deve respeitar os princípios da irretroatividade, da segurança jurídica e da proteção da confiança.

No âmbito do Poder Judiciário, o STF, em atendimento aos princípios da irretroatividade e da segurança jurídica, no julgamento do Recurso Extraordinário RE 592396/SP, firmou sua jurisprudência sobre a inconstitucionalidade de aplicação retroativa de lei que majorou alíquota incidente sobre o lucro proveniente de operações incentivadas ocorridas no passado, ainda que no mesmo ano-base, declarando, portanto, a inconstitucionalidade do artigo 1º, inciso I, da Lei n. 7988/1989 (BRASIL, STF, RE 592396, j. 3.12.2015).

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2663/RS, o STF declarou a inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei n. 11.743/2002

do Estado do Rio Grande do Sul, por ter concedido benefício fiscal de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS), em desarmonia com a Constituição Federal; entretanto, restringiu os efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade para que fossem aplicados a partir da data do julgamento (efeitos *ex nunc*), em respeito à segurança jurídica dos contribuintes contemplados pela norma inconstitucional (BRASIL, STF, ADI 2663, j. 8.03.2017).

O princípio da irretroatividade tributária, como se pode constatar, garante a segurança jurídica no âmbito do direito tributário justamente por impedir que leis, atos normativos do Poder Executivo e decisões judiciais produzam efeitos em relação a fatos geradores pretéritos.

4.3. Princípio da Anterioridade da Lei Tributária

O princípio da anterioridade da lei tributária está previsto no artigo 150, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal, cujo texto veda a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

A intenção do legislador é impedir que os contribuintes se deparem com regras tributárias novas no mesmo exercício financeiro em que ocorreram os fatos geradores, preservando, assim, a segurança jurídica.

A vedação constitucional se dirige à Administração Pública e ao Poder Judiciário, que ficam impedidos de aplicar leis novas a fatos ocorridos no mesmo exercício financeiro. O Legislativo, por sua vez, fica impedido de editar lei referente a fatos tributários ocorridos no mesmo exercício financeiro.

A lei que institui ou aumenta o tributo tem, portanto, sua vigência postergada para o ano seguinte da sua aplicação, momento em que o ato se insere no contexto comunicacional do direito (CARVALHO, 2016, p. 174).

Além disso, a nova lei tributária deve ser anterior ao exercício financeiro em que deva ser cobrado o tributo, com antecedência mínima de noventa dias entre a data da publicação.

O propósito do princípio da anterioridade é evitar cobrança de tributo antes de decorridos noventa dias da data da publicação da lei que o instituiu ou aumentou.

Segundo ensinamento de Carrazza (2015, p. 223), a anterioridade confere aos contribuintes a previsibilidade das alterações tributárias para o próximo exercício financeiro e, portanto, condições objetivas de programação para o fiel cumprimento das novas exigências fiscais.

Em suma, o princípio da anterioridade, corolário da segurança jurídica, visa evitar que o contribuinte seja surpreendido com o aumento inesperado de tributos no curso do mesmo exercício financeiro em que ocorreram os fatos geradores, em prejuízo ao planejamento das suas atividades econômicas.

4.4. Princípio da Isonomia ou Igualdade Tributária

No direito tributário, o princípio da isonomia ou da igualdade tributária, descrito no artigo 150, inciso II, da Constituição Federal, é instrumento representativo de garantia da justa tributação.

O princípio constitucional da isonomia impõe ao Legislativo a obrigação de criar leis que assegurem tratamento jurídico idêntico àqueles que se encontrem em situações equivalentes. Somente uma lei tributária com igual validade para todos que se encontrem na mesma categoria e que tenham sido identificados por critério idêntico pode conferir segurança jurídica (CARRAZZA, 2015, p. 497).

A lei tributária até pode discriminar situações e conferir tratamentos diferenciados de acordo com a classe do contribuinte, desde que haja correlação entre o elemento diferencial e o regime conferido aos que se incluam na categoria diferenciada. O que não se admite é a adoção de critérios subjetivos ou de fato tido pela Constituição como insuscetível de aceitar distinções.

Uckmar (1999, p. 67) ensina que há dois sentidos de isonomia no direito tributário: um sentido jurídico e o outro, econômico. No sentido jurídico, a isonomia é analisada como paridade de posição, com exclusão de qualquer privilégio de classe, religião e raça, para que os contribuintes que se encontrem em situações similares sejam submetidos ao mesmo regime tributário. No sentido econômico, a isonomia é vista como obrigação de contribuir com os encargos tributários em igual medida, de acordo com a capacidade econômica individual. Essa isonomia é relativa na medida em que considera a capacidade econômica do contribuinte na condição de integrante de uma classe de contribuintes em situação econômica semelhante.

Portanto, o princípio da isonomia confere aos contribuintes a segurança jurídica de que serão tributados nos mesmos limites de outros contribuintes com idêntica capacidade tributária.

4.5. Princípio da Vedação de Tributo Confiscatório

A vedação de tributo confiscatório é princípio previsto no artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal e visa impedir a entidade fiscal de instituir tributos com caráter expropriatório.

A lei regulamentadora do tributo não pode ser excessivamente onerosa a ponto de acarretar perda do patrimônio e/ou gerar os mesmos efeitos que o confisco geraria.

Pelo fato de não ser sanção de ato ilícito, o tributo não pode ensejar a perda da propriedade ou gerar efeitos confiscatórios, ou seja, não pode acarretar consequências gravosas, como sanções penais (BALEEIRO, 2010, p. 910- 911).

O princípio da vedação de tributo confiscatório tem como objetivo a preservação da capacidade econômica dos contribuintes em face do poder de tributar do Estado.

A vedação de tributo confiscatório, embora se assemelhe ao princípio da capacidade contributiva, com ele não se confunde, em razão do seu sentido absoluto de resguardar o direito de propriedade, em sentido amplo, sem, contudo, assegurar a igualdade.

Enfim, o caráter confiscatório do tributo há de ser avaliado em função do sistema, em face da carga tributária resultante dos tributos em conjunto. A avaliação é feita de forma definitiva pelo Poder Judiciário, que tem a competência para definir se o tributo em litígio é ou não confiscatório (MACHADO, 2017, p. 42).

Com efeito, o escopo de proteção da propriedade dos contribuintes em face de arbitrariedades na tributação faz da vedação de tributo confiscatório um princípio conexo ao importante postulado da segurança jurídica na tributação.

4.6. Princípio da Proteção da Confiança e da Boa-Fé

Imbuído da missão de resguardar a confiança depositada pelos contribuintes na estabilidade e na previsibilidade do ordenamento jurídico,

o princípio da proteção da confiança e da boa-fé evita que atos tributários realizados no passado com base em legislação e jurisprudência então vigentes sejam penalizados por mudanças repentinas contrárias aos seus interesses.

Com fulcro no princípio da proteção da confiança e da boa-fé, o Fisco não pode prejudicar os contribuintes por motivos relacionados a atraso na tomada de decisão da Administração Pública ou decorrentes da revisão de ato normativo ou prática administrativa adotado por um longo período (CARRAZZA, 2015, p. 506). Em outras palavras, o princípio impede a mudança repentina de critérios modificadores de práticas e rotinas consolidadas, que sejam prejudiciais a atividades de planejamento tributário pretéritas.

De acordo com Baleeiro (2010, p. 1313), o princípio protege a confiança objetiva dos contribuintes em relação a normas tributárias incentivadoras que venham a ser modificadas e/ou suprimidas.

Como não poderia ser diferente, o princípio da proteção da confiança também vincula o Poder Judiciário, impedindo que a modificação de jurisprudência consolidada seja feita em prejuízo dos atos praticados pelos contribuintes com respaldo na jurisprudência revogada.

Derzi (2009, p. 322) também aborda a proteção da confiança como princípio protetor do contribuinte de boa-fé, essencial para a estabilidade e a previsibilidade do direito, considerando-o, além disso, um fator de justiça prospectiva e princípio limitador do poder de tributar.

Confiantes então na previsibilidade das leis, dos atos administrativos e das decisões judiciais, os contribuintes planejam suas atividades e seus negócios financeiros, acreditando que não serão surpreendidos por arbitrariedades (CARRAZZA, 2015, p. 484).

A confiança protegida pelo princípio é a confiança objetiva que os contribuintes depositam no ordenamento jurídico e na previsibilidade das normas e dos atos tributários do Estado para a realização do planejamento de suas atividades e negócios econômico-financeiros.

A mencionada confiança objetiva pode ser provada por meio de repercussões jurídicas dos atos e negócios praticados, por meio de uma comparação entre o estado prévio de confiança do contribuinte e a atuação

do Estado incompatível com o “estado de confiança” (TORRES, 2011, p. 215-216).

A proteção da confiança como princípio só será invocada pelo contribuinte de boa-fé que conduz suas atividades econômicas por meio de condutas lícitas e pautadas na boa-fé objetiva e, ainda assim, seja surpreendido com uma modificação material substancial imprevista. Ao contribuinte, vale lembrar, caberá comprovar a veracidade dos fatos alegados e a quebra do “estado de confiança” pelo Ente Fiscal.

A interdependência entre os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica decorre dos objetivos que lhes são comuns, como clareza, racionalidade, fidedignidade e transparência dos atos dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

No âmbito da jurisprudência, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 593.849, o STF declarou a inconstitucionalidade dos artigos 22, § 10, da Lei n. 6.763/1975 e do artigo 21 do Decreto n. 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais, contudo, limitou os efeitos do seu entendimento a litígios futuros e a processos pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral (BRASIL, STF, RE 593849, j. 19.10.2016).

A Corte Suprema considerou devida a restituição da diferença do ICMS pago a maior no regime de substituição tributária ‘para frente’, quando a base de cálculo efetiva da operação for inferior à base presumida.

Esse julgamento alterou entendimento firmado na ADI n. 1.851, referente ao regime de substituição tributária do ICMS, no qual foi estabelecida a presunção absoluta da base de cálculo presumida

Diante da modificação da jurisprudência consolidada e objetivando preservar a proteção da confiança, a estabilidade do ordenamento e a segurança jurídica, o STF modulou os efeitos da sua decisão, limitando-os aos fatos geradores ocorridos após o julgamento, ressalvados os processos judiciais pendentes.

Assim, ficou expressamente consignado que a segurança jurídica beneficia a Fazenda Pública pelo fato de depender da arrecadação tributária para a viabilização das políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos fundamentais da população, não podendo essa arrecadação ser comprometida por novo entendimento jurisprudencial inesperado e retroativo. Por isso, destacou que os processos transitados em julgado

e os casos ainda não judicializados até a data do julgamento não seriam atingidos pela nova decisão.

No julgamento do Recurso Extraordinário 574706/PR, com repercussão geral, o STF decidiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência da contribuição ao PIS e à COFINS. O julgado resultou na tese 69, alterando a jurisprudência até então pacífica, a qual havia sido objeto das Súmulas 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) (BRASIL, STF, RE5706, j. 09/03/2017).

Em virtude da alteração da jurisprudência consolidada, objetivando resguardar a segurança jurídica e minimizar os impactos financeiros e orçamentários negativos para a União, o STF, ao julgar os Embargos de Declaração no RE 574706/PR, modulou os efeitos do julgado, fixando a data do julgamento do mérito recursal, 15/03/2017, como data inicial de produção. Ressalvou, contudo, as ações judiciais e administrativas protocolizadas até a data da sessão em que foi proferido o julgamento de mérito (BRASIL, STF, ED RE 574706, j. 13.5.2021).

A propósito, a Ministra Relatora, Carmem Lucia, enfatizou em seu voto a confiança, a boa-fé e a segurança jurídica como princípios ensejadores da prospecção de decisões judiciais modificadoras da jurisprudência dominante. Por essa razão, justificou a aplicação da modulação em favor da Fazenda Pública, nos casos em que a mudança na orientação jurisprudencial prejudique o planejamento fazendário feito dentro de legítimas expectativas baseadas em jurisprudência consolidada.

CONCLUSÃO

A segurança jurídica, um dos pilares do Estado Democrático de Direito, é também princípio constitucional tributário, ainda que não conste expressamente das disposições da Constituição Federal em vigor.

Como princípio constitucional, a segurança jurídica mantém estreita conexão com os princípios constitucionais tributários da legalidade, da irretroatividade, da isonomia, da capacidade contributiva, da proteção da confiança e da boa-fé, e da vedação de confisco, tudo no intuito de resguardar os jurisdicionados das alterações inesperadas da legislação tributária, dos atos administrativos da autoridade fiscal e das decisões judiciais modificadoras da jurisprudência consolidada, sendo, portanto, um instrumento garantidor da previsibilidade e da estabilidade do direito tributário.

A Corte Suprema brasileira, imbuída do seu mister de guardiã da Constituição Federal, consolidou sua jurisprudência enaltecendo a necessidade de observância do princípio da segurança jurídica nas relações jurídicas tributárias por parte dos três poderes da federação, para que suas ações sejam pautadas na previsibilidade, na certeza e na estabilidade do ordenamento jurídico, em benefício de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

- AFONSO DA SILVA, José. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 15-30.
- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ARAUJO, Renata Elisandra de. *A modulação dos efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade de norma tributária no Brasil e em Portugal: um olhar a partir da segurança jurídica*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário e Constitucional) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BALEEIRO, Aliomar. *Limitações ao poder de tributar*. Atualizado por Misabel Abreu Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 200, p.137-163.
- _____. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais. *Revista de Direito do Estado-RDE*, ano 1, n. 2, p. 261- 288, abril/junho de 2006.
- BORGES, José Souto Maior. O princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Centro de Atualização Jurídica-CAJ, n. 11, p. 1-2, fevereiro 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 27 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *ADI 2663*.

Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 8 de março de 2017. Publicação 29/05/2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282663%2E%2E+OU+2663%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&>. Acesso em: 4 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário) *Recurso Extraordinário 574706/PR*. Embargante: UNIÃO. Embargado: INCOPA Importação, Exportação e Indústria de Óleos. Relatora: Ministra Cármen Lucia. Brasília, DF, 9 de março de 2017. Publicação 02/10/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2585258>. Acesso em: 14 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário 574706/PR*. Embargante: UNIÃO. Embargado: INCOPA Importação, Exportação e Indústria de Óleos. Relatora: Ministra Cármen Lucia. Brasília, DF, 13 de maio de 2021. Publicação 12/08/2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2585258>. Acesso em: 14 ago. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 592396/SP*. Recorrente: ELUMA S.A. Indústria e Comércio. Recorrido: UNIÃO. Relator: Ministro Edson Fachin, Brasília, DF, 3 de dezembro de 2015. Publicação 12/03/2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur343223>. Acesso em: 18 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *RE 593849*. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 19 de outubro de 2016. Publicação 31/03/2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=593849&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 2 fev. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. *O sobreprincípio da segurança jurídica e a revogação das normas tributárias*. In: COELHO, Sacha Calmon Navarro

(org.). Segurança jurídica: irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes. Livro em louvor à Professora Misabel de Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 35-64.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle da constitucionalidade. In: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 209-259.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. Segurança jurídica: mito e realidade. *Fórum Administrativo. Direito Público*, Belo Horizonte, ano 7, n. 72, fev. 2007. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=39203>. Acesso em: 18 set 2017.

NOVOA, César García. *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PAULSEN, Leandro. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. Segurança jurídica e direitos humanos: o direito à segurança de direitos. In: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 47-84. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1295/1334/7949>. Acesso em: 23 ago. 2021.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Prof. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 165-191.

SANTOS, Mauro Sergio dos. Anulação de ato administrativo com efeitos prospectivos: diálogo com o princípio da segurança jurídica. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 20, n. 2, p. 93-114, abr./jun. 2021.

SCAFF, Fernando Facury. Notas sobre a reserva legal tributária no Brasil. In: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 373-397.

SHOURI, Luís Eduardo; SANTOS, Aline Nunes do. Reflexões sobre a modulação dos efeitos das decisões judiciais a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: COELHO, Sacha Calmon Navarro (org.). *Segurança jurídica: irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes*. Livro em louvor à Professora Misabel de Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 107-126.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico jurídico*. São Paulo, LTr, 1996.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. II, VI, VII.

UCKMAR, Victor. *Princípios comuns de direito constitucional tributário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

RECEBIDO EM: 14/10/2020

APROVADO EM: 27/04/2021

"O PODER DE DAR A ÚLTIMA PALAVRA": REFLEXÕES SOBRE OS INSTRUMENTOS DA SUPERAÇÃO LEGISLATIVA DA JURISPRUDÊNCIA NA PERSPECTIVA DO EFETIVO DIÁLOGO CONSTITUCIONAL

***"THE POWER TO GIVE THE LAST WORD": REFLEXIONS
ABOUT LEGISLATIVE OVERCOMING'S TOOLS UNDER
THE PERSPECTIVE OF UN EFFECTIVE CONSTITUCIONAL
DIALOGUE***

Ricardo Facundo Ferreira Filho

Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Pós-graduado em Direito Constitucional e Administrativo pela Universidade

Candido Mendes (UCAM). Advogado da União.

Gustavo Raposo Pereira Feitosa

Doutor em Ciências Sociais pela Unicamp. Professor Titular do Programa de Pós-

Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Professor

Adjunto de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da UFC. Coordenador

do Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos da Unifor.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O papel do Supremo Tribunal Federal e a jurisdição constitucional no Brasil; 2 Superação legislativa da jurisprudência do

Supremo Tribunal Federal e o poder de dar a última palavra provisória; 3 Instrumentos da superação legislativa e reflexões sobre seus limites; 3.1 Reação legislativa via emenda constitucional; 3.2 Reação legislativa via legislação infraconstitucional; 3.3 Reflexões sobre as limitações impostas a reação legislativa; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho explora o fenômeno da superação legislativa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), os fundamentos que a circundam, a questão relativa ao poder de dar a última palavra nas questões de envergadura constitucional, os instrumentos pelos quais o Congresso Nacional pode se valer na reversão da jurisprudência e alguns exemplos relativos a cada um deles, alguns exitosos e outros não. O objetivo é refletir sobre os limites fixados pela própria jurisprudência do STF aos instrumentos da superação legislativa, notadamente a presunção relativa de inconstitucionalidade da lei infraconstitucional. O propósito dessa reflexão será determinar a possibilidade de o legislador contribuir ou não efetivamente para o efetivo debate constitucional frente a essas limitações. O trabalho é desenvolvido a partir de pesquisa bibliográfica, procurando conferir abordagem qualitativa e descritiva. Concluiu-se que, embora a integração do legislador no debate dialógico do texto constitucional possa permitir a sua democratização, a presunção relativa de inconstitucionalidade da lei infraconstitucional enfraquece a finalidade do fenômeno ao submete-lo à validação do STF, reafirmando que esta corte é quem, efetivamente, detém o poder de dar a última palavra.

PALAVRAS-CHAVE: Superação Legislativa. Supremo Tribunal Federal. Poder de dar última palavra. Poder Legislativo. Poder Judiciário. Diálogo Constitucional.

ABSTRACT: The present paper explores the phenomenon of legislative overcoming of Brazilian Supreme Court's precedents, the basis that surround it, the question regarding the power to give the last word on issues of constitutional scope, the instruments by which the National Congress can rely on the reversal of precedent and some examples related to each of them, some successful and some not. The goal is to reflect about the limits set by the Supreme Court's own precedent to the legislative overcoming's tools, notably the relative presumption of unconstitutionality of the infraconstitutional law. The purpose of this reflection will be to determine whether the legislator can contribute or not contribute effectively to the effective constitutional dialogue

considering these limitations. This paper is developed from bibliographic research, seeking to confer a qualitative and descriptive approach. It was concluded that, although the integration of the legislator in the dialogical debate of the constitutional text may allow its democratization, the relative presumption of unconstitutionality of the infraconstitutional law weakens the purpose of the phenomenon by submitting it to the Supreme Court validation, reaffirming that this court is who effectively has the power to give the last word.

KEYWORDS: Overcoming Legislation. Brazilian Supreme Court. Power to give the last word. Legislative Power. Judiciary Power. Constitucional Dialogue.

INTRODUÇÃO

Ao legislador tem sido reconhecida a possibilidade de promover o rearranjo da interpretação realizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o que é chancelado pela própria jurisprudência desta corte como elemento fundamental de influxo democrático no debate constitucional.

Não obstante tenha sido franqueada essa liberdade ao legislador, o STF fixou limites a sua atuação, os quais devem ser objeto de reflexão, considerando que eles podem oferecer uma perspectiva mais restrita ao legislador de contribuir para o debate constitucional. Assim, o objetivo do presente trabalho é refletir sobre os limites impostos pela própria jurisprudência do STF, notadamente quando se trata da presunção de inconstitucionalidade da lei infraconstitucional, a fim de determinar se há espaço para o legislador contribuir efetivamente para o efetivo debate constitucional.

O tema que protagoniza o presente trabalho colhe sua relevância justamente no fomento ao debate da relação dialógica entre os poderes, o que tem sido cada vez mais frequente, de maneira que os diversos atores constitucionais têm exercido sua parcela de contribuição à gramática constitucional.

A discussão aqui proposta desenvolveu-se por meio de pesquisa essencialmente bibliográfica, com embasamento na literatura científica nacional e estrangeira, especialmente em livros, artigos e teses, bem como por intermédio da investigação documental na jurisprudência do STF.

No primeiro tópico, será explorado o papel contemporâneo do STF enquanto expoente da jurisdição constitucional e as implicações da sua

importância no cenário jurídico e político nacional. No tópico seguinte, pretende-se discutir a superação legislativa da jurisprudência a partir do entendimento da própria corte sobre a temática, tangenciando os aspectos que envolvem essa função de intérprete constitucional do legislador. Essa análise terá como ponto de partida os delineamentos pedagogicamente estruturados na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105/DF.

Posteriormente, serão explorados os instrumentos legislativos que permitem a ocorrência da reversão da jurisprudência, pontuando alguns casos em que o Congresso Nacional promoveu a reversão da jurisprudência do STF, além de dedicar um subtópico específico focado no debate objeto do presente trabalho.

1. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público, enquanto expressão da jurisdição constitucional, constitui um dos cinco grandes ramos da justiça constitucional, que também aborda a proteção aos direitos fundamentais, controle das regras da democracia representativa (eleições) e participativa (referendos e plebiscitos), controle do bom funcionamento dos poderes públicos e da regularidade no exercício de suas competências constitucionais e o equilíbrio da federação (MORAES, 2003).

No Brasil, a Constituição do Império de 1824 não adotou nenhum sistema de controle de constitucionalidade dos atos ou omissões do poder público, muito em razão da influência da concepção inglesa da supremacia do parlamento e do dogma francês da rígida separação dos poderes. Foi somente com a Constituição de 1891 que foi estabelecido o controle judicial da constitucionalidade das leis, em virtude da influência da doutrina da judicial review norte-americana (CUNHA JUNIOR, 2012).

Lembra Barroso (2005) que a efetiva expansão da jurisdição constitucional ocorreu no final do século XX, impulsionado pela Constituição de 1988, principalmente em virtude da ampliação do direito de propositura e a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de inconstitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O STF foi colocado no vértice desse movimento, uma vez que, além das funções de tribunal constitucional, passou a acumular as funções de

órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa, e teve o seu papel político ainda mais reforçado pela Emenda Constitucional de nº 3, de 17 de março de 1993 e Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, bem como pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 e pela Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999 (VIEIRA, 2008).

Assim, a quantidade de temas que, no Brasil, têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização somada à paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do STF em muito contribuíram para o crescimento da atuação desta corte constitucional no cenário político nacional.

Não só o advento de nova legislação que corroborou essa concentração de poderes, pois o próprio STF ampliou o seu espaço de atuação por meio da modificação de sua jurisprudência, expandindo, em certos casos, os efeitos abstratos do controle difuso, por exemplo, no julgamento dos Mandados de Injunção nºs 670/ES, 708/DF e 712/PA, referentes ao direito de greve do servidor público (BENVINDO, 2014).

Então, o exercício da justiça constitucional e, principalmente, da jurisdição constitucional tem concedido ao STF o poder de dar a última palavra e decidir questões e temas cruciais de natureza jurídica, política, moral e mesmo econômica, sob o entendimento de que estaria tecnicamente provido de maior capacidade para resguardar os ideais democráticos¹ e de que constitui meio mais confiável para garantir segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade do que os legisladores (VIEIRA, 2008).

A verdade é que, atualmente, não há questão política importante para o país que não passe pela tutela do STF, seja ele provocado por outros integrantes do Sistema de Justiça, a exemplo do Ministério Público, seja por membros do Congresso Nacional ou mesmo pela sociedade civil (ALBUQUERQUE, 2018).

Nesse compasso, o fortalecimento da jurisdição constitucional tem sido característica marcante em diversos países ao longo do século XX, cujas Constituições foram voltadas para assegurar a transição político-institucional do novo regime constitucional instaurado, a exemplo da

1 Vale o registro de posição dissonante do Juliano Zaiden Benvindo quanto à racionalidade técnica como elemento justificador do poder de dar a última palavra do STF. Isso porque entende Benvindo que “sua ‘racionalidade’ técnico-metódica pouco tem se diferenciado do típico discurso político, em que se confunde nitidamente Direito com política, com todos os riscos que isso acarreta” (BENVINDO, 2014, p. 92).

Constituição portuguesa de 1976, da Constituição sul-africana de 1996 e da Constituição da Colômbia de 1991. A partir dessa nova perspectiva, os juízes passariam a ter responsabilidades de zelar pelo cumprimento das promessas positivas feitas pela Constituição, cometendo à jurisdição a tarefa de guardião dos valores materiais nela positivados (STRECK, 2003).

Ante esse cenário e com a difusão da consciência da importância do Poder Judiciário forte e independente como elemento de estabilização de um regime democrático, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil, o que permitiu uma maior judicialização das questões sociais, morais, políticas e econômicas, especialmente perante o STF (BARROSO, 2012).

Foi nesse contexto que foi cunhado por Vieira (2008, p. 445) o termo “supremocracia”, criado com o fito de referir-se, como um dos seus sentidos, à expansão da autoridade do STF em detrimento dos demais poderes, assumindo ele papel central no sistema político brasileiro. Mais recentemente, foi cunhado por Arguelhes e Ribeiro (2018, p. 13) o termo “ministocracia”, referindo-se à concentração de poderes, de forma individualizada e descentralizada, nas pessoas dos ministros da aludida corte e aos ampliados mecanismos que eles dispõem para, individualmente, influenciar na dinâmica do processo político.

Vieira (2008) e Arguelhes e Ribeiro (2018) apontam que o Supremo vem excedendo-se na sua função precípua de guardião da Constituição, apropriando-se, ainda que subsidiariamente, da função de criação de regras, acumulando exercício de autoridade, inerente a qualquer intérprete constitucional.

Esse descontentamento com a expansão das cortes constitucionais não se originou no Brasil e muito menos é realidade exclusiva nossa. Nos Estados Unidos, por exemplo, em virtude da frequente intervenção da Suprema Corte norte-americana nas opções políticas do Executivo e do Legislativo, que eram confrontadas com a Constituição e, não raras vezes, invalidadas, ganhou força a expressão “governo de juízes” (GARCIA, 2010).

Segundo Garcia (2010), essa expressão representava a insatisfação de muitos autores e teóricos norte-americanos com as frequentes intervenções da Suprema Corte, o que desgastou a credibilidade do próprio Poder Judiciário, tendo, inclusive, provocado discussão de propostas sobre a possível deposição dos juízes pelo sufrágio universal (recall), o que chegou

a ser implementado nas Constituições do Oregon (1908) e de alguns outros Estados, deflagrando uma grande agitação na sociedade norte-americana.

Nessa conjuntura, como resposta ao protagonismo que o STF exerceu na função de interpretação da constituição, concentrando o poder de dar a última palavra sobre as questões de envergadura constitucional, o Congresso Nacional, em diversas oportunidades, promoveu a superação legislativa da jurisprudência da aludida corte. Em alguns casos, houve êxito, em outros, não.

Esse assento na mesa de debate constitucional foi reconhecido como função legítima do legislador, o que será mais bem explorado no tópico seguinte.

2. SUPERAÇÃO LEGISLATIVA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PODER DE DAR A ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA

A revisão legislativa de decisões judiciais é uma das vertentes do fenômeno intitulado backlash (HIRSCHL, 2008; MARMELESTEIN, 2017), o qual caracteriza uma reação adversa à atuação judicial como forma de contra-ataque político ao resultado de deliberação judicial (MARMELESTEIN, 2017). Segundo Hirschl (2008, p. 29):

Legislatures in most countries in the world of new constitutionalism have been able to respond effectively to such unfavorable judgments or to hinder their implementation. As the recent history of comparative constitutional politics tells us, recurrent manifestations of unsolicited judicial intervention in the political sphere in general – and unwelcome judgments concerning contentious political issues in particular – have triggered significant political backlashes aimed at clipping the wings of overactive courts.²

Em linhas gerais, a revisão legislativa, também chamada de superação legislativa ou reversão da jurisprudência e ativismo congressual, consiste na possibilidade do Poder Legislativo superar o entendimento anterior ou provocar um novo pronunciamento do STF a respeito de determinado tema, mesmo que a Corte já tenha decidido o assunto em sede de controle concentrado de constitucionalidade (BRANDÃO, 2012).

2 Tradução livre: Legislaturas em muitos países no mundo do novo constitucionalismo têm respondido efetivamente a esse tipo de julgamento desfavorável ou tentado impedir sua implementação. A história recente da política constitucional nos conta que a recorrente intervenção judicial não solicita na esfera política em geral – e julgamentos indesejados sobre temas políticos contenciosos em particular – tem gerado reações políticas negativas voltadas para cortar as asas de cortes superativas.

Post e Siegel (2015) compartilham a opinião de que a superação legislativa da jurisprudência é fruto da reação da sociedade sobre o entendimento das cortes em matéria constitucional, demonstrando a existência de um estímulo em se organizar e permanecer politicamente ativos, procurando até persuadir outros cidadãos a se engajar politicamente e contribuir para o fortalecimento de uma identidade nacional.

Nessa perspectiva, a superação legislativa está inserida em um contexto harmônico com a opinião de que concentrar o poder de dar a última palavra, em matéria de natureza constitucional, em um único órgão ou instituição, mesmo que seja uma corte constitucional, vai de encontro à própria ideia de supremacia da Constituição, considerando a falibilidade humana, que limita até mesmo os mais ilustres julgadores (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012). Além disso, a estratégia centralizadora poderia provocar o indesejado fenômeno da fossilização da Constituição, impedindo a progressiva evolução da interpretação constitucional conforme evolui a sociedade que ela regula.

É nesse cenário que aparece como elemento oxigenante a superação legislativa da jurisprudência, com a possibilidade do Congresso Nacional rearranjar a interpretação conferida pelo STF, no âmbito da jurisdição constitucional, por meio da atuação do poder constituinte reformador ou da legislação infraconstitucional. Ao se permitir a reversão legislativa da jurisprudência, franqueia-se ao legislador a capacidade de interpretação da Constituição, a despeito de decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo, e a capacidade de autocorreção (BRANDÃO, 2012).

Trata-se do avanço da concepção de que nem mesmo o Poder Judiciário está imune ao controle dos demais Poderes e ele advém da ideia de supremacia da Constituição, devendo-se sempre prevalecer os ideais do Estado Democrático de Direito. Barbosa e Lima (2018, p. 118) defendem que impedir que “o Parlamento possa agir para superar o entendimento assentado pelo STF equivaleria a admitir que o poder deliberativo último não emana do povo, mas, da Suprema Corte”, o que iria de encontro à supremacia da Constituição. Nesse ínterim, destaca bem Vieira (2008, p. 457) ao lecionar que “em uma república, nenhuma esfera de poder pode ficar imune a controles. Assim, há que se lutar pela progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder”.

A própria concepção de limitação do poder, ínsita ao sistema de freios e contrapesos, milita em favor de uma pluralização dos intérpretes, e não de um monopólio, do sentido da Constituição, concretizando a

ideia de sociedade aberta aos intérpretes da constituição. No processo de interpretação constitucional, estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um rol taxativo de intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 1997).

Em um Estado Democrático de Direito, pautado na garantia de um regime democrático e na defesa de direitos e garantias fundamentais, nenhum Poder pode ser considerado mais importante ou mais primordial que outro. Isso porque, para que haja um equilíbrio, é necessário que os Poderes guardem um respeito mútuo entre si, a fim de permitir que cada um exerça a sua função constitucional e afastar o superlativismo de um em detrimento de outro. É para garantir esse equilíbrio que o sistema de pesos e contrapesos existem, pois permitem uma limitação recíproca dos Poderes, quando um deles se exceder no campo de atuação, descumprindo o seu dever constitucional de respeito aos valores constitucionais.

Canotilho (1998, p. 782) corrobora essa linha de raciocínio e explica que

globalmente consideradas, as garantias de existência da Constituição consistem: (1) na vinculação de todos os poderes públicos (designadamente do legislativo, executivo e judicial) à Constituição; (2) na existência de competências de controlo, políticas e jurisdicionais, do cumprimento da Constituição.

Pondera Barroso (2012, p. 15) que o “fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo”. Isso significa que o fato de o STF conferir última palavra, no sentido formal, de modo a vincular as partes do processo, não pode retirar a possibilidade dos demais atores democráticos de participar do processo de interpretação da Constituição. Porém, esse poder de dar a última palavra a que se refere Barroso deve ser compreendido tão somente no sentido formal, uma vez que visa a conferir segurança jurídica ao ordenamento jurídico, na medida em que encerra o litígio entre as partes ou encerra o procedimento submetido à apreciação da corte, impedindo que ele não tenha fim. O próprio STF reconheceu que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como “última palavra provisória”, do ponto de vista material, sob pena de se reconhecer a existência de uma supremacia judicial material (BRASIL, 2015).

Em outras palavras, embora o litígio entre as partes ou o procedimento de controle concentrado de constitucionalidade chegue a um fim com a decisão final do STF do ponto de vista formal, a interpretação nela consignada não pode ser tida como imutável ou insuscetível de reversão, sob a ótica material, pelo Poder Legislativo.

A possibilidade desse influxo democrático do legislador pode ser extraída da própria Constituição de 1988, considerando que os efeitos vinculantes, ínsitos às decisões proferidas no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, não atingem o Poder Legislativo (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012). Essa constatação demonstra que a Constituição brasileira privilegia o princípio democrático, preservando a ideia de Estado Democrático de Direito, impedindo a formação de contornos autocráticos às decisões do STF. Barbosa e Lima (2018, p. 114) prelecionam que “se o Poder Legislativo estivesse perenemente vinculado ao entendimento firmado pelo STF nas ações de controle de constitucionalidade, o poder pertencente à Suprema Corte seria impermeável a qualquer influxo democrático”.

Além disso, desconsiderar que as demais instituições, em geral, e o Poder Legislativo, em particular, exerçam o papel de intérprete da Lei Fundamental pode propiciar um desengajamento nos demais atores na interpretação constitucional (BRANDÃO, 2012). Então, a interpretação e a concretização da Constituição, seguindo essa premissa, não podem ficar adstritas às Cortes, mas, em especial, devem ser realizadas por meio de interações e diálogos entre os diversos atores da sociedade.

Louis Fisher (1998), ao falar sobre o sistema constitucional norteamericano, advoga a favor da necessidade de fragmentação do poder como forma de se evitar a supremacia de quaisquer dos Poderes, a fim de se conferir contornos democráticos à interpretação constitucional. E mais, segundo Mendes (2011), promovendo a interação e o diálogo institucional, maximiza-se a qualidade democrática na obtenção dos melhores resultados em termos de apreensão do significado constitucional.

Assim, a interpretação constitucional passa por um processo de construção coordenada entre os poderes estatais e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um desses intérpretes contribui com suas capacidades específicas no embate dialógico, sempre visando a evolução da empreitada constitucional e sem se arvorar como intérprete único e exclusivo da Constituição e no aperfeiçoamento das instituições democráticas. Toda essa construção reforça a ideia de que o poder não é propriedade de ninguém

e de que “democracia representa um sistema vinculado ao princípio de que ninguém pode assumir em seu próprio nome um poder irrevogável” (SARTORI, 1994, p. 277).

Dessa forma, não se pode deixar de reconhecer a superação legislativa como uma forma de reação de um Poder Legislativo que anseia o legítimo exercício do seu papel de intérprete constitucional, até porque essa ferramenta do debate dialógica da Carta Magna só potencializa os pilares de um Estado Democrático de Direito, na medida em que permite uma contínua evolução da gramática constitucional e fortalecimento do regime democrático e dos valores constitucionais.

3. INSTRUMENTOS DA SUPERAÇÃO LEGISLATIVA E REFLEXÕES SOBRE SEUS LIMITES

O presente tópico destina-se a delinear os contornos do entendimento do STF sobre os instrumentos da superação legislativa da jurisprudência, contornos esses que foram resumidos no voto do Ministro Relator Luiz Fux na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105/DF (BRASIL, 2015).

Com efeito, o legislador pode se valer da emenda constitucional ou legislação infraconstitucional na sua missão de reversão da jurisprudência, reclamando, a depender do instrumento normativo que a veicular, posturas distintas do STF.

3.1. Reação legislativa via emenda constitucional

Se promovida a reação legislativa por emenda constitucional, há a alteração formal do texto constitucional, modificando o próprio parâmetro que amparava a jurisprudência do Tribunal e o fundamento de validade último das normas infraconstitucionais. Nessas situações, a invalidade da emenda somente poderá ocorrer nas hipóteses de descumprimento dos limites formais, circunstanciais e materiais do artigo 60 da Constituição, devendo-se observância particular às cláusulas pétreas.

Barbosa e Lima (2018) apontam como hipótese bem-sucedida de superação legislativa efetivada por meio de emenda constitucional a autorização para que os Municípios e o Distrito Federal possam instituir contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública. Nos julgamentos dos recursos extraordinários nº 231.764/RJ e nº 233.332/RJ, ainda em 1999, o STF decidiu que esse serviço não poderia ser remunerado por meio da espécie tributária taxa, em virtude do fato gerador da exação

ser um serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser referido a determinado contribuinte. Posteriormente, esse entendimento foi cristalizado na súmula nº 670 da corte e, alguns anos depois, na súmula vinculante nº 41. Em 2002, o Congresso Nacional editou a Emenda Constitucional nº 39, que inseriu o artigo 149-A na Constituição, para autorizar os Municípios e o Distrito Federal a instituir contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública.

Outro exemplo de superação legislativa pelo poder constituinte reformador foi a Emenda Constitucional nº 58/2009, a qual objetivou superar a decisão proferida pelo STF no recurso extraordinário nº 197.917/SP (Caso Mira Estrela) e, posteriormente, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.345/DF. Por ocasião desses julgamentos, o STF consignou que deixar ao talante do legislador municipal o estabelecimento dos critérios da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos, previstos no artigo 29, inciso IV, da Constituição prejudicaria a regra constitucional de proporcionalidade entre vereadores e número de habitantes.

Então, por meio da citada emenda constitucional, alterou-se o aludido dispositivo constitucional e instituiu-se, expressamente, os limites máximos de vereadores de acordo com o número de seus habitantes. Além disso, o artigo 3º, inciso I, da emenda previu a eficácia retroativa das novas regras, a fim de aplica-las ao pleito de 2008, previsão esta que foi invalidada pelo Plenário da Corte no julgamento da medida cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.307/DF, em novembro de 2009, por vulnerar as cláusulas pétreas da segurança jurídica e da garantia do pleno exercício da cidadania popular.

3.2. Reação legislativa via legislação infraconstitucional

Em caso de opção pela legislação infraconstitucional, a lei que frontalmente colidir com a jurisprudência da Corte nasce com presunção relativa de inconstitucionalidade, de sorte que caberá ao legislador o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente se afigura legítima. Deve, então, o Congresso Nacional empreender novos fundamentos a comprovar que as premissas fáticas e jurídicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial superado não mais subsistem.

Nesse ínterim, evidencia-se que ao legislador foi atribuído o ônus de justificar a reversão da jurisprudência por meio de argumentação racional, de maneira que devem ser expostos os juízos axiológicos e de

realidade que foram considerados no processo de edição do ato legislativo inovador (XEREZ, 2012). Alexy (2005, p. 267) compartilha desse raciocínio ao preconizar que “quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação”. E não só, a corte constitucional, ante o dever de fundamentação das decisões judiciais (artigo 93, inciso IX, da Constituição), deve enfrentar a controvérsia à luz dos novos argumentos expendidos pelo legislador para reverter o precedente.

Percebe-se, então, que há um maior rigor com a legislação infraconstitucional que busca a superação da jurisprudência do STF, submetendo-se a presunção relativa de inconstitucionalidade e a um escrutínio de constitucionalidade qualificado quando comparado às emendas constitucionais.

O Ministro Luiz Fux ponderou que “o Congresso Nacional promoverá verdadeira hipótese de mutação constitucional pela via legislativa” (BRASIL, 2015), que se caracteriza “quando, por ato normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional” (BARROSO, 2015, p. 167). Somente na hipótese de o STF se convencer da pertinência dos novos argumentos trazidos pelo legislador haverá mutação constitucional por iniciativa do legislador, implementando-se a alteração informal da Constituição (BRANDÃO, 2012).

Esse maior rigor pode ser percebido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105/DF, em que a superação legislativa perpetrada pela Lei nº 12.875, de 30 de outubro de 2013, foi considerada inconstitucional, sob o fundamento de que não apresentou razões idôneas que demonstrassem a necessidade de superações do entendimento firmado nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.430/DF e nº 4.795/DF. Nestas ações diretas, ficou consignado que o artigo 17 da Constituição brasileira tutela, de igual modo, as agremiações que tenham representação no Congresso Nacional, sendo irrelevante perquirir se esta representatividade resulta, ou não, da criação de nova legenda no curso da legislatura. Assegurou-se, então, aos partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral no rádio e na televisão, considerada a representação dos deputados federais que migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda na sua criação.

Ocorre que a Lei nº 12.875, por meio dos seus artigos 1º e 2º, excluiu os partidos novos, criados depois da realização da eleição para a Câmara

dos Deputados, do acesso ao tempo destinado à propaganda eleitoral no rádio e na televisão (o chamado direito de antena) e à distribuição proporcional do fundo partidário. No sentir do STF, as justificativas da aludida lei não foram suficientes para superar os fundamentos da sua jurisprudência, uma vez que “se limitou a afirmar, em termos genéricos, que a regulamentação da matéria, excluindo dos partidos criados o direito de antena e o fundo partidário, fortaleceria as agremiações partidárias, sem enfrentar os densos fundamentos” (BRASIL, 2015). Logo, a Suprema Corte entendeu pela invalidade jurídico-constitucional das normas insertas na Lei nº 12.875/2013.

Um exemplo exitoso de superação legislativa da jurisprudência pelo Congresso Nacional via legislação infraconstitucional ocorreu com a edição da Lei nº 11.301, de 10 de maio de 2006, que frontalmente colidia com a jurisprudência remansosa do STF acerca do sentido da expressão “funções de magistério”, para fins de cômputo de tempo da aposentadoria especial, nos termos do artigo 40, parágrafo 5º, da Constituição. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 152/DF, o STF afirmou, encampando interpretação estrita, que a docência caracterizar-se-ia pelo exercício de função em sala de aula, entendimento cristalizado, inclusive, na Súmula nº 726. Na contramão desse entendimento, a Lei nº 11.301/06 emprestou exegese ampliativa à categoria “funções de magistério”, para efeito de concessão de aposentadoria especial aos professores, de modo a albergar aquelas “exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas” (BRASIL, 2006), aí incluídas “as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico” (BRASIL, 2006). Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.772/DF, o Supremo reconheceu a validade da Lei nº 11.301/2006, entendimento que perdura até os dias atuais³.

De igual modo, a edição da Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010 - popularmente conhecida como Lei da Ficha Limpa - promoveu exitosa correção legislativa. Antes de sua edição, o STF, em virtude do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144/DF, possuía jurisprudência consolidada no sentido de que não era possível reconhecer a inelegibilidade do candidato a não ser que houvesse contra

3 No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1197827/SP, o STF reiterou o entendimento firmado na ADI nº 3.772/DF, no sentido de que a função de magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula, abrangendo também a preparação de aulas, a correção de provas, o atendimento aos pais e alunos, a coordenação e o assessoramento pedagógico e, ainda, a direção de unidade escolar, excluídos os especialistas em educação, o que não ocorre na espécie (BRASIL, 2019).

ele uma condenação transitada em julgado, tendo como fundamento o princípio da presunção de inocência.

Em contramão, a aludida legislação complementar prescreveu que não é necessário que a decisão condenatória tenha transitado em julgado para que o condenado se torne inelegível, bastando que tenha sido proferida por órgão colegiado. O STF, ao analisar a constitucionalidade da inovação legislativa nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29/DF e nº 30/DF e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578/DF, entendeu que a superação legislativa foi legítima e que a Lei da Ficha Limpa é constitucional e não viola o princípio da presunção de inocência.

3.3. Reflexões sobre as limitações impostas a reação legislativa

A partir dos limites fixados pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105/DF, é necessária a reflexão sobre a liberdade do legislador de exercer sua função precípua de intérprete da Constituição. A análise desse aspecto é fundamental na medida em que o tolhimento da liberdade do legislador de contribuir com a formação do sentido da Constituição pode prejudicar a própria dinâmica da democratização dos espaços de debates.

Primeiro, em relação à reação legislativa via emenda constitucional, impõe-se a necessária observância das cláusulas pétreas e demais limitações formais, temporais e circunstanciais inerentes a essa espécie normativa. Essa restrição à atuação do legislador parece ser sensata, na medida em que as mudanças constitucionais promovidas pelo poder constituinte reformador, seja qual for seu conteúdo, devem observância aos limites explícitos e implícitos fixados pela própria Constituição, por sua própria natureza, em virtude de ser poder constituído (BONAVIDES, 2013). Então, essa limitação é exigida pela própria Constituição e não há como dela ser exonerada o legislador.

Por sua vez, a reação legislativa via legislação infraconstitucional parece estar sujeita a uma limitação incompatível com o instituto. Isso porque a presunção relativa de inconstitucionalidade neutraliza, de certa forma, a contribuição efetiva do legislador ao debate constitucional, pois a nova interpretação dependerá do crivo do Poder Judiciário para surtir efeitos no mundo jurídico. Questiona-se, então, se essa dependência do crivo posterior do STF não seria uma imposição que esvazia o instituto da reação legislativa e toda a ideia de influxo democrático que o fundamenta?

Levanta-se esse questionamento em razão da presunção relativa de inconstitucionalidade ser contraditória com o discurso de “última palavra provisória”, uma vez que, nascendo a lei infraconstitucional com a citada característica, ela dependeria da validação do STF, de modo que a última palavra continua sendo da própria corte, que apenas terá uma nova oportunidade de decidir sobre a manutenção do seu pronunciamento anterior ou se deseja proferir um novo pronunciamento em outro sentido. Ou seja, a decisão do STF só será provisória se assim desejar a própria corte.

Porém, a provisoriedade é ínsita ao Estado Democrático de Direito que vive uma democracia deliberativa, sendo natural que os processos de deliberação ostentem essa característica em virtude da sua imperfeição e de não se poder garantir que as decisões tomadas hoje serão corretas amanhã, ou mesmo hoje, sobretudo em virtude de fatos desconhecidos ou consequências não antecipadas (GUTMANN; THOMPSON, 2007).

Acrescente-se a favor da provisoriedade o fato da possibilidade de reversão de decisões complexas no futuro induzir aqueles que com elas não concordam a aceitá-las, vislumbrando a possibilidade de mudar o seu resultado (GUTMANN; THOMPSON, 2007). Assim, uma vez conferido ao STF o poder de impedir previamente e sem o exame concreto do ato normativo infraconstitucional de produzir os seus efeitos, fragiliza-se a provisoriedade da decisão judicial, tornando-a imune à superação legislativa.

Nessa perspectiva, seria mais consentâneo com a ideia de democratização da interpretação da Constituição conferir o mesmo tratamento formal quanto aos instrumentos por meio dos quais a reação legislativa ocorreu e focar na análise do conteúdo da reversão jurisprudencial frente às novas circunstâncias jurídicas, fáticas, políticas e econômicas, conforme a argumentação desenvolvida pelo legislador. Certamente, é mais interessante confrontar a nova interpretação dada pelo legislador com os contornos da Constituição e não se ater à forma em que ela se apresenta, sob pena de estar-se julgando a obra de arte pela sua moldura e/ou o livro pela capa.

Se a intenção do instituto é promover uma “espiral dialético-argumentativo”, com a sobreposição de interpretações constitucionais provisórias e que se revezam na medida em que o debate constitucional evolui, conforme coerentemente propõem Barbosa e Lima (2018), não há sentido em limitar os efeitos do pronunciamento do legislador somente em virtude de ter ele sido editado sob a roupagem de uma lei infraconstitucional.

Essa limitação imposta pelo STF à reação legislativa via lei infraconstitucional parece ser mais um instrumento de controle do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo, o colocando em posição de predominância em relação a este, o que vai de encontro ao discurso da relação dialógica e democratização da gramática constitucional e põe em dúvida a sua efetiva concretização.

Obviamente, aqui não se está banalizando as formalidades que revestem o processo legislativo de criação das leis, que devem ser sempre observadas sob pena de vício formal de inconstitucionalidade. O que se está questionando é a presunção relativa de inconstitucionalidade com a qual a lei nascerá, pois ela será rotulada de inconstitucional sem sequer ter ocorrido um exame sobre os seus termos e sem sequer serem examinadas a existência de novas as questões fáticas, jurídicas, políticas ou econômicas, em total desprestígio ao trabalho do legislador brasileiro.

A limitação em debate põe em risco a própria competência típica do legislador, pois a lei infraconstitucional revisora ficaria na dependência de impugnação via ação direta de controle de constitucionalidade e, dentro desse processo, ser validada ou não pelo Poder Judiciário. Caso contrário, em não havendo sequer essa impugnação, a lei permanecerá inertemente inválida, compondo um indiferente legislativo em total desprestígio à competência constitucional do legislador. Assim, não se pode permitir que uma interpretação advinda do legítimo detentor do poder de editar leis e de expressar a opinião popular seja condicionada a tantos fatores exógenos, sob pena de esvaziar a sua própria finalidade.

Essa validação póstuma pelo STF parece ser um acréscimo de um requisito formal no processo legislativo sem qualquer previsão constitucional, cujo intuito é subordinar a validade dos pronunciamentos do legislador à apreciação daquela corte, reforçando a sua posição como detentor do poder de dar a última palavra no sentido formal e material.

Por sua vez, não se está defendendo que a reação legislativa fique livre de apreciação do STF no âmbito da jurisdição constitucional, a crítica se restringe à prévia subordinação do fenômeno ao crivo do citado tribunal simplesmente em virtude da roupagem jurídica assumida. Não se pode rotular um ato normativo de ser presumidamente inconstitucional só porque ele foi editado no formato de lei sem sequer se examinar se o seu conteúdo é compatível com a Constituição ou mesmo se há novas circunstâncias fáticas, jurídicas, políticas e econômicas que justifiquem a revisão jurisprudencial.

Certamente, eventual vício de inconstitucionalidade formal ou material do ato normativo infraconstitucional não ficaria alheio ao exame do STF, pois ele ainda estaria sujeito à apreciação em sede de controle concentrado de constitucional perante o referido tribunal. Inclusive, caso a corte entenda, depois de um exame sobre o conteúdo do ato normativo questionado, haver incompatibilidade da nova interpretação empreendida com a Constituição e a situação demandar uma certa urgência ou risco à higidez do sistema constitucional, pode ser concedida medida cautelar, conforme autoriza o artigo 10 da Lei nº 9.868/99, servindo este dispositivo ao seu propósito.

Ademais, a limitação em debate vai de encontro à concepção de supremacia da Constituição e do princípio da presunção de constitucionalidade das leis desta decorrente. Conforme explica Cunha Junior (2012), a exigência de conformação material e formal de todo ato normativo infraconstitucional com a Constituição decorre da supremacia constitucional, de modo que todas as normas jurídicas se presumem constitucionais.

Para que seja rompida essa presunção constitucionalidade, é imprescindível uma análise concreta da conformidade do conteúdo do ato normativo infraconstitucional com a Constituição, o que deve ser realizado pelo STF no exercício da jurisdição constitucional e não previamente e de forma abstrata com a instituição de limitações à atividade legislativa, tal como ocorreu na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105.

Por último, deve-se acrescentar que permitir que essa diferenciação de tratamentos entre os instrumentos legislativos se perpetue pode, inclusive, estimular o legislador a preferir o manejo de emendas constitucionais como forma de participação no debate constitucional, o que tornaria bem mais tormentosa a sua contribuição e de maior dificuldade de concretização, ante o quórum qualificado e demais formalidades que essa espécie normativa demanda.

Certamente todas essas reflexões podem e devem ser objeto de um profícuo e aprofundado debate na comunidade acadêmica e no âmbito do próprio STF, sempre na intenção de evoluir o entendimento atual desta corte quanto aos limites dos instrumentos pelo qual se permeiam a reação legislativa.

De qualquer modo, é inegável que a reação legislativa se apresenta como uma forma democrática de evolução do debate constitucional, embora haja imperfeições em um dos seus instrumentos que impeça uma efetiva

contribuição do legislador nessa relação dialógica, uma vez que ele ainda estaria submetido ao crivo do STF, o que, afinal, somente esvazia o discurso da própria corte constitucional de ser detentora do “poder de dar a última palavra provisória” e fragiliza o caráter provisório das deliberações em uma democracia deliberativa, assim como desprivilegia a presunção de constitucionalidade das leis e a competência constitucional do Congresso Nacional.

Dessa forma, o ideal é que essa dinâmica dialógica sempre assuma ares cíclicos, de modo que não haja limitação na possibilidade de sucessivas novas interpretações, afastando-se a presunção de inconstitucionalidade, com o intuito de promover o que Barbosa e Lima (2018, p. 121) chamam de “espiral dialético-argumentativa, em que cada nova manifestação sobre o assunto eleva a discussão para um outro patamar”.

4 CONCLUSÃO

Viu-se que a reação legislativa ganhou espaço, no contexto nacional, como uma forma de resposta à concentração de poderes no STF e ao fortalecimento da concepção de que a citada corte constitucional detém o poder de dar a última palavra, o que possibilitou a crescente participação do Poder Legislativo no debate constitucional.

É verdade que nem sempre a superação legislativa logra êxito, pois pode ser considerada incompatível com os valores constitucionais pelo próprio STF em novo julgamento. Porém, a importância do fenômeno da superação não está no sucesso ou insucesso que o ato legislativo colhe no âmbito da corte suprema, mas sim na dinâmica do debate constitucional por diversos atores políticos, democratizando a interpretação da Constituição.

A possibilidade do legislador exercer seu papel de intérprete da Constituição já é uma vitória em si e corrobora com o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, o que diluiria, em tese, a concepção da concentração do poder de dar a última palavra, no sentido material, no espectro de poder do STF. O discurso desta corte, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105/DF, é no sentido de que o texto constitucional apenas permite que a ele seja conferido a última palavra provisória, não se devendo afastar o Poder Legislativo do ciclo de debate constitucional.

Contudo, esse discurso de detentor da última palavra provisória é contraditório com a tarja de presunção relativa de inconstitucionalidade

com a qual nasce a lei infraconstitucional que protagonize uma reação legislativa, pois a novel interpretação da Constituição estaria subordinada ao crivo do STF, que, no final das contas, seria o verdadeiro detentor do poder de dar a última palavra até mesmo no sentido material.

Parece estar mais alinhado com o escopo do instituto e com a provisoriedade ínsita aos processos de deliberação nas democracias deliberativas o afastamento da presunção de inconstitucionalidade e o foco na análise do conteúdo da lei infraconstitucional, confrontando-o com as novas circunstâncias fáticas, jurídicas, políticas e econômicas e com a argumentação desenvolvida pelo legislador.

A limitação em debate põe em risco a própria competência típica do legislador, pois a lei infraconstitucional revisora ficaria na dependência de impugnação via ação direta de controle de constitucionalidade e, dentro desse processo, ser validada ou não pelo Poder Judiciário. Caso contrário, em não havendo sequer essa impugnação, a lei permanecerá inerte e inválida, compondo um limbo legislativo e dependente de um evento futuro incerto, a eventual apreciação pela corte suprema.

A intenção aqui não é advogar pela imunidade da lei infraconstitucional revisora, mas sim apontar que a limitação prévia e independente do seu conteúdo sem se debruçar sobre o seu conteúdo específico ou sequer se analisar a existência de novas circunstâncias fáticas, jurídicas, políticas ou econômicas que a justifique viola a competência natural do legislador de editar leis, desprestigiando a opinião popular da qual o Congresso Nacional é porta voz.

Nem se deve esquecer que a presunção de inconstitucionalidade vai de encontro à supremacia constitucional e a presunção relativa de constitucionalidade dela decorrente, pois esta somente pode ser ilidida em caso de uma análise concreta do conteúdo do ato normativo e jamais afastada de forma prévia e sem considerar as circunstâncias que o envolvem. Nesse ponto, o que a limitação fixada na Ação Direta de Constitucionalidade nº 5.105/DF fez foi inverter a lógica por trás do ideal de supremacia constitucional.

Assim, não obstante a inteligência da reação legislativa promova o influxo democrático no debate constitucional, democratizando os espaços de interpretação da Constituição, a presunção de inconstitucionalidade de lei infraconstitucional parece limitar uma efetiva contribuição do legislador, o que compromete a sua capacidade de promover um diálogo constitucional efetivo.

Essa limitação imposta pelo STF à reação legislativa via lei infraconstitucional parece ser mais um instrumento de controle do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo, o colocando em posição de predominância em relação a este, o que vai de encontro ao discurso da relação dialógica e democratização da gramática constitucional.

Por fim, as reflexões propostas têm o fito de contribuir para o aperfeiçoamento do democrático da reação legislativa e para a larga possibilidade de evolução do debate constitucional a partir de suas contribuições, desde que elas sejam efetivas e capazes de promover uma relação dialógica profícua entre os atores constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Grazielle. O Judiciário na crise política: os “recados” públicos do Supremo Tribunal Federal. *Revista Compolitica*, Rio de Janeiro, v. 8, n.2, p. 207-232, dez. 2018.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. ‘Ministrocracia’? O Supremo Tribunal Individual e o processo democrático brasileiro. *Revista Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, v. 37, n.1, p. 13-32, jan./abr. 2018.

BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont’alverne Barreto. “Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2018.

BARROSO, L. R.. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

BARROSO, L. R.. Constituição, democracia e supremacia judicial - Direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito - UERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p. 1-50, jan./jul. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A 'Última Palavra', o Poder e a História: O Supremo Tribunal Federal e o Discurso de Supremacia no Constitucionalismo Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 51, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Lei nº 11.310, de 10 de maio de 2006. *Altera o art. 67 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, incluindo, para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, definição de funções de magistério*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 mai. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11301.htm. Acesso em: 04 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (tribunal pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105/DF*. Direito constitucional e eleitoral. Direito de antena e de acesso aos recursos do fundo partidário às novas agremiações partidárias criadas após a realização das eleições. Reversão legislativa à exegese específica da Constituição da República pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIS 4490 e 4795, rel. Min. Dias Toffoli. Interpretação conforme do art. 47, § 2º, II, da lei das eleições, a fim de salvaguardar aos partidos novos, criados após a realização do pleito para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão. Lei nº 12.875/2013. Teoria dos diálogos constitucionais. Arranjo constitucional pátrio conferiu ao STF a última palavra provisória (viés formal) acerca das controvérsias constitucionais. Ausência de supremacia judicial em sentido material. Justificativas descritivas e normativas. Precedentes da corte chancelando reversões jurisprudenciais (análise descritiva). Ausência de instituição que detenha o monopólio do sentido e do alcance das disposições constitucionais. Reconhecimento *prima facie* de superação legislativa da jurisprudência pelo constituinte reformador ou pelo legislador ordinário. Possibilidade de as instâncias políticas autocorrigirem-se. Necessidade de a corte enfrentar a discussão jurídica *sub judice* à luz de novos fundamentos. Pluralismo dos intérpretes da lei fundamental. Direito Constitucional fora das cortes. Estímulo à adoção de posturas responsáveis pelos legisladores. Standards de atuação da corte. Emendas constitucionais desafiadoras da jurisprudência reclamam maior deferência por parte do tribunal, podendo ser invalidadas somente nas hipóteses de ultraje aos limites insculpidos no art. 60, CRFB/88. Leis ordinárias que colidam frontalmente com a jurisprudência da corte (leis *in your face*) nascem presunção *iuris tantum* de inconstitucionalidade, notadamente quando a decisão ancorar-se em cláusulas superconstitucionais (cláusulas pétreas). Escrutínio mais rigoroso de constitucionalidade. Ônus

imposto ao legislador para demonstrar a necessidade de correção do precedente ou que os pressupostos fáticos e axiológicos que lastrearam o posicionamento não mais subsistem (hipótese de mutação constitucional pela via legislativa). Requerente: Solidariedade. Relator: Ministro Luiz Fux, 15 março 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>. Acesso em: 02 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (monocrática). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.197.827/SP*. Servidora Pública Estadual - Diretora de escola - Tempo de serviço/contribuição para fins de aposentadoria especial - Possibilidade - Artigos 40, § 5º e 201, § 8º da Constituição Federal - Artigo 67, § 2º da Lei n.º 9394/1996 - Cômputo dos períodos de licença saúde e faltas médicas - Admissibilidade - Art. 91, parágrafo único, do Estatuto do Magistério Paulista e art. 78, X, do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado - Recursos oficial e voluntário desprovidos. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Iamara Cristina Lustosa. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 01 de agosto de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751842436>. Acesso em: 02 mai. 2020.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CUNHA JUNIOR, Dirley da Cunha. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues*. Princeton: Princeton University Press, 1988.

GARCIA, Emerson. Jurisdição constitucional e legitimidade democrática: tensão dialética no controle de constitucionalidade. *Revista de Jure*, Belo Horizonte, v. 14, p. 96-121, jan./jun. 2010.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa?. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 17-78, jan./mar. 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta aos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*. Vol. 11:93-118 (Volume publication date 15 June 2008) <https://doi.org/10.1146/annurev.polisci.11.053006.183906>.

MARMELSTEIN, George. Efeito backlash da jurisdição constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. In: *João Luís Nogueira Matias (org.). Direito, complexidade e globalização*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 149-162, 2017.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. Legitimidade da Justiça Constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 40, n. 159, p. 47-59, jul./set. 2003.

POST, Robert and SIEGAL, Reva B., Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper N. 131. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=990968>. Acesso em: 09 mai. 2020.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. v. I. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. *Revista Novos Estudos Jurídicos (online)*, v. 8, n. 2, p. 257-301, mai./ago. 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n.2, p. 441-459, jul./dez. 2008.

XEREZ, Rafael Marcílio. *Dimensões da concretização dos direitos fundamentais: Teoria, Método, Fato e Arte*. Salvador (BA): UFBA, 2012. 280 p.