

Revista da AGU

Colaboradores:

Institucional

- Adler Anaximandro de Cruz e Alves

Artigos

- Alessandra Japiassú Maia
- Cláudia Nóbrega de Andrade de Amorim
- Daniel Roffé de Vasconcelos
- Edgard Marcelo Rocha Torres
- Felipe Camilo Dall'Alba
- Humberto Cunha dos Santos
- Kaline Ferreira Davi
- Marcio Felipe Lacombe da Cunha
- Michele Franco Rosa
- Ricardo Quartim de Moraes
- Sérgio Lourenço Bezerra Ferreira Reis

Anteprojeto Novo CPC

- Conclusões GT-CPC
- Parecer PGFN/CRJ/ nº 756/2010
- Sugestões PRFN - 4ª Região

Parecer

- Teresa Villac Pinheiro Barki

Jurisprudência

- Fábio Víctor da Fonte Monnerat

23

REVISTA DA
AGU

ANO IX Nº 23 - Brasília-DF, jan./mar. 2010

Revista da AGU

Escola da Advocacia Geral da União

SBN – Quadra 01 – Edifício Palácio do Desenvolvimento – 4º andar -
CEP 70057-900 – Brasília – DF Telefones (61) 3105-9970 e 3105-9968
e-mail: escoladaagu@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIRETOR DA ESCOLA DA AGU

Jefferson Carús Guedes

COORDENADORA-GERAL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

EDITOR RESPONSÁVEL

Jefferson Carús Guedes

COORDENADORA DA REVISTA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque	Substituto do Advogado-Geral da União
Marcelo Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Ronaldo Jorge Araújo Vieira Júnior	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretaria-Geral de Contencioso

CONSELHO EDITORIAL

Membros Executivos: Antônio de Moura Borges; Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy ; Clarissa Sampaio Silva; Claudia Aparecida de Souza Trindade; Denise Lucena Cavalcante; Fabiano André de Souza Mendonça; Fernando Netto Boiteux; Francisco Humberto Cunha Filho; José Tadeu Neves Xavier; Luciana Barbosa Musse; Otávio Luiz Rodrigues Junior; Regina Linden Ruaro; Sérgio Augusto Zampol Pavani.

Membros Eletivos: Alexandre Bernardino Costa; André Lopes de Sousa; Carlos José de Souza Guimarães; Cássio Andrade Cavalcante; Daniela Ferreira Marques; Fábio Campelo Conrado de Holanda; Fábio Guimarães Bensoussan; Humberto Cunha Santos; Karla Margarida Martins Santos; Marcelo Kokke Gomes; Maria Rosa Guimarães Loula; Nilma de Castro Âbe; Rosa Maria Pelegrini Baptista Dias; Rui Magalhães Piscitelli; Sueli Valentin Moro Miguel; Robson Renaut Godinho; Valério Rodrigues Dias.

Secretaria Editorial: Antonio Barbosa da Silva/Niuzza Gomes Barbosa de Lima
ABNT(ADAPTAÇÃO)/**Diagramação** Niuzza Gomes Barbosa de Lima
Capa Fabiana Marangoni Costa do Amaral

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

Revista da AGU – Advocacia-Geral da União
Ano IX – Número 23 - Brasília-DF, jan./mar. 2010
Periodicidade: Trimestral - ISSN 1981-2035
1 – Direito Público – Brasil – periódico. Advocacia-Geral da União

CDD 341.05
CDU 342(05)

SUMÁRIO

Editorial..... 5

INSTITUCIONAL

A Atuação Cidadã da AGU na Redução da Litigiosidade Envolvendo o Instituto Nacional do Seguro Social: considerações acerca de instrumentos de ação da AGU capazes de promover o amplo reconhecimento de direitos sociais

Adler Anaximandro de Cruz e Alves..... 7

ARTIGOS

A Classificação Indicativa sob a Perspectiva do Princípio da Subsidiariedade

Alessandra Japiassú Maia; Sérgio L. B. F. Reis.....47

Regime Jurídico das Atividades Nucleares

Cláudia Nóbrega de Andrade de Amorim.....65

Juros na Desapropriação: uma visão conciliadora do nosso Direito Civil e Constitucional

Daniel Roffê de Vasconcelos.....97

O Uso da Legítima Defesa Preventiva no Pós 11 de Setembro de 2001

Edgard Marcelo Rocha Torres.....127

Iudicium Eletrônico ou *Processus* Eletrônico?

Felipe Camilo Dall'Alba.....157

A Racionalidade Econômica e os Fundamentos de Mercado na Implementação de Políticas Públicas – Análise do Julgamento do Racionamento de Energia Elétrica pelo Supremo

Tribunal Federal

Humberto Cunha dos Santos.....171

Jurisprudência Comentada. Notas para um Debate Acerca dos Limites ao Controle Judicial de “Políticas Públicas”

Kaline Ferreira Davi.....213

Da Retroatividade da Lei mais Benéfica ao Servidor Público Acusado em Sede de Processo Administrativo Disciplinar

Marcio Felipe Lacombe da Cunha.....239

A Atuação do *Amicus Curiae* no Controle Concentrado de Constitucionalidade

Michele Franco Rosa.....249

O Benefício Assistencial à Luz da Estrutura Constitucional da Seguridade Social <i>Ricardo Quartim de Moraes</i>	277
--	-----

ANTEPROJETO NOVO CPC

Conclusões Preliminares e Sugestões do Grupo de Trabalho Instituído na Advocacia-Geral da União para Acompanhar os Trabalhos da Comissão de Juristas criada pelo Senado Federal com Vistas à Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil (CPC)	295
---	-----

Parecer PGFN/CRJ/nº 756/2010	335
------------------------------------	-----

Sugestões PRFN/RS	353
-------------------------	-----

PARECER

AGU-NAJSP-Nº 1096-2009-TVB <i>Teresa Villac Pinheiro Barki</i>	365
---	-----

JURISPRUDÊNCIA

O Prequestionamento na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça <i>Fábio Victor da Fonte Monnerat</i>	377
---	-----

EDITORIAL

A vigésima terceira edição da Revista da AGU registra a importante conquista do selo Qualis qualificado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), alcançado após a implementação de uma série de iniciativas e mudanças organizadas pela a equipe que edita trimestralmente a revista. A criação de um Conselho Editorial composto por trinta membros especialmente escolhidos para avaliar e selecionar os artigos publicados na revista e o empenho da Advogada da União e membro do Conselho Editorial, Regina Linden Ruaro, que participou do todo o processo de qualificação do periódico, foram fundamentais à obtenção da certificação alcançada no último mês.

No espaço reservado as publicações de relevância institucional, a revista da AGU destaca o trabalho vencedor da II edição do Concurso de Monografias da AGU, fomentado pela Escola da Advocacia-Geral da União em parceria com as associações das carreiras da advocacia pública federal. Nele, o Procurador Federal Adler Anaximandro de Cruz e Alves, vencedor do concurso, analisa a excessiva litigiosidade no Instituto Nacional do Seguro Social, relacionando-a com as possibilidades de enfrentamento do problema no âmbito da Advocacia-Geral da União.

Sobre o anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, que está em análise no Senado Federal, essa edição destaca a contribuição encaminhada pelo Grupo de Trabalho criado pela AGU e coordenado pelo diretor da Escola, o Advogado da União Jefferson Carús Guedes. Para tanto, além das conclusões do referido Grupo de Trabalho da AGU, também foram especialmente incluídos nesta edição da revista o parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e as sugestões da Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional da 4ª Região a respeito do tema.

Por fim, temas como Classificação Indicativa e implementação de Políticas Públicas foram abordados, diversificando a abrangência jurídica da revista. A seção Jurisprudência, que trata do Prequestionamento e a seção Parecer, que aborda a Coleta Seletiva Solidária na Delegacia de Polícia Federal de Santos (SP), apresentam de forma técnica decisões e soluções importantes para a sociedade e para a Advocacia Pública Federal.

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Coordenadora-Geral da Escola da AGU

Jefferson Carús Guedes
Diretor da Escola da AGU

A ATUAÇÃO CIDADÃ DA AGU NA REDUÇÃO DA LITIGIOSIDADE ENVOLVENDO O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL: considerações acerca de instrumentos de ação da AGU capazes de promover o amplo reconhecimento de direitos sociais

*Adler Anaximandro de Cruz e Alves
Procurador Federal*

SUMÁRIO: Introdução: A AGU como Função Essencial à Justiça e como Órgão Indispensável ao Adequado Funcionamento das Instituições Juridicamente Assessoradas e Representadas; 2 Breves Apontamentos sobre Função da Previdência Social como Garantidora da Dignidade da Pessoa Humana de grande parte da População Brasileira; 3 Considerações Acerca da Alta Litigiosidade da Previdência Social; 4 Necessidade de Identificação das Grandes Causas da Elevada Litigiosidade envolvendo o INSS; 5 Definição dos Pontos nos quais a Intervenção da AGU poderia Implicar em Significativa Redução de Demandas e Consequente Reconhecimento de Direitos; 6 Ataque às Causas Intrínsecas da Excessiva Litigiosidade Previdenciária: assistência jurídica preventiva monitorada; 7 Uma Alternativa ao Judiciário: AGU como Árbitro entre a Previdência Social e a Sociedade Civil Organizada; 8 Impacto Financeiro dos Projetos Apresentados e Discussão acerca de Eventual Relação de Custo e Benefício; 9 Conclusões; Referências.

INTRODUÇÃO: A AGU COMO FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA E COMO ÓRGÃO INDISPENSÁVEL AO ADEQUADO FUNCIONAMENTO DAS INSTITUIÇÕES JURIDICAMENTE ASSESSORADAS E REPRESENTADAS

Nos termos do art. 131 da Constituição Federal de 1988, a Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgãos vinculados, representa, judicial e extrajudicialmente, a União, suas autarquias e fundações, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispõe sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Em seu mister de representar judicial e extrajudicial a União, a AGU promove a defesa judicial dos interesses dos três Poderes constituídos da República (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário), além de servir também à defesa dos demais órgãos públicos que exercem função essencial à justiça.

A representação judicial é exercida sempre que a União figure como autora, ré ou, ainda, terceira interessada em qualquer ação judicial ou em qualquer esfera administrativo.

Enquanto a atividade de representação judicial e extrajudicial e feito em defesa dos interesses de todos os Poderes da República, a atuação consultiva da Advocacia-Geral da União, realizada por intermédio da orientação e assessoramento jurídico, é voltada exclusivamente ao Poder Executivo Federal e a seus dirigentes, com vistas a oferecer conformidade e segurança jurídica aos atos administrativos que precisam ser praticados, notadamente quanto à materialização das políticas públicas, à viabilização jurídica das licitações e dos contratos administrativos e, ainda, na proposição e análise de atos normativos de todas as ordens.

Além dessas grandes áreas de atuação, desenvolvem-se no âmbito da AGU as atividades de conciliação e arbitramento, cujo objetivo principal é o de resolver administrativamente os litígios entre os Poderes e órgãos federais, evitando, assim, a judicialização de conflitos entre entes da administração pública.

Como corolário lógico de suas atribuições, em especial a de representar todos os Poderes constituídos da República, a AGU não é subordinada a nenhum dos Poderes que representa. Prova disso, é a própria

arquitetura constitucional, que não albergou a AGU dentro dos Capítulos I (Do Poder Legislativo), II (Do Poder Executivo) e III (Do Poder Judiciário), mas em capítulo à parte (Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça), à semelhança com o que ocorre com o Ministério Público.

O fato da AGU ser um órgão independente, que serve aos legítimos interesses dos três Poderes da República, realça a posição da Instituição como um dos principais elos de interação entre o Executivo, Legislativo e Judiciário. Essa posição, além de colocar a AGU, frequentemente, como um preciso instrumento de freio e contrapeso entre os Poderes, algo extremamente útil em um Estado Democrático de Direito, faz com que a atuação da Instituição, sempre técnica e despolitizada, harmonize a relação entre as três funções estatais.

A missão constitucional outorgada pelo constituinte à AGU permite que a Instituição, também, seja ator preponderante na construção e execução das políticas de Estado, em especial aquelas que possuem vinculação com o Poder Judiciário. A AGU é instituição indispensável tanto na defesa direta das políticas públicas em processos judiciais, quanto na construção de um sistema judicial federal eficiente e eficaz, que, por óbvio, é uma política de Estado¹.

Dentro da esfera de atuação ligada à construção de um sistema judicial verdadeiramente efetivo, ganha notoriedade a atuação da AGU em três ações expressamente preconizadas pelo II Pacto Republicano por um Sistema de Justiça mais acessivo, ágil e efetivo, a saber:

- incrementar medidas tendentes a assegurar maior efetividade ao reconhecimento dos direitos, em especial a concessão e revisão de benefícios previdenciários e assistenciais;
- fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização;
- ampliar a edição de súmulas administrativas e a constituição de Câmaras de Conciliação.

Nota-se que as referidas medidas, todas relacionadas à redução de demandas judiciais podem e devem ser trabalhadas de forma destacada

¹ A assinatura pelos titulares dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de dois Pactos Republicanos em favor de um sistema judicial mais efetivo demonstra a feição de política pública das medidas tendentes à melhoria da Administração Judiciária.

pela AGU, fazendo com que a instituição aja não só melhorando o sistema judicial brasileiro, mas garantido à sociedade a certeza de que seus direitos serão efetivamente reconhecidos.

A importância da AGU como órgão indispensável à concretização de direitos dos cidadãos, por intermédio de uma clara e competente política de redução de demandas, em especial no que se refere aos processos de matéria previdenciária, é o argumento principal do presente trabalho e será melhor explanado nos capítulos seguintes.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA FUNÇÃO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO GARANTIDORA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DE GRANDE PARTE DA POPULAÇÃO BRASILEIRA

Em uma aproximação preliminar acerca das causas da elevada litigiosidade relativa ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, uma questão prefacial surge e merece destaque: a autarquia previdenciária, enquanto agente operador da Previdência Social brasileira ostenta a posição de uma das maiores, ou se não a maior, entidade pública brasileira.

Os números falam por si.

Segundo dados do Ministério da Previdência Social (vide tabela abaixo)², ao Regime Geral de Previdência Social são filiados mais de 36 (trinta e seis) milhões de segurados/contribuintes.

TABELA 01
Nº DE SEGURADOS

QUANTIDADE DE CONTRIBUINTES PARA O REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL⁽⁷⁾ – 2007	
TOTAL	36.421.009
Empregados	29.050.535
Contribuinte Individual	5.410.787
Trabalhador Doméstico	1.449.423
Facultativo	506.287
Segurado Especial	3.849
Ignorado	128
FONTE: DATAPREV, CNIS.	

2 Obtidos em: sítio eletrônico: <http://www.inss.gov.br/pg_secundarias/previdencia_social_13_05.asp>

Esse expressivo número de segurados/contribuintes (a designação depende da ótica pela qual se analisa o seguro social) informa que cerca de 1/6 (um sexto) de toda a população brasileira possui vínculo direto com a Previdência Social.

Quando se detalha mais o dado em questão, dois aspectos ainda mais expressivos são verificados. É o que aponta o Informativo de Previdência Social de outubro de 2008³, calcado em números da pesquisa PNAD/IBGE/2007:

- (i) *80,6% dos idosos, aqui definidos como aqueles com idade igual ou superior a 60 anos, dependem da proteção social oferecida pela Previdência Social. Os idosos socialmente protegidos – que recebem aposentadoria, pensão ou assistência social – totalizam 16,1 milhões de pessoas, sendo 7,6 milhões homens e 8,5 milhões mulheres. A proteção social entre os homens chega a 85,6%, resultado superior ao observado entre as mulheres (76,6%).*
- (ii) *Assumindo para fins de definição de pobreza absoluta a percepção de rendimento domiciliar per capita inferior a meio salário mínimo, estimou-se no ano de 2007 em 56,9 milhões a quantidade de pessoas nesta condição – considerando rendas de todas as fontes. Caso fossem desconsideradas as rendas advindas do recebimento de benefícios previdenciários, a quantidade de pessoas absolutamente pobres seria de 79,1 milhões, o que significa dizer que o pagamento de benefícios pela Previdência Social retira da condição de pobreza cerca de 22,2 milhões de indivíduos.*

Pelos dados acima expostos, conclui-se que a idéia de defesa e promoção de cidadania implica, necessariamente, em se valorizar a importância de uma Instituição que retira da linha de pobreza extrema duas dezenas de milhões de brasileiros e, ainda, garante meios de subsistência mínima a 4/5 (quatro quintos) da população idosa do país.

Com amparo nesses números, é inafastável o fato de a Previdência Social ser, para grande parte dos brasileiros, o instrumento de obtenção do mínimo existencial de sobrevivência, base imprescindível para se conferir a dignidade da pessoa humana a um nicho populacional não coberto pelas benesses de uma sociedade capitalista.

3 Informativo de Previdência Social. Volume 20, Número 10. Outubro de 2008, Versão Impressa.

Entendendo a dignidade da pessoa humana

como a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa proteção tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável⁴.

Não é exagero colocar a Previdência Social como vetor primordial da concretização deste princípio fundamental do Estado brasileiro.

Somente com a proteção social fornecida pela Previdência Social, o mínimo existencial é garantido à expressiva parcela da população, permitindo-lhes os meios básicos para assegurar a dignidade humana desta referida massa populacional.

É a Previdência Social, portanto, sinônimo, ainda que incompleto, de dignidade e cidadania para a considerável parte da população brasileira.

3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ALTA LITIGIOSIDADE ENVOLVENDO A PREVIDÊNCIA SOCIAL

Segundo dados recentes, fornecidos pela própria Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS⁵, órgão pertencente à Procuradoria-Geral Federal, e por conseguinte, integrante da Advocacia-Geral da União, o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS figura como réu em cerca de 5 milhões de processos judiciais.

Esses processos tramitam, em sua grande maioria, nas 605 Varas Federais⁶ do país (sendo que em 241 funcionam Juizados Especiais Adjuntos), nas 138 Varas de Juizados Especiais Federais Autônomos e em todas as Varas da Justiça Estadual que possuem competência

4 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 60.

5 Os dados referentes ao número de ações do INSS são extraídos do SICAU e do PROCNET, em razão da impossibilidade de diversas unidades usarem unicamente o SICAU por problemas de rede (velocidade de acesso à internet). Apenas 60% dos processos do INSS estão no SICAU.

6 Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/atlas/Internet/QUADRODEVARAS_JEF_TR_REG.htm>

constitucional delegada para processar e julgar causas previdenciárias, bem como competência para processar, originariamente, as causas previdenciárias decorrentes de acidente do trabalho.

Para a realização da atividade de representar o INSS em juízo, a Advocacia-Geral da União aloca, segundo o Censo de Procuradores Federais, 1.285 (hum mil duzentos e oitenta e cinco) Advogados Públicos Federais, disseminados em 132 unidades locais em todo o país.

Não obstante o atual número de Advogados Públicos Federais dedicados às causas previdenciárias, representando quase 15% (quinze por cento) de todos os membros da Advocacia-Geral da União, esse expressivo contingente, a depender de circunstâncias outras, poderá necessitar ser majorado em breve, principalmente em função da criação de mais 230 (duzentos e trinta) novas Varas Federais pela Lei 12.011, de 04 de agosto de 2009.

Isso porque a criação de uma vara federal, particularmente em se tratando de matéria previdenciária, não só absorve as demandas em curso na Justiça Estadual, que atua com competência delegada, como catalisa o surgimento de novas demandas até então reprimidas, em especial quando a vara criada é de Juizado Especial. Foi exatamente essa a situação vivenciada pela AGU quando da edição da Lei nº 10.772, de 21 de novembro de 2003, que criou 183 (cento e oitenta e três) Varas Federais e Juizados Especiais Federais.

Estimativas à parte, certo é que o grande volume de ações em face da Previdência Social é refletido, também, e de forma até mais concreta, no montante de pagamentos judiciais realizados pela Autarquia Previdenciária a cada ano. Somente em 2007, segundo dados do Conselho de Justiça Federal, encaminhados à AGU em razão de determinação contida nas últimas leis de diretrizes orçamentárias, foram pagos 5,04 bilhões em precatórios e Requisições de Pequeno Valor.

Esse volume de pagamento, decorrentes de ações judiciais, representa 86,27% (oitenta e seis por cento e vinte e sete décimos) de todo o volume de pagamentos judiciais feito pela União, conforme se verifica pelo quadro demonstrativo abaixo.

TABELA 02
VOLUME DE PAGAMENTOS JUDICIAIS POR PRECATÓRIO E RPV E
PORCENTAGEM EM RELAÇÃO AO VOLUME TOTAL
PAGO POR TODA A UNIÃO

MINISTÉRIO	2005	2005	2006	2006	2007	2007
Presidência da República	10.457.311,00	0,22%	6.633.170,00	0,11%	6.633.170,00	0,11%
Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento	14.581.116,00	0,30%	50.234.487,00	0,85%	3.822.361,00	0,07%
Ministério da Ciência e Tecnologia	7.297.684,00	0,15%	18.634.541,00	0,31%	8.600.415,00	0,15%
Ministério da Fazenda	35.334.793,00	0,74%	36.965.060,00	0,62%	48.850.622,00	0,84%
Ministério da Educação	137.665.466,00	2,87%	192.076.042,00	3,24%	263.793.144,00	4,51%
Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior	4.102.853,00	0,09%	901.055,00	0,02%	1.337.242,00	0,02%
Ministério da Justiça	1.768.457,00	0,04%	11.617.529,00	0,20%	12.738.642,00	0,22%
Ministério de Minas e Energia	4.351.786,00	0,09%	2.672.809,00	0,05%	6.152.359,00	0,11%
Ministério das Relações Exteriores	0	0,00%	33.543,00	0,00%	0	0,00%
Ministério da Saúde	115.642.379,00	2,41%	172.931.204,00	2,91%	90.095.785,00	1,54%
Ministério do Trabalho e Emprego	13.590,00	0,00%	470.087,00	0,01%	84.757,00	0,00%
Ministério dos Transportes	8.672.949,00	0,18%	63.244.862,00	1,07%	4.548.468,00	0,08%
Ministério da Cultura	1.437.426,00	0,03%	9.455.371,00	0,16%	1.849.364,00	0,03%
Ministério do Meio Ambiente	33.038.493,00	0,69%	20.101.695,00	0,34%	30.315.937,00	0,52%
Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão	2.737.213,00	0,06%	8.234.661,00	0,14%	10.111.131,00	0,17%
Ministério do Desenvolvimento Agrário	72.526.276,00	1,51%	65.819.807,00	1,11%	167.133.282,00	2,86%
Ministério da Defesa	27.600,00	0,00%	438.709,00	0,01%	507.000,00	0,01%
Ministério da Integração Nacional	31.191.853,00	0,65%	15.238.769,00	0,26%	12.781.826,00	0,22%
Ministério do Turismo	351.084,00	0,01%	3.636.444,00	0,06%	2.685.324,00	0,05%
Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome	17.200,00	0,00%	20.250,00	0,00%	23.250,00	0,00%
Ministério das Cidades	136.319.220,00	2,84%	107.862.547,00	1,82%	130.574.122,00	2,23%
TOTAL DEMAIS MINISTÉRIOS	617.534.749,00	12,86%	787.222.642,00	13,26%	802.618.201,00	13,73%
Ministério da Previdência Social	4.183.820.275,00	87,14%	5.148.751.129,00	86,74%	5.041.386.445,00	86,27%
DIFERENÇA	3.566.285.526,00	577,50%	4.361.528.487,00	554,04%	4.238.768.244,00	528,12%
TOTAL GERAL	4.801.355.024,00		5.935.973.771,00		5.844.004.646,00	

Desse total pago, ainda há que se acrescer os valores que, por determinação judicial, são pagos diretamente pelo Instituto Nacional do Seguro Social ao segurado, por intermédio de um expediente administrativo interno da autarquia previdenciária denominado PAB – Pagamento Alternativo de Benefício e Complemento Positivo.

Por meio desse procedimento interno, a decisão judicial e seu respectivo efeito financeiro são suportados administrativamente pelo INSS, que credita diretamente na conta do beneficiário as parcelas obtidas judicialmente. Esse procedimento, apesar de afrontar o artigo 100 da Constituição Federal, é cada vez mais comum em todos os juízos, não obstante a diligente atuação dos Advogados Públicos Federais que vem, diuturnamente, insurgindo-se contra essa medida.

Estima-se que, somente no ano de 2007, o INSS, por intermédio do PAB – Pagamento Alternativo de Benefício e Complemento Positivo, pagou cerca de R\$ 85.729.148,12, (oitenta e cinco milhões, setecentos e vinte e nove mil, cento e quarenta e oito reais e doze centavos), segundo informações retiradas do SUIBE – SISTEMA UNIFICADO DE INFORMAÇÕES DE BENEFÍCIOS DO INSS.

A esse quadro verdadeiramente desfavorável, há que se adicionar todo o desgaste institucional do INSS e da própria AGU, seja perante o Poder Judiciário, que não se furta em apontar as eventuais falhas da administração previdenciária, seja perante a própria população, que, infelizmente, vem vislumbrando no Poder Judiciário uma forma relativamente mais célere e efetiva de obter o reconhecimento de seus direitos.⁷

Vale frisar que em resposta a essa situação a Advocacia-Geral da União não tem se omitido. Para tentar estancar o aumento do número de processos judiciais envolvendo causas previdenciárias, bem como acelerar a conclusão das ações já em curso, a AGU no anos de 2008 e 2009 editou nove Enunciados de Súmula apenas em matéria previdenciária, a saber:

7 Sobre o tema vide Enunciado 77 do FONAJEF – FÓRUM NACIONAL DOS JUIZADOS FEDERAIS exigindo prévio requerimento administrativo para ajuizamento de ação na Justiça Federal. Referida deliberação foi tomada após aumento vertiginoso do número de ações que sequer havia pedido prévio ao INSS.

Enunciado AGU N° 44, de 14 setembro de 2009	Ementa: “É permitida a cumulação do benefício de auxílio-acidente com benefício de aposentadoria quando a consolidação das lesões decorrentes de acidentes de qualquer natureza, que resulte em seqüelas definitivas, nos termos do art. 86 da Lei n° 8.213/91, tiver ocorrido até 10 de novembro de 1997, inclusive, dia imediatamente anterior à entrada em vigor da Medida Provisória n° 1.596
Enunciado AGU N° 32, de 09 junho de 2008	Ementa: Para fins de concessão dos benefícios dispostos nos artigos 39, inciso I e seu parágrafo único, e 143 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, serão considerados como início razoável de prova material documentos públicos e particulares dotados de fé pública, desde que não contenham rasuras ou retificações recentes, nos quais conste expressamente a qualificação do segurado, de seu cônjuge, enquanto casado, ou companheiro, enquanto durar a união estável, ou de seu ascendente, enquanto dependente deste, como ruralícola, lavrador ou agricultor, salvo a existência de prova em contrário.
Enunciado AGU N° 30, de 09 junho de 2008	Ementa: A incapacidade para prover a própria subsistência por meio do trabalho é suficiente para a caracterização da incapacidade para a vida independente, conforme estabelecido no art. 203, V, da Constituição Federal, e art. 20, II, da Lei n° 8.742, de 7 de dezembro de 1993.
Enunciado AGU N° 29, de 09 junho de 2008	Ementa: Atendidas as demais condições legais, considera-se especial, no âmbito do RGPS, a atividade exercida com exposição a ruído superior a 80 decibéis até 05/03/97, superior a 90 decibéis desta data até 18/11/2003, e superior a 85 decibéis a partir de então.
Enunciado AGU N° 28, de 09 junho de 2008	Ementa: O pagamento das parcelas atrasadas de benefício previdenciário deve ocorrer sempre com correção monetária, independentemente de ocorrência de mora e de quem lhe deu causa, vez que representa mera atualização da moeda
Enunciado AGU N° 27, de 09 junho de 2008	Ementa: Para concessão de aposentadoria no RGPS, é permitido o cômputo do tempo de serviço rural exercido anteriormente à Lei n° 8.213, de 24 de julho de 1991, independente do recolhimento das contribuições sociais respectivas, exceto para efeito de carência
Enunciado AGU N° 26, de 09 junho de 2008	Ementa: Para a concessão de benefício por incapacidade, não será considerada a perda da qualidade de segurado decorrente da própria moléstia incapacitante
Enunciado AGU N° 25, de 09 junho de 2008	Ementa: Será concedido auxílio-doença ao segurado considerado temporariamente incapaz para o trabalho ou sua atividade habitual, de forma total ou parcial, atendidos os demais requisitos legais, entendendo-se por incapacidade parcial aquela que permita sua reabilitação para outras atividades laborais.
Enunciado AGU N° 24, de 09 junho de 2008	Ementa: É permitida a contagem, como tempo de contribuição, do tempo exercido na condição de aluno-aprendiz referente ao período de aprendizado profissional realizado em escolas técnicas, desde que comprovada a remuneração, mesmo que indireta, à conta do orçamento público e o vínculo empregatício.

Ainda que não se possam precisar por ora os reais impactos das Súmulas editadas, certo é que ao lado dessa importante iniciativa, voltada apenas aos órgãos da AGU, deverão ser adotadas medidas outras que propiciem o não aparecimento de novas demandas, como por exemplo, a introdução do teor das referidas Súmulas nas normas internas do INSS⁸.

Para fazer frente à precária situação pela qual passa o sistema previdenciário brasileiro, responsável direto por um vultoso volume de processos judiciais, aliado ao fato de que milhões de cidadãos, pela própria função constitucional da Seguridade Social, precisam se valer dessa instituição exatamente em momentos de infortúnio, como doença, acidente ou morte do segurado, é que se conclama neste trabalho a atenção da AGU para, de forma republicana e cidadã, colaborar com a melhoria do sistema previdenciário nacional.

Este trabalho buscará, portanto, delimitar as principais razões do atual e ainda crescente volume de ações judiciais envolvendo o INSS, bem como se ocupará em sugerir medidas pelas quais a AGU pode ser agente efetivo na reversão desta situação.

Metodologicamente, o presente trabalho atuará na investigação das causas reais da alta litigiosidade para propor em seguida, de forma direta e prática, as adequadas respostas a serem dadas pela AGU ao problema. Essa linha de raciocínio foi influenciada pela perspectiva cidadã que se pretende emprestar à AGU, uma vez que esse trabalho parte da premissa de que a promoção da cidadania pelo Estado, em todos os níveis, nunca deve ficar restrita à teoria e ao discurso, mas deve, ao contrário, buscar ser claramente palpável aos que do Estado necessitam.

4 NECESSIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DAS GRANDES CAUSAS DA ELEVADA LITIGIOSIDADE ENVOLVENDO O INSS

Partindo-se das premissas delineadas nos capítulos anteriores (existência de um número excessivo de ações judiciais contra a Previdência Social e a importância da Previdência Social para relevante parcela da população), torna-se necessário investigar por quais razões as finalidades da Previdência Social são, pode-se assim dizer, supostamente desviadas de foco pelo INSS e acabam por se transformar em uma mola motriz de uma gama imensa de ações judiciais.

⁸ Ao contrário dos Pareceres Normativos da AGU aprovados pelo Presidente da República, as Súmulas da AGU não obrigam por si só a Administração Pública Federal

A investigação das causas deve começar por aquelas mais amplas para, posteriormente, descer a questões menos abstratas, porém não menos importante.

Como ponto de partida, a questão da alta litigiosidade da Previdência Social deve primeiramente focar no panorama da cobertura previdenciária em relação à população economicamente ativa, que, teoricamente, deveria estar abrangida, pelo menos em sua maioria, pelo sistema previdenciário.

Dados populacionais apurados pelo IBGE em 2007, divulgados também pelo Ministério da Previdência Social⁹, indicam o seguinte:

TABEÇA 03
POPULAÇÃO ECONOMICAMENTE ATIVA

DADOS POPULACIONAIS ⁽⁴⁾ - 2007	
DISCRIMINAÇÃO	TOTAL
População Residente	189.820.330
Urbana	158.452.558
Rural	31.367.772
População Economicamente Ativa	98.845.569
Ocupada	90.786.019
Desocupada	8.059.550
População Não Economicamente Ativa ⁽⁵⁾	60.515.224
População Ocupada Segundo Posição no Trabalho Principal:	
Total	90.786.019
Empregados	52.083.338
Com carteira de trabalho assinada	30.189.072
Funcionários públicos estatutários e militares	6.197.681
Outros e sem declaração	15.696.585
Trabalhador Doméstico	6.731.705
Com carteira de trabalho assinada	1.833.388
Sem carteira de trabalho assinada e sem declaração	4.898.317
Conta Própria	19.212.785
Empregador	3.411.477
Trabalhadores na produção para o próprio consumo e na construção para o próprio uso	4.035.910
Não remunerados	5.310.804
Contribuintes para instituto de previdência em qualquer trabalho	46.068.171

9 Disponível em: <<http://www.inss.gov.br/conteudoDinamico.php?id=423>>

Pela leitura dos números ora apresentados, e promovendo um exercício de contraposição da quantidade de segurados da Previdência Social com a população economicamente ativa, constata-se que menos de um terço desta população em atividade econômica está resguardada pelo Regime Geral de Previdência Social.

Tratando-se especificamente do trabalhador rural, principalmente o de baixa renda, que vive de seu próprio trabalho, em regime de economia familiar, e é enquadrado legalmente como Segurado Especial, verifica-se que apenas 0,0017% desses cidadãos (resultado da divisão do nº de segurados especiais da tabela 01 inserta na página 05, pelo nº de trabalhadores em regime econômico de subsistência da tabela 03) estão, formalmente, inseridos no sistema previdenciário.

Essa discrepância entre a população economicamente ativa e a respectiva cobertura previdenciária surge como uma das mais relevantes causas da litigiosidade envolvendo o INSS.

Sem embargos, a disparidade entre o contexto econômico-populacional e a baixa inserção formal dessa mesma população no regime previdenciário, principalmente no meio rural, onde a opção constitucional foi quase que assistencial, afastando-se de certa forma de um regime de seguro social puro, faz surgir uma grande variedade de ações judiciais que buscam enquadrar nos permissivos legais previdenciários atuais diversas pessoas que, para os controles da Previdência, não estão regularmente inseridos no sistema previdenciário.

Infelizmente, uma solução final para esta causa da litigiosidade demandaria ações no macro-campo político e econômico, razão pela qual à Advocacia-Geral da União cabe, por pertinência, um papel importante, mas coadjuvante, como viabilizador de propostas que, atendendo ao princípio do equilíbrio financeiro que sustenta a Previdência, possam ser mais garantistas em relação ao cidadão, sem colocar em risco a segurança atuarial do sistema.

Um outro fator que pode ser apontado como causa da alta litigiosidade do INSS está ligado a uma velada cultura de indeferimento existente na Previdência Social que, ainda que não seja conscientemente implantada pelos seus dirigentes, pode ser demonstrada em alguns atos infralegais, de iniciativa do Ministério da Previdência Social e do próprio INSS, muitas vezes se apresentando juridicamente inadequados, como

em diversas oportunidades ressaltado por Advogados Públicos Federais em exercício na Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência ou na Procuradoria junto ao INSS.

Um caso exemplar diz respeito à comprovação da condição de trabalhador rural pelos segurados. Enquanto judicialmente os Procuradores Federais acolhem provas materiais e testemunhais acerca da condição de trabalhador rural de determinado segurado, administrativamente este mesmo trabalhador, não tendo documentação formal contemporânea aos fatos, precisa apresentar à Autarquia uma declaração de um sindicato que ateste essa condição. Como a obtenção dessa declaração muitas vezes é cobrada do trabalhador rural, por vezes em valores que superam um salário mínimo, ou em casos em que não existe uma entidade sindical apta a dar a referida declaração, o segurado precisa ir à Justiça.

A própria Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS, na última Reunião Técnica em Matéria de Benefício, ocorrida em setembro deste ano de 2009, aprovou as seguintes conclusões sobre o tema em referência:

Conclusão N° 03 - A ausência de apresentação da declaração sindical não constitui óbice para o processamento de requerimento e para a concessão de benefício de segurado trabalhador rural.

Conclusão N° 04 - O não-cumprimento de carta de exigência quanto à apresentação da declaração sindical não pode ser motivo para o indeferimento do benefício, nem causa impeditiva à continuidade da análise do processo administrativo previdenciário.

Não obstante as conclusões, amparadas por inúmeras manifestações da Procuradoria, o INSS ainda não mudou seu entendimento sobre a matéria, mantendo a exigência da declaração do sindicato na situação em comento.

Além da questão jurídica relativa ao teor dos atos infralegais do INSS, é corrente entre os servidores responsáveis pela análise dos requerimentos de benefícios o receio do ato administrativo de concessão de benefício ser questionado pela auditoria interna do INSS. Isto faz com que o servidor da autarquia, na análise do pedido de benefício, em caso

de uma mínima dúvida, fática ou de direito, sumariamente indefira o pleito do segurado em prol do não comprometimento de sua conduta.

Esse proceder administrativo dos servidores do INSS foi reconhecido pelo então Ministro da Previdência Social Luiz Marinho, que em entrevista concedida à Agência Brasil¹⁰ no dia 12 de março de 2008 afirmou:

Determinei que nós precisamos passar um pente-fino em todas as nossas instruções normativas e portarias, porque o INSS indefere demais e de forma indevida.

[...]

Não teve uma gestão que se preocupasse com o cidadão e a cidadã, com a humanização do atendimento lá nas agências, com a profissionalização dos nossos servidores e servidoras. *Na dúvida, indefere e o Judiciário resolve, ou as juntas de recurso administrativo resolvem.* (sic)

Essa afirmação do Excelentíssimo Ministro da Previdência Social é corroborada por dados da Auditoria Interna do INSS obtidos no Anuário Estático da Previdência Social de 2008. Os dados em questão apontam que somente em relação à área de Benefícios, nos três anos compreendidos entre 2006 e 2008, foram levantados 26.866 “indícios de irregularidades”.¹¹

CAPÍTULO 43 - AUDITORIA												
43.1 - Quantidade de localidades auditadas e indícios de irregularidade constatados na área de Benefícios, por clientela, segundo as Grandes Regiões e Unidades da Federação – 2006/2008												
GRANDES REGIÕES E UNIDADES DA FEDERAÇÃO	QUANTIDADE DE LOCALIDADES AUDITADAS E INDÍCIOS DE IRREGULARIDADE CONSTATADOS NA ÁREA DE BENEFÍCIOS											
	Localidades auditadas			Indícios de Irregularidade								
				Total			Clientela					
							Urbana			Rural		
2006	2007	2008	2006	2007	2008	2006	2007	2008	2006	2007	2008	
BRASIL...	54	100	100	1.732	19.068	6.066	1.647	15.315	5.098	85	3.753	968
FONTE: INSS, Auditoria Geral.												

10 Informação obtida no sítio eletrônico <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/03/12/materia.2008-03-12.1883613889/view>>.

11 <<http://www.mps.gov.br/conteudoDinamico.php?id=883>>.

Sendo o total de servidores do INSS contabilizados em 35.469 (trinta e cinco mil, quatrocentos e sessenta e nove), conforme dado existente no Boletim Estatístico de Pessoal de 2008¹², e estimando que cerca de 20% (vinte por cento) dos servidores do INSS, no mínimo, estão em outras áreas administrativas da autarquia que não na análise e concessão de benefícios, verifica-se que a quantidade de procedimentos decorrentes de indícios de irregularidades chega a uma média de quase um processo administrativo por servidor a cada triênio.

Exemplificativamente, é como se na AGU todo Advogado Público Federal, atuante no contencioso e consultoria, tivesse nos últimos três anos envolvido em um processo administrativo tendente a apurar um indício de irregularidade referente à sua atuação.

A situação, inegavelmente, gera uma natural pressão psicológica no servidor.

A esse quadro de temor dos servidores do INSS há de ser acrescido o insuficiente plano de capacitação da autarquia, que, muito em razão de limitações financeiras da instituição, não consegue manter uma política continuada de treinamento e atualização dos seus servidores. Isto pelo menos é o que se viu nos últimos anos.

Para ilustrar os problemas relacionados à capacitação, pode-se analisar o próprio relatório de gestão produzido pelo INSS referente à prestação de contas relativas ao ano de 2005, onde se lê:

As principais restrições que tiveram impacto na execução do programa se referem à escassez de recursos humanos e tecnológicos, à insuficiência de recursos orçamentários e ao contingenciamento orçamentário.

A quantidade de recursos humanos não foi suficiente nas equipes gerenciais e executoras do programa. Os trabalhos estão concentrados numa equipe gerencial reduzida que fica responsável pela coordenação de muitos processos. As equipes executoras não têm condições de absorver a demanda a elas dirigidas, pois não têm número de funcionários compatível com a necessidade de atendimento a ser realizada. A situação vem sendo atenuada com a informatização de alguns processos que, no

¹² Disponível em: <http://www.servidor.gov.br/publicacao/boletim_estatistico/bol_estatistico_08/Bol152_dez2008.pdf>.

entanto, não resolve o problema por completo, pois a análise dos direitos e o atendimento à população exigem servidores qualificados. Faltam política de capacitação em legislação previdenciária, procedimentos operacionais e sistemas corporativos e em microinformática para os servidores da área de execução das Unidades de Atendimento da Previdência Social.

A ações “Capacitação de Servidores para Reconhecimento de Direitos Previdenciários” e “Serviço de Reconhecimento de Direitos de Benefícios Previdenciários” tiveram a execução prejudicada devido à falta de limite para movimentação e empenho”.¹³

Os números relativos ao quadro de servidores capacitados, extraídos do sítio eletrônico do Ministério do Planejamento dão a real dimensão da deficiente capacitação oferecida pela Autarquia previdenciária¹⁴

TABELA 04

Nº DE SERVIDORES DO INSS CAPACITADOS

Nº de servidores do INSS capacitados				
Ação Orçamentária	2005	2006	2007	2008
Capacitação de Servidores para Reconhecimento de Direitos Previdenciários (Ação 2635)	8.446	9.487	7.109	13.784

Esta situação, que mescla temor e falta de capacitação se reflete em números.

Consoante se verifica no quadro a seguir, o INSS indefere mensalmente cerca de 260 mil benefícios.

13 Informação obtida no sítio eletrônico: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/spi/plano_plurianual/avaliacao_PPA/relatorio_2006/06_PPA_Ava1_cad10_MPS.pdf>.

14 Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=197&cat=155&sec=10>>.

TABELA 05

Nº DE BENEFÍCIOS CESSADOS, SUSPENSOS E INDEFERIDOS

OUTRAS INFORMAÇÕES DE BENEFÍCIOS				
Junho/2009			Julho/2009	
Benefícios Cessados		Benefícios Suspensos	Requerimentos	
Quantidade	Valor (R\$ Mil)		Requeridos	Indeferidos
509.784	364.935	25.922	659.903	260.002
FONTE: DATAPREV, SUB, SÍNTESE e SUIBE.				

Com a criação dos Juizados Especiais Federais, a maioria dos benefícios indeferidos, seguramente, acaba por ensejar futura ação judicial. Estatísticas¹⁵ do Conselho de Justiça Federal apontam que somente no ano de 2008 foram distribuídas, nos JEF's, cujas causas previdenciárias são ampla maioria, 1.219.526 (um milhão, duzentos e dezenove mil, quinhentos e vinte e seis) processos, o que dá uma média mensal superior a 101 (cento e uma mil) novas ações.

Destas mais de 101 (cento e uma) mil ações ajuizadas a cada mês nos Juizados Especiais Federais, é possível vislumbrar que somente contra o INSS são propostas cerca de 60 mil ações a cada mês, número este que deve ser adicionado às causas interpostas nas Varas Federais comuns e na Justiça Estadual, em razão da competência delegada.

Apenas computadas as ações judiciais contra o INSS com registro no SICAU – Sistema Integrado de Controle de Ações da União, foram cadastradas em maio de 2009¹⁶, 132.686 (cento e trinta e dois mil, seiscentos e oitenta e seis) ações judiciais e, em junho, 147.062 (cento e quarenta e sete mil e sessenta e duas) novas ações.

Esse alto número de indeferimento é ainda inflado, como se observa pela Tabela 05 acima colacionada, pela grande quantidade de cessações e suspensões de benefícios, que, em menor grau, geram também novas demandas em desfavor do INSS.

Ademais, não se pode esquecer que o INSS opera a concessão e o pagamento dos benefícios assistenciais de prestação continuada, cujos

15 Disponível em: <<http://daleth.cjf.gov.br/atlas/Internet/JuizadosTABELA.htm>>.

16 Dados informados pela Gestão Nacional do SICAU da PGF

custos são mantidos pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, mas que é, sem dúvida, uma grande fonte de litigiosidade.

Trazendo à baila a questão do alto número de indeferimento de benefícios previdenciários outra dúvida passa a merecer esclarecimento: qual é a qualidade da decisão administrativa?

Para responder a essa indagação é preciso analisar cuidadosamente os dados do próprio INSS. A referida análise é essencial, pois permite avaliar se existe um padrão nacional de indeferimento ou, no mínimo, padrões regionais de indeferimento, que poderão dar precisas pistas acerca da qualidade das decisões proferidas pelos agentes administrativos do INSS.

Detectando-se eventual dissonância em áreas ou regiões com identidade econômica e social, que, por isso, possuem o mesmo perfil de segurado, é possível inferir se de fato está havendo algum problema na análise inicial dos requerimentos, que poderia apontar alguma falha na Autarquia Previdenciária.

Segue-se, portanto, os dados extraídos do SUIBE – Sistema Único de Informações de Benefício do INSS, no qual consta a relação entre benefícios requeridos e indeferidos por Gerência Administrativa no 1º semestre de 2007, último período em que foi possível obter a informação sistematizada.

BENEFÍCIOS REQUERIDOS X INDEFERIDOS ATÉ O DIA 25/06/2007			
GEX	Requeridos	Indeferidos	Indef/Req %
02001: Maceió	44.373	17.60	38,45
03001: Manaus	21.776	8.119	37,26
04001: Salvador	51.910	25.466	49,06
04021: Barreiras	12.823	6.839	53,33
04022: Feira de Santana	30.162	14.117	46,80
04023: Itabuna	21.377	9.492	44,40
04024: Juazeiro	29292	13.873	47,36
04025: S A Jesus	15.398	6.200	40,26
04026: Vitória da Conquista	22.524	9.517	42,25
05001: Fortaleza	54.198	19.754	36,45
05021: Juazeiro do Norte	20.778	7.426	35,74
050022: Sobral	24.991	9.179	36,73

BENEFÍCIOS REQUERIDOS X INDEFERIDOS ATÉ O DIA 25/06/2007			
GEX	Requeridos	Indeferidos	Indef/Req %
06001: Campo Grande	24.999	10.247	40,99
06021: Dourados	14.770	6.730	45,57
07001: Vitória	57.569	23.440	40,79
08001: Goiânia	41.116	17.063	41,50
08021: Anápolis	26.761	12.196	45,57
09001: São Luís	56.295	18.921	33,61
09021: Imperatriz	18.945	9.684	51,12
10001: Cuiabá	40.565	16.126	39,75
11001: Belo Horizonte	57.185	29.742	52,01
11021: Barbacena	28.615	14.179	49,55
11022: Contagem	45.090	26.333	58,40
11023: Divinópolis	38.545	16.566	42,98
11024: Governador Valadares	44.696	26.029	58,24
11025: Juiz de Fora	40.819	20.632	50,55
11026: Montes Claros	21.305	8.904	41,79
11027: Outro Preto	18.634	9.850	52,86
11927: Poços de Caldas	19.154	8.233	42,98
11029: Uberaba	24.739	11.316	45,74
11030: Uberlândia	21.987	8.626	39,23
11031: Varginha	30.893	16.646	54,53
11032: Diamantina	8.620	3.712	43,06
11033: Teófilo Otoni	12.620	4.515	35,78
12001: Belém	59.344	25.249	42,55
13001: João Pessoa	28.366	14.220	50,13
13021: Campina Grande	29.293	14.039	47,93
14001: Curitiba	60.574	27.912	46,08
14021: Cascavel	35.172	14.402	40,95
14022: Londrina	34.033	13.167	38,69
14023: Maringá	30.369	13.732	45,22
14024: Ponta Grossa	41.962	21.105	50,30
15001: Recife	44.376	21.502	48,45
15021: Caruaru	23.867	8.173	34,24
15022: Garanhuns	23.337	8.260	35,39

BENEFÍCIOS REQUERIDOS X INDEFERIDOS ATÉ O DIA 25/06/2007			
GEX	Requeridos	Indeferidos	Indef/Req %
15023: Petrolina	18.901	6.463	34,19
16001: Teresina	44.174	22.773	51,55
17001: RJ - Centro	58.456	20.954	35,85
17002: RJ - Norte	42.482	18.896	44,48
17003: RJ - Sul	50	170	340,00
17021: Campos	45.436	24.859	54,71
17022: Duque de Caxias	65.408	32.381	49,51
17023: Niterói	35,523	16.643	46,85
17024: Petrópolis	18.657	8.780	47,29
17025: volta Redonda	24.329	11.575	47,58
18001: Natal	26.270	9.271	35,29
18021: Mossoró	24.211	10.173	42,02
19001: Porto Alegre	45.164	21.661	47,96
19021: Canoas	36.260	16.597	45,77
19022: Caxias do Sul	26.691	9.476	35,50
19023: Ijuí	26.237	9.271	35,34
19024: Novo Hamburgo	41.696	22.009	59,78
19025: Passo Fundo	30.880	13.600	44,04
19.026: Pelotas	23.746	10008	42,15
19027: Santa Maria	26.232	11.643	44,38
19028: Uruguaiana	10.309	4.801	46,57
20001: Florianópolis	36.145	14.950	41,36
20021: Blumenau	41.856	14.552	34,77
20022: chapecó	36.187	12.355	34,14
20023: Criciúma	26.882	12.648	47,05
20024: Joinville	25.828	10.398	40,26
21001: SP - Centro	80.412	43.983	54,70
21002: SP - Norte	48.810	30.656	62,81
21003: SP - Oeste	33.211	17.462	52,58
21004: SP - Sul	75.437	41.239	54,67
21005: SP - Leste	56.896	34.472	60,59
2101: Araçatuba	18.141	7.075	39,00
21022: Araraquara	32.233	17.249	53,51

BENEFÍCIOS REQUERIDOS X INDEFERIDOS ATÉ O DIA 25/06/2007			
GEX	Requeridos	Indeferidos	Indef/Req %
21023: Bauru	30.351	13.711	45,17
21024: Campinas	76.834	43.286	56,34
21025: Guarulhos	64.368	37.171	57,75
21026: Jundiaí	27.237	11.590	42,55
21027: Marília	17.150	7.246	42,25
21028: Osasco	51.326	25.658	49,99
21029: Piracicaba	31.585	16.423	52,00
21030: Presidente Prudente	21.372	8.700	40,71
21031: Ribeirão Preto	37.030	18.241	49,26
21032: Santo André	32.240	17.968	55,73
21033: Santos	40.811	19.754	48,40
21034: São Bernardo do Campo	39.058	19.233	49,24
21035: São João da Boa Vista	33.392	18.591	55,68
21036: São José do Rio Preto	44.017	18.367	41,73
21037: São José dos Campos	21.456	9.350	43,58
21038: Sorocaba	57.711	34.252	59,35
21039: Taubaté	20.762	9.448	45,51
22.001: Aracajú	23.378	10.552	45,14
23001: Distrito Federal	40.430	16.605	41,07
24001: Rio Branco	10.484	4.702	44,85
25001: Macapá	4.628	1.815	39,22
26001: Porto Velho	20.270	6.163	30,40
27001: Boa Vista	5.205	1.908	36,66
28001: Palmas	13.918	6.189	44,47
TOTAL	3.402.299	1.584.658	46,58

FONTE: SUIBE

em: 03/07/2007

Dados até o dia 25/06/2007

Pelos dados acima colacionados, verifica-se que o índice de indeferimento de benefício, em proporção ao volume de benefícios requeridos, gira em torno de *uma média nacional de 46,58%*.

Filtrando-se os dados da tabela acima e depurando a pesquisa por Gerência (Unidade Administrativa do INSS), pode-se aferir um dado igualmente importante: Unidades do INSS em uma mesma micro-região (Vide e.g. as Gerências da cidade de São Paulo) ou de uma meso-região (vide e.g. as Gerências de Porto Alegre e Caxias do Sul), apesar da similaridade demográfica e econômica, apresentam dados sensivelmente díspares.

Esta disparidade de indeferimentos, sem uma padronagem ou desvio-padrão, indicam que pode estar havendo uma subjetivação excessiva na análise dos benefícios previdenciários, já que há uma grande uniformidade dos pleitos administrativos nestas Gerências.

Estatisticamente, é comum verificarmos dentro da tabela indicada, distorções de quase 20 % (vinte por cento) entre cidades de mesmo perfil sócio-econômico, como Londrina/PR, que apresenta 38% (trinta e oito por cento) indeferimento e Maringá/PR, com 45% (quarenta e cinco por cento) indeferimento. Uma distorção ainda mais nítida se verifica quando se compara Londrina/PR com outra cidade de perfil similar, Ponta Grossa/PR, com mais de 50% (cinquenta por cento) de indeferimento. A distorção, nesse caso, aponta para mais de 40% (quarenta por cento) de diferença entre as unidades, o que denota uma absoluta inexistência de padrão de indeferimento.

Esta falta de padrão é meio hábil a comprovar que há “subjetivação” na análise dos pedidos de benefício. Essa “subjetivação” pode ser entendida como o excesso de discricionariedade atribuído ao servidor que analisa o pleito nas Agências da Previdência Social e que, pela falta de uma capacitação que incuta procedimentos padrões rígidos, faz com que cada unidade possa ter seus próprios padrões e critérios para concessão de benefícios, mesmo que relevadas as diferenças sócio-econômicas das diferentes localidades.

Além de não haver um padrão estatístico de indeferimento compatível com a similaridade entre regiões com mesmo perfil populacional e econômico, é passível de registro um dado que

corroborar a suspeita da existência de velada cultura de indeferimento. Vejamos a tabela abaixo:

GRANDES REGIÕES E UNIDADES DA FEDERAÇÃO	REQUERIDOS				INDEFERIDOS			
	Total	Varição em relação ao mês anterior (%)	Benefícios por Incapacidade	Demais Benefícios	Total	Varição em relação ao mês anterior (%)	Benefícios por Incapacidade	Demais Benefícios
BRASIL	620.086	-6,22	403.604	216.482	311.415	9,72	236.885	74.530
NORTE	26.494	-1,54	13.088	13.406	10.664	12,23	6.786	3.878
Rondônia	3.821	-5,42	2.219	1.602	1.204	1,01	874	330
Acre	1.888	-7,86	732	1.156	819	7,06	523	296
Amazonas	4.182	10,43	2.313	1.869	1.513	8,93	1.112	401
Roraima	1.189	19,74	418	771	475	43,50	213	262
Pará	11.805	-5,14	5.747	6.058	4.911	12,17	3.222	1.689
Amapá	899	3,69	398	501	391	33,45	186	205
Tocantins	2.710	-0,66	1.261	1.449	1.351	17,07	656	695
NORDESTE	132.925	0,68	60.824	72.101	57.443	11,99	36.072	21.371
Maranhão	15.732	9,70	5.710	10.022	5.648	18,04	3.258	2.390
Flaú	8.922	9,42	3.515	5.407	4.391	4,82	2.143	2.248
Ceará	18.850	-2,10	7.774	11.076	7.221	16,15	3.944	3.277
Rio Grande do Norte	9.629	3,77	5.213	4.416	3.994	13,82	3.161	833
Paraíba	10.695	-1,40	4.828	5.867	5.466	6,86	3.335	2.131
Pernambuco	20.975	0,43	9.306	11.669	8.161	6,81	5.489	2.672
Alagoas	8.119	0,30	3.817	4.302	3.313	8,62	2.055	1.258
Sergipe	4.524	2,01	1.973	2.551	2.280	21,60	1.132	1.148
Bahia	35.479	-3,43	18.688	16.791	16.969	13,79	11.555	5.414
SUDESTE	312.558	-8,18	228.769	83.789	173.564	8,99	142.970	30.594
Minas Gerais	74.646	-6,02	50.557	24.089	39.690	10,60	31.315	8.375
Espírito Santo	10.615	-4,14	6.791	3.824	4.499	9,52	3.069	1.430
Rio de Janeiro	52.376	-6,31	37.791	14.585	28.511	12,12	23.087	5.424
São Paulo	174.921	-9,82	133.630	41.291	100.864	7,51	85.499	15.365
SUL	113.883	-9,42	78.292	35.591	54.492	8,82	39.562	14.930
Paraná	36.856	-8,00	24.433	12.423	18.549	10,62	13.188	5.361
Santa Catarina	29.689	-10,84	21.465	8.224	13.011	7,58	9.397	3.614
Rio Grande do Sul	47.338	-9,60	32.394	14.944	22.932	8,09	16.977	5.955
CENTRO-OESTE	34.226	-5,39	22.631	11.595	15.252	11,21	11.495	3.757
Mato Grosso do Sul	7.246	-7,56	4.883	2.363	3.296	10,83	2.481	815
Mato Grosso	7.604	-8,89	4.975	2.629	3.057	17,76	2.440	617
Goiás	12.153	-1,93	7.663	4.490	5.614	10,73	4.014	1.600
Distrito Federal	7.223	-4,94	5.110	2.113	3.285	6,86	2.560	725

Pela Tabela 06, acima reproduzida, observa-se que os dados relativos a indeferimento de benefícios jamais retrocedem, ainda que em diversos Estados haja tido crescimento negativo no número de requerimentos. Nos vinte Estados da Federação, houve no ano período avaliado diminuição de pedidos em vinte e três Estados, mas os números de indeferimento não se reduziram em nenhum Estado.

A título de exemplo, veja-se o Estado de Mato Grosso, no qual houve redução de 8,89 % no número de pedidos de concessão de benefício e um concomitante aumento de 17,76% no número de

indeferimentos. Ora, como explicar o fato de uma redução do número absoluto de requerimentos dos pedidos de benefícios ser acompanhada por um aumento do número de indeferimentos?

Da referida Tabela pode-se extrair, de igual forma, outra informação relevante. Mensalmente, dos cerca de 600 (seiscentos) mil benefícios requeridos, 65% (sessenta e cinco por cento) deste total, ou seja, 403 (quatrocentos e três) mil benefícios estão relacionados à incapacidade. O deferimento ou não desses benefícios depende de prévia perícia médica realizada por Médicos Peritos da Previdência Social. Segundo os dados da Autarquia Previdenciária, dos 403 (quatrocentos e três) mil benefícios por incapacidade requeridos, 58% (cinquenta e oito por cento) são indeferidos pela Perícia Médica.

Pelo fato de demandar parecer médico, o espectro de atuação dos Advogados Públicos Federais nestes casos é bastante reduzido, cabendo apenas a elucidação de alguns conceitos abstratos da legislação ou racionalizar o processamento das ações previdenciárias que versam sobre incapacidade.

A fim de garantir essa racionalidade processual, algumas unidades da AGU, em consenso com o judiciário local, conseguiram adiantar a realização de perícia médica judicial (feita em conjunta pelo Perito Judicial e pelo Médico Perito da Previdência Social no autor/segurado) para fase anterior à própria citação do INSS. Assim, caso a perícia concluísse pela incapacidade, os Advogados Públicos Federais faziam o reconhecimento do pedido ou proposta de acordo.

Finalizando o tema, e transpondo-se todos estes indeferimentos para a seara judicial, pode-se verificar, com base nos dados do SICAU¹⁷, que os índices de procedência das ações em desfavor do INSS gira em torno de 45,53%, enquanto a procedência parcial das ações remonta a 27,23% e a improcedência (vitória do INSS) encontra-se na casa dos mesmos 27,23%. Considerando que a procedência parcial em muitos casos indica que a vitória parcial se deu em relação a pedidos secundários formulados pelo autor, como juros, indenizações morais e forma de pagamento (PAB ao invés de Precatório e RPV), não é exagero verificar que há derrota em mais da metade dos casos apreciados pelo Poder Judiciário.

17 Foi utilizada uma média ponderada com base nas informações extraídas pela GESICAU, uma vez que o SICAU é usado em apenas 60% dos processos previdenciários.

Portanto, ainda que considerada a diligente atuação dos Advogados Públicos Federais, a situação atual evidencia que sem uma drástica mudança de postura, capitaneada pela AGU, muitas das teses albergadas pela Previdência Social não encontram, nem encontrarão, respaldo no Judiciário.

Vale registrar que esse referido aumento das causas previdenciárias, além dos custos para o INSS e para a Procuradoria-Geral Federal, conforme já apontados neste trabalho, acaba por ser fonte geradora de expressivos gastos com o Poder Judiciário. Nesse particular, não há como negar, por atenção à razoabilidade, que toda a estrutura de instalação de Varas Federais nos últimos 05 (cinco) anos é voltada ao atendimento da crescente demanda dos Juizados Especiais Federais, cujo foco primordial refere-se às causas envolvendo o INSS.

Conforme aponta o estudo “Indicadores Estatísticos da Justiça Federal em 2005”¹⁸ do Conselho Nacional de Justiça, o custo de manutenção da Justiça Federal está na casa de 3,7 bilhões de reais por ano. Dentro deste número, cerca de 3 bilhões de reais se referem apenas a gastos com pessoal (magistrados e servidores).

Com base no que é colocado neste estudo, é inarredável a conclusão de que o INSS, por fatores diversos, gera demanda indevidamente, sendo que estas demandas, por sua vez, implicam em um grande volume de novas despesas, tanto no Poder Judiciário, quanto na AGU, razão pela qual é imprescindível a adoção de medidas urgentes que possam, de alguma maneira, reduzir a litigiosidade relativa ao INSS.

5 DEFINIÇÃO DOS PONTOS NOS QUAIS A INTERVENÇÃO DA AGU PODERIA IMPLICAR EM SIGNIFICATIVA REDUÇÃO DE DEMANDAS E CONSEQUENTE RECONHECIMENTO DE DIREITOS

Como já identificado nos capítulos anteriores, as grandes causas de litigiosidade envolvendo o INSS são as seguintes:

- a) Aspectos econômicos e sociais (desemprego e trabalho informal) que impedem a adequada inserção dos trabalhadores em um sistema previdenciário;

18 Disponível em: <<http://www.cnj.gov.br>> no ícone Justiça em Números.

- b) Constantes controvérsias jurídicas em relação ao Direito Previdenciário e incompatibilidade legal de várias normas internas do INSS, cumulada com certa dose de recalitrância administrativa;
- c) Falta de adequada capacitação dos servidores do INSS;
- d) Subjetivação da decisão administrativa e velada cultura restritiva de direitos no âmbito da Previdência Social; e
- e) Inexistência de instrumentos que objetivem a análise dos pleitos administrativos.

Além desses fatores, que podem ser nominados como intrínsecos, porquanto ligados a ações que acontecem no âmbito interno do INSS, pode-se ainda acrescentar as duas concausas externas à Previdência Social, que serão mais bem trabalhadas nos tópicos seguintes:

- f) O aumento do acesso ao Judiciário, principalmente em razão da interiorização da Justiça Federal; e
- g) Fenômeno geral da jurisdicionalização de conflitos.¹⁹

Para garantir que a AGU adote posição eficiente ao problema da excessiva litigiosidade previdenciária como um todo, mister se faz que a AGU assumas posturas específicas para cada uma delas, uma vez que esta atuação mais detalhada irá permitir dosar o melhor remédio para os males apontados, ainda que determinadas medidas saneadoras adotadas pela Instituição possam anular efeitos de mais de uma causa.

Neste contexto, no que se refere à falta de cobertura previdenciária dos trabalhadores em geral, por questões econômicas, caberá à AGU, como já afirmado, a construção de alternativas que busquem, dentro da legalidade, assegurar a inserção de significativa parcela da população que, por aspectos formais, encontram-se fora do sistema ou têm alguma

¹⁹ Sobre a questão a Juíza Mariella Nogueira e desembargador Marco Aurélio Buzzi, em artigo publicado no site do CNJ em 28.06.2006 afirmam que: “Vivemos hoje uma excessiva jurisdicionalização dos conflitos, com o conseqüente congestionamento do Judiciário, seja em razão do “hábito” de sempre acionar a Justiça, seja em razão da litigiosidade contida, da ineficiência e ausência do Estado ou da outorga de novos direitos ao cidadão. A questão é que sobram processos e litigantes em todos os quadrantes dos foros e tribunais do país.”

dificuldade em provar que, de alguma maneira, estavam acobertados pelo sistema previdenciário.

Como exemplo desta forma de agir, pode-se citar a manifestação da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social que, analisando a situação de trabalhadores rurais e a prova legal desta condição, reconheceu que, juridicamente, os documentos em nome de um dos chefes do grupo familiar (e. g. Pai proprietário de pequena propriedade rural) poderia ser instrumento probatório idôneo a demonstrar a condição de segurado especial dos demais membros do grupo (esposa, filhos, etc.).

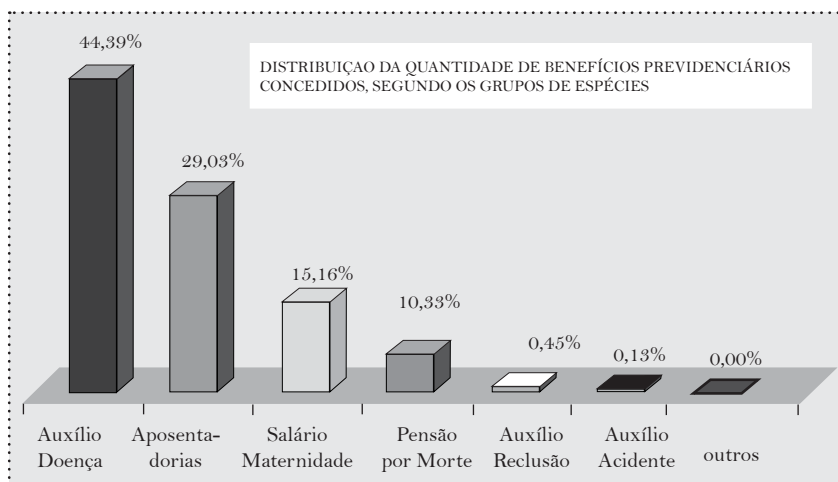
Esse tipo de atuação é hoje, de certa forma, exercido dentro da AGU, ainda que com pouca ordenação sistêmica. Essa postura, todavia, dependerá, sempre e em maior grau, das correntes mudanças que são assistidas na realidade social e econômica do país, cabendo à AGU se esforçar para estar sempre na vanguarda dessas mudanças.

Quanto aos outros fatores causadores da litigiosidade (alta complexidade e controvérsias jurídicas em relação ao Direito Previdenciário, falta de adequada capacitação dos servidores do INSS, velada cultura restritiva de direitos no âmbito da Previdência Social e inexistência de instrumentos que objetivem a análise dos pleitos administrativos) a atuação da AGU pode adotar contornos mais concretos. É exatamente aqui que o presente trabalho pretende se debruçar, conforme poderá ser verificado nos capítulos seguintes.

6 ATAQUE ÀS CAUSAS INTRÍNSECAS DA EXCESSIVA LITIGIOSIDADE PREVIDENCIÁRIA: ASSISTÊNCIA JURÍDICA PREVENTIVA MONITORADA

As causas geradoras de demandas identificadas com intrínsecas à Previdência Social podem e devem ser atacadas pela AGU de forma corajosa, mas sem afastar, contudo, a possibilidade de um proveitoso trabalho conjunto com o INSS.

Como evidenciado em capítulos anteriores, as ações judiciais contra o INSS provém do grande número de benefícios mensalmente indeferidos e, conforme demonstrado, com fortes indícios que denotam que a administração previdenciária incorre em recorrentes equívocos.



Para oferecer uma resposta a essa situação, propõe-se que a AGU, por intermédio da Procuradoria-Geral Federal e a Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS, desenvolvam um projeto de monitoramento dos índices e perfis de indeferimento em cada uma das Gerências administrativas do INSS.

Pela presente proposição, um grupo técnico ficaria encarregado de extrair do SUIBE – SISTEMA UNIFICADO DE INFORMAÇÕES DE BENEFÍCIOS DO INSS os dados relativos ao indeferimento, determinando, por tipo de benefício, qual o índice de indeferimento naquela unidade. Assim, em cada Agência da Previdência Social estaria sendo mensurado o número de benefícios que foram requeridos, quantos foram indeferidos e, entre os indeferidos, quantos são, em termos percentuais, os benefícios indeferidos por espécie, no mesmo formato do exemplo abaixo, retirado do Boletim da Previdência Social de Agosto de 2009²⁰, usado para definir padrões de concessão:

Assim, tendo sido mapeados os números de todas as agências, e definidos os padrões locais, regionais e nacionais de indeferimento de benefícios, por espécie, os Advogados Públicos Federais poderiam, de forma diferenciada, prestar assistência jurídica às Agências da Previdência Social nas quais haja índices de indeferimento de benefícios além dos padrões estatísticos regionais.

²⁰ Boletim Estatístico da Previdência, Vol. 14 Nº 08. Disponível em: <<http://www.inss.gov.br/conteudoDinamico.php?id=423>>.

O assessoramento jurídico se daria não de forma específica, caso a caso, mas de forma abstrata (desvinculado de um processo específico) após analisados, por amostragem, processos administrativos referentes àquele tipo de benefício cujo indeferimento, naquela agência, esteja fora dos padrões nacional e regional de indeferimento.

O grupo que trabalharia nesta análise, a depender do tamanho da Agência da Previdência Social, deveria ser constituído por Portaria da PGF e do INSS, devendo ser composto por uma equipe de três a cinco Procuradores Federais que, durante trinta dias, diagnosticariam as causas de indeferimento e regulamentariam o tema por parecer, de cunho vinculante, para aquela Gerência Administrativa do INSS. Do parecer elaborado e assinado pelos Advogados Públicos componentes da equipe deveria ser extraída Ementa, que passaria a ser denominada de Entendimento Jurídico Consolidado, a ser submetido à PGF para futura incorporação nas normas internas do INSS.

Esse trabalho de mapeamento, detecção dos problemas recorrentes, feitura de parecer e extração de Entendimento Jurídico Consolidado, além de aproximar o Advogado Público de um dos mais graves problemas relacionados à excessiva judicialização de questões previdenciárias, poderia ser objeto de compilação para que, em fase posterior, fosse utilizado como importante ferramenta de capacitação dos próprios servidores do INSS.

Na hipótese de ser implementada a presente proposta, seu êxito poderia ser facilmente monitorado, bastando acompanhar se os índices de indeferimento de determinada Agência da Previdência Social, após a visita e os trabalhos concluídos da equipe de Procuradores Federais, de fato foram objeto de melhora.

Apenas a título de elucubração, acaso bem sucedida essa medida, a redução do volume anual de processos poderia chegar a um percentual de até 23% (vinte e três por cento) no número de indeferimentos anuais de benefícios. Isto se compararmos a média de indeferimento das dez unidades com os melhores índices de concessão com as dez unidades com os piores índices. Confira-se:

10 MELHORES ÍNDICES DE CONCESSÃO			
Gerência Executiva	Requeridos	Indeferidos	Indef/Req %
Porto Velho	20270	6163	30,40
São Luís	56295	18921	33,61
Chapecó	36187	12355	34,14
Petrolina	18901	6463	34,19
Caruaru	23867	8173	34,24
Blumenau	41856	14552	34,77
Natal	26270	9271	35,29
Ijuí	26237	9271	35,34
Garanhuns	23337	8260	35,39
Média de Indeferimento			34,15

10 PIORES ÍNDICES DE CONCESSÃO			
Gerência Executiva	Requeridos	Indeferidos	Indef/Req %
Campos	45436	24859	54,71
São João da Boa Vista	33392	18591	55,68
Santo André	32240	17968	55,73
Campinas	76834	43286	56,34
Guarulhos	64368	37171	57,75
Governador Valadares	44696	26029	58,24
Contagem	45090	26333	58,40
Sorocaba	57711	34252	59,35
SP - Leste	56896	34472	60,59
SP - Norte	48810	30656	62,81
Média de Indeferimento			57,96

Se essa redução for aplicada ao número total de benefícios indeferidos no ano de 2008, vale dizer, 3.606.924 (três milhões, seiscentos e seis mil, novecentos e vinte e quatro)²¹ indeferimentos,

²¹ Boletim Estatístico da Previdência, Vol. 14 N° 08. Disponível em: <<http://www.inss.gov.br/conteudoDinamico.php?id=423>>.

o número de benefícios que deixariam de ser indeferidos poderia chegar a casa de 830 (oitocentos e trinta) mil benefícios por ano.

O impacto social desta medida é comprovadamente inegável. Parte considerável da população, idosa, doente ou acidentada, poderia finalmente encontrar alento na proteção previdenciária legitimamente concedida, dentro dos padrões atuais da legislação, apenas com o refinamento da concessão.

Se o impacto positivo para a sociedade já não bastasse para compensar o esforço, uma redução de litigiosidade na casa de 23% (vinte e três por cento), em comparação aos dados já colacionados na página 22 do presente trabalho, faria com que cerca de 30 (trinta) mil novas ações deixassem de ser ajuizadas por mês em face do INSS. Seriam 360 (trezentas e sessenta) mil novas ações por ano a menos a serem levadas à apreciação da Justiça.

Portanto, acredita-se que para as causas intrínsecas à Previdência Social, nada mais produtivo do que mapear e agir, proativa e preventivamente, para eliminar a subjetivação das decisões pelas autoridades previdenciárias e minimizar a falta de treinamento dos servidores do INSS, diminuindo a recalcitrância da Previdência Social em admitir postura mais garantista em relação à sociedade.

7 UMA ALTERNATIVA AO JUDICIÁRIO: AGU COMO ÁRBITRO ENTRE A PREVIDÊNCIA SOCIAL E A SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA

A redução de demandas judiciais buscada com a proposição formulada no capítulo anterior, apta a combater às causas ditas intrínsecas da excessiva litigiosidade, não tem o condão de resolver a questão afeta ao atual fenômeno geral da jurisdicionalização de conflitos e combater a natural evolução do número de processos judiciais decorrentes do aumento do acesso ao Judiciário, principalmente em razão da interiorização da Justiça Federal.

Ainda que bem realizado um trabalho dentro do INSS, com a ajuda da AGU, que poderá reduzir em até 30 (trinta) mil processos a cada mês, ainda haverá um volume de cerca de mais de 100 (cem) mil ações que ainda serão submetidas à apreciação do Poder Judiciário.

A indiscriminada judicialização de conflitos é agravada pelo fato de que em muitas ações não há sequer pretensão resistida, uma vez que o segurado, temendo a postura administrativa do INSS ou eventual demora²², não formula o prévio requerimento administrativo. Todavia, invocando o princípio da inafastabilidade do judiciário, muitos juízes relevam referida situação, o que, com a devida vênia, estimula ainda mais a essa indesejada situação.

Como resposta a essa circunstância real e problemática, inclinamos a acreditar que a saída para o problema está na reformulação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF da AGU, concebida para realizar as atividades conciliatórias entre órgãos da Administração Pública Federal, mas que, recentemente, vem analisando, inclusive, conflitos entre os órgãos públicos federais e órgãos outros, como empresas públicas, sociedades de economia mista e a administração estadual e municipal.

A idéia central da presente proposta é dar legitimidade para que algumas entidades não estatais possam levar à CCAF temas em que, de antemão se saiba, não haja convergência de entendimento entre as referidas entidades e a Previdência Social.

A demonstração desta divergência poderia ser comprovada pela existência de atos normativos internos da Previdência, respostas a consultas formuladas e, até, pela demonstração que em alguns casos concretos houve aplicação da legislação previdenciária de forma inadequada, segundo a visão do proponente.

Há que se ressaltar que ainda que comprovada por casos concretos, a análise do tema pela CCAF se dará em caráter geral e abstrato, devendo ser objeto, após vencidas as fases de negociação e tentativa de composição, de um Parecer Normativo, nos termos do art. 11, da Portaria nº 1.281 de 27 de setembro de 2007:

Art. 11 A Consultoria-Geral da União, quando cabível, elaborará parecer para dirimir a controvérsia, submetendo-o ao Advogado-Geral da União nos termos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73 de 10 de fevereiro de 1993.

²² O receio da demora, com recente modernização da Previdência Social, não mais se justifica. Segundo o Boletim Estatístico vol. 14, nº 08, o prazo médio da concessão está em 21 dias. Extraído do sítio eletrônico <http://www.inss.gov.br/conteudoDinamico.php?id=423>.

Para disciplinar que teria legitimidade para a propositura de arbitragem e conciliação, o ato a ser editado pelo Advogado-Geral da União deveria levar em conta a forma prevista para a gestão da seguridade social como um todo, nos termos do artigo 194, § único, inciso VII da Constituição Federal, que prevê

Art. 194 [...]

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

[...]

Inciso VII – caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Assim, dentro da própria concepção prevista no texto constitucional, poder-se-ia outorgar a entidades representantes de trabalhadores, empregados e aposentados a possibilidade de, por intermédio da CCAF, conciliar com a Previdência Social sobre temas nos quais haja problemas de convergência de entendimento.

Para evitar oportunismo, a participação das referidas entidades ficaria condicionada aos mesmos requisitos exigidos para associações em outras legislações, vale lembrar, existência comprovada há mais de um ano e a previsão em seus estatutos de que a defesa do respectivo grupo é um dos objetivos associativos.

Ciente das limitações atuais da CCAF, a normatização da AGU poderia disciplinar que, no primeiro ano de funcionamento dessa nova modalidade arbitral, apenas as entidades de âmbito nacional poderiam pleitear a arbitragem. Após transcorridos doze meses desta primeira fase, ficaria outorgada a participação das associações de âmbito regional ou local.

A referida mudança, vale frisar, sequer mudaria o espírito que levou a criação da Câmara. Conforme se observa da própria Cartilha educativa do órgão, são objetivos da CCAF: (i) conciliar os interesses divergentes dos diversos órgãos e entidades da Administração Federal; (ii) evitar a judicialização de demandas envolvendo órgãos e entidades da

Administração; (iii) encerrar processos já judicializados, harmonizando os interesses dos órgãos envolvidos, por meio de conciliações.

Para viabilizar a presente proposta, além da edição do ato normativo, a AGU precisaria alocar um grupo de Advogados Públicos Federais nesta atribuição, devendo ainda ser feito um amplo programa de divulgação externa, voltado principalmente, para as federações e confederações de trabalhadores, de aposentados e de empregadores.

Esta postura cidadã da AGU, em se dispor a ser órgão mediador da sociedade civil organizada perante o Estado engrandecerá a Instituição, reforçando seu papel de Órgão de Estado, assim como permitirá criar um instrumento hábil de conhecer e tratar pontos de conflito de forma geral, o que pode contribuir em muito para uma redução de litigiosidade.

Cabe registrar que mesmo nos casos onde a composição ou a arbitragem seja frustrada para as entidades associativas, terão estas a noção de que o diálogo com o Poder Público foi aberto de forma franca e democrática.

Para a AGU, não sendo possível atender ao pleito, um resultado concreto teria sido obtido: o parecer normativo elaborado, analisando de forma aprofundada determinado tema posto à sua apreciação, apresentar-se-ia como importante instrumento a ser utilizados pelos Advogados Públicos Federais em suas defesas quando a questão, de forma individualizada e concreta, fosse submetida ao Poder Judiciário.

Ainda que não se possa mensurar de forma confiável o impacto positivo real da adoção dessa medida, certo é que em termos de respeito ao cidadão a AGU deixará grafada sua marca.

8 IMPACTO FINANCEIRO DA MEDIDA E RELAÇÃO CUSTO/BENEFÍCIO

Para que melhor seja avaliada toda a extensão dos projetos ora apresentados é relevante identificar o impacto financeiro das medidas propostas nas contas da Autarquia e a proporção entre estes gastos com as vantagens econômicas que poderão advir de uma eventual aplicação prática dos projetos.

Para se aferir o impacto direto da adoção do projeto, deve-se identificar o montante de ações que deixariam de ser ajuizadas e que se originavam pelo incorreto indeferimento do benefício requerido.

Apenas com a proposta de estruturar equipes para realizar assessoramento jurídico preventivo, a partir de monitoramento dos dados, estimou-se, neste trabalho, que a redução mensal de novas ações poderia facilmente chegar a 30 (trinta) mil ações por mês.

Levando-se em conta o valor médio do benefício pago, que, conforme demonstra o quadro abaixo, é hoje de R\$ 715,90 (*setecentos e quinze reais e noventa centavos*)²³ e multiplicando-se pelo número de ações que, supõe-se, deixaram de ser ajuizadas, haverá uma majoração nos gastos mensais do Fundo Geral da Previdência Social de cerca de 21,5 milhões de reais por lote de cada 30 (trinta) mil ações não ajuizadas em decorrência da concessão administrativa do benefício.

Se projetado no ano, passará a existir 360 (trezentos sessenta) mil deferimentos de benefícios a mais, com um custo anual de cerca de 1,41 bilhões de reais, conforme se verifica pela tabela a seguir:

	VALORES EM R\$ MENSAIS - NOVOS BENEFÍCIOS	MESES/IMPACTO	CUSTO PROJETADO NO ANO
Janeiro	21,5 milhões	11	236,5 milhões
Fevereiro	21,5 milhões	10	215 milhões
Março	21,5 milhões	9	193,5 milhões
Abril	21,5 milhões	8	172 milhões
Maiο	21,5 milhões	7	150,5 milhões
Junho	21,5 milhões	6	129 milhões
Julho	21,5 milhões	5	107,5 milhões
Agosto	21,5 milhões	4	86 milhões
Setembro	21,5 milhões	3	64,5 milhões
Outubro	21,5 milhões	2	43 milhões
Novembro	21,5 milhões	1	21,5 milhões
Dezembro	21,5 milhões	0	0
TOTAL		12 MESES	1,41 bilhões

23 Boletim Estatístico da Previdência, Vol. 14 N° 08. Extraído do sítio eletrônico <http://www.inss.gov.br/conteudoDinamico.php?id=423>.

Este impacto nas contas previdenciárias será financeiramente compensado por uma proporcional redução de cerca de 20% (vinte por cento) no valor dos pagamentos judiciais (precatórios e RPV), proporcionando uma economia de cerca de 1,1 bilhões de reais anuais (vide Tabela I, na página 03)

Este suposto “déficit” de cerca de 300 (trezentos) milhões de reais entre a economia judicial e a despesa decorrente da concessão administrativa dos benefícios, seguramente são pagos pelo melhor aproveitamento da mão-de-obra de Advogados Públicos Federais, Magistrados, servidores administrativos da Justiça, da AGU e do próprio INSS, todos responsáveis, em algum espectro, por fazer frente a estas demandas judiciais.

Restando demonstrada a viabilidade financeira do projeto, é importante ainda dimensionar o que a moderna gestão denomina de “custos invisíveis”, isto é, custos de difícil identificação e mensuração econômica, mas que não podem jamais ser desprezados na mensuração de valor ou na aferição de peso na relação custo versus benefício. Esses custos, ditos invisíveis, embora atribuídos a produtos e serviços, também podem e devem ser aplicados à gestão pública, relacionando-se, neste campo, basicamente, à eficiência, confiabilidade, transparência e solidez de determinada instituição.

No caso da Previdência Social, a recalcitrância administrativa notada na concessão de benefício acaba por gerar uma grave afronta à imagem do INSS e do Governo Federal, pois dissemina uma cultura negativa contra a Autarquia, tanto no Poder Judiciário, quanto perante a população. Isto leva a população a buscar outro Órgão, sem atribuição primária para tanto, para obter a prestação previdenciária através de uma ação, subvertendo a repartição constitucional de competência.

Esses custos, não mensuráveis a princípio, geram no decorrer do tempo uma cadeia de situações que acabam por se concretizar em prejuízos econômicos, como, por exemplo, o nítido pré-julgamento do INSS perante os juízes dos Juizados Especiais Federais.

Portanto, além do aspecto eminentemente financeiro, as propostas apresentadas visam fornecer amparo a uma política social previdenciária com enfoque mais cidadão e humanitário, permitindo ganhos colaterais decorrentes da redução de volume de processos judiciais e até, por que

não, a melhoria da imagem institucional da AGU, representante judicial da Autarquia Previdenciária, e do próprio INSS.

9 CONCLUSÕES E PERSPECTIVAS

Analisando-se todo o contexto envolvendo a litigiosidade do INSS e os números que a Autarquia apresenta em termos de indeferimento de benefício, é forçoso concluir que cabe à AGU, por intermédio da Procuradoria-Geral Federal, e em estreita coordenação com o INSS, agir de forma proativa, visando à eliminação de quaisquer arestas jurídicas criadas em razão de posturas antiquadas aferíveis até hoje em determinadas unidades da Previdência Social.

Com as proposições feitas neste trabalho, uma calcada na definição de uma política consultiva, de viés estratégico e preventivo, outra fundada em uma nova formatação da Câmara de Conciliação da AGU, espera-se que seja possível idealizar um momento, esperamos em breve futuro, em que o reconhecimento de direitos a importante parcela da população não dependa do tortuoso caminho de uma ação judicial.

A noção de cidadania deve sempre ser dilargada quando quem pede reconhecimento de um direito seu é um cidadão, que mesmo tendo contribuído para seu seguro social ou por ele estar tecnicamente protegido, ainda que sem contribuição, não consegue o amparo da face social do Estado em momento marcado pelos infortúnios da vida.

Uma AGU Cidadã não pode fechar os olhos para isto.

REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2006.

CASTRO, Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2006.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Erica Paula Barcha. *Curso de Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2002.

HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HOFFMANN, Rodolfo. *Desigualdade da Distribuição da Renda no Brasil: a contribuição de aposentadorias e pensões e de outras parcelas do rendimento domiciliar per Capita*. São Paulo: EDUSP, 1998.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Atlas, 2006.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2001.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A Seguridade Social na Constituição Federal*. São Paulo: LTr, 2001.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. *Contribuições para a Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2003.

Boletim Estatísticos da Previdência Social. Disponível em: <<http://www.inss.gov.br/estatisticas>>.

A CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

*Alessandra Japiassú Maia, Procuradora Federal
pós-graduada em Direito Público pela ESAP da FGV e
graduada em Direito pela UERJ*

*Sérgio Lourenço Bezerra Ferreira Reis
Especialista em Regulação da Agência Nacional do Cinema – ANCINE,
mestre em direito pela Universidade Cândido Mendes e
pós-graduado em direito da propriedade industrial pela UERJ*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A televisão; 2 Fundamentos da Classificação Indicativa; 3 Classificação Indicativa e Liberdade de Expressão; 4 Aplicação do Princípio da Subsidiariedade; 5 Perspectivas Para a Classificação Indicativa; 5.1 Agências Reguladoras; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo analisa alguns aspectos da normatização da classificação indicativa dos programas de televisão no Brasil, abordando seus fundamentos constitucionais e legais, assim como a sua legitimidade dentro do direito pátreo. Por fim, tal instrumento é colocado como um meio democrático de exercício do direito a informação e de proteção aos menores de idade não devendo ser caracterizado como censura.

PALAVRAS-CHAVE: Classificação. Indicativa. Censura. Princípio da Subsidiariedade. Constitucional.

ABSTRACT: The article analyses aspects regarding the classification of television programs in Brazil, such as its constitutional and legal grounds and legitimacy. It is concluded through the analysis that this kind of classification should not be considered as censorship, but as a democratic instrument of the constitutional right of information as well as the protection of children.

KEYWORDS: Classificative. Indication. Censorship. Subsidiarity. Constitutional.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar alguns aspectos da Portaria nº. 1.120, de 11 de julho de 2007, do Ministério da Justiça, que regulamenta a classificação indicativa de obras audiovisuais veiculadas pela televisão, sob uma perspectiva do princípio da subsidiariedade. A classificação indicativa, tal como posta na referida portaria, tem a finalidade de regulamentar alguns dispositivos da Constituição Federal Brasileira de 1988 (CRFB/88), do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e da Lei nº. 10.359/01, no que se refere à classificação indicativa de obras audiovisuais destinadas à televisão e a outros meios de comunicação.

O tema é polêmico tendo em vista que Portaria nº. 264, de 09 de fevereiro de 2007, do Ministério de Justiça, cujo conteúdo é bastante semelhante à portaria em vigor, quando publicada, foi vista por certos setores como um indício de retorno ao período de censura. Cabe especificamente menção à posição¹ dos Senadores César Borges e Arthur Virgílio, membros da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal, que se manifestaram de uma forma incisiva e contrária à referida portaria. Tem-se também o posicionamento do presidente do Partido Popular Socialista – PPS, o ex-deputado federal Paulo Freire, no sentido de que “a pretexto de classificar programas de televisão e filmes, [a portaria] cria mecanismos de censura prévia e a censura é proibida pela Constituição”². Dentro deste contexto, o Partido Popular Socialista propôs Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade³ perante o Supremo Tribunal Federal, tendo por objeto a referida portaria. Esta ADIN teve o seu seguimento negado, com fundamento em diversos outros precedentes que estabeleciam que a via da ação direta não seria adequada para questionamento de atos regulamentares⁴. Há, portanto, uma decisão da Suprema Corte brasileira

1 Jornal do Senado - Edição de 11 a 17 de junho de 2007, página 4. “Para César Borges, sob pretexto de disciplinar o Estatuto da Criança e do Adolescente, classificando programas de televisão de acordo com a faixa etária, a portaria pode ser um passo em direção ao controle da mídia, correndo o risco de terminar em censura.” Em outro momento, o Senador Arthur Virgílio afirma “[...] que prefere exagerar na vigilância a deixar passar um ato que tenha viés de censura.”

2 Fonte: Agência Brasil em 21 de junho de 2007.

3 ADIN No. 3907-5 de 20 de junho de 2007. Relator Ministro Eros Grau. Origem: Distrito Federal.

4 Na ADIN supra mencionada o Excelentíssimo Ministro Eros Grau assim se pronunciou: “O Pleno negou provimento ao recurso, com o que manteve a jurisprudência desta Corte, no sentido de afirmar a impossibilidade de controle de constitucionalidade abstrato dos atos regulamentares. A ação direta de inconstitucionalidade tem como pressuposto o cotejo entre atos normativos dotados de autonomia, abstração e generalidade e o texto da Constituição do Brasil, situação que não ocorre nestes autos.”

sob o aspecto formal unicamente, que não chega a abordar o mérito da discussão, qual seja, se a classificação indicativa caracteriza uma forma de censura e afronta a princípios constitucionais.

Desta forma, objetiva-se analisar e criticar alguns aspectos desta portaria sob a perspectiva do princípio da subsidiariedade, principalmente no que diz respeito à possibilidade de uma relação equilibrada entre o poder público, os diversos agentes do mercado audiovisual e os cidadãos. E concluir sobre a constitucionalidade do instrumento perante o ordenamento nacional. Como estrutura, inicialmente será examinado o que é a televisão, num segundo momento serão analisados os fundamentos da classificação indicativa, e, posteriormente, será estabelecido um entendimento da classificação indicativa em relação ao princípio da subsidiariedade.

1 A TELEVISÃO

A televisão em sua origem foi uma criação coletiva envolvendo a contribuição de diversos inventores em que cada um, de uma forma própria, atuou para se alcançar um resultado final. A televisão pode ser considerada como uma das grandes invenções da década de 20, do século passado, por vislumbrar a possibilidade de transmissão e de recepção de sons e imagens de uma forma nova. O envio das ondas de transmissão permitiu um dinamismo na difusão da informação, que antes estava restrito ao rádio, e, conseqüentemente, limitado à forma sonora de difusão. Houve também grande impacto, pois tal inovação permitiu a ampliação do acesso a obras audiovisuais que anteriormente tinham a exibição restrita a locais, tais como cinemas, que demandam significativa infra-estrutura e tem uma relativa limitação de entrada de público.

Com o início da exploração comercial na década de 30, através da transmissão do sinal de televisão em redes locais na Europa e nos Estados Unidos da América, e, num segundo momento, com a transmissão de sinal em países periféricos como o Brasil, houve a apropriação de um formato televisivo muito próximo ao dos meios de expressão existentes na época, principalmente o rádio, havendo influência de outras formas como o cinema e o teatro. Em comparação à realidade atual havia pontos negativos, como a limitação de acesso aos aparelhos de televisão, uma vez que, se comparado aos tempos atuais, os custos dos aparelhos eram bastante altos. A programação tinha pouca diversidade e era veiculada em alguns poucos canais de televisão, sendo que o número de horas de programação era bem limitado.

Na década de 70 houve a popularização dos aparelhos televisores na Europa e na América do Norte, fato que posteriormente também veio a ocorrer no Brasil. Houve a expansão dos canais e da grade de programação, o uso e a diminuição dos custos relativos às novas tecnologias, o que permitiu uma ampliação dos tipos de programas veiculados. Num momento posterior, surge a TV a cabo, que inicialmente tinha por fundamento permitir a transmissão do sinal em áreas montanhosas, mas que ao longo do tempo se tornou uma opção de divulgação de programação com um maior número de canais e diversidade de conteúdo. No Brasil, atualmente, estima-se que aproximadamente 16% da população tenham acesso à TV a cabo.

Sob esta análise, constata-se que a televisão firmou-se como um legítimo meio de comunicação de massa, não só no Brasil, como praticamente no mundo todo. No Brasil, a legislação que trata do tema é antiga e dispersa. Cabe referência ao Código de Telecomunicações – Lei nº. 4.717, de 27 de agosto de 1962, que até os dias de hoje normatiza as regras gerais sobre televisão. Ora, se na época de sua elaboração este código poderia ser considerado moderno ao fazer menção à televisão em conjunto com outros meios de comunicação, hoje tal instrumento normativo admite diversas críticas e pode ser considerado defasado. A mais importante das críticas diz respeito ao fato da legislação não ter evoluído para atender aos diversos anseios sociais. Exemplo de tal fato está na Lei nº. 9.472/97, que se restringiu somente a aspectos técnicos, tais como a utilização do spectrum eletro-magnético, e não aborda questões relativas ao conteúdo veiculado ou cria instrumentos de democratização da informação no ambiente televisivo.

Delineando as tendências para a televisão, de uma forma bastante superficial, tendo em vista que este não é o escopo do trabalho, há uma perspectiva para o futuro relacionada à ampliação da diversidade de programação. Esta diversidade é um efeito das novas tecnologias, que diminuiram e diminuirão, significativamente, os custos de produção e de difusão, assim como, a adoção do modelo de televisão digital, que tende a ampliar o número de canais de transmissão e melhorar a qualidade de sinal. E o acesso à TV aberta em termos de som e imagem nos mais diversos pontos do território nacional. Complementarmente, o custo será cada vez menor de produção e comercialização de aparelhos televisores, o que permite uma significativa ampliação no consumo. Neste contexto, se antigamente uma televisão custava praticamente o valor de um carro, hoje em dia a queda de preço cria uma tendência

de a classe média ter televisores nos diversos cômodos da casa e as classes menos privilegiadas passarem a ter capacidade de adquirir um equipamento com mais facilidade.

Portanto, o cenário mercadológico é bastante positivo, considerando a ampliação e diversidade de conteúdo significativos, e, ao mesmo tempo, a ampliação do número de televisores, que permite um acesso fácil a tais conteúdos. No entanto, existem alguns aspectos negativos, dentre os quais cabe destacar a situação dos menores de idade, que não têm ainda capacidade de discernimento, mas que possuem uma grande facilidade de acesso ao conteúdo televisivo⁵, seja em seu quarto ou através de um televisor na sala, que cumpre as funções de entretenimento infantil. Nestas situações, é bem provável que o menor venha a ter acesso a conteúdos inadequados, tanto em situações em que o responsável não esteja presente, como também em situações onde o responsável, mesmo agindo de forma razoavelmente diligente, permite que o menor de idade venha a ter acesso a um conteúdo incompatível com a sua idade.

2 FUNDAMENTOS DA CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA

A classificação indicativa tem dois fundamentos principais. O primeiro reside no direito à informação, um direito que se caracteriza como um conceito aberto numa primeira análise, mas que se justifica em situações concretas como esta. Neste sentido, o direito de informação⁶ consiste no direito de o usuário ter conhecimento prévio do conteúdo que será exposto na televisão. Esta informação permite ao indivíduo uma pré-análise e a possibilidade de estabelecer se aquele conteúdo lhe é interessante, e, nas hipóteses em que um menor esteja sob tutela, aferir se o programa é compatível com sua idade.

5 “De acordo com os dados do Painel Nacional de Televisão do Ibope, as crianças brasileiras de 4 a 11 anos assistiram quase 5 horas de televisão (4h51min19s) por dia em 2005, número que colocou o Brasil em primeiro lugar na quantidade de tempo que as crianças ficam diante do aparelho no mundo, batendo até mesmo os Estados Unidos.” Disponível em: <<http://www.akatu.org.br>> acesso em: 9 de outubro de 2007.

6 Neste sentido, cabe menção a observação feita pelo Professor Manoel Jorge e Silva Neto: “O direito fundamental à informação é tripartite: *direito de informar, se informar e ser informado.*”

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Direito à Intimidade e à Liberdade de Informação Jornalística após a EC No. 45/04. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 4, n.13, p. 187, abril/junho, 2006

O segundo fundamento da classificação indicativa é a tutela da criança e do adolescente. Uma vez observado que o conteúdo audiovisual disponibilizado nos meios de comunicação de massa aumentou, e, tende a aumentar cada vez mais, existe a necessidade de proteger a saúde mental dos menores de idade, que por motivos variados não devem ter acesso a certos conteúdos televisivos. Cabe fazer um paralelo com os fundamentos psicológicos e sociais do direito civil, relacionados ao incapaz e ao relativamente incapaz. Nos termos da Constituição Federal, é dever não só da família, mas também da sociedade e do Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à dignidade, ao respeito, dentre outros direitos enumerados pela Carta Magna. Além disso, é igualmente dever de todas as instituições colocar as crianças e os adolescentes a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Nesta mesma linha, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei No. 8.069, de 13 de julho de 1990 estabelece os direitos dessas pessoas em desenvolvimento e a necessidade de respeito à sua integridade, inclusive com relação à sua saúde e aos seus valores.

Nesta perspectiva, é importante ressaltar a questão do momento e a forma como um eventual dano ocorre, quando um menor tem contato com um conteúdo que não lhe é adequado, situação que por si só traz algumas peculiaridades. O menor de idade é suscetível a diversas influências externas e goza de pouca capacidade de discernimento. Tal fato justifica uma série de limitações aos exercícios de direitos pelos menores de idade. Neste contexto pode ser mencionado, por exemplo, a proibição de vender cigarros a menores. Na questão audiovisual, tem-se que um conteúdo inadequado cria um dano imediato de reflexos diversos. Uma vez assistido um programa televisivo com violência excessiva ou com conteúdo pornográfico, o dano é imediato e sua reversibilidade é relativa, tendo em vista que se trata de um dano de natureza psicológica. A noção de proteção integral para o devido desenvolvimento mental, moral e social⁷ da criança e do adolescente poderia, eventualmente, estar

7 Art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei No. 8.069/90, que estipula:

Art. 3º - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

sendo posta em cheque. Ademais, o dano⁸, por mais zeloso que seja o responsável pelo menor, precisa de um lapso de tempo relativamente pequeno para que venha ocorrer.

3 CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A classificação indicativa não tem por objetivo servir como um instrumento de censura. Entendida a censura como uma limitação da veiculação de certo conteúdo imposta por um terceiro⁹, esta limitação deve ser analisada sob o foco da veiculação e não do conteúdo. Cabe observar que a liberdade de produzir um conteúdo estaria afeta à noção de liberdade de expressão, outro direito individual de grande relevância na Constituição. Desta forma, ter-se-ia na censura uma limitação à circulação do conteúdo livremente expresso. Exemplificando, durante uma ditadura, o fechamento de um determinado jornal com fundamento na censura não está fundado na existência de um conteúdo contrário aos governantes, que estaria afeto à liberdade de expressão, mas no objetivo de evitar a circulação do conteúdo considerado subversivo. Indo mais adiante, a noção de censura prévia estaria associada a uma análise anterior do conteúdo, para que este possa ser considerado apto ou não à veiculação.

Deve-se também atentar para a existência de formas legítimas de limitação da veiculação de um determinado conteúdo, como, por exemplo, em situações envolvendo o direito de autor, nas quais o autor, por sua vontade, e com fundamentos nos direitos morais de autor, não

8 Neste sentido, acerca do dano, cabe citar o professor Richard A. Posner:

"The greater that probability, the greater is the expected harm and therefore the greater the justification for preventing or punishing the speech that creates the danger. And the probability is greater the clearer (that is, more certain) and more immediate the danger is."

POSNER, Richard A. *Frontiers of Legal Theory* Harvard University Press. Cambridge: Massachussets, EUA. 2001. p. 65.

9 Cabe menção à definição do Professor Luís Roberto Barroso sobre censura: "*Censura é a submissão à deliberação de outrem do conteúdo de uma manifestação de pensamento, como condição prévia de sua veiculação*". Com a devida vênia, discordamos desta posição e preferimos enfatizar na questão da limitação da distribuição. O conceito de censura prévia adotado pelo professor em seu trabalho, esta modalidade é uma espécie do gênero censura. É oportuno mencionar os apontamentos históricos feitos pelo professor em seu artigo.

BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de Expressão, Censura e Controle da Programação de Televisão na Constituição de 1988*. Editora Revista dos Tribunais, *Revista dos Tribunais* V. 790, p.130-132, agosto de 2001.

deseja a circulação de uma determinada obra. Assim como em situações nas quais um terceiro se sente ofendido pelo conteúdo exposto em uma obra e utiliza meios legais para não permitir a circulação de um conteúdo. Estas formas legítimas de limitação da circulação de um conteúdo não se caracterizam como meios de censura.

Dentro deste contexto, a classificação indicativa também é um meio legítimo de limitação da veiculação de um conteúdo audiovisual, ressaltando-se que o direito à liberdade de expressão não pode ser visto como um direito absoluto¹⁰, que não permite qualquer atenuação, por mais pontual que esta seja. Em vista do exposto, cabe mencionar a lição do professor Richard Posner:

And because the First Amendment uses the term “freedom of speech or of the press” without defining it, because the preconstitutional history of the term is murky, and because the judicial decisions construing it do not compose a harmonious pattern either across time or across the different subfields of free-speech law, the legal conception of freedom of speech is mutable and contestable and so may take its shape from the practical considerations that the instrumental approach brings into view and may change as those considerations change.¹¹

A noção de liberdade de expressão, assim como a de censura, tem que evoluir de forma a não conflitar com outros valores sociais igualmente relevantes. Para interpretar eventuais conflitos de valores e princípios constitucionais, torna-se necessário analisar a questão sob o prisma da ponderação de interesses¹². Para um devido enfoque neste tema, cabe reproduzir a definição do professor Daniel Sarmento, neste tema:

10 Elucidativa é a explicação do Professor Gustavo Binbenbojm neste tema:

“[...] as liberdades de expressão e imprensa possuem uma dimensão dúplice, pois que se apresentam, simultaneamente, como garantias liberais defensivas (liberdades negativas protegidas contra intervenções externas) e como garantias democráticas positivas (liberdades positivas de participação nos processos coletivos de deliberação pública). O Estado cumpre papel decisivo e crucial tanto ao respeitar os limites externos da liberdade de expressão, como ao regular o exercício de atividades expressivas com vistas a fomentar a melhoria de qualidade do debate público e a inclusão do maior número possível de grupos sociais e pontos de vista distintos no mercado de idéias.”

BINENBOJM, Gustavo. *Meios de Comunicação de massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 16 out. 2007. p. 23

11 POSNER, op. cit., p. 63.

12 No presente trabalho não estamos abordando a questão da ponderação como um instrumento técnico-jurídico para solução de um conflito aparente de preceitos constitucionais, uma vez que existe uma

A ponderação de interesses só se torna necessária quando, de fato, estiver caracterizada a colisão entre pelo menos dois princípios constitucionais incidentes sobre o caso concreto. Assim, a primeira tarefa que se impõe ao intérprete, diante de uma possível ponderação, é a de proceder à interpretação dos cânones envolvidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário, é possível harmonizá-los.¹³

A própria Constituição Federal fornece subsídios para a forma através do qual deve ser feita a ponderação dos princípios constitucionais envolvidos no corpo do artigo 220¹⁴. O fato de conferir ao legislador ordinário a competência para legislar sobre algumas limitações afetas a comunicação social é um instrumento legítimo e de fundamento constitucional de ponderação.

4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

Dentro da abordagem já realizada, é necessário estabelecer um princípio que auxiliará na interpretação das questões relativas à classificação indicativa. Este princípio está presente na Constituição de

regra constitucional para a solução do conflito, como será posteriormente exposto. O uso da expressão ponderação está relacionada à idéia de equilíbrio, tão somente.

13 SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p. 99.

14 Cabe reproduzir abaixo o Capítulo V do Título VIII – Da Ordem Social da CRFB/88:

Capítulo V - Da Comunicação Social

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao poder público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

1988¹⁵, servindo como uma nova diretriz para a atuação do Estado. Esta forma de atuação surge como uma alternativa ao Estado do Bem Estar Social e tem como um de seus fundamentos a intervenção somente em situações nas quais os diversos agentes que compõem o corpo social não sejam capazes de, por si sós, satisfazerem seus próprios interesses. A intervenção do Estado se dará na medida da necessidade aferida no plano social. Dentro desta idéia é formada uma cadeia de subsidiariedades, na qual o ente maior só tem razão e dever de intervir quando os entes menores não tiverem condições de atuar de modo eficiente.

Sob um enfoque mais prático, se uma atividade empresarial puder ser concretizada de forma eficiente por um empresário ou pelo Estado, tal atividade deverá ser realizada por aquele que estiver no plano mais baixo, ou seja, o empresário. Desta forma, a atividade de exibição televisiva pode, e, em regra é¹⁶, executada por grupos empresariais sob um regime de concessão.

Especificamente em relação a classificação indicativa, pode ser desenvolvida a seguinte cadeia de subsidiariedade: Em um primeiro nível, a classificação é feita internamente, dentro de uma empresa, a qual orienta a organização de uma grade de programação, que, eventualmente, pode servir para fornecer subsídios básicos para os seus consumidores. O lado negativo em definir o conteúdo de programação familiar seria a possibilidade de que os padrões corporativos a serem adotados poderem variar conforme a visão da emissora e interesses de anunciantes. Em um segundo nível, a classificação pode ser feita por uma entidade da sociedade civil ou um órgão de classe que goze de legitimidade perante os agentes do setor para classificar o conteúdo a ser veiculado. O aspecto negativo é a possibilidade de simplesmente não existir tal entidade ou dela não gozar da neutralidade necessária

15 Neste sentido, transcreve-ser parte do exposto pela professora Sílvia Faber Torres:

“A Constituição de 1988 é um marco importante para o processo de reestruturação do Estado e, embora comprometida com os grupos dos mais diversos, o que põe sob a suspeita de ilegitimidade vários de seus dispositivos, é certo que ela deixou-se inspirar pelos postulados do princípio da subsidiariedade, logrando avançar, ainda que timidamente, em direção a um Estado menos centralizador e mais coordenado com a sociedade.”

TORRES, Sílvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.148.

16 Exceção a tal regra é a existência de alguns canais de televisão públicos, dentre os quais se destaca a Empresa Brasil de Comunicação – EBC, criada pela Medida Provisória No. 398, de 10 de outubro de 2007.

para a atividade¹⁷. Por fim, em um terceiro nível, há a atuação direta do Estado, no sentido de classificar as obras audiovisuais. Como aspecto negativo haveria o risco de ocorrer uma intervenção excessiva ou uma morosidade burocrática que prejudiquem a atividade empresarial.

Constata-se que a classificação exercida pelos agentes do mercado, ou seja, no primeiro nível, em diversos momentos tem sido ineficaz ou descuidada, de forma a permitir a veiculação de programas inadequados para menores de idade¹⁸. Passando-se para uma análise do segundo nível, tem-se que a auto-regulação é um instrumento legítimo de solução de conflitos entre agentes de um mesmo mercado. Todavia esta não tem se demonstrado adequada quando há a necessidade de ponderar os interesses entre agentes sociais com os mais diversos interesses empresariais. Cabe ampliar a discussão e trazer o exemplo da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), cujo Código de Ética da Radiodifusão Brasileira traz princípios gerais de auto-regulação e possui instrumentos bem estruturados. No entanto, observando-se a atuação desta instituição sobre outro enfoque, consta de seu estatuto¹⁹, no inciso I, do artigo 2º, como um de seus objetivos: *defender a liberdade de expressão, em todas as suas formas, bem como defender os interesses das emissoras de radiodifusão, suas prerrogativas como executoras de serviços de interesse público, assim como seus direitos e garantias*. Ora, este objetivo é razoável em se tratando de uma associação de membros de um

17 Importante destacar o modelo adotado nos Estados Unidos pela Movie Picture Association of América (MPAA), uma associação criada no ano de 1922 por produtores, distribuidores e exibidores norte-americanos, das quais participam os grandes estúdios de Hollywood, *i.e.*, Disney, Paramount Pictures, Sony Pictures, etc., e, que a partir de 1968 passou a classificar os filmes produzidos e distribuídos em território norte-americano. Apesar da submissão de títulos para classificação não ser obrigatória, esta é uma prática reiterada do mercado. No processo de classificação adotado pela MPAA existe uma Comissão de Classificação que atua de forma independente para garantir uma neutralidade nas avaliações dos filmes. Esta comissão tem uma composição entre 10 e 13 membros e suas decisões são passíveis de recursos dirigidos a uma comissão recursal. Em certos momentos há críticas de agentes do mercado relativa a qualidade do trabalho da comissão nos meios de comunicação sobre as classificações que são consideradas extremamente conservadoras. Mas em geral tais classificações são consideradas justas.

A título de curiosidade, o filme brasileiro “Central do Brasil” (cujo título em inglês é “Central Station”) está listado e classificado como “R”, ou seja, o filme, por possuir conteúdo considerado adulto somente pode ser assistido por menores de 17 anos caso estes estejam acompanhados de seus pais ou responsáveis. Assim como “Central do Brasil” outros filmes brasileiros também estão classificados.

18 Em termos práticos, a Portaria No. 1.220, do Ministério da Justiça, admite a hipótese de autoclassificação em que o próprio agente tem legitimidade para classificar uma obra audiovisual. No entanto, o abuso ou a irresponsabilidade na auto-classificação deve servir como fundamento para uma atuação incisiva do Estado para coibir tal atitude.

19 Disponível em: <http://www.abert.org.br/novo_estatuto.pdf>. Acesso em: 17 out. 2007.

setor, mas será difícil constatar que tal associação gozará da neutralidade necessária em uma situação prática que envolva interesses conflitantes entre seus membros e grupos de defesa da infância, que entendam que um determinado programa televisivo tem conteúdo inadequado para um domingo à tarde. Torna-se necessário um tratamento da questão no terceiro nível, ou seja, no âmbito do Estado.

No entanto, o tratamento de questões desta espécie pelo Estado não é algo tão pacífico, considerando episódios da história brasileira. Constata-se que a mera participação do Estado, por si só, pode não garantir a neutralidade desejada. Desta forma, é necessário buscar meios e instrumentos de participação²⁰ dos agentes sociais e dar ao mecanismo da classificação indicativa a permeabilidade necessária, para que sejam alcançados seus objetivos sociais. Neste modelo, o Estado deve ser meramente o “local” onde se realiza a troca de idéias, associadas à classificação, que tem por atores os diversos grupos sociais que compõem a população brasileira. Esta possibilidade ficou clara inclusive no período de debates que antecedeu a Portaria n.º. 264, que anteriormente regulamentava o tema, em que houve uma consulta pública com intensa participação. Esta permeabilidade representa um aprofundamento da democracia, onde a participação do cidadão não está restrita ao voto nas eleições gerais, mas ocorre num processo constante de participação²¹ e de opinião nos diversos segmentos.

20 Neste sentido, é oportuna a observação do professor Rodrigo Galvão:

“Todos os três autores [Bobbio, Lefort e Touraine] são concordes em apontar a necessidade de se franquear a maior participação possível do cidadão na gestão da coisa pública, de modo que todos, inclusive as minorias, façam-se ouvir no sistema político-administrativo ...” (p.186)

GALVÃO, Rodrigo. “Por um Conceito Contemporâneo de Democracia”. Belo Horizonte, *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 6, n.24, p. 175-187, abril/junho 2006

21 Cabe reproduzir duas partes de texto da Professora Odete Medauar que tem afinidade direta com o tema em estudo:

“Vincula-se o pluralismo, caracterizado na essência, pela multiplicidade dos grupos, pela multiplicidade das interações indivíduo-sociedade e dos interesses; o binômio pluralismo-participação é indissolúvel.” (p. 229)

“A participação liga-se à identificação do interesse público de modo compartilhado com a população; associa-se ao decréscimo da discricionariedade; propicia atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos; liga-se também às práticas contratuais baseadas no consenso, na negociação, na conciliação de interesses.”

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003.

5 PERSPECTIVAS PARA A CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA

Um instrumento tecnológico que tende a trazer mais eficiência ao sistema de classificação indicativa, em uma perspectiva futura, mas que caminha ainda em passos lentos, está na adoção de um chip (denominado V-Chip, nos EUA), na forma disposta na Lei No. 10.359 de 27 de dezembro de 2001. Este chip deverá ser integrado aos aparelhos de televisão, e uma vez ativado, permitirá aos pais e responsáveis por menores de idade definir o perfil de programa que poderá ser assistido. No início do programa, será enviado um sinal informando a classificação do programa, que será recebido pelo televisor, permitindo transmitir normalmente o programa ou bloqueá-lo. Logicamente, este sistema demanda uma conjugação de vontades dos diversos agentes envolvidos no sentido de concretizar a ordem legal.

A título de curiosidade, pode ser mencionado que o modelo norte-americano, que serviu de nítida inspiração para o ordenamento brasileiro. O V-Chip, que seria utilizado em conjunto com as regras do *TV Parental Guidelines*²² ainda não foi implantado de forma definitiva, apesar dos constantes esforços da Federal Communications Commission – FCC, dos agentes do setor de televisão e da sociedade civil. Existem dificuldades na implantação de tais sistemas associadas ao amplo número de televisores antigos, ignorância e indiferença dos pais e responsáveis, e, ainda, a dificuldades técnicas associadas a ferramenta. Apesar de tais contratemplos, existe a perspectiva de uma solução definitiva nesta questão com a implantação da TV Digital²³.

Outra tendência que tem sido observada no tema diz respeito à busca de formas de controle do acesso a conteúdo inadequado veiculado na Internet. A discussão acerca deste tema é bastante complexa tendo em vista o dinamismo da internet e uma eventual regulação desta matéria tende a ser bastante complexa, considerando as peculiaridades da rede e a inviabilidade da aplicação de um conceito tradicional de territorialidade.

5.1 AGÊNCIAS REGULADORAS

Cabe também delinear, como uma perspectiva para a classificação indicativa, a possibilidade de que esta questão seja retirada do âmbito

22 Tal previsão tem relação com a Seção 551 do Telecommunications Act of 1996.

23 BLUMENTHAL, Howard J.; GOODENOUGH, Oliver R. *This Business of Television*. 3. ed. Nova Iorque: Billboard Books, 2006. p. 296-297.

das atribuições diretas do Estado, uma vez que no modelo atual o tema é tratado no Ministério da Justiça. Assim, passaria a ser tratado no ambiente de uma agência reguladora. Apesar de uma análise meramente administrativista estabelecer que tais agências são autarquias especiais²⁴, da administração indireta, ou seja, são instituições que fazem parte do Estado o que poderia alterar em muito pouco o atual cenário, observa-se que as agências reguladoras possuem uma estrutura organizacional com certas peculiaridades como, autonomia reforçada e restrição temática setorial, que confeririam um tratamento mais adequado do tema. Desta forma, no domínio da função reguladora haverá um favorecimento de escolhas técnicas, deixando de lado as disputas partidárias, a complexidade dos debates congressuais e a instabilidade que se estabelece em uma política de governo que pode ser eventualmente alterada a cada quatro anos com a mudança do titular do Poder Executivo.

Ademais, uma agência reguladora que venha a normatizar a classificação indicativa deve estabelecer instrumentos para atenuar o déficit democrático, problema existente mesmo em regimes democráticos, pois associado a uma estrutura estatal hermética, que não permite a representatividade dos diversos grupos sociais de forma igual. Portanto, é necessário estabelecer como princípio norteador da atividade reguladora a permeabilidade do agente regulador, no sentido de permitir com que os diversos grupos sociais tenham espaço para manifestação de suas vontades e interesses. Dentro deste contexto se insere a adoção de processos participativos na elaboração de normas regulamentares, dentre os quais cabe destacar, como exemplo, o instrumento da consulta pública como uma fase do processo de elaboração interna de uma norma.

Cabe menção ao projeto da ANCINAV – Agência Nacional do Cinema e do Audiovisual – que, dentre outras funções, objetiva a

24 Cabe reproduzir a noção trazida pelos professores Egon Bockmann Moreira e Lauro Antonio Nogueira Soares Júnior neste tema:

“À unanimidade, as leis criadoras das agências reguladoras as definem como “autarquias especiais”. Essa distinção no regime das autarquias especiais visa conferir maior estabilidade, segurança e prestígio às decisões nos setores regulados, pretendendo assegurar que os atos lançados pelas agências sejam técnicos (não políticos).”

MOREIRA, Egon Bockmann; SOARES JR, Lauro Antonio Nogueira. *Regulação Econômica e Democracia: a Questão das Agências Reguladoras Independentes em Agências Reguladoras e Democracia*, Coordenador Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro. Lúmen Juris, 2006.

regulação de conteúdo audiovisual e poderia também ter atribuições relativas a classificação indicativa.

6 CONCLUSÃO

Existe um grande receio no mercado audiovisual de a classificação indicativa se tornar um instrumento de censura e de limitação da livre iniciativa e expressão. No que se refere à censura, este é um fantasma que tem sido, dia após dia, combatido para que jamais volte a estar presente em uma sociedade democrática como a brasileira. Eventualmente, caberão aos órgãos democráticos como o Poder Judiciário e o Ministério Público, tomar medidas contra situações práticas que afrontem a livre circulação de conteúdo. O que não é razoável é admitir que qualquer forma de limitação se traduza em censura. A proteção à criança e ao adolescente e o direito à informação são relevantes para utilizando-se a técnica de ponderação de interesses, relativizar o direito à liberdade de expressão, já que este não deve ser visto como um direito absoluto.

Abordando a questão relativa à livre iniciativa, a classificação indicativa busca somente adequar o exercício desta liberdade em harmonia com outros valores sociais. Considerando que o mercado audiovisual nunca foi objeto de uma regulação de conteúdo com fundamentos democráticos existe um temor de que qualquer regulação prejudique a livre iniciativa. No entanto, em um ambiente democrático, a regulação é um instrumento para equilíbrio dos diversos interesses e valores existentes. E não há espaço para a existência de um mercado onde o lucro é o único vetor, e as práticas concorrenciais não se adéquam a limites éticos ou morais, admitindo a veiculação na televisão de imagens de personagens em trajes íntimos ou filmes contendo cenas de tortura em um domingo à tarde.

Associado ao exercício da atividade empresarial surge necessidade de uso responsável dos meios de comunicação de massa, observado o interesse público inerente a concessão de serviço público.

Sob a perspectiva do princípio da subsidiariedade é possível imaginar que a evolução do ambiente democrático nacional permitirá num futuro próximo um novo desenho do sistema de classificação indicativa, em que o Estado não precise intervir de forma direta e atue mais como um mediador dos diversos interesses e valores sociais afetos ao tema.

Por fim, concluí-se que a Portaria nº. 1.120 é constitucional e terá sua legitimidade garantida na medida em que seja permeável a ponto de atender aos diversos interesses sociais de uma forma equilibrada e madura. Afinal, até mesmo a liberdade de expressão perde o sentido se não forem preservados os valores e princípios democráticos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de Expressão, Censura e Controle da Programação de Televisão na Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*, v. 790, p.129-152, ago. 2001.

BINENBOJM, Gustavo. *Meios de Comunicação de massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 16 out. 2007.

BINENBOJM, Gustavo (coordenador). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2006.

BLUMENTHAL, Howard J.; GOODENOUGH, Oliver R. *This Business of Television*. 3. ed. Nova Iorque: Billboard Books, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Parecer. Proscrição da propaganda comercial do tabaco nos meios de comunicação de massa, regime constitucional da liberdade de conformação legislativa e limites da atividade normativa de restrição a direitos fundamentais. Belo Horizonte, *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. ano 5, n. 21, p. 137-211, jul./set. 2005.

GALVÃO, Rodrigo. Por um Conceito Contemporâneo de Democracia. Belo Horizonte, *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 6, n.24, p. 175-187, abril/junho 2006.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional – Teoria do Estado*. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2006.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. A Regulação e a Regulação Neoliberal. Belo Horizonte, *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. ano 5, n. 22, p. 59-99, out./dez. 2005.

POSNER, Richard A. *Frontiers of Legal Theory*. Harvard University Press. Cambridge, Massachussets, EUA. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada: Construindo Pontes com o Público e o Privado*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Direitos Fundamentais e Democracia: Tensões e Compromissos. Belo Horizonte, *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 6, n. 23, p.179-187, jan./mar. 2006.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Direito à Intimidade e à Liberdade de Informação Jornalística após a EC No. 45/04. Belo Horizonte, *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, ano 4, n.13, p. 187-194, abril/junho, 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

TORRES, Silvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

REGIME JURÍDICO DAS ATIVIDADES NUCLEARES

Cláudia Nóbrega de Andrade de Amorim
Procuradora Federal
Especialista em Direito do Estado e da Regulação
pela Fundação Getúlio Vargas/RJ

SUMÁRIO: 1 A energia nuclear no Brasil; 1.1 Agentes da política nuclear. Breve histórico; 1.2 Aplicações das técnicas nucleares; 2 A regulação do setor nuclear; 2.1 Regime jurídico das atividades nucleares; 2.2 Instrumentos regulatórios; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo apresentar um panorama do regime jurídico das atividades nucleares, iniciando com um breve histórico do desenvolvimento das atividades em solo brasileiro e respectivos agentes atuantes, passando por uma explanação quanto às diversas técnicas nucleares utilizadas no mundo moderno. Após esta inicial contextualização do tema, incursiona-se na análise dos diversos regimes jurídicos a que estão submetidas as atividades nucleares e respectivos instrumentos regulatórios adotados na legislação brasileira.

A relevância do estudo desta temática torna-se maior, a cada dia, devido ao constante incremento de novas técnicas nucleares nas atividades quotidianas da sociedade. A necessidade de um conhecimento adequado da importância da energia nuclear, nos tempos modernos, sobreleva em importância a necessária sistematização dos institutos, conferindo-se uma adequada regulamentação para o assunto.

PALAVRAS-CHAVE: Técnicas nucleares. Aplicações quotidianas das técnicas nucleares. Agentes atuantes no setor nuclear. Regime jurídico das atividades nucleares. Regulação das atividades nucleares.

ABSTRACT: This paper presents an overview of the legal framework of nuclear activities, starting with a brief history of the activities developed in Brazil and the acting subjects, and then presents the different nuclear techniques used in the modern world. After this initial background of the theme, the paper analyses the legal framework of the nuclear activities and the regulatory instruments adopted in the Brazilian legislation.

The relevance of the study of this theme enlarges every day due to the constant increase of new nuclear techniques in the daily activities of society. The need for an adequate understanding of the importance of nuclear energy in modern times, outweighs in importance the systematization of the institutes, which gives a proper regulation of the issue.

KEYWORDS: Nuclear techniques. Daily applications of nuclear techniques. Acting subjects in the nuclear area. Legal framework of the nuclear activities. Regulation of the nuclear activities.

1 A ENERGIA NUCLEAR NO BRASIL

1.1 AGENTES DA POLÍTICA NUCLEAR: BREVE HISTÓRICO

A história da energia nuclear no mundo sempre esteve permeada de muito preconceito quanto aos possíveis usos bélicos das técnicas nucleares. Isto, de certa forma, obstaculizou o desenvolvimento destas atividades por países que sofreram pressões das grandes potências mundiais, temerosas quanto às tecnologias que pudessem vir a ser desenvolvidas e os seus usos.

Sob o impacto da destruição das cidades japonesas de Hiroshima e Nagasaki, com a criação das Organizações das Nações Unidas – ONU, verificou-se a necessidade de uma regulamentação internacional da utilização da energia nuclear, sendo criada a Comissão de Energia Atômica – UNAEC, em janeiro de 1946.

Nessa época, o Brasil foi convidado a participar de reuniões nessa Comissão, em razão do enorme potencial de suas reservas minero-nucleares, mas a delegação brasileira enfrentou sérias dificuldades no trato com os demais países. Como relatado pelo então capitão-demar-e-guerra, Álvaro Alberto, em reunião realizada em 13 de abril de 1949 com o Presidente da República, Eurico Gaspar Dutra, as dificuldades deviam-se ao fato de que o Brasil era o único país, dentre os participantes, “que não dispunha de órgãos necessários para se colocar em idêntico nível de progresso cultural e econômico à altura dos países civilizados”¹.

Demonstrada a necessidade de criação de um órgão promotor do desenvolvimento científico e tecnológico nacional, especialmente na área nuclear, com a edição da Lei nº 1.310/51, foi criado o Conselho Nacional de Pesquisas – CNPq, autarquia vinculada à Presidência da República, com a missão de “promover e estimular o desenvolvimento da investigação científica e tecnológica em qualquer domínio do conhecimento”². O interesse estatal pelo desenvolvimento tecnológico nacional no setor nuclear, com a criação de órgão fomentador e controlador das atividades, foi expressado no art. 5º da Lei nº 1.310/51, que assim dispunha:

1 Ata da 1ª reunião, realizada em 13 de abril de 1949, p.2, AA/CNP/009 (Arquivo Álvaro Alberto) *apud* ANDRADE, Maria Ribeiro de. *A opção nuclear: 50 anos rumo à autonomia. Rio de Janeiro: MAST, 2006. p. 49.*

2 Art. 1º da Lei nº 1.310, de 15 de janeiro de 1951.

Art. 5º Ficará sob controle do Estado, por intermédio do Conselho Nacional de Pesquisas ou, quando necessário, do Estado Maior das Forças Armadas, ou de outro órgão que for designado pelo Presidente da República, todas as atividades referentes ao aproveitamento da energia atômica, sem prejuízo da liberdade de pesquisa científica e tecnológica.

§ 1º Compete privativamente ao Presidente da República orientar a política geral da energia atômica em tôdas as suas fases e aspectos.

§ 2º Compete ao Conselho Nacional de Pesquisas a adoção das medidas, que se fizerem necessárias à investigação e à industrialização da energia atômica e de suas aplicações, inclusive aquisição, transporte, guarda e transformação das respectivas matérias primas para êsses fins.

§ 3º O Poder Executivo adotará as providências que julgar necessárias para promover e estimular a instalação no país das indústrias destinadas ao tratamento dos minérios referidos no § 4º do art. 3º e, em particular, à produção de urânio e tório e seus compostos, bem como de quaisquer materiais apropriadas ao aproveitamento da energia atômica.

No âmbito internacional, por proposta do então Presidente dos Estados Unidos da América, Dwight D. Eisenhower, em 1953, foi criada a Agência Internacional de Energia Atômica (IAEA), em substituição à Comissão de Energia Atômica (UNAEC), com a missão de promover os usos pacíficos da energia nuclear, garantindo-se que as técnicas nucleares não sirvam a propósitos militares³.

Com a edição do Decreto nº 40.110, de 10 de outubro de 1956, foi criada a Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN, retirando-se do CNPq todas as atribuições referentes à execução da Política de Energia Nuclear definida pelo Presidente da República. À CNEN foi conferido o mister de atuar como órgão superior de planejamento da política nuclear nacional, apresentando as orientações que julgasse devidas à Presidência da República. Alguns anos após a sua criação, a Comissão Nacional de Energia Nuclear teve definida a sua estrutura

3 FISCHER, David. *History of the International Atomic Energy Agency: the first forty years*. Viena: IAEA, 1997. p. 9. Disponível em: <http://www-pub.iaea.org/MTCD/publications/PDF/Pub1032_web.pdf>.

autárquica, prevendo o art. 3º da Lei nº 4.118/62 a necessária autonomia administrativa e financeira para o desempenho das suas competências.

A Lei nº 4.118/62 estabeleceu o regime de monopólio estatal para o desenvolvimento das atividades de “pesquisa e lavra das jazidas de minérios nucleares localizados no território nacional”, “comércio dos minérios nucleares e seus concentrados; dos elementos nucleares e seus compostos; dos materiais físseis e férteis, dos radioisótopos artificiais e substanciais e substâncias radioativas das três séries naturais; dos subprodutos nucleares” e a “produção de materiais nucleares e suas industrializações”⁴. Esta lei atribuiu à Comissão Nacional de Energia Nuclear diversas competências, tendo previsto que algumas delas seriam desempenhadas por sociedades anônimas subsidiárias – criadas exclusivamente com estes misteres –, das quais a CNEN teria 51% do capital votante.

Em 1971, a Lei nº 5.740/71 autorizou a criação da Companhia Brasileira de Tecnologia Nuclear – CBTN, sociedade de economia mista com funções relacionadas ao desenvolvimento de pesquisas tecnológicas, visando, principalmente, o domínio das técnicas envolvidas nas diversas fases do ciclo do combustível. O que era imprescindível, naquele momento, considerando-se que a CNEN já havia iniciado os estudos para a construção da primeira usina nucleoeletrica do Brasil⁵.

A Companhia Brasileira de Tecnologia Nuclear – CBTN foi posteriormente transformada na Nuclebrás – Empresas Nucleares Brasileiras Sociedade Anônima, pela Lei nº 6.189/74, que lhe atribuiu a função de agente executor do monopólio das atividades previstas no art. 1º da Lei nº 4.118/62, atribuindo à Comissão Nacional de Energia Nuclear o status de “órgão superior de orientação, planejamento, supervisão, fiscalização e de pesquisa científica”⁶.

Conforme autorização concedida pelo art. 5º da Lei nº 5.740/71, com redação conferida pelo art. 20 da Lei nº 6.189/74, foram criadas sete empresas subsidiárias para o desempenho das funções da Nuclebrás, no âmbito do monopólio: Nuclep – Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A, Nuclen – Nuclebrás Engenharia S/A, Nuclei – Nuclebrás de Enriquecimento Isotópico S/A, Nuclam – Nuclebrás Auxiliar

4 Art. 1º da Lei nº 4.118, de 27 de agosto de 1962.

5 ANDRADE, op. cit, p. 137-138.

6 Art. 1º, inciso I da Lei nº 6.189, de 16 de dezembro de 1974.

de Mineração S/A (Decreto nº 96.621/88), Nucon – Nuclebrás Construtora de Centrais Nucleares, Nuclemon – Nuclebrás de Monazita e Associados Ltda., Nustep – detentora das patentes de enriquecimento de urânio pelo método jato-centrífugo e dedicada à respectiva pesquisa e desenvolvimento. Empresas estas constituídas sob a forma de *joint ventures* entre a Nuclebrás e indústrias alemãs produtoras de tecnologia nuclear, à exceção da Nuclemon, contratos estes possibilitados pela assinatura do Acordo de Cooperação no Campo dos Usos Pacíficos da Energia Nuclear e do Protocolo de Instrumentos sobre a Implantação do Acordo, em 27/06/1975⁷.

Em 1988, surge a INB – Indústrias Nucleares do Brasil, nova denominação da Nuclebrás, sociedade de economia mista com participação acionista majoritária da Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN⁸. As subsidiárias da Nuclebrás foram extintas, restando apenas a Nuclen e a Nuclep. Com a Lei nº 7.915/89, as ações representativas do capital social da Nuclen foram transferidas para a Centrais Elétricas Brasileiras – Eletrobrás e, em 1997, a subsidiária passou a denominar-se Eletrobrás Termonuclear S/A – Eletronuclear⁹.

A Constituição Federal de 1988 apresentou um novo conceito de monopólio para o setor nuclear, no art. 177, inciso V, passando a assim defini-lo:

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

No momento atual, atuam na execução da política nuclear os seguintes agentes estatais:

1. *Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN*: Autarquia federal vinculada ao Ministério de Ciência e Tecnologia, com

7 BRANDÃO, Rafael Vaz da Motta. *O Negócio do Século: O Acordo de Cooperação Nuclear Brasil-Alemanha*. Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense, 2002. p. 81-85. (Dissertação, mestrado em História).

8 Art. 1º e art. 2º, § 3º do Decreto nº 2.464, de 31 de agosto de 1988.

9 Art. 1º do Decreto s/n de 23 de dezembro de 1997.

competência para atuar na promoção dos usos da energia nuclear, concessão de autorizações e licenças de instalações nucleares e radiativas, regulação das atividades nucleares e fiscalização dos demais agentes atuantes no setor. Nos termos do art. 1º, inciso I da Lei nº 6.189/74, no âmbito do monopólio, a CNEN atuará como “órgão superior de orientação, planejamento, supervisão, fiscalização e de pesquisa científica”.

2. *Eletrobrás Termonuclear – Eletronuclear*: Subsidiária da Centrais Elétricas Brasileiras – Eletrobrás, vinculada ao Ministério de Minas e Energia e que tem como objeto social “a construção e operação de usinas nucleares, a geração, transmissão e comercialização de energia elétrica delas decorrente”.¹⁰
3. *Indústrias Nucleares do Brasil – INB*: Sociedade de economia mista vinculada ao Ministério de Ciência e Tecnologia, sucessora da Nuclebrás, tem como missão institucional o desenvolvimento das atividades relacionadas ao ciclo do combustível nuclear, sendo responsável pela mineração do urânio, beneficiamento primário, produção e montagem dos elementos combustíveis utilizados nos reatores das usinas nucleoeletricas¹¹.
4. *Nuclebrás Equipamentos Pesados – Nuclep*: Subsidiária da antiga Nuclebrás, sucedida pela Indústrias Nucleares do Brasil – INB, foi criada com a função de “projetar, desenvolver, fabricar e comercializar componentes pesados relativos a usinas nucleares e a outros projetos”¹².

1.2 APLICAÇÕES DAS TÉCNICAS NUCLEARES

Embora muito conhecida por suas aplicações na área militar, com finalidade bélica, cada vez mais o mundo tem descoberto os enormes benefícios da utilização da energia nuclear.

10 Art. 5º do Estatuto Social da Eletrobrás Termonuclear S/A – ELETRONUCLEAR.

11 Art. 5º do Estatuto Social da Indústrias Nucleares Brasileiras – INB.

12 Art. 4º do Estatuto Social da Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A – NUCLEP.

A Constituição Federal de 1988 consagra, em seu art. 21, inciso XXIII, a vedação da utilização da energia nuclear para fins bélicos, condicionando o exercício de toda atividade nuclear à prévia autorização do Congresso Nacional¹³. Este compromisso já havia sido assumido pelo Estado brasileiro, em 1967, com a assinatura do Tratado para a Proscrição das Armas Nucleares na América Latina e no Caribe, Tratado de Tlatelolco, que foi incorporado ao ordenamento jurídico nacional em 1994, com a assinatura do Decreto nº 1.246, de 16 de setembro de 1994.

Seguindo esse princípio, no Brasil, os benefícios da energia nuclear têm sido observados na medicina, na agricultura, na indústria e na geração de energia elétrica.

Na medicina, a energia nuclear é utilizada em terapia e diagnóstico de doenças, através da utilização dos radiofármacos, que “são obtidos a partir de radioisótopos produzidos em reatores nucleares ou em aceleradores de partículas”¹⁴. Quando administrado ao paciente, o radiofármaco emite radiação, fornecendo informações através de imagens sobre o funcionamento de determinado órgão, possibilitando o diagnóstico das mais diversas doenças. Na radioterapia, a radiação ionizante é utilizada no tratamento de tumores, atuando na destruição das células cancerosas¹⁵.

Na área industrial, a radiação ionizante vem sendo muito utilizada, contribuindo para a melhoria da qualidade e da produtividade nos processos de fabricação. Uma técnica bastante utilizada é a dos traçadores radioativos, através da qual se injeta uma substância radioativa e as radiações emitidas “são detectadas (‘percebidas’) onde estiverem, através de aparelhos apropriados, denominados detectores de radiação. Dessa forma, o deslocamento de um radioisótopo pode ser acompanhado e seu percurso ou ‘caminho’ ser ‘traçado’ num mapa do local”¹⁶. Esta técnica tem sido utilizada para “detectar problemas de vazamentos e mau funcionamento em grandes plantas da indústria

13 Art. 21, inciso XXIII da Constituição Federal.

14 GONÇALVES, Odair Dias; ALMEIDA, Ivan Pedro Salati de. A energia nuclear e seus usos na sociedade. In *Revista Ciência Hoje*, vol. 37, nº 220, 2005, p. 36-44.

15 CARDOSO, Eliezer de Moura e colaboradores. *Aplicações da Energia Nuclear*. Apostila educativa disponível em: <<http://www.cnen.gov.br/ensino/apostilas/aplica.pdf>>.

16 *Ibidem*, p. 4.

química, permitindo economia de tempo e dinheiro”¹⁷, sendo também útil na agricultura, permitindo o estudo do metabolismo das plantas e do comportamento de insetos¹⁸.

Outra técnica bastante difundida é a gamagrafia industrial, através da qual se faz uma radiografia de peças metálicas, permitindo-se a detecção de rachaduras ou defeitos, proporcionando um melhor controle de qualidade na produção. Na indústria farmacêutica, fontes radioativas são utilizadas na esterilização de materiais, tais como gases, aparelhos cirúrgicos e seringas¹⁹.

Na indústria alimentícia, utiliza-se a radiação para a conservação de produtos agrícolas, evitando-se que raízes ou tubérculos brotem durante o armazenamento, para eliminar insetos dos grãos antes do armazenamento ou, ainda, para preservar alimentos, inibindo ou destruindo as bactérias e outros microorganismos²⁰.

No campo da geração de energia elétrica, a matriz nuclear tem sido responsável por, aproximadamente, 2,8% da energia gerada no Brasil, com apenas duas usinas nucleoeletricas em funcionamento²¹. Nessa área, o Brasil é um dos poucos países do mundo a dominar todo o processo de fabricação de combustível para usinas nucleares, tendo ainda a sexta maior reserva de urânio do mundo, conforme dados levantados em junho de 2001, com a prospecção de apenas parte do território nacional²².

Estes são apenas alguns dos possíveis usos da energia nuclear, conforme técnicas utilizadas hodiernamente no Brasil, restando comprovados os enormes benefícios advindos para a sociedade a partir da utilização dessas tecnologias.

17 GONÇALVES; ALMEIDA, op. cit., p. 41.

18 CARDOSO, Eliezer de Moura e colaboradores, op. cit., p. 9.

19 Ibidem, p. 12-13.

20 Ibidem, p. 11.

21 Eletronuclear – Gerência de Planejamento Estratégico. *Panorama da Energia Nuclear – Setembro de 2008*. Disponível em: <www.eletronuclear.gov.br/downloads/41/287.pdf>.

22 Indústrias Nucleares do Brasil – INB. Reservas de Urânio no Brasil. Disponível em:< www.inb.gov.br/reservasBrasil.asp>.

2 A REGULAÇÃO DO SETOR NUCLEAR

2.1 REGIME JURÍDICO DAS ATIVIDADES NUCLEARES

A atuação do Estado, no desenvolvimento das atividades nucleares, está sujeita a regimes jurídicos distintos, sendo necessário um estudo adequado da natureza das atividades desenvolvidas para a devida compreensão da legislação disciplinadora e dos instrumentos regulatórios aplicáveis.

Na seara econômica, a atuação estatal, em regra, dar-se-á de forma indireta, atuando o Estado como agente normativo, fiscalizador, incentivador e planejador das atividades, sendo permitida a intervenção direta, “quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”²³. A intervenção excepcional do Estado na ordem econômica poderá se concretizar sob a forma de monopólio, quando o Estado atua de forma exclusiva em determinada área ou através de empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias, quando o Estado atua em concorrência com a iniciativa privada.

Trata-se da consagração do princípio da subsidiariedade na ordem econômica constitucional, legitimando-se a intervenção estatal na Economia apenas quando o interesse público exigir a correção de disfunções sistêmicas. Nesse sentido, assim se pronuncia Sílvia Faber Torres sobre a aplicação do princípio da subsidiariedade:

O princípio da subsidiariedade está indubitavelmente presente na Ordem Econômica Brasileira, o que se faz mais cristalino com as recentes mutações constitucionais verificadas nesse âmbito, que vieram sob o manto do consenso na necessidade de adequação à nova realidade mundial.

Sabe-se que em um Estado de Direito a reestruturação do papel do poder público não se pode efetivar, em especial nos países regidos por Cartas analíticas como a brasileira, senão por via constitucional, cabendo ao poder constituinte originário ou derivado adotar as opções políticas básicas por que se deve se orientar o Estado. E no Brasil, como não poderia deixar de ser, as profundas transformações econômicas que se vêm verificando em escala mundial sensibilizaram,

23 Art. 173 da Constituição Federal.

ainda que modestamente, os elaboradores da Constituição de 1988 e mobilizam, com mais ardor, o constituinte derivado.

A despeito das severas críticas que recebeu e ainda recebe a nossa carta constitucional, sobre ser compromissória e casuística, o certo é que o constituinte de 1988 houve por bem dar uma abertura, ainda que acanhada, a uma nova estruturação do Estado brasileiro, impedindo, na ordem econômica, a proliferação do intervencionismo estatal e erigindo a iniciativa e a propriedade privadas em valor social, a teor do art. 1º, IV. Consagrou a nossa Lei Fundamental, já em seu texto originário, a livre iniciativa e a economia descentralizada, restringindo a atuação estatal direta a motivos previamente nela própria tipificados, a saber, quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (art. 173). Revelou, ademais, o Estado como supervisor da ordem econômica, apto a impedir abusos e desvios do poder econômico (art. 173, § 4º)²⁴.

A Constituição de 1988 estabelece alguns princípios que nortearão o desenvolvimento de atividades econômicas e, principalmente, a ação normativa e regulatória estatais:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

²⁴ TORRES, Sílvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 157-158.

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Como regulador da atividade econômica, o Estado exercerá as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, atuando na fiscalização dos agentes, visando coibir o abuso do poder econômico, tendente à dominação dos mercados, como fomentador da atividade econômica e no planejamento econômico, que será “determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”, nos termos do art. 174 da Constituição. Na lição de Eros Roberto Grau, essas hipóteses de intervenção estatal indireta são classificadas como intervenção por direção, quando “o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito” e intervenção por indução, quando “o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados”²⁵.

Quanto à atuação direta, o Estado brasileiro intervirá diretamente no domínio econômico sob dois regimes: monopolista e concorrencial.

Embora o texto constitucional preveja que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, § 4º, CF), reprimindo-se a formação de monopólios privados, em relação a determinadas atividades, a Constituição de 1988 atribuiu ao Estado a atuação exclusiva, retirando estas atividades do âmbito de atuação da iniciativa privada. Com efeito, dispõe o art. 177 da Carta Constitucional:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

25 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 147.

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

Em relação às atividades mencionadas nos incisos I a IV do dispositivo supra transcrito, a Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995, modificou o parágrafo primeiro do aludido art. 177, prevendo a possibilidade de a União contratar com empresas públicas ou privadas a realização daquelas, mantendo-se incólume o monopólio das atividades de pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e comércio de minerais nucleares e derivados.

No regime anterior à atual Constituição, os monopólios poderiam ser instituídos por lei, como previa o art. 163 da Emenda Constitucional nº 1 de 1969:

São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

Na atual ordem constitucional, não se admite a instituição de monopólios por normas infraconstitucionais, considerando-se, por conseguinte, não recepcionados pelo ordenamento vigente os monopólios previstos na legislação esparsa que não foram reproduzidos na novel Constituição.

Prevendo o art. 173 que a intervenção direta do Estado na ordem econômica ocorrerá de forma subsidiária, a atuação do Estado ficou resguardada apenas ao exercício de atividades monopolizadas, nas hipóteses expressamente previstas no texto constitucional e nas situações em que a atuação estatal seja “necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. Inadmissível, portanto, a instituição de novos monopólios por meio de legislação infraconstitucional.

Ademais, a intervenção direta do Estado na ordem econômica também poderá se configurar em regime concorrencial, quando necessário “aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”²⁶, como previsto no art. 173 da Constituição Federal. Nessas hipóteses, a atuação do Estado, em concorrência com a iniciativa privada, manifestar-se-á através da criação de empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias, que atuarão especificamente no desenvolvimento dessas atividades.

Tratando do regime jurídico de execução das atividades nucleares, leciona o professor Eros Roberto Grau:

Exploração de serviço e instalações nucleares de qualquer natureza e exercício de monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados seguramente não constituem serviço público. Trata-se, aí, de exploração, pelo Estado, de atividade econômica em sentido estrito, em regime de monopólio. Tanto é assim, de resto, que justamente o art. 177, no seu inciso V, reafirma constituírem monopólio da União ‘a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados’. Literal reprodução, vê-se para logo, da dicção inscrita no segundo termo do inciso XXIII do art. 21 do texto constitucional.

Daí a verificação de que a mera atribuição de determinada competência atinente à prestação de serviços ao Estado não é suficiente para definir essa prestação como serviço público. Cumpre verificar, sempre, quando isso ocorra, se a atribuição constitucional do exercício de determinada competência ao Estado atende a imposição dos interesses do trabalho, no seu confronto com os interesses

26 Art. 173 da Constituição Federal.

do capital, ou se, pelo contrário, outras razões determinaram a atribuição desse exercício pelo Estado.

No caso, assim como naquele do art. 177 – monopólio do petróleo e do gás natural –, razões creditadas aos imperativos da segurança nacional é que justificam a previsão constitucional de atuação do Estado, como agente econômico, no campo da atividade econômica em sentido estrito. Não há pois, aí, serviço público²⁷.

Analisando-se o texto do art. 177, inciso V da Constituição Federal, verifica-se que o monopólio das atividades nucleares restringe-se à “pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.” Reproduzindo parcialmente este dispositivo, o art. 21 da Constituição, ao tratar das competências materiais da União, em seu inciso XXIII, afirma competir a este ente federativo:

XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

- a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional;
- b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais;
- c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas;
- d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa.

²⁷ GRAU, op. cit., p. 126.

Numa primeira leitura do inciso XXIII do art. 21 da Constituição, poder-se-ia concluir que a exploração dos “serviços e instalações nucleares de qualquer natureza” estaria excluída do monopólio, já que o texto constitucional menciona apenas as atividades de “pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados”. Entretanto, fugindo-se de uma hermenêutica literalista, percebe-se que a intenção do legislador constituinte, na redação do art. 21, XXIII, não foi proceder a exclusão de atividades do âmbito do monopólio, mas sim efetuar um detalhamento das atividades entregues a este regime econômico. Registre-se que esta técnica legislativa não foi utilizada na redação do art. 177, V da Constituição.

Embora o texto constitucional não apresente o conceito de instalação nuclear, importante analisar-se a definição trazida na Lei 6.453/77, que dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares:

Art. 1º - Para os efeitos desta Lei considera-se:

[...]

VI - instalação nuclear:

- a) o reator nuclear, salvo o utilizado como fonte de energia em meio de transporte, tanto para sua propulsão como para outros fins;
- b) a fábrica que utilize combustível nuclear para a produção de materiais nucleares ou na qual se proceda a tratamento de materiais nucleares, incluídas as instalações de reprocessamento de combustível nuclear irradiado;
- c) o local de armazenamento de materiais nucleares, exceto aquele ocasionalmente usado durante seu transporte.

De forma mais técnica, embora reproduzindo em parte o conceito legal, a Norma CNEN-NE-1.04, disciplinadora do licenciamento de instalações nucleares, traz a seguinte definição para estas instalações:

3. DEFINIÇÕES E SIGLAS

Para os fins desta Norma são adotadas as seguintes definições e siglas:

[...]

23. Instalação nuclear (ou simplesmente instalação) instalação na qual material nuclear é produzido, processado, reprocessado, utilizado, manuseado ou estocado em quantidades relevantes, a juízo da CNEN.

Estão, desde logo, compreendidos nesta definição:

- a) reator nuclear;
- b) usina que utilize combustível nuclear para produção de energia térmica ou elétrica para fins industriais;
- c) fábrica ou usina para a produção ou tratamento de materiais nucleares, integrante do ciclo de combustível nuclear;
- d) usina de reprocessamento de combustível nuclear irradiado²⁸.

Portanto, a exploração de instalações nucleares não está excluída do monopólio estatal, pois as atividades monopolizadas são desenvolvidas em instalações nucleares. O que não significa, como será demonstrado adiante, que todas as atividades desenvolvidas em instalações nucleares estejam incluídas no regime monopolístico.

Importante destacar, ainda, que as atividades nucleares monopolizadas não são apenas desenvolvidas em instalações nucleares, sendo a atividade de industrialização de minérios nucleares e derivados também executada em instalações radiativas, nas quais são produzidos os radioisótopos que são utilizados nas áreas médica, agrícola, industrial e em pesquisas. Estas instalações são assim definidas pela Norma CNEN-NE-6.02, que trata do processo para Licenciamento de Instalações Radiativas:

3. DEFINIÇÕES E SIGLAS

Para os fins desta Norma, são adotadas as seguintes definições e siglas:

8. Instalação Radiativa – Estabelecimento ou instalação onde se produzem, utilizam, transportam ou armazenam fontes de radiação. Excecuam-se desta definição:

²⁸ Norma CNEN-NE-1.04. Disponível em: <<http://www.cnen.gov.br/seguranca/normas/pdf/Nrm104.pdf>>.

- a) as Instalações Nucleares definidas na Norma CNEN-NE-1.04 – Licenciamento de Instalações Nucleares;
- b) os veículos transportadores de fontes de radiação quando estas não são parte integrante dos mesmos²⁹.

Em relação às instalações nucleares, nem todas as atividades nelas desenvolvidas estão incluídas no regime monopolístico estatal, como por exemplo, a operação de usinas nucleoeletricas. É que a atividade desenvolvida nestas usinas – geração de energia elétrica – não se enquadra no rol de atividades monopolizadas pelo Estado, no setor nuclear, isto é, “a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados”.

Embora a usina nuclear seja uma instalação na qual há a utilização de material nuclear, trata-se de uma usina termelétrica, assim como a usina a carvão, que se distingue das demais pela utilização de combustível nuclear. Entretanto, a Constituição não relegou ao monopólio a simples utilização do material nuclear, não se podendo interpretar, ampliativamente, o texto constitucional para incluir situações não previstas pelo Constituinte.

Nesse sentido, a Lei nº 6.189/74, em seu art. 10, com redação conferida pela Lei nº 7.781/89, determina que a atividade de operação de usinas nucleares será executada em regime de autorização, sujeita à fiscalização da Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN e do extinto Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE, hoje substituído pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

Dispõe o art. 10 da Lei nº 6.189/74:

Art. 10. A autorização para a construção e operação de usinas nucleoeletricas será dada, exclusivamente, à Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - Eletrobrás e a concessionárias de serviços de energia elétrica, mediante ato do Poder Executivo, previamente ouvidos os órgãos competentes.

Parágrafo único. Para os efeitos do disposto neste artigo compete:

29 Norma CNEN-NE-6.02. Disponível em: <<http://www.cnen.gov.br/seguranca/normas/pdf/Nrm602.pdf>>.

- a) à CNEN, a verificação do atendimento aos requisitos legais e regulamentares relativos à energia nuclear, às normas por ela expedidas e à satisfação das exigências formuladas pela Política Nacional de Energia Nuclear e diretrizes governamentais para a energia nuclear;
- b) ao Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica - DNAEE, a verificação do preenchimento dos requisitos legais e regulamentares relativos à concessão de serviços de energia elétrica, ouvida a Eletrobrás quanto à verificação da adequação técnica, econômica e financeira do projeto ao sistema da concessionária, bem assim, sua compatibilidade com o plano das instalações necessárias ao atendimento do mercado de energia elétrica;
- c) à CNEN e ao DNAEE, nas respectivas áreas de atuação, a fiscalização da operação das usinas nucleoeletricas.

No dispositivo legal em análise, a operação de usinas nucleares foi tratada pelo legislador como atividade econômica em sentido estrito, prestada pelo Estado, através da Centrais Elétricas Brasileiras S/A – Eletrobrás, empresa estatal constituída sob a forma de sociedade de economia mista, em concorrência com a iniciativa privada, nos termos do art. 173 da Constituição Federal. Atualmente, com o surgimento da Eletrobrás Termonuclear S/A – Eletronuclear, subsidiária da Eletrobrás, constituída com a missão de construir e operar usinas nucleares, a operação das unidades I e II da Central Nuclear de Angra dos Reis/RJ é realizada por esta empresa.

Entretanto, regulamentando a comercialização da energia elétrica gerada pelas unidades da Eletronuclear, o Poder Executivo expediu o Decreto n° 4.550, de 27 de dezembro de 2002 que, no art. 5°, considerou a atividade de geração de energia elétrica pela Eletronuclear como serviço público, prevendo o parágrafo único deste dispositivo uma autorização para que a ANEEL regularize “a delegação à Eletronuclear, de modo a adequá-la, como prestadora de serviços públicos, aos termos da Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e demais disposições legais”. Conferiu-se às usinas nucleares, através do Decreto n° 4.550/2002, o mesmo tratamento jurídico atribuído às demais geradoras de energia elétrica.

Esse dispositivo regulamentar, no entanto, encontra-se viciado por ilegalidade, havendo afronta a literal disposição de lei, pois o

parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.074/95, afirma expressamente que a regulamentação da delegação dos serviços de energia elétrica prevista naquela lei não se aplica às usinas termelétricas “cuja fonte primária de energia é a nuclear”. Verifica-se, portanto, que ao tratar como serviço público a geração de energia elétrica por centrais nucleares, o Poder Executivo extrapolou os limites legais.

É preciso destacar, ainda, que embora se trate de atividade econômica em sentido estrito, que poderá ser prestada por empresas concessionárias de energia elétrica, nos termos do art. 10 da Lei nº 6.189/74, a construção e a operação de usinas nucleares são atividades cuja execução encontra-se sujeita à prévia autorização do Congresso Nacional, conforme previsto no art. 21, XXIII, alínea “a” da Constituição Federal, devendo a localização das usinas nucleares ser definida por lei federal, como exigido no art. 225, § 6º do texto constitucional.

Em relação à atividade de industrialização de minérios nucleares e seus derivados, sujeita ao regime de monopólio, nos termos do art. 177, V da Constituição, como exposto, não é desenvolvida apenas nas instalações nucleares, mas também em instalações radiativas. Trata-se das instalações que atuam na produção de radioisótopos, que têm aplicação ampla nas áreas médica, agrícola e industrial.

A Carta Constitucional, entretanto, excepciona do regime de monopólio as atividades de produção, comercialização e utilização de radioisótopos, nas situações previstas no art. 21, XXIII, alíneas “b” e “c”, que assim dispõem:

- b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais;
- c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas.

Essas exceções ao regime de monopólio encontram-se justificadas pelos enormes benefícios que a utilização de radioisótopos proporcionam à sociedade, principalmente na área da medicina nuclear, no diagnóstico e tratamento de doenças graves. Isto porque, sob o regime de monopólio, os radioisótopos eram produzidos, exclusivamente, pela Comissão

Nacional de Energia Nuclear – CNEN, através dos seus institutos, IPEN – Instituto de Pesquisas Energéticas e Nucleares e IEN – Instituto de Engenharia Nuclear, localizados em São Paulo e Rio de Janeiro, respectivamente. Mais recentemente, o Centro de Desenvolvimento de Tecnologia Nuclear – CDTN, instituto da CNEN sediado em Belo Horizonte, passou a atuar na produção de radioisótopos e, em breve, será iniciada a produção no Centro Regional de Ciências Nucleares do Nordeste, em Recife.

Considerando-se que os radioisótopos utilizados na área médica, em geral, possuem meia-vida³⁰ curta, isto é, a sua atividade radioativa decai rapidamente, é imprescindível que a produção do material seja realizada proximamente ao local onde será realizado o exame ou o tratamento. Essa a tônica das discussões quanto à aprovação do projeto de Emenda Constitucional n° 7, de 2003, que culminou com a edição da Emenda Constitucional n° 49, de 2006³¹. Com a modificação introduzida nesta reforma constitucional, as atividades de “produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas” foram excepcionadas do monopólio estatal, podendo ser exercidas pela iniciativa privada, em regime de permissão.

No texto original da Constituição de 1988, já havia sido excluída do monopólio a “utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos medicinais, agrícolas, industriais e atividades análogas”, podendo ser permitido ou concedido o exercício por particulares, conforme previsto na redação primitiva do art. 21, XXIII, alínea “b”. Este dispositivo também foi modificado pela Emenda Constitucional n° 49/2006, sendo também excluída do monopólio a comercialização de radioisótopos para fins medicinais, agrícolas e industriais, incluídas as pesquisas nas respectivas áreas, retirando-se, entretanto, a previsão do regime de concessão para tais atividades.

Com a quebra do monopólio referente às atividades previstas no art. 21, XXIII, alíneas “b” e “c” da Constituição Federal, necessário analisar-se a natureza jurídica de tais atividades, isto é, se se tratam

30 “Meia-vida, portanto, é o tempo necessário para a atividade de um elemento radioativo ser reduzida à metade da atividade inicial”. CARDOSO, Eliezer de Moura e colaboradores. *Radioatividade*. Apostila educativa disponível em: <<http://www.cnen.gov.br/ensino/apostilas/radio.pdf>, p. 9>.

31 Como se infere na Justificativa apresentada pelo Senador Jorge Bornhausen na proposição do Projeto de Emenda Constitucional n° 7, de 2003, disponível para consulta no em:< <http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/diarios/pdf/sf/2003/03/26032003/04803.pdf>>.

de atividades econômicas em sentido estrito ou de serviços públicos, considerando-se que os dispositivos constitucionais mencionam que o exercício dessas atividades será “autorizado em regime de permissão”.

Inicialmente, é importante destacar que atividade econômica e serviço público são conceitos que não se contrapõem. Conforme sistemática adotada por Eros Roberto Grau, em seu livro *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, e amplamente seguida pelos demais doutrinadores, serviço público é uma espécie do gênero atividade econômica³².

Serviço público é a atividade econômica prestada pelo Estado, diretamente ou através dos seus delegados, em regime de concessão ou permissão, que visa à satisfação de necessidades coletivas. Na lição de Alexandre Santos de Aragão, em sua obra *Direito dos Serviços Públicos*, temos a seguinte definição de serviço público:

Serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade³³.

E estabelecendo o ponto diferencial entre atividades econômicas em sentido lato e serviços públicos, afirma o ilustre professor:

A atividade econômica lato sensu destina-se à circulação de bens e/ou serviços do produtor ao consumidor final. O serviço público é a atividade econômica lato sensu que o Estado toma como sua em razão da pertinência que possui com necessidades ou utilidades coletivas. Há atividades econômicas exploradas pelo Estado, em regime de monopólio ou não, que possuem, naturalmente, interesse público, mas que não são relacionadas diretamente com o bem-estar da coletividade, mas sim a razões fiscais, estratégicas ou econômicas (p.ex., o petróleo, as loterias, em alguns países o tabaco, os cassinos, etc.)³⁴.

32 GRAU, op. cit., p. 101 e ss.

33 ARAGÃO. Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 157.

34 *Ibidem*, 2008, p. 176-177.

Exercerá o Estado atividade econômica em sentido estrito, nas situações excepcionais definidas no art. 173 da Constituição Federal, situações em que justificado por razões de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, intervirá o Estado através da instituição de monopólios legais ou através do exercício de atividades econômicas em concorrência com a iniciativa privada, isto é, intervindo por absorção ou por participação³⁵.

Partindo-se da conceituação de serviços públicos, verifica-se que as atividades previstas no art. 21, XXIII, alíneas “b” e “c” da Carta Constitucional não seguem as características lá definidas. Estas atividades são prestadas com objetivos primários de rentabilidade econômica (utilização dos radioisótopos nas áreas industrial, agrícola e médica), não se prendendo a obrigações de universalidade e continuidade, embora o fornecimento de tais insumos tenha uma importante função social, em razão dos grandes benefícios advindos para a sociedade.

As atividades mencionadas no art. 21, XXIII, alíneas “b” e “c” da Constituição são, portanto, atividades econômicas em sentido estrito, exploradas, preferencialmente, pela iniciativa privada, não afastada a hipótese de o Estado desempenhá-las, em concorrência com os particulares, visando atender relevante interesse coletivo.

Quanto ao regime de sujeição das atividades previstas no art. 21, XXIII, alíneas “b” e “c”, mencionam estes dispositivos constitucionais que os particulares serão autorizados a desempenhá-las em regime de permissão. O instituto da permissão, entretanto, constitui forma de delegação de serviço público, como disposto no art. 175 do texto constitucional, que prevê, inclusive, a realização prévia de procedimento licitatório. E como já analisado, as atividades ora estudadas não têm natureza jurídica de serviços públicos. Tendo natureza de atividades econômicas em sentido estrito, o desempenho dessas atividades não se encontra sujeito a regime de permissão, podendo-se cogitar apenas de autorização pelo Poder Público.

Portanto, embora o texto constitucional utilize o termo “permissão”, o exercício destas atividades está sujeito à autorização estatal.

Quanto à autorização, é importante destacar que, nos termos do art. 170, parágrafo único da Constituição, “é assegurado a todos o

35 GRAU. op. cit., p. 147.

livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. Em relação às atividades previstas no art. 21, XXIII, alíneas “b” e “c” da Constituição, esta previsão de necessária autorização do Poder Público para desempenho das atividades, é expressa, satisfazendo-se a exigência constitucional.

Essa autorização, entretanto, tem a natureza de ato administrativo vinculado, não lhe sendo atribuída a característica da discricionariedade. Embora a doutrina clássica distinga a autorização e a licença “pela discricionariedade da primeira e pela vinculação da segunda”³⁶, estando a emissão da autorização sujeita ao atendimento de normas, que impõem requisitos para que seja autorizado o exercício de determinada atividade, não é possível caracterizar este ato administrativo por discricionário. Atendidos os requisitos previstos nas normas regulamentares, não é concedido ao Estado qualquer juízo de discricionariedade quanto à autorização ou não do desempenho da atividade, havendo verdadeiro direito subjetivo do particular à emissão da licença.

A conclusão quanto ao caráter vinculante da autorização emitida para as atividades previstas no art. 21, XXIII, “b” e “c” não decorre de previsão expressa de texto legal, sendo uma interpretação a partir de situações hipotéticas. Por exemplo, uma empresa pretendente a operar na produção de radiofármacos com meia vida igual ou inferior a duas horas, que satisfaça os requisitos impostos em normas legais ou infralegais, terá direito a obter a autorização para operar, não sendo conferida ao Estado a análise quanto à conveniência e oportunidade em concedê-la. Caso contrário, entendendo-se que se trata de verdadeira autorização, com natureza discricionária, não sendo esta concedida, caberia ao particular questionar a negativa da Administração que, neste caso, estaria a violar direito seu, já que os requisitos necessários à concessão estariam satisfeitos.

Também estão sujeitas à autorização do Poder Público a operação de instalações radiativas onde se desempenhem atividades outras que não as mencionadas no art. 21, XXIII, alíneas “b” e “c” da Constituição. Nos termos do art. 2º, IX, alínea “b” da Lei nº 6.189/74, compete à Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN autorizar a “posse, uso, armazenamento e transporte de material nuclear”, bem

36 PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública. Concessão. Permissão. Terceirização e Outras Formas*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 126-127.

como expedir as normas técnicas respectivas. Trata-se de “atividades privadas regulamentadas”, como leciona o professor Alexandre Santos de Aragão, que assim as define:

As atividades de que estamos tratando são atividades econômicas privadas; não são desenvolvidas pelo Estado, seja diretamente, seja através de concessão ou permissão. São prestadas pelos particulares por direito próprio, mas o Estado as sujeita a um controle constante e que pode em alguns aspectos imiscuir-se em elementos contratuais da prestação da atividade, para que ela, não apenas não agrida o interesse público, mas também contribua para a sua realização³⁷.

A execução dessas atividades encontra-se sujeita a extensa regulamentação imposta pela Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN, em suas normas técnicas, no âmbito da sua competência normativa prevista no art. 2º, IX, alínea “b” da Lei nº 6.189/74, devendo o particular submeter-se a processo de licenciamento da instalação radiativa³⁸ e a amplo controle e fiscalização de suas atividades.

2.2 INSTRUMENTOS REGULATÓRIOS

Definida no art. 1º, I da Lei nº 6.189/74 como “órgão superior de orientação, planejamento, supervisão, fiscalização e de pesquisa científica”, dotada da necessária autonomia administrativa e financeira, como previsto no art. 3º da Lei nº 4.118/62, a Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN vem atuando, desde a sua instituição, no desempenho de funções regulatórias no setor nuclear.

Embora não tenha sido instituída sob a forma de agência reguladora – até mesmo porque o modelo de regulação através de agências somente foi importado pelo Brasil na década de 90 – a Comissão Nacional de Energia Nuclear já fora criada com regime diferenciado em relação às demais autarquias, sendo dotada de autonomia administrativa especial, prevendo a legislação mandato fixo para os dirigentes e a impossibilidade de livre demissão destes, hipótese restrita às situações em que restar comprovada a “ineficiência, negligência no cumprimento do dever ou malversação”³⁹.

37 ARAGÃO. 2008, p. 176-177.

38 Conforme Norma CNEN-NE-6.02, que trata do Licenciamento de Instalações Radiativas. Disponível em: <<http://www.cnen.gov.br/seguranca/normas/pdf/Nrm602.pdf>>.

39 Conforme previsto no art. 10, § 3º da Lei nº 4.118/62.

Atuando indiretamente na ordem econômica, como agente normativo e regulador, no desempenho das “funções de fiscalização, incentivo e planejamento”⁴⁰ o Estado dispõe de instrumentos materializadores da sua função reguladora, visando a ordenação das relações econômicas. Definindo a atividade estatal de regulação, destacamos a precisa lição de Alexandre Santos de Aragão, em seu livro *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*:

A regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis⁴¹.

No desempenho da função reguladora, portanto, o Estado dispõe de instrumentos regulatórios que permitem uma ampla atuação, seja através da expedição de atos normativos setoriais, do exercício de poder de polícia, através da fixação de normas proibitivas e aplicação de sanções ou através do fomento de determinadas atividades.

Como já exposto, no setor nuclear, o exercício das atividades de polícia administrativa, incluídas as fases de comando, consentimento, fiscalização e sanção⁴², foi conferido à Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN, nos termos do art. 2º da Lei nº 6.189/74. No desempenho dessa competência reguladora, caberá ao órgão regulador exercer o pleno controle quanto à juridicidade dos atos praticados pelos agentes estatais, seja no exercício de atividades monopolizadas ou no exercício de atividade econômica em sentido estrito, e pelos particulares, no âmbito da livre iniciativa.

No exercício do poder de polícia, compete à Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN:

40 Art. 174 da Constituição Federal.

41 ARAGÃO. Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 37

42 Conforme classificação adotada por SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. *Direito Administrativo Regulatório*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 74-80.

VIII - estabelecer normas e conceder licenças e autorizações para o comércio interno e externo:

- a) de minerais, minérios, materiais, equipamentos, projetos e transferências de tecnologia de interesse para a energia nuclear;
- b) de urânio cujo isótopo 235 ocorra em percentagem inferior ao encontrado na natureza;

IX - expedir normas, licenças e autorizações relativas a:

- a) instalações nucleares;
- b) posse, uso, armazenamento e transporte de material nuclear;
- c) comercialização de material nuclear, minérios nucleares e concentrados que contenham elementos nucleares;

X - expedir regulamentos e normas de segurança e proteção relativas:

- a) ao uso de instalações e de materiais nucleares;
- b) ao transporte de materiais nucleares;
- c) ao manuseio de materiais nucleares;
- d) ao tratamento e à eliminação de rejeitos radioativos;
- e) à construção e à operação de estabelecimentos destinados a produzir materiais nucleares e a utilizar energia nuclear;

[...]

XIV - fiscalizar:

- a) o reconhecimento e o levantamento geológicos relacionados com minerais nucleares;
- b) a pesquisa, a lavra e a industrialização de minérios nucleares;

- c) a produção e o comércio de materiais nucleares;
- d) a indústria de produção de materiais e equipamentos destinados ao desenvolvimento nuclear;

[...]

XVII - autorizar a utilização de radioisótopos para pesquisas e usos medicinais, agrícolas, industriais e atividades análogas;

XVIII - autorizar e fiscalizar a construção e a operação de instalações radiativas no que se refere a ações de comércio de radioisótopos⁴³.

No exercício do consentimento de polícia, as instalações nucleares e instalações radiativas estão sujeitas a licenciamento pelos órgãos competentes, tais como a Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN, Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e respectivos órgãos estaduais e municipais, nas suas específicas áreas de atuação.

No campo do fomento, no âmbito do processo de regulação, a atuação estatal concretiza-se através dos incentivos prestados pelo Poder Público para o desenvolvimento de atividades econômicas pelos particulares. Saliente-se que a criação de estímulos favoráveis ao desenvolvimento de determinadas atividades deverá ser operada sempre em consideração aos princípios constitucionais da ordem econômica, previstos no art. 170 da Constituição Federal. Assim, a concessão de benefícios incentivadores de atividades econômicas, como a instituição de isenção fiscal, deverá visar, por exemplo, a redução das desigualdades regionais e sociais, como previsto no art. 170, inciso VII.

Sobre o fomento estatal, no setor nuclear, a Lei nº 6.189/74 prevê como competência da Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN o incentivo e a promoção de pesquisas científicas e tecnológicas, quanto aos usos e técnicas nucleares para fins pacíficos, formação de cientistas e outras atividades relacionadas.

Também no exercício da regulação estatal, compete ao Estado atuar no planejamento de políticas públicas que, nos termos do

⁴³ Art. 2º da Lei nº 6.189/74.

art. 174 da Constituição, será “determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. De acordo com o magistério de Eros Roberto Grau:

O planejamento apenas qualifica a intervenção do Estado sobre e no domínio econômico, na medida em que esta, quando conseqüente ao prévio exercício dele, resulta mais racional. Como observei em outro texto, forma de ação racional caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de ação coordenadamente dispostos, o planejamento, quando aplicado à intervenção, passa a qualificá-la como encetada sob padrões de racionalidade sistematizada⁴⁴.

Embora o planejamento, tal como previsto no texto constitucional, seja meramente indicativo para o setor privado, é preciso verificar se o plano apresentado tem caráter indicativo, incitativo ou imperativo, como referido pelo professor Almiro Couto e Silva, em seu artigo Responsabilidade por Dano Decorrente do Planejamento Econômico⁴⁵. Os planos indicativos apenas assinalam uma posição estatal, sem quaisquer compromissos, enquanto que os planos imperativos devem ser obrigatoriamente observados pelos particulares. Nos planos incitativos, o Governo não apenas indica o planejamento de políticas, como também promete benefícios⁴⁶.

Em se tratando de planos incitativos ou planos imperativos, havendo modificação de planejamento, o Estado estará sujeito à responsabilização civil por eventuais danos que possa ter ocasionado aos particulares, configurada a violação aos princípios da boa fé e da segurança jurídica no trato com o setor privado. Portanto, ainda que o planejamento estatal, na área econômica seja apenas indicativo para a

44 GRAU, op. cit., p. 149-150.

45 COUTO E SILVA, Almiro. Responsabilidade por Dano Decorrente do Planejamento Econômico. RDP, n. 63, p. 129 *apud* FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. *Revista Diálogo Jurídico*, nº 13 – abril/maio de 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-LUCIA-VALLE-FIGUEIREDO.pdf>.

46 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. *Revista Diálogo Jurídico*, nº 13 – abril/maio de 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-LUCIA-VALLE-FIGUEIREDO.pdf>.

iniciativa privada, caso a modificação de determinada política pública acarrete danos aos particulares, surge o dever de indenizar.

3 CONCLUSÃO

A atuação do Estado, no setor nuclear, inclui um rol diversificado de atividades econômicas, sujeitas a regimes jurídicos distintos, tendo o legislador constituinte mantido o exercício de algumas atividades em regime de monopólio estatal, deixando as demais no campo da livre iniciativa. Dada a relevância destas atividades executadas pelo setor privado, que podem ser classificadas como atividades privadas regulamentadas, estão sujeitas a forte regulação estatal, dependendo o seu exercício de prévia autorização estatal, nos termos do parágrafo único do art. 170 do texto constitucional.

A legislação infraconstitucional previu, ainda, uma hipótese de atuação direta do Estado, no desenvolvimento de atividade econômica em sentido estrito, em concorrência com a iniciativa privada. Trata-se da operação de usinas nucleares, atividade atualmente desenvolvida pela Eletrobrás Termonuclear S/A- Eletronuclear, sociedade de economia mista especialmente constituída para essa finalidade, mas que também poderá ser executada por empresas concessionárias de energia elétrica, como previsto no art. 10 da Lei nº 6.189/74.

Analisando-se a natureza jurídica das atividades econômicas desenvolvidas no setor nuclear e os regimes jurídicos aplicáveis, partindo-se da aplicação do princípio da subsidiariedade, temos que a atuação do Estado, no setor nuclear, dar-se-á principalmente no campo da regulação. No exercício da função regulatória estatal, no campo das atividades nucleares, a legislação atribuiu esse mister à Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN que, embora não seja dotada da estrutura de uma agência reguladora, vem desempenhando há 50 anos essa função.

É preciso, entretanto, aprofundar os estudos sobre a matéria. A legislação nuclear nacional encontra-se obsoleta em matéria de regulação, com a previsão de instrumentos regulatórios inadequados à nova realidade de um setor que tem se expandido a cada dia, com a utilização de novas técnicas nucleares.

Parece que as autoridades atentaram para essa realidade. Com a publicação do Decreto s/n, de 2 de julho de 2008, que determinou

a constituição do Comitê de Desenvolvimento do Programa Nuclear Brasileiro, em que têm assento os mais diversos Ministérios, acredita-se que um novo tratamento será dado ao setor nuclear, com o advento de um novo arcabouço normativo, proporcionando uma nova estrutura regulatória estatal, adequada ao desenvolvimento seguro das atividades nucleares.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Maria Ribeiro de. *A opção nuclear: 50 anos rumo à autonomia*. Rio de Janeiro: MAST, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Direito dos Serviços Públicos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRANDÃO, Rafael Vaz da Motta. *O Negócio do Século: O Acordo de Cooperação Nuclear Brasil-Alemanha*. Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense, 2002 (Dissertação, mestrado em História).

CARDOSO, Eliezer de Moura, et al. *Aplicações da Energia Nuclear*. Apostila educativa. Disponível em: <<http://www.cnen.gov.br>>.

_____. Radioatividade. Apostila educativa. Disponível em: <<http://www.cnen.gov.br>>.

ELETRONUCLEAR – GERÊNCIA DE PLANEJAMENTO

ESTRATÉGICO. Panorama da Energia Nuclear – Setembro de 2008.

Disponível em: <www.eletronuclear.gov.br/downloads/41/287.pdf>

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. *Revista Diálogo Jurídico*, nº 13 – abril/maio de 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-LUCIA-VALLE-FIGUEIREDO.pdf>.

FISCHER, David. *History of the International Atomic Energy Agency: the first forty years*. Viena: IAEA, 1997. Disponível em: <http://www-pub.iaea.org/MTCD/publications/PDF/Pub1032_web.pdf>.

GONÇALVES, Odair Dias e ALMEIDA, Ivan Pedro Salati de. A energia nuclear e seus usos na sociedade. In *Revista Ciência Hoje*, 2005, vol. 37, nº 220.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2008.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública. Concessão. Permissão. Terceirização e Outras Formas*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. *Direito Administrativo Regulatório*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

TORRES, Sílvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

JUROS NA DESAPROPRIAÇÃO: UMA VISÃO CONCILIADORA DO NOSSO DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL

Daniel Roffê de Vasconcelos
Procurador Federal da Advocacia-Geral da União

SUMÁRIO: Introdução; 1 Juros no Direito Civil; 2 Juros na desapropriação; 2.1 Uma visão de juros incompatível com o Direito Civil; 2.2 Por uma visão conciliadora do Direito Civil e Constitucional; 2.3 Aplicação de Juros após o advento da MP 1.577/98 e reedições (atual MP 2.183-56/2001); 3 Nova disposição do art. 1º-F da Lei 9.494/97, a partir da Lei 11.960, de 29.06.2009; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo expõe as hipóteses legais dos juros e sua aplicação na desapropriação. Traz uma abordagem histórica da aplicação dos juros na desapropriação, sob os pontos de vista normativo, doutrinário e jurisprudencial, considerando diversos posicionamentos a respeito, a natureza jurídica dos juros contemplada em nosso Direito Civil, e a garantia do princípio constitucional da justa e prévia indenização na desapropriação. Externa o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à aplicação dos juros na desapropriação, ao julgar medida cautelar na ADIN 2.332-2/DF, que analisa a constitucionalidade de diversos dispositivos da MP 1.577/98 e reedições (atual MP 2.183-56/2001). E finalmente, propõe uma visão conciliadora do nosso Direito Civil e Constitucional quanto à incidência de juros na desapropriação.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Civil. Constitucional. Administrativo. Desapropriação. Juros.

ABSTRACT: This article exposes the legal bases of interests and its application in expropriation. The author brings a brief history of interest applicability in expropriation in Brazil, considering the law, the doctrine and jurisprudence. Focusing also different points of view, the legal nature of interest in our civil law and the Constitutional guarantee of just and previous compensation in expropriation. Shows the present treatment that the Supreme Court gives to the subject in the trial of the Writ of Prevention in ADIN 2.332-2/DF, which analyses the constitutionality of several articles of the Provisional Executive Act 1.557/98 and its reissues (actual Provisional Executive Act 2.183-56/2001). Finally, offers a conciliatory vision of the Brazilian Civil and Constitution Laws, about the incidence of interest in expropriation.

KEYWORDS: Law. Civil. Constitutional. Administrative. Expropriation. Interest.

INTRODUÇÃO

O estudo tem por escopo buscar maior sistematicidade na aplicação dos juros na desapropriação, evitando-se que a garantia constitucional da prévia e justa indenização seja utilizada como justificativa à inobservância das reais hipóteses de incidência dos juros previstas em nossa legislação civil; equívoco que a nossa jurisprudência vem cometendo até hoje.

É verdade que alguns entraves normativos dificultavam, e ainda dificultam, particularmente, a plena garantia da prévia indenização na desapropriação, como a restrição do levantamento imediato de toda a quantia oferecida e depositada pelo poder expropriante. Mas, como pretendemos demonstrar, esses obstáculos podem ser suprimidos sem a utilização indevida de juros para tanto, conciliando-se o nosso direito civil e constitucional. Assim, poder-se-ia evitar graves danos ao erário, sem se deixar de assegurar ao expropriado todos os direitos a ele constitucionalmente garantidos.

1 JUROS NO DIREITO CIVIL

Para o exercício de uma atividade econômica é imprescindível que se tenha numerário necessário à abertura ou expansão do empreendimento. Aquele que não o tem, vale-se, então, de capital de outrem, comprometendo-se a devolvê-lo ao longo do tempo com juros - uma retribuição ao mutuante que contribuiu com a geração de riquezas. Daí o art. 1.262 do CC/1916 que permitia a cobrança de juros em casos de mútuo, desde que expressamente avençados e o art. 591 do CC atual, que prevê essa incidência, mesmo sem expressa disposição a respeito, quando o empréstimo for destinado a fins econômicos.

Além da finalidade de remunerar o titular do capital empregado por terceiro, os juros são cobrados em casos de mora, que decorre do atraso injustificado no cumprimento da obrigação. Estes, denominados moratórios, têm finalidade reparadora - a de ressarcir o credor que deixou de utilizar ou empregar o seu crédito a partir do momento em que o respectivo devedor se tornou inadimplente, independentemente de previsão contratual nesse sentido (arts. 1.064 do CC/1916, 280 e 389 do CC atual).

É importante ressaltar que os juros não se confundem com a retribuição pela mera utilização de um bem qualquer. Incidem somente

sobre capital representado por bem fungível, aquele que pode ser substituído por outro da mesma espécie, qualidade e quantidade.

Washington de Barros Monteiro¹ define juros da seguinte forma:

são o rendimento do capital, os frutos produzidos pelo dinheiro. Assim como o aluguel constitui o preço correspondente ao uso da coisa infungível no contrato de locação, representam os juros a renda de determinado capital. De acordo com o art. 60, do Código Civil (de 1916), entram eles na classe das coisas acessórias. Dividem-se em *compensatórios* e *moratórios*. Correspondem os primeiros aos frutos do capital mutuado ou empregado. Os segundos representam indenização pelo atraso no cumprimento da obrigação.

Caio Mário da Silva Pereira², da mesma forma, expõe:

Chamam-se juros as coisas as coisas fungíveis que o devedor paga ao credor, pela utilização de coisas da mesma espécie a este devidas. Pode, portanto, consistir em qualquer coisa fungível, embora freqüentemente a palavra juro venha mais ligada ao débito de dinheiro, como acessório de uma obrigação principal pecuniária. Pressupõe uma obrigação de capital, de que o juro representa o respectivo rendimento, distinguindo-se com toda nitidez das cotas de amortização. Na idéia de juro integram-se dois elementos: um que implica na remuneração pelo uso da coisa ou quantia pelo devedor, e outro que é a de cobertura do risco que sofre o credor.

Ao tratar dos juros moratórios e compensatórios, Pereira³ vê os primeiros como uma “pena imposta ao devedor em atraso com o cumprimento da obrigação”, e os segundos o que se paga “como compensação pelo fato de o credor estar privado da utilização de seu capital”.

Scavone Junior⁴ também ensina que “aplicado no plural – juros –, exprime os interesses, ganhos ou lucros que o detentor do capital

1 MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações 1ª Parte – Das Modalidades das Obrigações dos Efeitos das Obrigações. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 345.

2 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Vol. II – Teoria Geral das Obrigações. 17. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999. p. 86.

3 Ibid., p. 86-87.

4 SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Juros no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 49.

aufere pela inversão, ou seja, pelo uso por alguém que não possui o capital”. E ressalta que “os juros podem ser representados por qualquer bem fungível e incidir sobre qualquer capital que, entretanto, deve estar representado por bem fungível”.

Finalmente, de acordo com o sempre consagrado Pontes de Miranda⁵:

entende-se por juros o que o credor pode exigir pelo fato de ter prestado ou de não ter recebido o que se lhe devia prestar. Numa e noutra espécie, foi privado de valor, que deu, ou de valor, que teria de receber e não recebeu. Os nossos tempos quase só cogitam de interêsses ou juros em dinheiro, porém nada obsta a que se estipulem interêsses em natura, tratando-se de dívidas de outras coisas fungíveis. Dois elementos conceptuais dos juros são o *valor da prestação*, feita ou a ser recebida, e o *tempo* em que permanece a dívida. Daí o cálculo percentual ou outro valor adequado sobre o valor da dívida, para certo trato de tempo. É o *fruto civil* do crédito; no plano econômico, renda do capital. [...]

[...]

Por extensão ao conceito vulgar, consideram-se juros o que há de ser pago, em dinheiro, ou outra coisa fungível, se relativo a crédito de coisa não fungível mas estimada, ou, se destinada a venda, com valor de venda fixado.

Destaque-se que neste último caso referido por Pontes de Miranda, de venda com valor fixado, os juros somente devem correr após a entrega do bem ou das chaves (no caso de imóveis) por parte do vendedor, consoante se depreende do item 14 da Portaria do Secretário de Direito Econômico n.º 3, de 15.03.2001, com espeque no art. 56 do Decreto 2.181, de 20.03.1997. É porque não seria razoável remunerar o vendedor com juros se ele ainda sequer cumpriu a sua obrigação, transferindo a posse da coisa ao adquirente, quando somente então se tornará o único credor da relação jurídica contratual, com direito à remuneração do capital (crédito) que está sendo utilizado

5 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Tomo 24*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1971. p. 15-16.

pelo comprador até a última parcela do pagamento. Nesse sentido vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça⁶.

Desses ensinamentos, podemos concluir pela existência de duas hipóteses de cabimento dos juros: 1^a) *o empréstimo ou emprego por outrem de capital representado por bem fungível*. Nesse caso, os juros têm finalidade remuneratória e são cobrados desde que haja expressa previsão contratual a respeito, salvo se o mútuo for destinado a fins econômicos ou, evidentemente, se houver imposição legal específica (art. 1.262 do CC/1916 e 591 do CC atual); e 2^a) *o inadimplemento, que decorre do atraso no cumprimento da obrigação*. Aqui os juros visam indenizar o credor que se viu injustamente privado de seu crédito com a inadimplência do devedor, e são cobrados independentemente de previsão contratual (art. 1.064 do CC/1916 e arts. 280 e 389 do CC atual). Na primeira hipótese, temos o que denominamos juros compensatórios ou remuneratórios; na segunda, moratórios.

2 JUROS NA DESAPROPRIAÇÃO

A desapropriação é forma de aquisição da propriedade pelo Poder Público, distinguindo-se do negócio jurídico de compra e venda, pelo fato de decorrer de ato unilateral de vontade do adquirente (expropriante), pois tal transferência independe da anuência do proprietário. Decorre do poder imperativo do Estado.

A Constituição Federal exige uma indenização prévia e justa pela desapropriação (arts. 5^o, XXIV, e 184, *caput*). Compreende-se, assim, que a transferência da propriedade somente deva ocorrer após o pagamento do justo preço.

Nem sempre, porém, o Poder Público paga previamente a justa indenização. Há casos em que ocupa ou utiliza a coisa expropriada, sem regular procedimento administrativo, ou seja, sem qualquer pagamento ou depósito do preço correspondente, fato que se denomina desapropriação indireta, e outros, em que é oferecida e depositada a quantia, mas em valor inferior ao devido.

6 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3^a Turma. Recurso Especial nº 470513-DF. Relator: Ministro Ari Pargendler. Decisão unânime. Brasília, 25.09.2006. DJ de 25.02.2008, p. 1. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 25 jul. 2008.

Foi justamente nesses casos, que o Supremo Tribunal Federal⁷ passou a entender cabíveis juros a partir da imissão de posse, quando o bem é subtraído do particular sem o recebimento prévio do justo preço. Seria necessário ressarcir o expropriado que deixou de utilizar o seu crédito (indenização), a partir do momento em que o expropriante se imitiu na posse do bem sem o pagamento integral da contraprestação pecuniária.

A jurisprudência era vacilante, contudo, na qualificação desses juros a serem aplicados, tendo alguns julgados do Supremo os considerado moratórios⁸ e outros “compensatórios”⁹.

Mas, o art. 3º do Decreto 22.785, de 31.05.1933 impunha a incidência de juros de mora contra a Fazenda Pública somente a partir da sentença condenatória transitada em julgado, quando se tratasse de quantia líquida. Então, para justificar a cobrança de juros já a partir da imissão de posse, evitando-se a aplicação desse decreto, incompatível com a garantia constitucional da prévia indenização, decidiu, finalmente, o nosso Pretório Excelso¹⁰ que eles seriam “compensatórios”, e não moratórios.

Sem a incidência de juros desde a imissão de posse, estaria o expropriado deixando de ser devidamente ressarcido, por não utilizar no aumento do seu capital a indenização que não lhe foi paga naquele momento, por culpa da Administração Pública.

Daí a expedição da Súmula 164 do STF: “No processo de desapropriação, são devidos juros compensatórios desde a antecipada imissão de posse, ordenada pelo juiz, por motivo de urgência.”

O Supremo¹¹, então, quanto à desapropriação direta, firmou o posicionamento de que, se a sentença fixasse preço acima do oferecido

7 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. Recurso Extraordinário nº 18043-MG. Relator: Ministro Mário Guimarães. Decisão unânime. Rio de Janeiro, 06.08.1951. DJ de 13.09.1951. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 25 jul. 2008.

8 Ibid.

9 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. Recurso Extraordinário nº 19214-DF. Relator: Ministro Hahnemann Guimarães. Decisão por maioria. Rio de Janeiro, 28.09.1951. ADJ de 28.12.1953, p. 4018. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 25 jul. 2008.

10 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. Recurso Extraordinário nº 30101-DF. Relator: Ministro Ribeiro da Costa. Decisão unânime. Rio de Janeiro, 23.01.1956. DJ de 01.06.1956. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 25 jul. 2008.

11 Ibid.

e depositado em juízo pelo expropriante, caberia a incidência de juros sobre essa diferença, a partir da imissão de posse, quando o proprietário passaria, então, a ficar privado de seu capital, por ter recebido apenas parte da indenização.

Não é difícil perceber que essa incidência somente decorre da mora do Poder Público, ao depositar quantia inferior à efetivamente devida. Vemos, assim, que os ditos juros compensatórios na desapropriação possuem todos os elementos caracterizadores dos moratórios.

Ao menos neste primeiro momento da nossa jurisprudência, os juros “compensatórios” não incidiam concomitantemente com os moratórios, e eram fixados em 6% a.a., nos termos dos arts. 1.063 do CC/1916 e 1º, § 3º, do Decreto 22.626, de 07.04.1933, o que, na prática, não chegava a causar prejuízo indevido ao erário, e atendia satisfatoriamente ao direito do expropriado.

Não se pode negar, contudo, que a solução adotada pela nossa Corte Máxima de considerar devidos juros “compensatórios” não foi a mais adequada, pois sempre se deve levar em conta na aplicação de instituto jurídico, a sua verdadeira hipótese legal. A decisão mais razoável seria a de afastar, nos casos de desapropriação, o art. 3º do Decreto 22.785/33, possibilitando, com isso, o cômputo de juros moratórios a partir da imissão de posse. Com isso, estariam compatibilizadas as normas previstas em nossa legislação civil, com a garantia constitucional da prévia indenização.

Mas essa não foi a solução adotada pela nossa jurisprudência, provavelmente, pela ausência, na época, de uma cultura de controle de constitucionalidade das leis, hoje bem mais desenvolvida e desempenhada pelos nossos Tribunais.

Posteriormente, o Supremo¹², na desapropriação indireta, passou a admitir em alguns casos a incidência de juros “compensatórios” a partir do laudo pericial (e não da imissão de posse), se o valor ali encontrado fosse atual e superasse consideravelmente o da época da ocupação. O fundamento utilizado era o de que, se não fosse assim, a Fazenda Pública seria condenada duas vezes, pois além de pagar indenização já atualizada e

12 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. Recurso Extraordinário nº 47009-Guanabara. Relator: Ministro Victor Nunes. Decisão por maioria. Brasília, 10.04.1962. DJ de 03.05.1962. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 25 jul. 2008.

superior àquela da época do desapossamento, ainda responderia por juros retroativos àquela ocasião. Nesse sentido foi editada a Súmula 345 do STF: “Na chamada desapropriação indireta, os juros compensatórios são devidos a partir da perícia, desde que tenha atribuído valor atual ao imóvel.”

Essa Súmula foi posteriormente afastada, passando os juros “compensatórios” a serem fixados, em qualquer situação, a partir da imissão de posse ou do desapossamento administrativo. Entendeu o STF¹³, com razão, que, por não se confundirem com o justo valor da indenização, esses juros em nenhuma hipótese incidiriam a partir do laudo, mas, sim, desde o momento em que o preço deveria ter sido pago ou depositado.

Percebendo que os juros “compensatórios” na desapropriação possuíam a mesma finalidade dos moratórios, o Rel. Min. Rodrigues Alckin, no RE 85.209/RJ, manteve a sua cobrança, mas, por coerência, afastou os de mora, pois a incidência concomitante de ambos sobre o mesmo capital causaria a aplicação de juros sobre juros, e, conseqüentemente, um *bis in idem*¹⁴. Entretanto, decidiu majorar a sua taxa de 6% para 12% a.a., que correspondia ao rendimento máximo permitido ao capital, não obstante os arts. 1.063 do CC/1916 e 1º, § 3º, do Decreto 22.626/33 prescreverem ser de 6% a.a. os juros devidos por força de lei ou convenção, mas sem taxa estipulada.

É importante frisar que o nosso Poder Judiciário começou a aplicar juros na desapropriação em 12% a.a. como substituto dos lucros cessantes, e não pela mera indisponibilidade do capital (indenização). Mas de forma inexplicável, no RE 69.798/BA, o Pretório Excelso¹⁵ manteve esse percentual máximo simplesmente sob o fundamento de melhor representar as rendas que deixou de ser obtidas desde o dia em que todo o preço deveria ter sido pago, mas não o foi. Ora, esta finalidade

13 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. Embargos de Divergência nº 47934-SP. Relator: Ministro Luiz Gallotti. Decisão unânime. Brasília, 27.03.1969. DJ de 30.05.1969. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

14 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. Recurso Extraordinário nº 85209-RJ. Relator: Ministro Rodrigues Alckmin. Decisão unânime. Brasília, 29.03.1977. DJ de 06.05.1977. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

15 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. Recurso Extraordinário nº 69798-BA. Relator: Ministro Antônio Neder. Decisão por maioria. Brasília, 25.02.1975. DJ de 04.04.1975. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

de juros é justamente a mesma dos moratórios, razão pela qual restou sem sentido essa decisão que ensejou a Súmula 618 do STF.¹⁶

Com o tempo, o Supremo, talvez percebendo esse dilema, passou a considerar esse percentual devido, por supostamente melhor atender à garantia constitucional do justo preço (art. 5º, XXIV), do que o limite de 6% ao ano.

Não me parece razoável, entretanto, entender integrarem os juros, devidos a partir da imissão de posse, o justo preço da desapropriação, a justificar a sua incidência no percentual máximo. Isso somente seria teoricamente sustentável, se fossem considerados como substitutos dos lucros cessantes decorrentes da perda antecipada da posse; tese acertadamente rejeitada pela nossa mais alta Corte, sob o seguinte fundamento destacado pelo Ministro Moreira Alves no julgamento da ADI-MC 2.332-2/DF¹⁷: “isso não são lucros cessantes, com todas as vênias, são rendimentos do capital que deveria ter sido pago de imediato, e não foi feito, porque se entende que o preço pago depois é prévio porque ainda não houve a transmissão da propriedade.”

Ora, se os juros “compensatórios” integrassem o justo preço da indenização, seria para substituir alguns de seus componentes, e o único destes adequado a sofrer tal substituição seriam evidentemente os lucros cessantes.

Parece-me, então, contraditório afastar, por um lado, a tese de substituição dos lucros cessantes, possibilitando a incidência de juros na desapropriação de imóvel improdutivo ou que venha descumprindo a sua função social, e, por outro, entender integrá-los o justo preço da indenização para fixá-los no percentual máximo permitido em lei.

Por sinal, vale lembrar que o Supremo afastou a sua Súmula 345, que permitia a incidência de juros “compensatórios” somente a partir do laudo, se o valor neste encontrado fosse atual e superasse o da época da ocupação, justamente por eles não se confundirem com o justo valor da indenização. Como poderia, então, simplesmente agora, mudar esse

16 “Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano.”

17 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2332-2-DF. Relator: Ministro Moreira Alves. Decisão por maioria. Brasília, 05.09.2001. DJ de 02.04.2004, p. 8. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

entendimento apenas para mantê-los em 12% a.a.? Dessa forma, estão sendo usados dois pesos e duas medidas, em detrimento do erário.

Considerar juros “compensatórios” como parte integrante da justa indenização é confundir, por outro lado, crédito de capital e crédito de juros.

Embora os juros aqui analisados decorram da obrigação do Poder Público de indenizar o expropriado, ambos os créditos não se confundem.

A indenização é a prestação principal do dever do expropriante de pagar o justo preço da desapropriação. O seu montante é apurado através de laudo de avaliação, onde se deve encontrar o valor venal do bem, incluídas benfeitorias, danos emergentes e lucros cessantes.

Já os juros são acessórios, e somente surgem para compensar o expropriado que não recebeu toda a indenização no momento devido, ou seja, antes da imissão de posse ou do desapossamento administrativo. Apesar de terem como base de cálculo a diferença devida (toda ou parte da indenização), com esta não se confunde, pois a sua mensuração possui outra finalidade: a de restringir ou estimular o crédito em função da sua demanda e o de evitar os riscos de não recebê-lo de volta. Assim, o percentual maior ou menor de juros não é estabelecido para melhor representar o montante do capital (justo preço), mas por sua maior ou menor procura e em razão dos riscos de inadimplemento. Nesse sentido, destaque-se o ensinamento de José Eduardo Ferraz¹⁸:

Na esteira, cumpre informar que o juro tem, em regra, um duplo escopo, qual seja, promover a remuneração do credor por ficar privado de seu capital e pagar-lhe o risco de não o receber de volta. Desta forma, pode-se dizer, com certa tranqüilidade, que, quanto maior a procura por capital e maior o risco do inadimplemento, mais elevados serão os juros praticados no mercado; por outro lado, mais baixos serão os juros, onde a procura por capitais for menor e onde haja maior segurança no seu emprego.

Para corroborar essa demonstração de ausência de relação direta entre o montante dos juros e do justo preço, vale conferir a

18 FERRAZ, José Eduardo Coelho Branco Junqueira. Os juros e o novo Código Civil: uma abordagem doutrinária e jurisprudencial. In: *Obrigações: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 492.

seguinte passagem de Pontes de Miranda¹⁹, que distingue crédito de capital e crédito de juros:

Nada mais absurdo do que dizer-se que o capital e os juros constituem uma só dívida. Escreve-o J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado*, VI, Parte I, 312, e VI, Parte II, 362 e 365. [...]. Há o crédito principal e os créditos de juros. Soma, se ocorre, é apenas de ordem contabilística; não se confundem os créditos. Na falência, não correm juros contra a massa, mas contra ela correram juros, que, capitalizados ou não, têm de ser atendidos. Não se precisa do artifício – e do erro – de E. VIDARI, *Corso di Diritto commerciale*, VIII, 4ª ed., 267, que viu no capital e nos juros “un’única somma di debito, um’obbligazione indivisibile”. Tal fantasia se refletiu no acórdão do Tribunal da Relação Minas Gerais, a 27 de setembro de 1924, R. F., 43, 539, porém, não poderia prevalecer. Tanto o crédito de capital e crédito de juros são créditos distintos, que esse é acessório daquele. Não há acessório de si mesmo.

Analisando bem as circunstâncias e elementos que envolvem o crédito decorrente da desapropriação: não se trata de empréstimo, mas de aquisição mediante contraprestação pecuniária que deve ser paga à vista ou depositada em juízo; e não há riscos de não vir a ser pago (o pagamento da diferença é necessariamente efetuado, na pior das hipóteses, por precatório), conclui-se ser bastante razoável a estipulação dos respectivos juros no percentual de 6% a.a., previsto desde o CC/1916 até a atualidade (arts. 15-A do DL 3.365/41 e 5º da Lei 11.960/09²⁰).

De qualquer forma, ainda que integrassem os juros “compensatórios” o justo preço da indenização, como justificar a sua fixação no percentual máximo? Seria mais coerente, não apenas com o senso comum de justiça, mas com a nossa própria ordem jurídica, que eles, para se adequarem ao princípio constitucional do justo preço, fossem estipulados em seu patamar médio (6% a.a.), e não máximo (12% a.a.) ou mínimo (0%). Por sinal, prescreve o parágrafo único do art. 488 do CC atual: “Na falta de acordo, por ter havido diversidade de preço, prevalecerá o termo médio”.

19 MIRANDA, op. cit., p. 22.

20 Como a remuneração da caderneta de poupança envolve juros e correção monetária, e corresponde a 0,5% a.m. + TR, podemos considerar somente a título de juros o percentual de 6% a.a.

Entretanto, o posicionamento do STF pacificou-se no seguinte sentido: os juros “compensatórios”, na desapropriação indireta, incidiriam a partir do desapossamento administrativo em 12% a.a. sobre o valor da indenização; e, na direta, incidiriam a partir da imissão de posse nesse mesmo percentual, mas tão somente sobre a diferença entre o valor depositado e o fixado em juízo.

Quanto aos juros de mora, com o tempo, passaram a ser aplicados concomitantemente com os “compensatórios” ao percentual de 6% a.a., a partir do trânsito em julgado da ação de desapropriação ou de indenização por desapropriação indireta, nos termos do Decreto 22.785/33.

Com o advento da Lei 4.414, de 24.09.64, que revogou o art. 3º do Decreto 22.785/33 e prescreveu que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios pagarão juros de mora na forma do direito civil, em tese, estes, ao menos na desapropriação indireta, onde a citação recai sobre o expropriante devedor, deveriam incidir já a partir da citação, nos termos do § 2º do art. 1.536 do CC/1916, e não somente após o trânsito em julgado²¹.

Mas o Supremo^{22,23}, procurando evitar ao máximo, e com razão, a cumulatividade dos juros “compensatórios” e moratórios, decidiu, definitivamente, a partir do julgamento da ação cível originária 297, que tanto na ação de desapropriação direta como na indireta os juros moratórios seriam contados somente a partir do trânsito em julgado da ação, mesmo após a Lei 4.414/64.

Percebe-se claramente a postura do nosso Tribunal Máximo, em seus julgados, de evitar na desapropriação a cumulação dos juros “compensatórios” e moratórios, intuindo o fato de possuírem, no final das contas, a mesma finalidade.

21 SALLES, José Carlos de Moraes. *A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 592.

22 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. Recurso Extraordinário nº 115942-RJ. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Decisão unânime. Brasília, 11.10.1988. DJ de 09.12.1988, p. 32682. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

23 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. Ação Cível Originária nº 297-MT. Relator: Ministro Oscar Corrêa. Decisão unânime. Brasília, 02.05.1985. DJ de 13.09.1985, p. 15453. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

Mas se chegou a um ponto em que se “tornou necessário” distinguir de forma mais efetiva o cabimento de ambos, para melhor justificar a sua aplicação em momentos distintos. Essa distinção, porém, não poderia ser feita sem grave distorção da conceituação de juros, particularmente, dos compensatórios, como veremos adiante.

Mesmo entendendo serem inacumuláveis os juros “compensatórios” e moratórios, o então Ministro Aldir Passarinho, na ação cível originária 297 procurou distinguir o fato gerador de ambos da seguinte maneira: estes últimos incidiriam em razão do não pagamento da indenização; e aqueles pela não utilização da coisa (gleba), que se daria com a perda antecipada da posse²⁴. Essa distinção já havia sido inclusive sustentada em alguns outros julgados²⁵, embora o entendimento dominante fosse outro: o de que os juros “compensatórios” simplesmente visariam compensar o proprietário pelo rendimento que deixou de ganhar ao não receber a indenização devida desde a ocupação ou imissão de posse, e não pelos eventuais frutos civis decorrentes do próprio bem expropriado.

Mas foi com o extinto Tribunal Federal de Recursos e com o Superior Tribunal de Justiça que o substituiu, que a pretensa distinção entre os juros na desapropriação foi levada às últimas conseqüências com graves prejuízos ao erário.

O ex-TFR defendia que os juros “compensatórios” seriam meio de indenizar o particular por ter deixado de auferir renda produzida pelo próprio bem expropriado (coisa não fungível), a partir do momento em que perdesse antecipadamente a sua posse.

Seguindo esse raciocínio, o ex-TFR pacificou o entendimento de que eles, não apenas na desapropriação indireta, mas também na direta, incidiriam sobre o valor total da indenização, a partir da imissão de posse até o laudo pericial, sem correção, e a partir do laudo até o efetivo pagamento, corrigido monetariamente; o que culminou na expedição da sua Súmula 74.²⁶ Afinal, se esses juros

24 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *op. cit.*

25 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. Recurso Extraordinário nº 69723-RJ. Relator: Ministro Eloy da Rocha. Decisão unânime. Brasília, 12.04.1971. DJ de 09.07.1971. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

26 “Os juros compensatórios, na desapropriação, incidem a partir da imissão na posse e são calculados, até a data do laudo, sobre o valor simples da indenização e, desde então, sobre referido valor corrigido monetariamente.”

corresponderiam aos rendimentos do próprio bem expropriado, sobre o valor total deste (indenização) é que deveriam incidir-los, e não sobre eventual diferença entre o preço oferecido e o fixado na sentença; esta sim, base de cálculo dos moratórios.

O STJ²⁷ seguiu o entendimento do ex-TFR, também considerando como base de cálculo dos juros “compensatórios” o valor total da indenização. Com o tempo, afastou, contudo, a Súmula 74 do ex-TFR, para determinar a sua correção monetária desde a imissão provisória da posse, e não apenas a partir do laudo de avaliação. Nesse sentido foram editadas as Súmulas 113 e 114 do STJ.²⁸

Com essa tentativa de separação conceitual entre os juros na desapropriação, passou-se a admitir a sua cumulatividade, o que vinha sendo até então evitado pelo STF. Assim, não demorou muito e o STJ editou a Súmula 12, que dispõe: “em desapropriação, são cumuláveis juros compensatórios e moratórios”.

Mas o Superior Tribunal de Justiça, não se conformando com essa cumulatividade, passou ainda a admitir a incidência dos juros moratórios sobre o valor da diferença da indenização devida acrescido de juros compensatórios, o que constituía anatocismo vedado em lei, consoante arts. 4º do Decreto 22.626/33 e 1.544 do CC/1916, então em vigor, que apenas autorizava o cálculo de juros compostos, nos casos de indenização por dano decorrente de crime. O Supremo, inclusive, já havia editado a Súmula 121, vedando a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.

Foi, de qualquer forma, expedida a Súmula 102 do STJ: “a incidência de juros moratórios sobre os compensatórios, nas ações expropriatórias, não constitui anatocismo vedado em lei”

27 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 40042-SP. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Decisão unânime. Brasília, 07.06.1994. DJ de 15.08.1994, p. 20274. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

28 Súmulas 113 e 114 do STJ, respectivamente: “Os juros compensatórios, na desapropriação direta, incidem a partir da imissão na posse, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente”; “Os juros compensatórios, na desapropriação indireta, incidem a partir da ocupação, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente”.

2.1 UMA VISÃO DE JUROS INCOMPATÍVEL COM O DIREITO CIVIL

Esse entendimento de que os juros “compensatórios” representariam os frutos civis decorrentes do bem expropriado, que o proprietário deixou de auferir desde a perda antecipada de sua posse, é, com o devido respeito, um grave equívoco. Esses juros não são rendimentos de qualquer capital, mas apenas do dinheiro ou qualquer outra coisa fungível, como é pacífico em nossa doutrina civilista exposta no primeiro tópico; o que não é o caso do bem objeto de desapropriação.

Nesta, o Poder Público adquire coisa infungível, por ter sido adquirida em função de sua condição específica (lugar, descumprimento da sua função social, etc.), não sendo, portanto, capital sujeito a juros. Também não há propriamente na desapropriação emprego de capital alheio. Isso somente ocorreria, se o expropriante, enquanto mero possuidor do bem expropriado o utilizasse com finalidade econômica. É o que se depreende do próprio conceito de capital empregado, que significa “todo o esforço empregado para produzir mais riqueza. Riqueza cuja utilização produza nova riqueza”²⁹.

E não poderia ser diferente, pois os juros não são uma contraprestação pela simples utilização de um bem, mas, sim, especialmente quanto aos compensatórios, uma remuneração ao titular do capital que também tem direito de se beneficiar da atividade econômica daquele que o vem empregando.

No caso de desapropriação, ao se imitar na posse do bem ou ocupá-lo, o Poder expropriante assim o faz, não para obter vantagem financeira, até porque a nossa Constituição veda ao Estado a exploração direta da atividade econômica, salvo exceções (art. 173), mas para destiná-lo à satisfação de um interesse coletivo ou mesmo para reduzir desigualdades sociais (art. 170). Não há, portanto, a partir da ocupação ou imissão de posse proveito econômico do expropriante que justifique a incidência de juros compensatórios.

O que é devido é a própria contraprestação pela aquisição do bem expropriado (preço). E juros, se houver, são os de mora, em decorrência do inadimplemento total ou parcial da obrigação, quando

29 NUNES, Pedro. *Dicionário de Tecnologia Jurídica* Vol. I – A – F. 9. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1976, p. 161.

somente então nasce crédito de natureza fungível; a não ser na hipótese de pagamento a prazo, efetuado através de títulos da dívida pública ou agrária, autorizado pela nossa Constituição (arts. 182, § 4º, III, e 184), quando então se admite a incidência de juros compensatórios sobre esse valor remanescente até o respectivo resgate, o que já é previsto em legislação específica.

Não é demais lembrar, ainda, que a nossa legislação somente permite a cobrança de juros compensatórios, quando houver expressa disposição contratual ou legal a respeito, ou quando o mútuo for destinado a fins econômicos (art. 1.262 do CC/1916 e art. 591 do CC atual), o que evidentemente não ocorre na desapropriação.

Dessa concepção de juros como decorrentes da privação da coisa expropriada, alguns juristas, como Cretella Júnior³⁰ e Duarte³¹, baseando-se em decisões judiciais, passaram a defender a tese de que eles somente incidiriam se provado efetivo prejuízo lucrativo ao proprietário.

Se não há essa comprovação, ou, da mesma forma, se inexistem lucros cessantes, não se justificaria a incidência de juros compensatórios, pois não haveria nada a compensar.

Apesar da boa intenção dos que defendem essa tese, a verdade é que os juros não possuem a finalidade de ressarcir o expropriado dos lucros cessantes decorrentes da perda de sua posse. Estes, se existirem, já incorporaram o valor principal da indenização a ser pago previamente.

Assim, aplicar juros “compensatórios” como substitutivos dos lucros cessantes, nos casos de desapropriação, além de desvirtuá-los da sua própria definição e finalidade, seria incorrer num *bis in idem*³².

Por outro lado, é inaceitável a aplicação de juros para compensar eventuais ou hipotéticos lucros cessantes não computados na indenização principal. As perdas e danos, sejam quais forem, hão de ser devidamente

30 CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários a Lei de Desapropriação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 376-377.

31 DUARTE, Francisco Carlos. *Ação de Indenização por Desapropriação Indireta*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 122.

32 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. Recurso Especial nº 509854-RS. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Decisão unânime. Brasília, 27.03.2007. DJ de 17.04.2007, p. 286. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

provados e dimensionados, evitando-se, assim, enriquecimento sem causa. Nesse sentido, vem decidindo o STJ³³ ao excluir lucros cessantes em demandas de natureza obrigacional.

Dessa forma, ou há provas e dimensionamento dos lucros cessantes e, sendo assim, o seu respectivo valor deverá constar do preço, ou, caso contrário, não se deve aceitar a sua inclusão seja a que título for.

Vale destacar que a nossa legislação civil somente admite presunção de perdas e danos para fins de indenização nos casos de inadimplemento de contratos que prevêm cláusula penal³⁴ (arts. 916 e ss. do CC/1916 e arts. 408 e ss. do CC atual), o que não ocorre na desapropriação.

Não podemos aceitar, portanto, que os juros sejam utilizados como ressarcimento de eventuais e sequer dimensionados lucros cessantes.

Podemos, então, concluir que o posicionamento jurisprudencial e doutrinário que, separando-os conceitualmente dos moratórios, defende a incidência de juros “compensatórios” como forma de compensar o expropriado de eventuais rendimentos que teria deixado de ganhar com a mera perda antecipada de sua posse, contraria a concepção de juros definida em nosso Direito Civil.

2.2 POR UMA VISÃO CONCILIADORA DO DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL

A posição majoritária do Supremo sempre foi a de que teriam os juros “compensatórios” a finalidade de ressarcir o expropriado que deixou de utilizar e, conseqüentemente, de aumentar o seu capital ao não receber a indenização devida desde a ocupação ou imissão de posse do Poder expropriante, em atenção à garantia constitucional da prévia indenização.

33 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 64833-SP. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Decisão unânime. Brasília, 15.08.1995. DJ de 11.09.1995, p. 28835. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

34 RÉGIS, Mário Luiz Delgado; FIUZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 363: “Cláusula Penal ou pena convencional é um pacto acessório em que as partes contratantes pré-estabelecem as perdas e danos a serem aplicadas contra aquele que deixar de cumprir a obrigação ou retardar o seu cumprimento.”

Mas se o proprietário não obteve previamente todo o preço por culpa do expropriante que não lhe ofereceu e depositou a justa indenização, portanto, em razão de inadimplemento, o correto seria a incidência de juros moratórios, e não compensatórios, uma vez que destes é afastada qualquer idéia de culpa.³⁵

Destaque-se, nesse sentido, o profícuo ensinamento do Ilustre publicista Kiyoshi Harada³⁶:

“A partir do advento da Lei nº 4.414, de 24-9-1964, que submeteu a Fazenda Pública às normas do direito civil no que tange à condenação em juros moratórios, o correto seria computar esses juros a partir da imissão prévia na desapropriação direta e a contar do desapossamento na desapropriação indireta, para se adequar à própria conceituação desses juros. Em ambas as hipóteses, estaria havendo mora do Poder Público por causa do preceito constitucional do prévio pagamento da justa indenização. Na ação direta, obviamente, essa mora diz respeito à diferença entre o que foi depositado para fins de imissão prévia e o que foi fixado a título de justo preço. Com isso seriam dispensáveis os juros compensatórios, aliás, descabíveis [...]”

É também bastante esclarecedor o voto do então Min. Rodrigues Alckmin, no RE 85.209/RJ³⁷, sobre juros na desapropriação, demonstrando que os ditos compensatórios, na verdade, possuem a mesma finalidade dos moratórios:

4. – A segunda questão diz com os juros da mora. O acórdão fixou o valor do bem. Mandou que tal valor seja corrigido. E mandou, mais, que se contassem sobre ele juros compensatórios – compensando a expropriada, assim, da não disponibilidade do dinheiro, desde o momento em que perdeu a disponibilidade do imóvel, com a imissão na posse.

35 PEREIRA, op. cit., p. 87: “O que caracteriza a distinção entre um e outro é que do juro compensatório é afastada a idéia de culpa, o que não se dá com o moratório, que assenta no pressuposto do retardamento do devedor no cumprimento da obrigação principal.”

36 HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação – Doutrina e Jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 140.

37 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. Recurso Extraordinário nº 85209-RJ. Relator: Ministro Rodrigues Alckmin. Decisão unânime. Brasília, 29.03.1977. DJ de 06.05.1977. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

Quer a expropriada que se lhe pague, também juros moratórios. Tenho que a pretensão é descabida. Juros de mora compensam a não utilização de dinheiro, ilegitimamente retido com o devedor. Quem está em mora de pagar, deve pagar o dinheiro e mais o rendimento dele, rendimento que, pela mora, o credor não obteve. Ora, a todas as luzes é inadmissível que se, nas desapropriações, se atribuem juros ditos “compensatórios” ao expropriado, com a mesma finalidade de compensar o não uso de seu bem (dinheiro em lugar do imóvel) desde a imissão, ainda se lhe dêem juros ditos moratórios, com a mesma finalidade... A criação dos juros ditos “compensatórios” (os juros sempre compensam a privação da utilização de um capital) nas desapropriações se prendeu à proibição de dá-los moratórios antes da sentença condenatória, com trânsito em julgado – (D. 22.785/33, art. 3º). Eliminada, embora a proibição, jamais se poderá justificar a concessão de juros compensatórios e juros moratórios sobre o mesmo capital, ao mesmo tempo. Admiti-lo seria admitir juros sobre juros, ou acrescidos a outros juros.

Esse entendimento de caberem juros a partir da ocupação ou imissão de posse, não para compensar o proprietário de eventuais frutos civis decorrentes da perda de sua posse, mas para ressarcir-lo por não ter recebido previamente a justa indenização (esta sim, capital representado por bem fungível), é perfeitamente adequado ao conceito civilista de juros, aqui destacado.

O erro, como vimos, está em qualificá-los como compensatórios e não moratórios.

Mas não é só isso. Tendo sido contaminado pelo entendimento diverso, consagrado pelo ex-TFR e STJ, a nossa Corte Maior não apenas manteve indevidamente a fixação da taxa de juros “compensatórios” em 12% a.a., como admitiu após o trânsito em julgado da ação a sua cumulação com os moratórios; posicionamentos que devem ser modificados, para que finalmente seja resgatada a conciliação entre o nosso Direito Civil e Constitucional.

2.3. APLICAÇÃO DE JUROS APÓS O ADVENTO DA MP 1.577/98 E REEDIÇÕES (ATUAL MP 2.183-56/2001)

Procurando-se evitar maiores prejuízos ao erário ocasionados pela nossa Jurisprudência, foi expedida a MP 1.577, de 30.06.98 (atual

MP 2.183-56, de 24.08.2001). Apesar das boas intenções, cometeram-se alguns dos equívocos anteriormente citados.

O art. 15-A e parágrafos do DL 3.365/41, acrescentados pela medida provisória, que tratam da incidência de juros “compensatórios” na desapropriação, foram objeto da ação direta de inconstitucionalidade movida pelo Conselho Federal da OAB.³⁸

Apreciando a medida cautelar dessa ADIN, o Supremo suspendeu parcialmente o *caput* do art. 15-A, excluindo a expressão “de até seis por cento ao ano”, e para alterar a base de cálculo dos juros “compensatórios” que passa a corresponder à diferença entre 80% do preço ofertado em juízo e o fixado na sentença; e suspender totalmente a eficácia dos parágrafos 1º, 2º e 4º do art. 15-A.

Com essa decisão, ao menos enquanto não julgada definitivamente a ação, os juros “compensatórios” são devidos, se houver diferença entre o valor ofertado em juízo e o estipulado na sentença, a partir da imissão de posse do expropriante ou do desapossamento administrativo. O seu percentual é de 12% a.a., por ter sido mantida jurisprudência a respeito (Súmula 618 do STF), calculado sobre a diferença entre 80% do preço oferecido em juízo e o fixado na sentença, ou sobre a quantia total encontrada judicialmente, na desapropriação indireta.

Assim decidiu a nossa Corte Constitucional quanto à base de cálculo dos juros “compensatórios” em virtude da vedação legal ao proprietário, o qual não concorda com o preço oferecido, de levantar de imediato toda a quantia depositada em juízo. Enquanto não solucionada a lide, somente lhe é permitido retirar 80% desse valor, consoante arts. 33, § 2º, do DL 3.365/41 e 6º, § 1º, da LC 76/93.

É bom que se diga, contudo, que essa restrição não decorre de qualquer tipo de mora ou ato imputado ao expropriante, mas de expressa imposição legal. E mais, geralmente sucede da não aceitação pelo próprio expropriado do preço oferecido. Como justificar, então, a aplicação de juros sobre quaisquer valores já depositados em juízo e postos a disposição do proprietário? Inclusive, tal incidência é vedada pelos arts. 976 do CC/1916, 891 do CPC e 337 do CC atual. Este último

38 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2332-2-DF. Relator: Ministro Moreira Alves. Decisão por maioria. Brasília, 05.09.2001. DJ de 02.04.2004, p. 8. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

dispositivo, assim prescreve: “o depósito requerer-se-á no lugar do pagamento, cessando, tanto que se efetue, para o depositante, os juros da dívida e os riscos, salvo se for julgado improcedente”.

Seria mais condizente com a nossa garantia da prévia indenização (arts. 5º, XXVI, e 184, *caput*, da CF) que se considerasse inconstitucional a restrição do levantamento imediato de toda a quantia depositada, prevista nos arts 33, § 2º, do DL 3.365/41 e 6º, § 1º, da LC 76/93.

Dessa forma, o proprietário receberia desde o início a totalidade da indenização oferecida, e, portanto, já reconhecida como justa pela Administração Pública, e se evitaria a condenação do ente público ao pagamento de juros sobre o montante atualmente retido, o que vem causando danos ao erário de forma desnecessária.

Vale destacar que o expropriante já detém todas as condições de controlar a legitimidade dos atos administrativos de desapropriação (controle que pode vir a ser ainda mais aperfeiçoado), e, conseqüentemente, de evitar a superavaliação nos respectivos laudos. Estes são normalmente elaborados por mais de um servidor qualificado; são revistos por outros órgãos; submetem-se à análise de recursos; passam pela apreciação do órgão jurídico da respectiva entidade. Enfim, submetem-se suficientemente à fiscalização sobre sua regularidade, o que torna absolutamente dispensável o bloqueio de 20% do depósito judicial, enquanto não solucionada a ação de desapropriação.

Eventual retenção da quantia depositada em juízo dever-se-ia restringir a casos excepcionais que justificassem essa medida acautelatória, quando, por exemplo, houvesse fundada dúvida sobre o domínio do bem.

Com isso, compatibilizar-se-iam os interesses do expropriante, pois a base de cálculo dos juros se restringiria incontestavelmente à diferença entre o preço depositado e o valor fixado na sentença, e do expropriado, pois este receberia já inicialmente toda a indenização oferecida, em atenção à garantia constitucional da prévia indenização.

Mas, infelizmente, até o momento, essas não foram as soluções nem legislativas nem judiciais adotadas.

Sobre os juros moratórios, embora os termos de sua incidência estejam pacificados em nossos Tribunais, que vem aplicando o disposto

no art. 15-B do DL 3.365/41, com a redação dada a partir da MP 1.997-33, de 14.12.1999, há quem entenda ser esta norma inconstitucional.

Segundo Salles³⁹, esse dispositivo legal que determina a incidência de juros de mora a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito por precatório, nos termos do art. 100 da CF, violaria os princípios constitucionais da justa indenização (art. 5º, XXIV) e da moralidade administrativa (art. 5º, LXXIII e 37).

Não entendo, contudo, dessa forma.

Como já foi aqui demonstrado, os juros, sejam compensatórios ou moratórios, não se confundem com a própria indenização - crédito de capital distingue-se do crédito de juros.

Portanto, a fixação de juros, seja em que período for, não importa em violação ao princípio da justa indenização insculpida no art. 5º, XXIV, da CF.

Poder-se-ia sustentar violação aos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput) e da isonomia (art. 5º, caput), por importar em privilégio do Poder expropriante em detrimento dos demais sujeitos processuais.

Entretanto, esse privilégio não é arbitrário, e se justifica. É que a própria Constituição Federal em seu art. 100 expressamente dispõe que os débitos da Fazenda Pública Federal, Estadual ou Municipal, decorrentes de decisão judicial, sejam efetuados exclusivamente na ordem cronológica dos precatórios, inscritos até 1º de julho, e pagos até o final do exercício seguinte, corrigidos monetariamente.

Assim, considerando que já são cobrados juros “compensatórios” a partir da imissão de posse ou do desapossamento administrativo, não seria razoável cobrar do expropriante juros de mora antes do final do período constitucionalmente previsto para a tramitação do precatório. Se o Poder Público não pode, por vedação constitucional, pagar a eventual diferença devida sem submeter-se a esse trâmite, não deve antes desse período ser obrigado a juros moratórios, simplesmente por não incorrer em culpa. Por isso, tem-se por constitucional o art. 15-B

39 SALLÉS, op. cit., p. 594-595.

do DL 3.365/41, com a redação dada a partir da MP 1.997-33/99 (atual MP 2.183-56/2001).

Esse posicionamento se adequa ao pacificado pelo Supremo⁴⁰ de que, nos casos de condenação da Fazenda Pública, não incidem juros moratórios, não apenas durante o período de tramitação do precatório, mas entre a última conta de atualização e o efetivo pagamento efetuado nos termos do art. 100, § 1º, da CF.

3 NOVA DISPOSIÇÃO DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97, A PARTIR DA LEI 11.960, DE 29.06.2009.

Foi recentemente publicada a Lei 11.960, de 29.06.2009, que em seu art. 5º assim prescreve:

Art. 5º. O art. 10-F da Lei no 9.494, de 10 de setembro de 1997, introduzido pelo art. 40 da Medida Provisória no 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. (NR)

Diante desse dispositivo, a partir da sua publicação (art. 9º da Lei 11.960/09) em qualquer condenação judicial imposta à Fazenda Pública, independentemente da sua natureza, deverão incidir correção monetária e juros, tanto compensatórios como moratórios, uma única vez, pelos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Essa salutar medida legislativa de unificação dos índices de juros e correção monetária nas condenações impostas à Fazenda Pública vem também acompanhada e sustentada, agora, pela Emenda Constitucional 62, de 09.12.2009, que conferiu a seguinte redação ao § 12 do art. 100 da CF:

40 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 492779-DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Decisão unânime. Brasília, 12.12.2005. DJ de 03.03.2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

Art. 100. [...]]

§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, *após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança*, ficando excluída a incidência de juros compensatórios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). (grifo nosso)

Esse novo texto constitucional veio a alterar nossa sistemática de atualização dos precatórios judiciais, até então corrigidos pelo IPCA-E, consoante sucessivas leis de diretrizes orçamentárias. Agora, com o novo procedimento, os precatórios antes de serem pagos, serão novamente corrigidos pelos índices oficiais aplicados à caderneta de poupança no período entre a expedição do precatório e seu pagamento, sendo expressamente vedado o cômputo de juros compostos e a incidência de juros compensatórios nesse período.

Sendo assim, a partir da vigência da Lei 11.960/09, os juros “compensatórios” e moratórios, previstos nos arts. 15-A e 15-B do Decreto-Lei 3.365/41, deverão incidir, juntamente com a correção monetária, pelos índices oficiais da caderneta de poupança.

E mais: parece-me, inclusive, que, com o § 12 do art. 100 da CF, perderá sentido e, portanto, aplicabilidade, o próprio art. 15-B do Decreto-Lei 3.365/41, uma vez que o precatório já será automaticamente pago como juros e correção monetária.

Embora o Decreto-Lei 3.365/41 seja norma especial em relação à Lei 11.960/09, o art. 5º deste último diploma legal expressamente determina a sua aplicação nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente da sua natureza, o que nos faz concluir pela sua incidência também nas ações expropriatórias.

De qualquer forma, enquanto estiver em vigor a medida cautelar proferida pelo STF na ADIN 2.332-2/DF, os juros ditos compensatórios, previstos no art. 15-A do Decreto-Lei 3.365/41, incidirão nos termos nela consignados.

4 CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi dito, entendo que os juros na desapropriação deveriam incidir da seguinte forma:

A partir da ocupação ou imissão de posse, caberiam juros moratórios de 6% a.a., se houver diferença entre o preço ofertado e depositado em juízo e o valor fixado judicialmente, até o último cálculo de atualização na fase de execução, tendo em vista o art. 100, § 1º da CF. Assim, no art. 15-A do DL 3.365/41, no lugar da expressão “juros compensatórios de até seis por cento ao ano”, dever-se-ia ler “juros moratórios de seis por cento ao ano”.

Isso até a vigência da Lei 11.960, de 29.01.2009, quando tais juros, juntamente com a correção monetária, serão aplicados pelos índices oficiais da caderneta de poupança.

A sua base de cálculo seria a simples diferença entre o preço depositado em juízo e o fixado na sentença, e não a diferença entre 80% do valor oferecido pelo expropriado e o arbitrado judicialmente.

Mas para que seja assegurada a garantia constitucional da prévia indenização, dever-se-ia considerar inconstitucional a restrição do levantamento imediato de toda a quantia depositada, prevista nos arts. 33, § 2º, do DL 3.365/41 e 6º, § 1º, da LC 76/93.

Os parágrafos 1º, 2º e 4º do art. 15-A do DL 3.365/41 seriam inconstitucionais, como bem decidiu o Pretório Excelso. Afinal, os juros são cobrados a partir da ocupação ou imissão de posse, independentemente de lucros cessantes ou da produtividade do bem, simplesmente por força da garantia constitucional da prévia indenização.

A partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito através de precatório, incidiriam novamente, se for o caso, juros moratórios de 6% a.a., com base no art. 15-B do DL 3.365/41, com a redação dada a partir da MP 1.997-33/99, combinado com o art. 100, § 1º, da CF.

Evidentemente, por se tratarem ambos de verdadeiros juros moratórios, aqueles previstos a partir da imissão de posse ou ocupação (art. 15-A e § 3º do DL 3.365/41) e os cobrados após o trâmite regular

do precatório (art. 15-B), não seriam cumulativos; nem mesmo antes da MP 1.577/97 e suas reedições, quando estes últimos incidiam a partir do trânsito em julgado da ação. Deve ser vedado na desapropriação, como sempre deveria ter sido, o cômputo de juros compostos, nos exatos termos do art. 15-A.

Ressalte-se que após a publicação da Lei 11.960/09, os juros moratórios previstos no art. 15-B do Decreto-Lei 3.365/41, mais correção monetária, incidirão pelos índices oficiais da caderneta de poupança. E mais: com o § 12 do art. 100 da CF, incluído pela EC 62/09, o próprio art. 15-B do Decreto-Lei 3.365/41 não terá qualquer utilidade, haja vista que o precatório judicial já será automaticamente atualizado também com juros.

É verdade que, enquanto viger a medida cautelar proferida pelo STF na ADIN 2.332-2/DF, com eficácia *ex-nunc* e contra todos, nos termos do art. 11, § 1º, da Lei 9.868/99, os juros ditos compensatórios incidirão nos termos nela consignados.

Nada impede, porém, a reflexão sobre as questões aqui abordadas que visam resgatar a verdadeira definição de juros, baseada em nosso Direito Civil, e ao mesmo tempo garantir os princípios constitucionais da prévia e justa indenização na desapropriação.

REFERÊNCIAS

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários a Lei de Desapropriação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DUARTE, Francisco Carlos. *Ação de Indenização por Desapropriação Indireta*. Curitiba: Juruá, 2003.

FERRAZ, José Eduardo Coelho Branco Junqueira. Os juros e o novo Código Civil: uma abordagem doutrinária e jurisprudencial. In: *Obrigações: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação – Doutrina e Jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Tomo 24*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações 1ª Parte – Das Modalidades das Obrigações dos Efeitos das Obrigações*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

NUNES, Pedro. *Dicionário de Tecnologia Jurídica. V. I – A – F*. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S.A., 1976.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. V. II – Teoria Geral das Obrigações*. 17. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

RÉGIS, Mário Luiz Delgado; FIUZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALLES, José Carlos de Moraes. *A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Juros no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. Recurso Especial nº 470513-DF. Relator: Ministro Ari Pargendler. Decisão unânime. Brasília, 25.09.2006. DJ de 25.02.2008, p. 1. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 25 jul. 2008.

_____. 1ª Seção. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 40042-SP. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Decisão unânime. Brasília, 07.06.1994. DJ de 15.08.1994, p. 20274. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

_____. 2ª Turma. Recurso Especial nº 509854-RS. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Decisão unânime. Brasília, 27.03.2007. DJ de 17.04.2007, p. 286. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

_____. 4ª Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 64833-SP. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Decisão unânime. Brasília, 15.08.1995. DJ de 11.09.1995, p. 28835. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. Recurso Extraordinário nº 18043-MG. Relator: Ministro Mário Guimarães. Decisão unânime. Rio de Janeiro, 06.08.1951. DJ de 13.09.1951. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 25 jul. 2008.

_____. 2ª Turma. Recurso Extraordinário nº 19214-DF. Relator: Ministro Hahnemann Guimarães. Decisão por maioria. Rio de Janeiro, 28.09.1951.

ADJ de 28.12.1953, p. 4018. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 25 jul. 2008.

_____. 1ª Turma. Recurso Extraordinário nº 30101-DF. Relator: Ministro Ribeiro da Costa. Decisão unânime. Rio de Janeiro, 23.01.1956. DJ de 01.06.1956. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 25 jul. 2008.

_____. 2ª Turma. Recurso Extraordinário nº 47009-Guanabara. Relator: Ministro Victor Nunes. Decisão por maioria. Brasília, 10.04.1962. DJ de 03.05.1962. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 25 jul. 2008.

_____. Pleno. Embargos de Divergência nº 47934-SP. Relator: Ministro Luiz Gallotti. Decisão unânime. Brasília, 27.03.1969. DJ de 30.05.1969. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

_____. 1ª Turma. Recurso Extraordinário nº 85209-RJ. Relator: Ministro Rodrigues Alckmin. Decisão unânime. Brasília, 29.03.1977. DJ de 06.05.1977. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

_____. 2ª Turma. Recurso Extraordinário nº 69798-BA. Relator: Ministro Antônio Neder. Decisão por maioria. Brasília, 25.02.1975. DJ de 04.04.1975. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

_____. Pleno. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2332-2-DF. Relator: Ministro Moreira Alves. Decisão por maioria. Brasília, 05.09.2001. DJ de 02.04.2004, p. 8. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

_____. 2ª Turma. Recurso Extraordinário nº 115942-RJ. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Decisão unânime. Brasília, 11.10.1988. DJ de 09.12.1988, p. 32682. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

_____. Pleno. Ação Cível Originária nº 297-MT. Relator: Ministro Oscar Corrêa. Decisão unânime. Brasília, 02.05.1985. DJ de 13.09.1985, p. 15453. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

_____. 2ª Turma. Recurso Extraordinário nº 69723-RJ. Relator: Ministro Eloy da Rocha. Decisão unânime. Brasília, 12.04.1971. DJ de 09.07.1971. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

_____. 2ª Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 492779-DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Decisão unânime. Brasília, 12.12.2005. DJ de 03.03.2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

O USO DA LEGÍTIMA DEFESA PREVENTIVA NO PÓS 11 DE SETEMBRO DE 2001

*Edgard Marcelo Rocha Torres,
Procurador da Fazenda Nacional
Bacharel em Direito pela UFMG
especialista em Direito Público pelo CAD/UGF
Pós-graduando em Direito Internacional pelo CEDIN/FMC*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Legítima Defesa Preventiva e o art. 51 da Carta das Nações Unidas; 2 A Aplicação Da Teoria Da Legítima Defesa Preventiva; 2.1 Justificativas para o uso preventivo da força – Riscos e possíveis abusos; 2.2 Casos práticos e o uso antecipado da força – Ilustração da dificuldade da prova da ameaça hostil; 2.2.1 Crise dos Mísseis de Cuba (1962-1963); 2.2.2 Ataque de Israel ao Sul do Líbano (1975); 2.2.3 Ataque de Israel ao reator nuclear do Iraque (1981); 2.2.4 Intervenções dos Estados Unidos no Afeganistão (2002) e no Iraque (2003); 3 Nova visão cosmopolita do uso preventivo da força – possível solução?; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: A ameaça terrorista depois do 11 de setembro de 2001 mudou todas as relações internacionais, do comércio internacional aos direitos humanos, mas principalmente a segurança coletiva internacional. O presente artigo tem como objetivo principal analisar a teoria da legítima defesa preventiva que voltou com toda a força à cena internacional e que é, muito embora não oficialmente, a justificativa dos dois maiores conflitos armados da atualidade, as intervenções no Afeganistão e no Iraque. Para tanto será analisado o art. 51 da Carta da ONU que trata do direito à legítima defesa dos estados, e no seu aspecto preventivo os seus fundamentos, riscos e abusos. Ainda, demonstrará através de casos práticos a dificuldade das Nações Unidas em definir o que seria uma ameaça hostil capaz de justificar o uso preventivo da força. Por fim, analisará criticamente a chamada nova visão cosmopolita da legítima defesa preventiva, onde são propostos mecanismos *ex ante* e *ex post* de responsabilidade, conhecidos como mecanismos de salvaguarda do uso preventivo da força.

PALAVRAS-CHAVE: Legítima defesa preventiva. Terrorismo. Carta da ONU.

ABSTRACT: The terrorist threat after September 11, 2001 changed all international relations, international trade to human rights, but mainly the international collective security. This article aims at analyzing the theory of preventive self-defense that returned with full force to the international scene and that, although not officially, the justification of the two major armed conflicts of today, the interventions in Afghanistan and Iraq. To do so will be considered art. 51 of the UN Charter that deals with the right to legitimate defense of the states, and the preventive and the rationale, risks and abuses. Still, demonstrate through practical cases the difficulty of the UN to define what would be a hostile threat to justify the preventive use of force. Finally, examine critically the so-called new cosmopolitan vision of preventive self-defense, which are proposed mechanisms *ex ante* and *ex post* liability, known as mechanisms of upholding the preventive use of force.

KEYWORDS: Preventive self-defense. Terrorism. the UN Charter.

INTRODUÇÃO

A brutalidade dos atentados de 11 de setembro de 2001 em Nova York balançou de forma inegável as estruturas do Direito Internacional e do Sistema de Segurança Coletiva previsto na Carta das Nações Unidas. O mundo convive hoje com dois conflitos armados mundiais travados no Afeganistão e no Iraque que foram e ainda são justificados pela “luta contra o terror”. Literalmente a margem do Conselho de Segurança, mas utilizando-se de interpretações unilaterais de suas Resoluções, estes conflitos se iniciaram e ainda perduram, embora não oficialmente, baseados na teoria da legítima defesa preventiva¹.

Nesta nova ordem mundial, ou melhor, na nova era das armas de destruição em massa marcada pelas ameaças terroristas e pelo, ainda crescente, desenvolvimento de armas tecnológicas e nucleares, não é de todo estranho que os Estados se mobilizem antecipadamente diante de um movimento de intenção hostil de um grupo terrorista ou de um Estado direcionada contra os seus cidadãos. Naturalmente, o ser humano diante de uma ameaça cada vez mais próxima tem a tendência de evitá-la antes que ela se concretize antecipando todos os seus resultados, muita das vezes utilizando-se da força. A teoria da legítima defesa preventiva, plenamente aceita no direito penal interno, há muito é estudada no Direito Internacional e agora ela retoma a vida revigorada por tantas ameaças e irracionalidades que marcam o início do Século XXI, cuja expressão maior são os conflitos no Iraque e no Afeganistão.

Todavia, a teoria da legítima defesa preventiva levada ao âmbito da Segurança Coletiva Internacional é marcada por sua patente ambigüidade e pelo risco de ser tomada para mascarar o mal em nome do bem comum. Esta teoria, cujas bases possuem um apelo popular inegável, se utilizada de forma irresponsável e unilateral se torna um

1 Quanto à questão terminológica do conceito de legítima defesa preventiva, existe muita controvérsia entre os doutrinadores e analistas internacionais sobre a sua correta definição. O conceito de ação preventiva pode ser desmembrado em dois conceitos distintos entre si: *Preemptive Self-defense* (Legítima Defesa Preemptiva) e *Preventive Self-defense* (Legítima Defesa Preventiva). O primeiro baseado no princípio da precaução se aplica em caso de ameaça iminente ou próxima, o segundo, que seria a intervenção militar *stricto sensu* é aplicável quando a ameaça não é iminente ou próxima. Todavia, esta conceituação não é pacífica na doutrina do direito internacional e muitas vezes são usadas, confundidas e traduzidas para definir todos os tipos de ação preventiva, seja ela militar ou não. Assim, o presente estudo adota o conceito de Legítima Defesa Preventiva como único para definir a ação preventiva de um estado frente a ameaças não iminentes ou não próximas provocadas por outros Estado ou por grupos terroristas.

ótimo instrumento de dominação “legítima” dos Estados mais poderosos do mundo, além de gerar mais terror na suposta “luta contra o terror”.

O presente estudo pretende analisar se seria possível conciliar a teoria da legítima defesa preventiva com o artigo 51 da Carta das Nações Unidas, que traz uma das três exceções da proibição do uso da força presente na Carta, diante das ameaças terrorista e nucleares, no que Thomas M. Frank² chama de “Era of Weapons of Mass Destruction”³.

Para tanto, será exposto de forma breve o princípio obrigatório da paz previsto na Carta da ONU e sua exceção que é a legítima defesa unilateral dos estados. Como tema central o estudo trará a teoria da legítima defesa preventiva tomada agora no novo contexto mundial pós-ataque de 11 de setembro de 2001, seu pró e contra, sua ambigüidade, periculosidade e riscos inerentes a sua utilização. Ainda, a dificuldade do Conselho de Segurança da ONU e dos Estados em definir o que seria uma ameaça hostil capaz de justificar o uso da legítima defesa preventiva, bem como em que momento pode-se valer dela. E por fim, apresentará a chamada visão cosmopolita do instituto da legítima defesa preventiva que defende uma nova proposta do uso preventivo da força baseada na responsabilidade anterior e posterior dos estados proponentes e discordantes, e na tomada coletiva de decisão com amplo estudo de justificação e verificação da ameaça hostil e das condições que a rodeiam.

1 A LEGÍTIMA DEFESA PREVENTIVA E O ART. 51 DA CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS

Após uma lenta evolução do direito da guerra, *jus in bello*, tendo como verdadeiro marco no direito humanitário a Convenção de Genebra, de 1864, e as Convenções de Haia de 1899 e 1907 (que cuidam necessariamente do direito da guerra), ainda, com o advento do Pacto da Liga das Nações de 1919, que começou a repudiar o direito de guerra, *jus ad bello*, e do Pacto Briand-kellog que em 1928 condenou o direito à guerra como solução de controvérsias entre nações, o artigo 2º, parágrafo 4º da Carta das Nações Unidas proibiu de forma categórica e definitiva o uso da força como regra para solucionar conflitos internacionais.

2 FRANK, Thomas M., *Legitimacy After Kosovo And Iraq*. In: CRNIC-GROTIC, Vesna, MATULOVIC, Miomir. (org). *International Law and The Use of Force at The Turn of Centuries. Essays in honour of V.D. Degan*. Rijeka: Faculty of Law, University of Rijeka, 2005. p. 80

3 Era de destruição em massa (tradução nossa).

Segundo este dispositivo, todos os seus membros “deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.”

Sobre os propósitos das Nações Unidas, ficou definido na Carta que a manutenção da paz e da segurança internacionais seriam garantidas pelas ações do seu Conselho de Segurança, que com base no seu Capítulo VII, poderiam excepcionalmente utilizar do uso força.

Portanto, três exceções ao imperativo da Paz foram aceitos como imprescindíveis: “I) aquelas em que as Nações Unidas, por meio do Conselho de Segurança, empreenderem o recurso à força em casos específicos, por considerá-lo compatível com os propósitos da Organização (art. 2º (4) da CDU); II) aquelas referentes à luta pela autodeterminação dos povos (declaração anexa à Resolução 2625 (XXV)); III) As de exercício de legítima defesa (art. 51 da CDU)”⁴

Assim dispõe o art. 51 sobre o direito à legítima defesa:

ARTIGO 51 - Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais.

A legítima defesa tomada na sua forma pura é uma reação subsidiária, imediata, temporária, efêmera, controlada, necessária, proporcional e iminente, prevista para suprir a carência temporária da autoridade pública, no caso o Conselho de Segurança, onde o Estado agredido pode utilizar a força para afastar a agressão que está sofrendo. Tão logo esta acabe seus atos têm que ser imediatamente comunicados

⁴ VELOSO, Ana Flávia, Comentário ao Artigo 51 da Carta das Nações Unidas. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (org.). *Comentário à Carta das Nações Unidas*. Belo Horizonte: CEDIN, 2008. p. 777-778

ao Conselho de Segurança, sendo este o responsável por manter a paz e a segurança internacional abaladas, dentro dos propósitos da Organização.

A controvérsia da teoria da legítima defesa preventiva começa pelo entendimento de que ela estaria presente dentro do direito natural, ou inerente, de legítima defesa previsto no texto do aludido art. 51. Em contrapartida, a sua aplicação, do jeito que é feita hoje, se distancia em muito dos requisitos procedimentais exigidos pelo artigo, e também das características de ação necessariamente iminente desta.

Trata-se a legítima defesa de uma resposta a um risco grave iminente e atual, onde se combate a agressão armada efetivamente ocorrida, em um período mais breve possível segundo a Doutrina do direito internacional. Já a legítima defesa preventiva prega o uso preventivo da força contra uma intenção hostil, ou seja, antes da agressão armada se concretizar. A discussão sobre o momento em que o uso da força é autorizado pelo Direito Internacional é o que permeia todo este estudo.

“Os que defendem a possibilidade preventiva argumentam que obrigar os Estados a esperar sem agir o ataque do adversário seria ‘transformar em uma farsa o objetivo principal da carta, que é o de reduzir ao mínimo as hipóteses de emprego ilícito da força e da violência entre os Estados’.”⁵ Já os que são contrários à versão preventiva da legítima defesa defendem que o art. 51 consiste em uma exceção à regra do artigo 2º, (4), da Carta das Nações Unidas, e como tal deve ser interpretada restritivamente, sob pena de esvaziar o próprio princípio da obrigatoriedade da paz que a complementa.

De fato o art. 51 com sua redação atual não consegue abarcar estas duas teses no seu texto legal, muito menos diante da, *de lege ferenda*, evolução imposta ao Sistema de Segurança Coletivo pós-atacado de 11 de setembro de 2001. Embora este autorize aos estados o uso da força de forma excepcional para se defenderem de um ataque armado ou agressão, o mesmo artigo não define qual seria o conceito de agressão. A Assembléia Geral através da Resolução 3314 (XXIX), de 14 de dezembro de 1974, formulou um conceito de Agressão através de seu artigo 1º⁶, mas

5 VELOSO, 2008, p. 782.

6 “Artigo 1º: A agressão é o emprego da força armada por um Estado contra a soberania, a integridade territorial ou a independência política de outro Estado, ou de qualquer outra forma incompatível com a

advertiu em seu texto a sua natureza de simples recomendação e atribui ao Conselho de Segurança “o poder discricionário de dar à definição do seu artigo 1º uma interpretação mais ou menos restritiva, “tendo em conta as outras circunstancias pertinentes” (artigo 2º). O Conselho pode, ainda, qualificar outros atos de agressão em conformidade com as disposições da Carta (artigo 4º).⁷ Percebe-se, portanto, que cabe ao Conselho de Segurança discricionariamente definir caso a caso um ato como ataque armado. Vale ainda ressaltar que a Corte Internacional de Justiça, não colaborou para o assentamento da noção geral de ataque armado, restando apenas em dar um exemplo para ilustrar o conceito e por definir as limitações do exercício da legítima defesas pura, por exemplo, no *caso das atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua*, e no caso das *plataforma petrolíferas*.

A definição de ataque armado é essencial para o uso legal da legítima defesa preventiva. O uso da força antecipada com o objetivo único e maior de salvar vidas humanas depende da caracterização transparente e irrefutável pelos estados de que aquele movimento de intenção hostil pode antes mesmo de se efetivar ser encarado como um ato de agressão. Daí porque a falta precisa de uma formula universal de ato agressor dá ensejo a tantas controvérsias e aos abusos gerados pelos estados que invocam a legítima defesa preventiva para justificar seus atos de força antecipados.

O problema de se confiar na discricionariedade do Conselho de Segurança para se definir caso a caso o que é um ataque armado pode ser visto na adoção da Resolução 1368/2001. Em 12 de setembro de 2001, os 15 Países-membros do Conselho de Segurança, ainda atordoados com a proximidade do atentado, se reúnem extraordinariamente para votar a Resolução 1368 que, diante dos “terríveis ataques terroristas ocorrido no dia 11 de setembro de 2001 em Nova York, Washington, e Pensilvânia”, verdadeira “ameaça à paz e à segurança internacionais”, “reconhece o direito natural a legítima defesa individual ou coletiva”, e dão um cheque em branco para a resposta armada dos Estados Unidos que iniciou o combate no Afeganistão. Ainda, o Conselho no seu §5º da dita Resolução, se declarou “pronto a tomar todas as medidas necessárias para responder aos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 e a combater o terrorismo sob todas as suas formas, conforme as suas responsabilidades em virtude da carta”. Todavia, o

Carta das Nações Unidas...”

7 Ibid, p. 782.

mundo ainda espera uma atitude concreta do Conselho para cumprir a primeira parte deste §5º.⁸

Percebe-se, portanto, a grande dificuldade que tem as Nações Unidas, e o Conselho de Segurança em definir o que seria ataque armado a autorizar a legítima defesa pura do art. 51 da sua Carta. Mais dificuldade ainda existe para definir este conceito para se autorizar o uso da legítima defesa preventiva.

Até hoje não foi tomada nenhuma medida concreta pela ONU para tentar solucionar “o principal risco que cinge o instituto da legítima defesa: o da interpretação abusiva por parte do Estado alegadamente agredido. Ao versar sobre o conceito de legítima defesa em direito internacional, o clássico dicionário jurídico *The Oxford Companion to Law* ressalta: ‘o direito é vago e em grande parte medido aberto a abusos’. De fato, há registros históricos de abuso por parte dos Estados, de atos de represália travestidos de legítima defesa, vitimando quase sempre nações militarmente desfavorecidas.”⁹

Evidentemente o art. 51 diante do novo cenário mundial se tornou obsoleto e precisa de urgente reforma a ser comandada pelos membros da ONU. Ele deve ser adaptado as novas ameaças mundiais, principalmente a ameaça terrorista. A sua concepção inicial se deu basicamente para dirimir problemas entre estados, e não para combater um inimigo sem rosto e sem bandeira que é o terrorismo internacional. Daí porque não pode mais um estado justificar sua conduta unicamente no obsoleto art. 51 da Carta de São Francisco.

Dentre estas mudanças se encontra a necessidade de se regular a legítima defesa em seu aspecto preventivo. Não mais se atende aos anseios da Comunidade Internacional falar que esta modalidade de legítima defesa é contrária ao direito internacional, que a Corte Internacional não a aceita, que os atos tomados com base nesta teoria não são legítimos e legais, sem apontar soluções para o problema. A ameaça terrorista existe efetivamente, assim como a ameaça nuclear e das armas de destruição em massa. Ficarão todos os Estados e seus

8 PELLET, Alain. Terrorismo e Guerra. O que fazer das Nações Unidas. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (org.). *Terrorismo e Direito. Os impactos do terrorismo na Comunidade Internacional e no Brasil*: Perspectivas político-jurídicas. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 173-179.

9 VELOSO, 2008, p. 797.

cidadãos esperando que as ameaças se efetivem acabando com milhares de vidas para somente depois tomar uma atitude?

Da mesma forma, também não pode se aceitar que em nome da legítima defesa preventiva estados unilateralmente e a par do Sistema Internacional de Segurança coletiva perpetrem abusos e mascarem os seus reais interesses através da luta pelo bem comum, restando por matar também milhares de vidas sem justificativa, como está ocorrendo no Iraque e no Afeganistão. Será preciso que o pior cenário se concretize que é o acesso de terroristas a armas nucleares para se tomar alguma atitude? Não seria tarde demais? Esta é a proposta do presente estudo apontar os possíveis abusos da teoria, suas vantagens, e apresentar possíveis soluções.

2 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA LEGÍTIMA DEFESA PREVENTIVA

2.1 JUSTIFICATIVAS PARA O USO PREVENTIVO DA FORÇA – RISCOS E POSSÍVEIS ABUSOS

A controvérsia sobre o uso da legítima defesa preventiva tem uma longa história no Direito Internacional. Desde o caso *Caroline* em 1837 se discute esta possibilidade, quando o Secretário de Defesa dos Estados Unidos da América, Daniel Webster, concluiu que: “a necessidade da legítima defesa deve ser instantânea, avassaladora, não deixando nenhuma outra escolha quanto aos possíveis meios de repulsar a agressão e nenhum momento de deliberação, e a ação deve ser razoável, não excessiva, limitada àquela necessidade e se manter claramente dentro deste limite”.¹⁰

Desde a criação da ONU a mesma controvérsia foi diversas vezes debatida e cinco casos práticos ilustram bem esta disputa. Três antes da virada deste século com grande tendência a sua rejeição: i) Crise dos mísseis de Cuba de 1962-1963; ii) Ataque de Israel ao Líbano em 1975; iii) Ataque de Israel ao reator nuclear do Iraque em 1981; e dois pós 11 de setembro de 2001, que são os conflitos no Afeganistão em 2001 e Iraque em 2003, onde a tese voltou com novo fôlego às discussões internacionais com a presença constante da ameaça terrorista.¹¹

10 FRANK, Thomas M. *Recourse to Force. State Action Against Threats and Armed Attacks*. 2.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 97-98.

11 Para mais detalhes sobre estes conflitos e como a ONU tem dificuldade em lidar com a legítima defesa preventiva nos casos práticos, favor ver o item 3.2.

Segundo Allen Buchanan e Robert O. Keohane a decisão pela legítima defesa preventiva sempre envolve uma grande número de riscos que para serem diminuídos precisa-se criar uma série de medidas de responsabilidade e de salva-guardas que serão expostas mais adiante. Dentre todos estes riscos dois podem ser destacados como mais importantes: i) o primeiro é mascarar o interesse próprio dos estados no intuito de realizar o bem comum na hora da tomada das decisões, o que é injustificável; ii) o segundo é enfraquecer normas institucionais de objetivos pacíficos que constroem e promovem o uso da força no cenário internacional. Estes riscos são potencialmente muito maiores, uma vez que o uso antecipado da força está bem mais sujeito a erros o que já vem sendo observado no cenário internacional.¹²

Estes mesmos doutrinadores afirmam que o uso preventivo da força tem como objetivo único e maior, e somente assim pode ser moralmente justificável, se a decisão for tomada para proteger direitos humanos contra ataques de destruição em massa. Destacam, ainda, quatro visões que podem clarificar o estudo sobre a possibilidade do uso da legítima defesa preventiva enfatizando as circunstâncias de utilização e não-utilização de forma abusiva, quais sejam: *The National Interest*, *The Expand Right of Self-Defense*, *The Just War Blanket Prohibition*, *The Legal Status Quo*.¹³

The National Interest, ou “Interesse Nacional”, é a visão que sustenta que o estado pode fazer tudo o que os seus líderes entendem necessário para servir aos seus melhores interesses. Segundo esta visão os líderes de estado não estariam vinculados a uma ordem moral universal e por isto podem usar de todos os métodos inclusive o uso militar preventivo para defender os interesses do seu estado. Logicamente esta posição é inaceitável e não mais se sustenta dentro do Sistema Coletivo de Segurança Internacional. Na verdade esta teoria anda na contra-mão de toda a evolução da proibição do uso da força para resolver conflitos internacionais, *Jus ad bello*, e enfraquece até mesmo a tese de que sobre algumas circunstâncias o uso preventivo da força pode ser justificável para preservar os direitos humanos.¹⁴

12 BUCHANAN, Allen, KEOHANE, Robert O. The Preventive Use of Force: A Cosmopolitan Institutional Proposal. *Ethics & International*. Winter 2004: v. 18.1, p. 9. Disponível em: <http://www.cceia.org/resources/journal/18_1/articles/5027.html>.

13 Ibid., p. 10.

14 Ibid., p. 3.

The Expand Right of Self-Defense, ou a “Interpretação Extensiva do Direito a Legítima Defesa” previsto no art. 51 da Carta das Nações Unidas, foi a visão defendida pelo governo Bush através da “National Security Strategy of United States of America” em 2002 para justificar a sua ação de força no Afeganistão logo após o atentado de 11 de setembro, também escorada na Resolução 1368/2001 do Conselho de Segurança. Segundo este entendimento os estados possuem um direito inerente e natural da legítima defesa o que lhes permite agir sozinhos se necessário for, até mesmo de forma preventiva. Todavia, esta justificativa deve ser totalmente rejeitada, uma vez que não se pode permitir que o uso preventivo da força pelos estados seja baseado unicamente na sua própria convicção de que serão atacados no futuro sem nenhuma prova justificável ou medidas de salva-guarda confiando somente na sua sinceridade. Este é um posicionamento que facilmente pode ser levado ao subjetivismo passível de gerar erros e abusos, que é o maior risco que existe do uso equivocado da legítima defesa preventiva.¹⁵

The Just War Balnket Prohibition, ou a “Proibição Total do Uso Preventivo da Força”, é a visão dominante que no conceito tradicional de guerra justa o uso preventivo da força é estritamente proibido. A força somente é autorizada nos casos em que um ataque mesmo que ainda não tenha ocorrido, está na iminência irrefutável de ocorrer, por exemplo quando as forças inimigas estão de fato mobilizadas com intenção agressiva clara, ou quando mísseis e aviões já foram lançados contra o território atacado, mas ainda não chegaram aos seus alvos. Somente nestas hipóteses seria autorizado o uso da força.

O ponto central desta visão que proíbe o uso preventivo da força em qualquer circunstância é que não se teria justificativa para se usar a força contra alguém que ainda não fez nada de errado. Somente após o ataque ter realmente acontecido é que se poderá justificar o uso da força. O problema desta visão é que ela ignora que em algumas circunstâncias não é preciso esperar ocorrer o ataque para se saber que a ameaça é real e está a promover uma série de riscos para os direitos humanos que podem ser evitados com ações antecipadas. O ponto crucial é que quando alguém, grupos de pessoas ou estados, erradamente expõe um outro estado em risco para satisfazer seus interesses terroristas por exemplo, uma ação preventiva plenamente justificada, responsável e com apoio multilateral, pode ser moralmente e beneficentemente aceita. Não é necessário esperar que o risco identificado previamente de uma

15 BUCHANAN; KEOHANE, 2004. p. 3.

destruição em massa seja efetivado para se tomar providências para diminuir estes riscos com uma ação também preventiva. Na verdade tomada por esta perspectiva, a proibição irrestrita do uso preventivo da força sem se atentar para as circunstâncias do caso concreto em nome da preservação radical do princípio da obrigatoriedade da paz pode gerar mais malefícios e destruição em vão de vidas humanas do que os supostos benefícios que sustentam esta idéia.¹⁶

The legal Status Quo, ou “Princípio da manutenção do *Status Quo* dos Estados”, defende a tese que o uso preventivo da força é proibido no direito internacional contemporâneo a menos que tenha recebido uma autorização do Conselho de Segurança da ONU com base nos artigos 2 (4), 39, 42, 48, da Carta de São Francisco. Assim, o uso preventivo da força somente pode ser utilizado com base na autorização previa do Conselho de Segurança. Esta justifica é sem dúvida a melhor das três até agora expostas neste estudo, e sem dúvida na falta de uma quinta justificativa está é a que deve sempre prevalecer. Contudo, a efetivação desta proposta se mostra inadequada nesta nova era das armas de destruição em massa pós 11 de setembro de 2001, porque depende exclusivamente da ação do Conselho de Segurança que sabidamente não está preparado e não foi arquitetado para combater o terrorismo mundial. O poder de veto dos membros permanentes e todas as nuances políticas que permeiam a sua atuação impedem o Conselho de agir mesmo quando efetivamente há a comprovação de uma ameaça a paz, que através de uma ação preventiva coordenada e responsável, poderia ser afastada antes de causar os seus prejuízos reais. Muitas das vezes a própria dificuldade de entendimento dos seus próprios países-membros não irão permitir a ação preventiva de maneira eficaz em um espaço de tempo relativamente curto.¹⁷

Percebe-se assim a dificuldade que existe para justificar tanto a utilização da ação preventiva da força como a sua não utilização e como ela pode gerar abusos e irresponsabilidades por parte dos estados. No próximo item os casos práticos descritos ilustram ainda melhor esta dificuldade.

16 BUCHANAN; KEOHANE, op. cit., p. 5-8

17 Ibid., p. 9

2.2 CASOS PRÁTICOS E O USO ANTECIPADO DA FORÇA – ILUSTRAÇÃO DA DIFICULDADE DA PROVA DA AMEAÇA HOSTIL

2.2.1 CRISE DOS MÍSSEIS DE CUBA (1962-1963)¹⁸

Em outubro de 1962, o presidente dos Estados Unidos, John F. Kennedy anunciou sua intenção de impor uma quarentena a Cuba e aos navios Russos que ali aportavam para compelir um ataque iminente que os Estados Unidos poderiam vir a sofrer em decorrência de mísseis nucleares russos que foram instalados em território cubano nos últimos dias daquela data. No dia seguinte a Organização dos Estados Americanos através de seu Conselho “recomendou” que todos os seus membros poderiam tomar todas as medidas, individual ou coletivamente, incluindo aí o uso da força se for necessário para prevenir que os mísseis russos em cuba não se tornem uma ameaça à paz e segurança do continente.¹⁹

Os Estados Unidos, contudo, se precaveram em declarar que a quarentena aos navios russos embora tenha sido uma ação militar, não constituía uso ilegal da força violando o art. 51 da Carta da ONU, uma vez nenhum navio de fato furou o bloqueio. Além do mais a quarentena foi legitimamente aprovada pela Organização dos Estados Americanos.

Todavia, o conflito continuou e o embaixador dos Estados Unidos na ONU, Adlai Stevenson, buscou apoio no Conselho de Segurança defendendo a tese de que a URSS queria transformar a ilha de Cuba em uma base ofensiva de destruição em massa montada clandestinamente em uma política violadora da obrigatoriedade da paz, o que caracterizava uma ameaça não só para os Estados Unidos como para todo o hemisfério. A URSS defenderam-se, depois de provado no Conselho a existência dos mísseis em Cuba, que estes foram instalados com o caráter de defesa e não de ataque, e baseou seu argumento em dois fatos: i) um ano antes os Estados Unidos patrocinaram uma tentativa frustrada de invasão a Cuba pela Bahia dos Porcos, sendo que a colocação dos mísseis tinha somente a intenção de proteger o regime de Fidel Castro; ii) que a carta das Nações Unidas garantia o direito de todos estados se armarem com o propósito de se defender de ameaças, no caso a ameaça dos Estados Unidos sobre Cuba.²⁰

18 Recomenda-se o filme “Os sete dias que abalaram o mundo” com o ator Kevin Costner que ilustra com muita veracidade e detalhes este caso.

19 FRANK, 2002, p. 99.

20 Ibid. p. 99-100.

Este caso exemplifica de maneira magistral a ambiguidade e o perigo em se adotar a tese da legítima defesa preventiva para justificar atos de força. EUA e URSS com a intenção de se precaverem de possíveis ameaças que unilateralmente entenderam existentes, acabaram por ameaçar de fato um ao outro e quase provocaram a terceira guerra mundial. A legítima defesa preventiva é perigosa porque serviu para justificar os dois atos de força da mesma forma.

Como provar que de fato os mísseis em Cuba foram ali montados com o propósito somente de defesa? A quarentena dos EUA era justificável? Seria ato de agressão, ou ameaça iminente, que autorizaria a URSS de se antecipar e abater os navios dos EUA antes da efetivação da quarentena? Percebe-se a sutileza e o grande perigo da aplicação da legítima defesa preventiva.

Neste caso, após varias tentativas de se buscar uma solução no Conselho de Segurança, onde foram propostas a retirada supervisionada dos mísseis, e a mediação do conflito por Guana, a solução veio através da via diplomática. EUA e URSS costuraram um acordo diplomático em que a URSS retiraria os mísseis em troca de um compromisso assinado dos EUA de que estes não mais tentariam invadir Cuba e que eles iriam rever o seu posicionamento com relação à retirada dos mísseis americanos na Turquia, o que aconteceu alguns anos mais tarde.

2.2.2 ATAQUE DE ISRAEL AO SUL DO LÍBANO (1975)

No dia 3 de dezembro de 1975, dia seguinte ao ataque Israelense a certo acampamento clandestino no sul do Líbano, o ministro da defesa desse Estado declarara que a referida ação seria preventiva, visando repelir ataques contra Israel. Todo os membros do Conselho a condenaram, incluindo países ocidentais como os EUA, o Japão, a Suécia, a França, a Itália, e o Reino Unido. Nenhuma Resolução de condenação no entanto foi aprovada em razão do veto americano. Alguns votos entre eles o da França foram explícitos ao declarar antijurídico o caráter preventivo da legítima defesa. A maioria condenou a ação sem, no entanto, condenar diretamente a doutrina da legítima defesa preventiva, apenas sob o argumento de que a reação israelense havia sido, no caso concreto, desmotivada.²¹

Dentre os debates daquela época o mais interessante foi sobre a dúvida de quem teria os meios para decidir sobre a existência de um risco

²¹ VELOSO, 2008, p. 784-785

real e iminente autorizador de um ataque preventivo, de forma que o instituto não acabasse servindo a intenções de represália e punições. Ilustrativa, nesse sentido, a intervenção do representante libanês para contrapor este ataque:

Israel declarou que sua agressão não foi punitiva, mas uma ação preventiva. Essa é uma metodologia perigosa a seguir na vida internacional. Será que os Estados serão autorizados a determinar eles próprios o que pode ser qualificado de preventivo? Proceder desta maneira conduziria o mundo à lei da selva, o que está longe da idéia de uma ordem internacional fundada nos princípios da Carta das Nações Unidas.²²

Este caso serve para ilustrar como a decisão da legítima defesa preventiva tomada unilateralmente por um país sem qualquer discussão, provas, e medidas de salva-guarda podem servir a propósitos escusos e abusivos de um estado mais forte contra outro mais fraco. Legítima defesa preventiva de forma alguma pode ser utilizada como instrumento de punição e represálias e muito menos se excessiva e desproporcional à ameaça.

2.2.3 ATAQUE DE ISRAEL AO REATOR NUCLEAR DO IRAQUE (1981)

Em 07 de junho de 1981, nove aviões da força aérea de Israel bombardeou o centro de pesquisas de Tuwaitha perto de Baghdad. Em nota para o Secretário-Geral da ONU, o governo de Israel declarou que destruiu o reator nuclear Tamuz-1, cujo qual estava desenvolvendo bombas atômicas que seriam usadas contra Israel em 1985. O Iraque pediu uma reunião junto ao Conselho de Segurança e descreveu o ato como de grave agressão, e afirmou que, ao contrário de Israel que não assinou o Tratado de não proliferação de armas nucleares de 1968 (NPT), ele fazia parte deste Tratado, e que o reator destruído estava registrado e era objeto de inspeção da Agência Internacional de Energia Atômica (IAEA), e que este era mantido somente para fins pacíficos. Israel desmentiu esta alegação e afirmou categoricamente que o beneficiamento de urânio tinha como objetivo o desenvolvimento de armas nucleares e que ação preventiva era a única solução ao caso.²³

Desta vez, em 19 de junho de 1981, o Conselho de Segurança exprimiu sua condenação ao ataque israelense, entendendo que houve violação da

²² VELOSO, 2008, p. 785.

²³ FRANK, 2002, p. 105.

Carta das Nações Unidas e das normas de conduta internacional, e chamou Israel para abrir seu próprio reator nuclear para os inspetores da Agência Internacional de Energia Atômica. Em novembro a Assembléia Geral proferiu uma resolução ainda mais forte contendo um solene alerta contra atos desta natureza. Esta resolução recebeu 109 votos a favor e dois contra dos Estados Unidos e de Israel, e 34 abstenções.²⁴

O que é interessante neste caso é que nunca foi e nunca será provado que o Iraque estava utilizando o reator nuclear para fins pacíficos. Em meio à ditadura de Sadam Husein, com a política de perseguições aos curdos e a invasão do Kwait em 1990 os que defendem a legítima defesa preventiva podem afirmar que o tempo provou que a ação foi legítima e benéfica a humanidade diante de todos estes indícios. De fato, nunca se saberá se a reversão da invasão do kwait seria tão fácil se o Iraque possuísse armas nucleares. Todavia, aí é que está a grande questão, não dá para se tomar uma atitude concreta de força com base somente em indícios sob pena de real ameaça a paz e a segurança internacional. Os estados antes de tomar qualquer atitude de força devem se preocupar em provar perante toda a comunidade internacional que de fato as ameaças existem, que os atos de força são justificáveis para salvar vidas humanas, e que medidas de responsabilidade serão adotadas antes e depois da intervenção. Foi justamente o que os EUA não fizeram na invasão do Afeganistão e do Iraque em 2003.

2.2.4 INTERVENÇÕES DOS ESTADOS UNIDOS NO AFGANISTÃO (2002) E NO IRAQUE (2003)

Depois dos atentados de 11 de setembro de 2001, justificando a sua ação militar na “luta da humanidade contra o terror”, os Estados Unidos ainda promove duas intervenções no Afeganistão (2002) e no Iraque (2003). Muito embora formalmente as justifique com base nas Resoluções 1368 e 1373 (Afeganistão) e 660, 678, 687 e 1441 (Iraque) do Conselho de Segurança da ONU, não resta dúvida que as decisões para invadir estes dois países tem como fundamento principal a extensão da interpretação do direito a legítima defesa tomada na sua forma preventiva.

Mesmo tendo a Resolução 1368, tomada no dia seguinte aos atentados, reconhecido “o direito a legítima defesa individual ou coletiva conforme previsto na carta”, os Estados Unidos interpretaram

²⁴ FRANK, 2002, p. 106.

unilateralmente todas estas resoluções de modo a legitimar seus atos baseados na legítima defesa preventiva, cujas ameaças até o presente momento não foram comprovadas.

Baseando na “National Security Strategy” em 2002 onde claramente se pregava o direito inerente e extensivo da legítima defesa preventiva, mesmo com a mudança para o governo Obama, os Estados Unidos ainda se mantêm nestes dois países e a cada dia fica mais difícil sustentar os conflitos com base neste argumento, até mesmo porque o art. 51 e toda carta da ONU não foram preparados para enfrentar a ameaça terrorista de forma eficiente.

Alain Pellet já em 2003 criticava duramente a posição dos Estados Unidos, de todos os membros da ONU, e principalmente do Conselho de Segurança, diante da ausência de justificativas e provas concretas para a Intervenção no Afeganistão e destacou naquela época que quanto mais tempo passa mais difícil de justificar a situação:

A Resolução 1.368 reconheceu aos Estados Unidos e seus aliados um direito de legítima defesa, mas ela não define com relação a quem ele pode ser exercido. Depois de sua adoção o Executivo americano designou Osama Bin Laden como um homem procurado ‘vivo ou morto’, e sua organização Al-Qaida como objeto de sua ‘cruzada’ contra o mal. Com efeito, um e outro apareceram, cada vez mais certos, como os organizadores dos atentados (mas gostaríamos de mais provas). Rapidamente, eles alargaram a resposta aos talibãs. Não lastimaremos o destino prometido a esta fração obscura e tirânica. Mas da mesma maneira, podemos depor um governo unicamente por se este ditatorial? E mesmo porque ele abriga um terrorista incontestável? Por que ele e não outros? E se há outros, quem decidirá se o recuso à força armada é justo? Abdicando de seus poderes de controle e de enquadramento, o Conselho de Segurança deu carta branca aos Estados Unidos, que não fazem mistério de sua intenção de não se deter o Afeganistão. Quanto mais tempo passa, mais difícil fica a situação.²⁵

Como bem previu Alain Pellet a intenção dos Estados Unidos não ficou apenas no Afeganistão. A intervenção ao Iraque se deu no ano seguinte em 2003, e os EUA defenderam mais uma vez a idéia de não

²⁵ PELLET, 2003, p. 180.

ser necessário a existência de um ataque armado para que se justifique a legítima defesa.

John Yoo, professor norte-americano de Direito e conselheiro do Departamento de Justiça dos EUA no período 2001-2003, chegou a afirmar que “o direito de legítima defesa reconhecido no artigo 51 da Carta das Nações Unidas autorizava o uso da força no Iraque”, pois “os requisitos tradicionais da legítima defesa deveriam ser reinterpretados no contexto moderno das armas de destruição em massa e do terrorismo internacional.”²⁶

Logo, o fato de o Iraque financiar, direta ou indiretamente, o terrorismo e de produzir armas de destruição maciça já seria motivo suficientemente “iminente” para justificar o uso da força. Seguindo essa linha de raciocínio, John Yoo conclui que o uso da força promovido no Iraque teria sido proporcional à ameaça que esse país representava, já que as ações militares americanas estariam limitadas apenas à eliminação das armas de destruição em massa e para a destituição daquele que seria a fonte das ações hostis do governo iraquiano: Saddam Hussein.²⁷

William Taft IV e Todd Buchwald argumentaram que:

No fim, cada uso de força precisa encontrar legitimidade nos fatos e circunstâncias que o Estado acredita serem necessários. Cada caso não deveria ser julgado com base em conceitos abstratos, mas sim, com base nos eventos particulares que lhe deram causa. Embora as nações não devam usar a defesa preventiva como pretexto para agressão, ser a favor ou contra a defesa preventiva, em termos abstratos, é um erro. O uso da força preventivamente é, algumas vezes, legítimo, e outras, não.

A operação Liberdade Iraquiana foi criticada como ilegal, por ser preventiva. Essa crítica é infundada. A Operação Liberdade Iraquiana foi e é legítima.²⁸

²⁶ YOO apud McGOLDRICK, 2004, p. 70

²⁷ PINHEIRO, Leonardo Guerreiro C. *Guerra do Iraque: Análise de sua legalidade frente ao Direito Internacional contemporâneo*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/32101/31338>>

²⁸ TAFT IV, William H.; BUCHWALD, Todd F. Preemption, Iraq, and International Law. *American Journal of International Law*, v. 97. n. 3, p. 557, 2003. Disponível em: <[http://links.jstor.org/sici?sici=0002-9300\(200307\)97%3A3%3C557%3APIAIL%3E2.O.CO%3B2-1](http://links.jstor.org/sici?sici=0002-9300(200307)97%3A3%3C557%3APIAIL%3E2.O.CO%3B2-1)>.

Todavia, os críticos da Guerra do Iraque argumentaram que as ações dos EUA não poderiam ser justificadas com base na noção de legítima defesa contida no artigo 51 da Carta das Nações Unidas. Richard Falk, Professor Emérito de Direito Internacional e Prática na Universidade de Princeton (EUA), assinala:

Os fatos não deram suporte ao caso de preempção, pois não existiu nem *iminência* nem *necessidade*. Como resultado, a Guerra no Iraque pareceu, no máximo, qualificar-se como um exemplo de *guerra preventiva*, mas existem fortes razões legais, morais e políticas para negar tanto a legalidade quanto a legitimidade de tal uso da força. Não é aceitável exceção ao sistema da Carta, e nenhum esforço foi feito pelo governo dos EUA para reivindicar o direito de guerra preventiva, embora o fraseado altamente abstrato e vago da doutrina de ação preemptiva [de antecipação] na Estratégia de Segurança Nacional dos EUA fôsse mais precisamente formulada como “uma doutrina de guerra preventiva”.²⁹

Miriam Sapiro³⁰ chama a atenção para o fato de que a adoção de uma doutrina de guerra preventiva geraria grandes riscos à comunidade internacional. Isso porque faria com que aumentasse significativamente o número de conflitos entre Estados. Ironicamente, até o próprio Iraque poderia ter invocado a idéia de legítima defesa preventiva para justificar um ataque contra os Estados Unidos.³¹

Richard Gardner, Professor de Direito e Organização Internacional na Universidade de Columbia (EUA), chegou a afirmar que “a Estratégia de Segurança Nacional dos Estados Unidos da América vai muito longe e não representa boa lei nem boa política”, e que os Estados Unidos “podem proteger-se nesta nova era de terrorismo suicida e de proliferação nuclear sem recorrer à Doutrina Bush.”³²

Sete e seis anos se passaram deste o início dos conflitos no Afeganistão e no Iraque. O regime talibã caiu, Osama Bin Laden não foi encontrado, a Al Qaida ficou enfraquecida mas, infelizmente, ainda existe e atua. Sadam Husein caiu e com ele seu regime, as armas de destruição em massa não foram

29 FALK in PINHEIRO, 2009.

30 SAPIRO, Miriam. Iraq: The Shifting Sands of Preemptive Self-Defense. *American Journal of International Law*, Vol. 97, n. 3, p. 600, July 2003.

31 PINHEIRO, op. cit.

32 GARDNER, 2003, apud McGOLDRICK, 2004, p. 71.

encontradas, assim como indícios de cooperação com os terroristas da Al Qaida. Tenta-se a muito tempo instalar democracia com eleições nestes países sem sucesso, milhares de vidas humanas foram perdidas, atentados terroristas principalmente nestes países são uma constante, sem esquecer de mencionar a quantidade de presos que estão aguardando julgamento em Guantánamo sem qualquer observância do devido processo legal e do direito a ampla defesa. Todavia, os Estados Unidos ainda se mantêm nos conflitos sob a tutela do Conselho de Segurança da ONU que se mantêm inerte e complacente.

Seriam estes conflitos ainda possíveis de serem justificados com base na legítima defesa preventiva e no artigo 51 da Carta da ONU? Quando o Conselho de Segurança vai se manifestar novamente sobre os conflitos, o que é a sua obrigação nos termos do art. 51? O que fazer agora com este fardo do pós-talibã e do pós-Sadam? O Sr. Lakdar Brahimi, representante especial para o Afeganistão, já no ano de 2003 “deixou claro suas inquietações: para fazer o quê? Com que meios? Por quanto tempo eles serão garantidos?”³³

Para Alain Pellet os Estados Unidos tem uma visão utilitarista da ONU e destaca que não foi encontrado um equilíbrio satisfatório entre as ordens da superpotência e o respeito à regra de direito, “nem para a condução da guerra contra o Afeganistão, nem para futura e indispensável reconstrução deste país, nem mesmo para a luta contra o terrorismo. O impasse criado pela Resolução 1.368, adotada na precipitação de uma inquietação compreensível de solidariedade, é a ilustração mais gritante, e não é a única.”³⁴ A persistência dos conflitos e a completa falta de perspectiva de uma solução demonstram, infelizmente, que o autor parece ter inteira razão.

3 NOVA VISÃO COSMOPOLITA DO USO PREVENTIVO DA FORÇA – POSSÍVEL SOLUÇÃO?

O fato é que depois dos atentados de 11 de setembro a teoria da legítima defesa preventiva voltou com grande vigor ao debate no cenário internacional e muito embora a doutrina majoritária seja veemente contra esta prática e a Corte Internacional tenha se insinuado contrária a tese preventiva³⁵, o Conselho de Segurança não afastou por completo

³³ PELLET, op. cit., p. 181

³⁴ Ibid., p. 182.

³⁵ “A CIJ, no celebre processo relativo às atividades militares e paramilitares na Nicarágua deixou claro seu entendimento ao estatuir que a ‘legítima defesa, quer seja individual ou coletiva, só pode ocorrer na

essa idéia, tendo apenas criticado situações em que entendera que as circunstâncias justificadoras do uso da força estavam presentes.³⁶

Ana Flavia Veloso citando Antonio Cassesse, destaca que para este autor embora a legítima defesa preventiva seja proibida pela Carta da ONU ela encontra aceitação crescente entre os Estados. “O autor acredita que a proibição pode não se sustentar diante dos riscos de uma era marcada por ameaças terroristas e pelo desenvolvimento de armas tecnológicas, nucleares e de destruição em massa. Por esta razão, observa, seria conveniente vislumbrar uma evolução do direito internacional que levasse em conta as novas exigências de segurança, mas que, ao mesmo tempo, reduzisse os riscos de abuso pelas grandes e médias potências”.³⁷

Cassesse, todavia, se mostra especialmente preocupado com a possibilidade do uso abusivo desta teoria pelos estados “na medida em que não se sabe ao certo a quem caberia decidir sobre o caráter iminente da ameaça” e por tais razões propõe uma mudança no art. 51 da carta da ONU, onde a “legítima defesa preventiva poderia, assim, ser autorizada pela própria Carta, sob estritas condições, a serem aprovadas por unanimidade em resoluções do Conselho de Segurança e da Assembléia Geral das Nações Unidas”. Tal mudança deveria ser condizente com o novo tempo marcado por atentados terroristas e avanços nucleares, “limitando ao máximo a liberdade de interpretação dos Estados e prevenindo, tanto quanto possível, mediante alteração no direito convencional, as possibilidades de inobservância de seus preceitos.”³⁸

Mesmo sem indicar quais seriam estas mudanças no artigo 51 da Carta, Cassesse toca em dois pontos cruciais para a evolução do uso da legítima defesa preventiva: i) a decisão do uso antecipado da força de forma alguma pode ser feito com base em interpretações unilaterais dos estados; ii) devem estar previstas sanções efetivas e eficazes a exigir dos estados responsabilidade para a tomada da decisão de se usar a força afim de se evitar abusos.

Baseada na necessidade urgente de se buscar uma solução para conciliar o uso da legítima defesa preventiva e o combate as ameaças terroristas, e na crença de que o uso preventivo da força sobre certas circunstâncias pode e deve ser justificado, Allen Buchanan e Robert O. Keohane propõem um modelo

seqüência de uma agressão armada” (VELOSO, 2008, p. 787)

36 CASSESSE, 1986, p. 9-38

37 VELOSO, 2008, p. 787.

38 Ibid., p. 788.

Cosmopolita da legítima defesa preventiva baseado na Responsabilidade, ou Accountability. Seria uma combinação de mecanismos *ex ante* e *ex post* de responsabilidade como condição *sine qua non* para aprovação das ações preventivas. Pode-se traduzir esta concepção como uma Nova Visão Cosmopolita do Uso Preventivo da Força.³⁹

Para estes autores é essencial, primeiramente, enfatizar que o uso preventivo da força não se aplica a qualquer caso e somente se justifica se o seu objetivo “prima face” for buscar acabar ou diminuir o risco de uma ameaça séria de destruição de direitos humanos em larga escala, como é, por exemplo, o caso da ameaça das armas de destruição em massa na mão de terroristas.⁴⁰

Segundo esta nova visão, nenhum estado sozinho poderá decidir por usar preventivamente a sua força militar sem a consulta a outros estados e sem o devido processo de autorização. Neste processo o estado proponente teria que formalizar uma espécie de contrato onde declararia e provaria para os demais estados quais seriam os seus atos e o porque destes, e ainda haveria uma previsão de punições para este estado caso a ação se mostrasse posteriormente inadequada e/ou desnecessária. Seriam os chamados mecanismos *ex ante* e *ex post* de responsabilidade, ou mecanismo de salva-guarda. Com base nos princípios cosmopolitas da “efetividade”, do “respeito mútuo” e da “inclusão”, os estados proponentes devem consultar os outros estados com o fim de demonstrar para a sociedade internacional suas reais intenções antes do efetivo uso da força preventiva. Estes teriam que prestar todo o tipo de informação sobre a ameaça, responder as questões dos outros estados, e aceitar as sanções estabelecidas previamente no acordo.⁴¹

A troca de informações sobre os riscos de violação dos direitos humanos e o resultado que a ação iria provocar para diminuir este risco, incluindo aí os que irão recair sobre pessoas inocentes, seria condição *sine qua non* para a autorização do uso da força. A análise dos custos e benefícios da ação caberia aos vários estados imparciais previamente determinados e organizados através de uma Coalizão Democrática. Esta exigência, baseada no princípio do respeito mútuo, diminui a

39 BUCHANAN, Allen, KEOHANE, Robert O. The Preventive Use of Force: A Cosmopolitan Institutional Proposal. *Ethics & International*. Winter 2004: v. 18.1, p. 1-22. Disponível em: <http://www.cceia.org/resources/journal/18_1/articles/5027.html>.

40 BUCHANAN; KEOHANE, 2004, p. 5.

41 *Ibid.*, p. 11.

possibilidade do uso abusivo da legítima defesa preventiva, uma vez que uma ação não seria autorizada sem uma real justificativa. Este seria, sinteticamente, o mecanismo *ex ante* de responsabilidade.⁴²

Todavia, é possível, mesmo com todas as justificativas e salvaguardas anteriores, que uma ação militar considerada de sucesso possa ainda não ser justificável posteriormente. Daí a necessidade de previsões de responsabilidades e sanções *ex post*. Após o ataque, o estado responsável terá que reportar todas as ações tomadas e permitirá que os outros estados verifiquem, com amplo acesso ao território e a todas as informações disponíveis, se as medidas tomadas realmente foram necessárias e justificáveis. A avaliação dos resultados é essencial para se provar se o uso preventivo da força, bem como os métodos utilizados, corresponderam com as justificativas estabelecidas no processo *ex ante* de responsabilidade.⁴³

Desta avaliação dois resultados extremos podem ocorrer: i) as investigações posteriores ao ataque atestam que a ação preventiva era de fato justificável e se adequou a todas as informações prestadas anteriormente; ii) ou ao contrário, a ação se mostrou desnecessária e passou ao largo das justificativas anteriores. Propõem os autores interessantes conseqüências para as duas hipóteses, quais sejam:

1) Caso seja confirmada a primeira alternativa, é claro que este estado prestou um grande serviço à humanidade e por isto deve receber ajudas financeiras para reconstruir o alvo, principalmente dos estados que decidiram não apoiar o ataque preventivo. Este mecanismo, portanto, previne que estados por motivos exclusivamente políticos não apoiem o ataque mesmo diante das irrefutáveis evidências da necessidade desta ação preventiva que ao final restou de fato provada. A decisão não apoiar uma força de ataque passaria a ser tomada com mais responsabilidade por terceiros estados que se veriam compelidos a prestar ajuda financeira posterior, caso se demonstrasse a real necessidade da ação militar. As decisões neste contexto deixariam de ser arbitrárias e melindrosas e seriam tomadas a partir da análise real da situação. 2) Caso configurado o segundo cenário, restou provado que ação preventiva não era justificável e foi tomada de forma abusiva. O estado que atacou não poderá manter o controle político do alvo, serão aplicadas todas as sanções previstas no mecanismo *ex ante*, inclusive

⁴² BUCHANAN; KEOHANE, op. cit., p.13.

⁴³ Ibid., p.13.

indenizações pesadas aos inocentes, e este terá que dar, sem ajuda de nenhum outro estado, todo o suporte financeiro de reconstrução da infra-estrutura do país atacado. Se o estado souber de todas estas conseqüências anteriormente reguladas, pensará duas vezes antes de arquitetar uma intervenção por motivos de pura dominação e não de preservação dos direitos humanos, evitando-se assim abusos.⁴⁴

Todavia, esta nova visão cosmopolita, apesar de propor este excelente mecanismo de responsabilidade para a legítima defesa preventiva, possui uma falha muito grave no componente que os próprios autores entendem como crucial para o sucesso da sua implementação efetiva, qual seja, a existência de um organismo imparcial e democrático, nos moldes do atual Conselho de Segurança da ONU, encarregado de fazer todas estas avaliações e de fazer cumprir as sanções.

Nos três modelos propostos pelos autores de aplicação desta nova visão: i) propõe-se primeiro que este organismo seja o próprio Conselho de Segurança, mas que seja retirado o poder de veto dos membros-permanentes (hipótese praticamente impossível no atual cenário); ii) no segundo que seja mantido o poder de veto, mas as deliberações do Conselho de Segurança especificamente sobre a legítima defesa preventiva seriam tomadas por maioria de votos independente do veto, o que no final significaria o mesmo modelo do primeiro (também inviável pelo mesmo motivo do primeiro modelo); iii) Seria criado um organismo composto por estados sabidamente democráticos e imparciais para deliberar sobre o uso preventivo da força, pautada pelos princípios cosmopolistas, o que chamaram de Coalizão Democrática, que atuaria conjuntamente com o Conselho de Segurança. Esta coalizão teria o seu próprio processo de responsabilização anterior e posterior da ação preventiva, e quando o Conselho de Segurança não conseguisse resolver um impasse sobre o tema, esta Coalizão poderia atuar em seu lugar.⁴⁵

Logicamente a implementação de qualquer destes modelos será barrada pelos próprios membros-permanentes do Conselho de Segurança, nos termos do art. 108 da Carta de São Francisco. Nenhum deles até o presente mostra qualquer intenção em desistir de parcela do seu poder nas Nações Unidas, principalmente no que diz respeito ao poder de veto. Além disto, esta proposta enfraquece ainda mais o já abalado Conselho de Segurança que por enquanto é o único modelo

44 BUCHANAN; KEOHANE, op. cit., p. 14.

45 Ibid., p. 16-20.

garantidor da paz e da segurança internacional que detêm a sociedade internacional.

A nova visão Cosmopolita do uso preventivo da força baseada na responsabilidade tem seus méritos por ser uma primeira tentativa de se adequar ao art. 51 da Carta da ONU aos novos tempos das ameaças terroristas, e por propor mecanismos que podem ser muito bem utilizados pelo Conselho de Segurança quando se deparar com propostas de uso da legítima defesa preventiva. Ainda, tirou das mãos dos estados qualquer possibilidade de unilateralmente, com base nos interesses nacionais, decidir sobre a possibilidade do uso preventivo da força, o que corrobora com os princípios da Segurança Coletiva Internacional, ao contrário da interpretação extensiva que vários estados fizeram após o atentado de 11 de setembro de 2001. A solução ainda não veio, mas o importante é caminhar em sua direção, e a tese aqui apresentada deu os seus primeiros passos.

4 CONCLUSÃO

Não há dissenso entre os analistas e doutrinadores internacionais que o direito a legítima defesa precisa ser adaptado às novas circunstâncias após o advento dos atentados de 11 de setembro de 2001. A regra do art. 51 da Carta das Nações Unidas se mostra obsoleta e precisa ser acomodada à chamada era das armas de destruição em massa. Mais necessidade ainda existe no que diz respeito à regulação do uso preventivo da força como medida de combate às ameaças nucleares e terroristas.

Deve-se acabar com o equívoco de se manter na Ordem jurídica Internacional normas imprecisas que favorecem interpretações convenientes aos interesses próprios dos Estados, adotadas principalmente em tempos de crise, como é o caso da legítima defesa preventiva. Michael Akehurst destaca que

o grande defeito nas regras modernas é que geralmente elas são imprecisas. A prática tem feito muito pouco para reduzir esta imprecisão. Muitos Estados querem reter a possibilidade de usar a força em certas circunstâncias, mas sabem que tal interpretação que lhes permitiria fazê-lo, também permitiria que outros Estados usassem da força contra eles. Então, eles mantêm as opções abertas para evitar adotar uma atitude clara em relação ao problema da interpretação. Num momento de crise

o Estado será tentado a explorar certas incertezas no direito; e seu senso de objetividade será perdido, podendo-se genuinamente chegar a acreditar na duvidosa interpretação de que cabe a seus interesses ser bem fundada. (Grifos do autor e tradução nossa.)⁴⁶

Sobre a conveniência da mudança, Alain Pellet afirma que “os juristas são como as forças armadas – sempre atrasados frente a uma guerra. [...] Mesmo em situações de crise como esta, algo de bom pode surgir. Os grandes avanços do direito internacional sempre foram fruto de grandes crises. Neste sentido, o doloroso desabamento das Torres Gêmeas poderia oferecer a dramática oportunidade de se começar a construir o direito internacional do século XXI.”⁴⁷

A teoria da legítima defesa preventiva voltou com muita força nesta virada de século. Seu grande poder apelativo frente ao público é inegável, assim como a sua lógica. Diante de tantas ameaças que podem significar milhões de vidas humanas perdidas em um só ato de agressão, tais como um único vírus letal espalhado em uma grande cidade, ou uma bomba nuclear detonada em um centro urbano, a proibição simples e pura de se utilizar a legítima defesa preventiva não se sustentará por muito mais tempo. Esta teoria tende a ser bem aceita por chefes de estado pressionados pela opinião pública de seu país eivada pelo medo do terror. Se este mecanismo for o único possível para se salvar tais vidas a sua tendência é de plena aceitação.

O problema do recurso à teoria da legítima defesa preventiva é a sua ambigüidade. Sob as circunstâncias corretas, ela pode ser uma medida eficaz e de baixos custos e riscos, capaz de acabar previamente com uma ameaça real de agressão. Sob as circunstâncias erradas pode gerar uma calamidade antecipada e desnecessária, ferindo os direitos humanos que a princípio visava defender. A nova regra a ser cunhada deve sempre ter estas premissas como balizadoras.

É necessário que os membros da ONU se antecipem a este problema de falta de regulação e assim o façam. Não basta mais negar a legalidade da legítima defesa preventiva perante o direito internacional. Mas ao contrário, é preciso tornar este mecanismo legal e preciso, de modo que o uso preventivo da força possa ser

46 AKEHURST, Michael. *A modern introduction to international law*. 7. ed. London & New York: Routledge, 1997. p. 341.

47 PELLET, 2003, p. 178.

utilizado com responsabilidade, proporcionalidade, efemeridade, excepcionalidade e necessidade, e que nunca seja baseado somente na interpretação da ameaça hostil por um único estado, mas que seja por um conjunto significativo destes.

O Sistema da Carta das Nações Unidas, afirma Thomas M. Frank, é baseado em dois estandartes: um substantivo e um processual. As circunstâncias, prioridades e até mesmo os valores universais mudam. As normas substantivas devem se adaptar. Todavia, sob um aspecto a norma processual não deve se adaptar. A noção básica de processo prevista na Carta da ONU é que toda a nação, antes de tomar uma ação militar precisa demonstrar para seus pares uma avassaladora e iminente necessidade. Sem esta central salva-guarda processual as relações internacionais não foram tomadas de acordo com as regras do direito.⁴⁸

A premissa do multilateralismo é tão importante no direito internacional que até o mesmo os Estados Unidos quando do início dos conflitos do Afeganistão e do Iraque, mudou o seu posicionamento e não mais justificou formalmente as intervenções com base na sua própria interpretação extensiva do direito à legítima defesa preventiva do art. 51 da Carta. Entendeu que politicamente seria mais benéfico se basear nas resoluções do Conselho de Segurança da ONU, mesmo que de forma equivocada.

Portanto, muito embora até o momento não seja possível vislumbrar uma norma substitutiva ou complementar ao art. 51 da Carta de São Francisco, as Nações Unidas não podem renunciar ao seu papel fundamental de mantenedora da paz e da segurança internacional e não podem mais ignorar o problema existente sobre a aplicação da legítima defesa preventiva. Por mais difícil que seja determinar um conceito de ameaça hostil capaz de autorizar o uso antecipado da força no seu combate, não se pode mais aceitar que um estado sozinho assim o faça e utilize da sua força ao alvedrio do Conselho de Segurança, sem qualquer processo de justificativa e ações de responsabilidade.

⁴⁸ FRANK, 2005, p. 183.

REFERÊNCIAS

- AKEHURST, Michael. *A modern introduction to international law*. 7. ed. London & New York: Routledge, 1997.
- BUCHANAN, Allen, KEOHANE, Robert O. *The Preventive Use of Force: A Cosmopolitan Institutional Proposal*. *Etichs & International*. Winter 2004: v. 18.1, p. 1-22. Disponível em: <http://www.ccea.org/resources/journal/18_1/articles/5027.html>.
- DAWOOD, Layla; DINIZ, Eugênio; JÚNIOR, Domício Proença. Comentário ao Artigo 51 da Carta das Nações Unidas. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (org.). *Comentário à Carta das Nações Unidas*. Belo Horizonte: CEDIN, 2008.
- DIH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- FALK, Richard. *What future for the UN charter system of war prevention?* TFF, June 23, 2003. Disponível em: <http://www.transnational.org/SAJT/forum/meet/2003/Falk_UNCharter.html>.
- FRANK, Thomas M., Legitimacy After Kosovo And Iraq. In: CRNIC-GROTIC, Vesna, MATULOVIC, Miomir. (org.). *International Law and The Use of Force at The Turn of Centuries. Essays in honour of V.D. Degan*. Rijeka: Faculty of Law, University of Rijeka, 2005.
- FRANK, Thomas M. Recourse to Force. *State Action Against Threats and Armed Attacks*. 2.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- GARDNER, Richard N. Neither Bush nor the “Jurisprudes”. *AJIL*, Vol. 97, n. 3, Jul. 2003, pp. 585-590. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0002-9300%28200307%29%2F97%3A3%3C585%3ANBNT%22%3E2.0.CO%3B2-X>>.
- McGOLDBRICK, Dominic. *From ‘9-11’ to the ‘Iraq War 2003’*: International law in an age of complexity. Oxford and Portland, Oregon: Hart, 2004.
- PELLET, Alain. Terrorismo e Guerra. O que fazer das Nações Unidas. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (org.). *Terrorismo e Direito. Os impactos*

do terrorismo na Comunidade Internacional e no Brasil: Perspectivas político-jurídicas. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PINHEIRO, Leonardo Guerreiro C. *Guerra do Iraque: Análise de sua legalidade frente ao Direito Internacional contemporâneo.* Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/32101/31338>>.

SAPIRO, Miriam. Iraq: The Shifting Sands of Preemptive Self-Defense. *American Journal of International Law*, Vol. 97, n. 3, July 2003.

VELOSO, Ana Flávia, Comentário ao Artigo 51 da Carta das Nações Unidas. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (org.). *Comentário à Carta das Nações Unidas.* Belo Horizonte: CEDIN, 2008.

VELOSO, Ana Flávia. *O Terrorismo Internacional e a Legítima Defesa no Direito Internacional: O Artigo 51 da Carta das Nações Unidas.* In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (org.). *Terrorismo e Direito. Os impactos do terrorismo na Comunidade Internacional e no Brasil: Perspectivas político-jurídicas.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TAFT IV, William H.; BUCHWALD, Todd F. Preemption, Iraq, and International Law. *American Journal of International Law*, v. 97. n. 3, 2003. Disponível em: <[http://links.jstor.org/sici?sici=0002-9300\(200307\)97%3A3%3C557%3APIAIL%3E2.0.CO%3B2-1](http://links.jstor.org/sici?sici=0002-9300(200307)97%3A3%3C557%3APIAIL%3E2.0.CO%3B2-1)>.

TALMON, Stefan. The Security Council as World Legislature. *American Journal of International Law*, Vol. 99, n. 1 (January 2005).

***IUDICIUM* ELETRÔNICO OU *PROCESSUS* ELETRÔNICO?**

Felipe Camilo Dall'Alba
Procurador Federal
Mestre em direito processuais civil pela UFRGS
Professor de Processo Civil

SUMÁRIO: Introdução: caracterização do *iudicium* e do *processus*; 1 Meios eletrônicos; 2 Procedimento; 3 Inovações do processo eletrônico; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo tem como propósito caracterizar, num primeiro momento, na perspectiva do contraditório (diálogo e cooperação), o *iudicium* e o *processus*. A seguir, parte-se para uma segunda etapa, em que se faz uma análise do processo eletrônico (Lei 10419/2006), com as suas principais inovações, para perscrutar se o processo eletrônico é mais *iudicium* ou mais *processus*.

PALAVRAS-CHAVES: Contraditório. *Iudicium*. *Processus*. Processo eletrônico.

ABSTRACT: The article has the aim to characterize, in the perspective of the contradictory (dialogue and cooperation), the *iudicium* and the *processus*. Then, it goes for a second stage, where is made an analysis of the electronic process (Law 10419/2006), with its main innovations, to investigate if the electronic process is more *iudicium* or more *processus*.

KEYWORDS: Contradictory. *Iudicium*. *Processus*. Electronic process.

INTRODUÇÃO: CARACTERIZAÇÃO DO *IUDICIUM* E DO *PROCESSUS*

Picardi, no artigo do Juízo ao Processo, traça uma linha histórica, para caracterizar o período do *iudicium* e do *processus*, demonstrando a passagem de um momento para o outro. No *iudicium*, vamos ter a aplicação da dialética de Aristóteles, sendo esta “a arte do diálogo, da discussão e da persuasão; a verdade que pode ser atingida é somente uma verdade provável (que pode ser, por isso, verdadeira ou falsa)”.¹ Por sua vez, no *processus*, Picardi afirma que:

a aplicação da lógica ramista ao estudo do processo representa, ao contrário, o momento de transição de um modo de pensar orientado sobre o problema para um modo de pensar sistemático, modelado no saber científico; e o processo, de uma disciplina que estuda verdade prováveis, torna-se, pelo menos tendencialmente, uma ciência das verdades absolutas.²

Assim, no primeiro período, há ao fim e ao cabo o diálogo e a cooperação, já no segundo momento há uma lógica formal.

Na mesma trilha, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ensina que até o século XVII, o *ordo iudicarium* era influenciado pelas ideias expressas na retórica e na tópica aristotélica, concebido e pensado como *ars dissedendi* e *ars opponendi et respondendi*; com isso, havia uma ordem isonômica. Mas a lógica de Petrus Ramus (1515-1572), que buscava incorporar ao direito os métodos próprios da ciência da natureza, implica a passagem do *iudicium* ao *processus*. Com efeito, a partir do século XVII, o novo panorama metodológico se potencializa com a estatização do processo, com a apropriação do *ordo iudicarius* pelo soberano, pelo príncipe que passa pela ideias do Iluminismo e pelo verdadeiro terremoto produzido pela Revolução Francesa. *Por isso, há uma perda da retórica e, em tal período, vamos ter um caráter assimétrico entre as partes e o juiz.*³

No século XX, com o estudo da lógica, há o resgate da retórica e da dialética do processo. Hoje, a aplicação do direito é baseada em conceitos jurídicos indeterminados e em princípios. Decorre daí,

1 PICARDI, Nicola. Jurisdição e processo. In: Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto (org). *Do juízo ao processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 46.

2 Ibidem, p. 53.

3 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Ajuris*, n. 90, p. 55-84, jun. 2003.

dessa feita, a recuperação do diálogo e da cooperação entre os atores processuais. O colóquio assim estimulado poderá substituir a oposição e o confronto, possibilitando o concurso da atividade dos sujeitos processuais, com ampla colaboração, tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização da causa. Com efeito, o contraditório não se constitui tanto num instrumento de luta entre as partes, mas instrumento operativo do juiz e, portanto, um momento fundamental do juízo.⁴ Nessa direção, o contraditório a constituir-se, novamente, no centro do embate processual, não é prova da força, mas instrumento de procura da verdade provável.⁵ Afirma Picardi que o princípio do contraditório representa uma daquelas *regulae iuris* recolhidas no último livro do *Digesto*, isto é, um daqueles princípios de lógica do senso comum, destinado a facilitar a *interpretatio* baseada na equidade. São as matrizes da noção de um processo justo.⁶

Com efeito, nesse momento da nossa história, entra em cena o processo eletrônico, que traz, definitivamente, a tecnologia da informática para o foro. Em função do novel instituto, há que se perguntar: E o processo eletrônico, é *iudicium* ou *processus*? É isso que se propõe a fazer.

1 MEIOS ELETRÔNICOS

O art. 8º, § 2º da Lei n. 10.259/2001, já previa a possibilidade de realizarem-se intimações por meio eletrônico, bem como de estruturarem-se sistemas de recebimento de petições eletrônicas. A tendência de utilização dos meios eletrônicos se percebe também na determinação de sua utilização em reuniões entre juízes domiciliados em cidades diversas, para o fim de julgar o incidente de uniformização de interpretação de lei federal (art. 14, § 3º).⁷

4 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Ajuris*, n. 90, p. 61-63, jun. 2003.

5 PICARDI, Nicola. *Audiat et altera pars: le matrici storico-culturali del contraddittorio*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, anno LVII, n. 1, p. 22, mar. 2003.

6 PICARDI, op. cit., p. 22.

7 Sobre a importância da informatização dos processos judiciais, consultar RODRIGUES, Marcelo Abelha. Atos processuais eletrônicos: art. 154, parágrafo único, do CPC. In: JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processuais civil*. São Paulo, Saraiva, 2006. p. 33-36.

Cabe destacar, também, que o fenômeno não se dá unicamente no Brasil, pois o Código de Processo Civil francês traz a previsão das comunicações processuais por via eletrônica (748-1 a 748-6). Ao estabelecer a possibilidade da utilização da via eletrônica, o art. 748 – 2 do CPC francês, exige a anuência expressa do destinatário, devendo haver um aviso eletrônico que identifique o recebimento, com alusão à data e, se for o caso, à hora (748-3). Permite a lei, também, que, na hipótese de documento de papel, que o juiz possa exigir sua exibição (748-4).

Com isso, é fácil constatar que os meios eletrônicos e o processo judicial, a cada dia, vão formando uma simbiose inseparável. Apenas para ilustrar, o Superior Tribunal de Justiça afirmou que a *internet* é meio hábil à demonstração da tempestividade recursal. A utilização da *Internet*, na divulgação das decisões dos Tribunais e na divulgação de todo o andamento dos processos, possibilitando não só os advogados da causa, mas a todos os interessados acessarem os julgamentos do STJ, não mais se espera a publicação do Diário de Justiça para recorrer, na medida em que é ele muitíssimo mais lento que a informação eletrônica.

[...] A atual fase de publicidade das decisões judiciais não mais se adequa à jurisprudência que, em razão disso, deve ser devidamente atualizada.” Conseqüentemente, “as decisões judiciais, sejam monocráticas ou colegiadas, depois de divulgadas oficialmente, por qualquer meio, podem ser alvo de recurso, independentemente de publicação no Diário de Justiça”. (AgRg nos EREsp 492461/MG, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, julgado em 17/11/2004, DJ 23/10/2006 p. 235). O processo eletrônico, instituído pela Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, torna a questão estreme de dúvidas.⁸

O Estado do Rio Grande do Sul já contava com esses sistemas em operação, colhendo resultados satisfatórios. Esse parece ser o caminho natural do processo de informatização que vem sendo implementado na atividade judiciária. Em razão disso, está com razão Edilberto Barbosa Clementino, quando afirma que “precisamos nos acostumar com a nova realidade processual que veio se inserindo gradativamente em nosso sistema jurídico”.⁹

8 EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 856.148/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/2007, DJe 22/10/2008.

9 CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. *Processo judicial eletrônico*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 85.

Dessa feita, seguindo o modelo e a experiência gaúcha, a Lei n. 11.419/2006 substituiu os autos de papel pelos virtuais, chamado-os de processo eletrônico. José Eduardo Carreira Alvim e Silvério Luiz Nery Cabral Júnior, aduzem que o art. 1º dessa lei viabiliza, em nível legal, a possibilidade de se realizar o processo judicial pela via eletrônica, compreendendo tanto à comunicação de atos como à transmissão de peças processuais.¹⁰

A própria lei conceitua o que é meio eletrônico, transmissão eletrônica e assinatura eletrônica. Para tanto, pode-se dizer que *meio eletrônico* é qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais; transmissão eletrônica é toda forma de comunicação a distância, com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores¹¹; e *assinatura eletrônica* são as seguintes formas de identificação inequívoca do signatário: a) assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica; b) mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos (Art. 1º, § 2º).

2 PROCEDIMENTO

Então, deve-se deixar consignado que, embora tenha havido algumas adaptações, a referida lei não altera o rito estipulado pelo Código de Processo Civil ou por qualquer legislação especial, que continua o mesmo; essencialmente, o que mudou foi o local onde os atos são documentados.¹² Nesse aspecto, a mudança não foi tão vultosa, portanto. As principais novidades serão estudadas a seguir, comparando-se o tradicional com o novo.

10 ALVIM, José Eduardo Carreira; CABRAL JÚNIOR, Silvério Luiz Nery. *Processo judicial eletrônico*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 16.

11 A rede mundial de computadores é conhecida pelas siglas w.w.w (*world wide web*) ou, simplesmente, web, uma área da internet que contém documentos em formato de hipermídia, uma combinação de hipertexto com multimídia. O termo multimídia é utilizado para definir um documento de computador composto de elementos de várias mídias, como áudio, vídeo, ilustrações e texto. ALVIM, José Eduardo Carreira; CABRAL JUNIOR, Silvério Luiz Nery. *Processo judicial eletrônico*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 20.

12 Cassio Scarpinella Bueno afirma que “o processo não se confunde com os autos, que nada mais são do que a usual forma de documentação em papel dos atos processuais praticados. Mesmo quando a lei 11.419/2006 admite a prática de atos processuais por meios eletrônicos em geral (art. 1), e, até, mesmo, autoriza o chamado “processo digital” ou “processo eletrônico”, o “processo”, como método de atuação de um Estado Democrático de Direito, não se confunde nem pode ser confundido com aquilo que o documenta, que o corporifica, que lhe dá forma no mundo físico: seja no papel, como ainda hoje, é o largamente predominantemente, se no “ambiente virtual”... (SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 377. V. 1).

3 INOVAÇÕES DO PROCESSO ELETRÔNICO.

Conforme o art. 8º da referida lei, o Poder Judiciário poderá desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e o acesso por meio de redes internas e externas. E, em função do local em que serão praticados, todos os atos processuais do processo eletrônico serão *assinados eletronicamente*. Por isso, é importante a advertência feita por José Eduardo Carreira Alvim e Silvério Luiz Nery Cabral Junior, no sentido de que:

o processo eletrônico deve obedecer, como qualquer processo, aos princípios processuais insertos na Constituição, dentre os quais o devido processo legal, sujeitando-se as mesmas formalidades essenciais ao processo tradicional, sob pena de nulidade,¹³ porque, como afirmou, Jhering 'la procédure est la soeur jumelle de la liberté'.¹⁴

Nessa quadra, a *comunicação dos atos processuais*, como citação, intimação e notificação, inclusive da Fazenda Pública, será feita por *meio eletrônico* (art. 9º), aplicando-se, no que couber, as prescrições dos arts. 5º e 6º dessa lei. Assim, as citações e as intimações serão feitas por meio eletrônico, em portal próprio, aos que se cadastrarem na forma do art. 2º dessa Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico. A intimação e a citação são consideradas realizadas no dia em que o citando, ou o intimando, efetivar a consulta eletrônica ao teor da citação e intimação, certificando-se nos autos a sua realização. Mas, nos casos em que a consulta se dê em dia não útil, a intimação e a citação serão consideradas como realizadas no primeiro dia útil seguinte. A consulta referida deverá ser feita em até 10 (dez) dias corridos, contados da data do envio da citação ou da intimação, sob pena de considerar-se as mesmas automaticamente realizadas na data do término desse prazo. Complementarmente, prescreve a lei que, em caráter informativo, poderá ser efetivada remessa de correspondência eletrônica, comunicando o envio da citação e da intimação e a abertura automática do prazo processual. De qualquer forma, em situações urgentes em que o meio eletrônico tenha o condão de causar prejuízo às

13 ALVIM, José Eduardo Carreira; CABRAL JÚNIOR, Silvério Luiz Nery. *Processo judicial eletrônico*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 40.

14 A citação consta no livro de STASSINOPOULOS, Micher. *Le droit de la défense devant les autorités administratives*. Paris: Librairie General, 1976. p. 156.

partes, bem como nos casos em que ficar evidenciada tentativa de burla ao sistema, o ato processual deverá ser realizado por outro meio que atinja a sua finalidade.

Além do mais, a lei tomou o cuidado de proteger as prerrogativas dos advogados públicos, através do art. 9º, § 1º, de considerar como pessoais as citações, intimações, notificações e remessas que viabilizem o acesso à íntegra do processo. Mas, como não poderia deixar de ser, refere o § 2º do referido artigo que, quando, por motivo técnico, for inviável o uso do meio eletrônico para a realização de citação, intimação ou notificação, esses atos processuais poderão ser praticados segundo as regras ordinárias, digitalizando-se o documento físico, que deverá ser posteriormente destruído.

Ao contrário do que se dá no processo tradicional, a distribuição da petição inicial e a juntada da contestação, dos recursos e das petições em geral, nos autos do processo eletrônico, serão feitos diretamente pelo advogado, com o respectivo recibo eletrônico. Essas peças processuais terão formato digital (art. 10). Esse sistema agiliza o andamento do processo, pois permite que a parte, os servidores administrativos encarregados pelo cumprimento das decisões, os advogados e o juiz dialoguem quase que automaticamente, pondo, com isso, o contraditório no centro do debate.

Além disso, o art. 15 dessa lei criou mais um pressuposto de ordem formal para o ajuizamento da demanda, pois passou a exigir, salvo impossibilidade que comprometa o acesso à justiça, que a parte informe, ao distribuir a petição inicial de qualquer ação judicial, o número no cadastro de pessoas físicas ou jurídicas, conforme o caso, perante a Secretaria da Receita Federal.

Quanto ao momento da prática do ato processual, por meio de petição eletrônica, é considerado tempestivo o efetivado até às 24 (vinte e quatro) horas do último dia. (Art. 10, § 1). Como se observa, essa regra vai de encontro ao disposto do art. 172 do CPC, pois, enquanto no sistema tradicional o ato pode ser praticado até às 20 horas,¹⁵ no

15 Os atos processuais têm lugar nos dias úteis, isto é, naqueles que não são feriados para efeitos forenses (art. 175, CPC). Nos dias úteis, podem ser praticados dentro do horário hábil à prática dos atos processuais, que é das 6 (seis) às 20 (vinte) horas. (MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de processo civil*. São Paulo: Revista dos tribunais. 2008. p. 200).

virtual a prática do ato perdeu essa limitação, já que pode ser praticado durante 24 horas.¹⁶

De qualquer maneira, de olho em eventuais situações imprevistas, ou seja, caso o sistema do Poder Judiciário se torne indisponível por motivo técnico, o prazo fica automaticamente prorrogado para o primeiro dia útil seguinte à resolução do problema.

No que tange à prova documental, o art. 11 considera que os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos, com garantia da origem e de seu signatário, serão considerados originais para todos os efeitos legais.¹⁷ Além disso, com relação à força probante, o § 1º refere que os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e por seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização.

Por sua vez, caso haja arguição de falsidade do documento original, ela será processada eletronicamente na forma do Código de Processo Civil. Mas isso não evita que os documentos, cuja digitalização seja tecnicamente inviável, devido ao grande volume ou por motivo de ilegitimidade, devam ser apresentados ao cartório ou à secretaria no prazo de 10 (dez) dias, contados do envio de petição eletrônica comunicando o fato, os quais serão devolvidos à parte após o trânsito em julgado (§ 5º, do art. 11).

Registre-se, outrossim, que o processo eletrônico restringiu demasiadamente a publicidade do processo eletrônico, pois os documentos juntados no referido processo somente são disponíveis, para acesso por meio da rede externa, para suas respectivas partes processuais e para o Ministério Público, respeitado o disposto em lei para as situações de sigilo e de segredo de justiça (art. 11, § 6º). Isso significa que, embora o

16 ALVIM, José Eduardo Carreira; CABRAL JÚNIOR, Silvério Luiz Nery. *Processo judicial eletrônico*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 27.

17 Portanto, ao dizer o art. 11 que os documentos eletrônicos, com garantia de origem e de seu destinatário, são considerados originais para todos os efeitos legais, cria uma *fiction iuris* para não deixar dúvida sobre a sua eficácia para prova dos fatos a que se referem. (ALVIM, José Eduardo Carreira; CABRAL JUNIOR, Silvério Luiz Nery. *Processo judicial eletrônico*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 16).

processo seja público na acepção mais ampla possível da palavra, qualquer terceiro que pretenda consultar um processo do seu interesse não poderá fazê-lo, pois não terá acesso aos autos.

Com relação à conservação dos autos do processo, a mesma poderá ser efetuada total ou parcialmente por meio eletrônico (art. 12). Porém, se houver necessidade de se enviarem os autos eletrônicos para juízo que não o possua, haverá necessidade de sua impressão, os quais serão autuados na forma dos arts. 166 a 168 da *Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973* - Código de Processo Civil, ainda que de natureza criminal ou trabalhista, ou pertinentes a juizado especial. Outrossim, prevê o art. 12, § 5º, que a digitalização de autos em mídia não digital, em tramitação ou já arquivados, será precedida de publicação de editais de intimações ou da intimação pessoal das partes e de seus procuradores, para que, no prazo preclusivo de 30 (trinta) dias, se manifestem sobre o desejo de manterem pessoalmente a guarda de algum dos documentos originais.

Uma questão prática importante, relativa à decretação da incompetência absoluta, tem sido debatida pela jurisprudência. Como é sabido, no processo de papel, o juiz reconhece a incompetência absoluta e remete o processo para o juízo competente (CPC, art. 113, § 2º). Mas, em função da incompatibilidade entre o processo de papel e o virtual, tem sido questionada a viabilidade da remessa dos autos de papel para o juízo com processo virtual, ou a remessa dos autos de papel, para uma Vara com processos virtuais. Então, de um lado, há aqueles que, com fundamento no art. 2º da Resolução 13/2004, afirmam que, a partir da implantação do processo eletrônico nos Juizados Especiais Federais, é obrigatório o ajuizamento de ações pelo sistema eletrônico, impedindo o aproveitamento das peças impressas.¹⁸ Mas, faculta-se à parte a possibilidade de ajuizar nova ação pelo meio eletrônico, ante a impossibilidade de remessa do feito ao Juizado Especial Federal. Por isso, impõe-se a extinção do processo, sem resolução do mérito, com fundamento no inc. IV do art. 267 do CPC, ante a impossibilidade de remessa dos autos ao Juizado Especial Federal. De outro lado, há aqueles que advogam a tese de que, embora a competência dos Juizados Especiais Federais seja absoluta (§ 3º do art. 3º da Lei n. 10.259/2001), a implantação do sistema de processo eletrônico, no âmbito dos Juizados Especiais Federais (e-proc), não implica impossibilidade absoluta da remessa dos autos transcritos em

18 APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007.71.16.000917-0/RS. RELATOR: Juiz MARCELO DE NARDI. APELANTE: HERBERT BEHN E EDY BEHN espólio. ADVOGADO: Mario Antonio Glonvezynski Junior e outros. APELADO: CAIXA ECONÓMICA FEDERAL – CEF.

papel. Dessa maneira, reconhecida a incompetência do magistrado para julgar o feito, deverá remetê-lo ao Juízo competente (art. 113, § 2º, do CPC).¹⁹ No momento, prepondera o último posicionamento. Mas, quanto à via oposta, ou seja, quando do reconhecimento da incompetência absoluta de um feito de tramita de forma eletrônica, ao arrepio da lei, tem-se utilizado a sistemática de extinguir o feito, possibilitando-se que a parte proponha novamente a demanda.

Como se vê, essas questões são atuais e ainda necessitam de uma maturação, para que se tenha uma solução coerente e equânime. A melhor solução parece ser a adoção da sistemática do Código de Processo Civil, pois, com isso, se evita a criação de problemas futuros, como, por exemplo, a impossibilidade de suscitação de conflito de competência, já que o juiz apenas extinguirá o processo, não tendo o outro juiz a possibilidade de se insurgir contra o reconhecimento da incompetência.

Ressalte-se que o magistrado, no processo eletrônico, não perdeu seus poderes instrutórios; por isso, o art. 13 aduz que o mesmo poderá determinar que sejam realizados, por meio eletrônico, a exibição e o envio de dados e de documentos necessários à instrução do processo. Referem José Eduardo Carreira Alvim e Silvério Nery Cabral Júnior, que, “em se tratando de exibição eletrônica, o procedimento há de ser o mesmo, caso se trate de exibição a cargo da parte ou de terceiro, com a observância do devido processo legal. Apenas se não houver resistência em exhibir, a exibição e o envio de dados e de documentos necessários à instrução do processo serão feitos pelos meios eletrônicos”.²⁰ Sobre esse assunto, há uma regra de ouro da Lei 10.259/2001, que diz, no seu art. 11, que a entidade pública ré deverá fornecer ao Juizado a documentação de que disponha para o esclarecimento da causa, apresentando-a até a instalação da audiência de conciliação. Trata-se da concretização do princípio da cooperação no sistema, já que, se a parte autora não tiver como obter os documentos, o juiz, em caráter supletivo, pode determinar que a entidade o faça. Há, com isso, uma colaboração entre autor, juiz e réu, com o objetivo de instruir corretamente a causa.

19 APELAÇÃO CÍVEL N° 2007.71.18.000931-9/RS. RELATOR: Juiz Federal ALCIDES VETTORAZZI. APELANTE : DARCY RIBAS. ADVOGADO: Ivan José Dametto. APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS. ADVOGADO : Milton Drumond Carvalho.

20 ALVIM, José Eduardo Carreira; CABRAL JÚNIOR, Silvério Luiz Nery. *Processo judicial eletrônico*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 59.

Por fim, o legislador, receoso com o destino dos atos praticados em autos eletrônicos, já existentes antes dessa lei, afirmou que ficam convalidados os atos processuais praticados por meio eletrônico até a data de publicação desta Lei, desde que tenham atingido sua finalidade e não tenha havido prejuízo para as partes (art. 19).

4 CONCLUSÃO

Dessa forma, como afirma Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, deve-se inserir o processo na época pós-moderna, de modo a se legitimar plenamente o exercício da jurisdição, mediante melhor e mais acabada comunicação do órgão judicial com os atores do processo e pela procura de um razoável equilíbrio dos poderes do juiz, em relação aos poderes das partes e aos seus representantes.²¹

Assim, à guisa de conclusão, pode-se dizer que o processo eletrônico veio proporcionar um melhor acesso à justiça, bem como tem meios para melhorar a comunicação do órgão judicial com os atores do processo. Isso pode ser constatado facilmente na prática, pois atualmente os advogados não precisam mais se dirigir até o edifício em que se encontra a justiça, já que a petição inicial e os documentos podem ser enviados do próprio computador via *Internet*. O mesmo se verifica quanto à prática de qualquer outro ato processual, que pode ser efetuado a qualquer hora, o que vem a permitir uma ordem simétrica entre os sujeitos processuais. Configura-se, portanto, como afirma Daniel Mitidiero, num processo cooperativo:

que parte da idéia de que o Estado tem como dever primordial propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundado que está na dignidade da pessoa humana. Indivíduo, sociedade civil e Estado acabam por ocupar, assim, posições coordenadas.²²

De qualquer maneira, duas advertências devem ser feitas:

Em primeiro lugar, deve-se deixar consignado que existe a possibilidade de fraude, já que, quando do escaneamento, poderá haver

21 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Ajuris*, n. 90, p. 63., jun. 2003.

22 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 102.

adulteração da documentação. Por essa razão, diante da menor dúvida, o Magistrado deverá exigir que a parte exiba o documento original.

Em segundo lugar, há que se evitar que o processo eletrônico constitua-se num instrumento mecânico numa mera sequência de atos processuais inseridos na *internet*,²³ como se fosse algo sem vida.

Com efeito, deve-se aplaudir esse novo instrumento e tentar aperfeiçoá-lo, a fim de que, além de ecologicamente correto, não agrida os princípios básicos estampados na Constituição.

REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Ajuris*, n. 90, jun. 2003.

ALVIM, José Eduardo Carreira; CABRAL JÚNIOR, Silvério Luiz Nery. *Processo judicial eletrônico*. Curitiba: Juruá, 2008.

CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. *Processo judicial eletrônico*. Curitiba: Juruá, 2008.

JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processuais civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de processo civil*. São Paulo: Revista dos tribunais. 2008.

PICARDI, Nicola. Audiatur et altera pars: le matrici storico-culturali del contraddittorio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, anno LVII, n. 1, mar.2003.

PICARDI, Nicola. Jurisdição e processo. In.: Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto (org). *Do juízo ao processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

²³ Nettelbladt foi o primeiro teórico moderno do ato processual a construir o processo numa ótica científica e mecânica, como consequência ordenada de atos... (Picardi, op. cit. p. 65).

SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

STASSINOPOULOS, Micher. *Le droit de la défense devant les autorités administratives*. Paris: Librairie General, 1976.

**A RACIONALIDADE ECONÔMICA E OS
FUNDAMENTOS DE MERCADO NA IMPLEMENTAÇÃO
DE POLÍTICAS PÚBLICAS – ANÁLISE DO
JULGAMENTO DO RACIONAMENTO DE ENERGIA
ELÉTRICA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

*Humberto Cunha dos Santos
Procurador Federal; Superintendente-Adjunto e Assessor de Concessões e
Autorizações de Geração da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL;
Professor de Direito Econômico*

SUMÁRIO: 1 Intróito; 2 Economia e Direito; 3 Racionalidade Econômica; 4 Escolha pela implementação dos Direitos Humanos; 4.1 Educação e saúde como direitos básicos; 5 Análise casuística e concretizadora; 6 Racionamento de energia elétrica de 2001. 6.1 O julgamento da ADC nº 09-6; 6.1.1 Preços e mercado; 6.1.2 Resultado do julgamento; 7 Conclusão; Referências.

RESUMO: A partir da análise do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 09-06 – que tratou sobre as medidas de enfrentamento da crise de energia elétrica do país em 2001 – buscar-se-á discutir a perspectiva de análise econômica do Direito e sua contribuição para a efetivação de direitos previstos no ordenamento jurídico. Parte-se do reconhecimento de que não é possível discutir Direito sem correlacioná-lo com as demais ciências sociais, em especial com a Economia. Uma área exerce influência sobre o domínio da outra, e a ampliação da tradicional perspectiva jurídica auxilia o intérprete na compreensão de dilemas jurídicos de difícil solução, como a implementação de políticas públicas referentes a direitos humanos. Com a compreensão de que determinadas premissas econômicas relacionadas à escassez dos bens e de comportamentos típicos adotados no mercado é de fundamental importância para o Direito, conclui-se em prol de concepção que prestigia a função de regulação estatal.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Econômico. Racionalidade econômica. Políticas Públicas. Direitos Humanos. Mercado. Racionamento de energia elétrica. ADC 09-06. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This paper presents an approach of law and economics since the judgment of the Brazilian's Supreme Court in the case of supply energy crises in 2001.

KEYWORDS: Law and economics. Brazilian's supply energy crises. Market. Supreme Court.

1 INTRÓITO

O Direito tem uma enorme pretensão. Enquanto instrumento de uma dada sociedade, busca normatizar a vida minimamente harmônica entre os homens e o seu meio-ambiente.¹ Essa mesma pretensão é, de certo modo, compartilhada pela Economia.² Ainda que seja denso o conteúdo descritivo nos assuntos econômicos, não deve ser olvidado o seu aspecto prospectivo. Sob esse prisma, é possível estabelecer conciliação entre os desideratos dessas ciências sociais. As lentes de percepção, contudo, são bem distintas. Enquanto o Direito enxerga as relações sociais levando em conta, sobretudo, aspectos morais, em especial o que se mostraria mais justo, a Economia, por sua vez, baseia-se na preocupação de melhor alocação possível dos recursos, ou, em uma acepção, naquilo que, em face dos recursos disponíveis e das opções eleitas, mostrar-se-ia mais eficiente. Aos poucos, as áreas vêm estreitando suas interações, realçando, com isso, a importância do estudo das ações humanas segundo as implicações de ordem jurídica e econômica.³

O estreitamento de percepções entre as ciências sociais é de fundamental importância para quem lida com o Direito. Para Peter Häberle, a compreensão da Constituição e da realidade constitucional pressupõe a séria “exigência de incorporação das [demais] ciências sociais.”⁴ Partindo dessa ótica multifacetária, pretende-se discutir a implementação de direitos fundamentais, exigentes de efetivas políticas públicas, diante de contingências econômicas e comportamentos típicos esperados em ambientes informados pela lógica de mercados. Como parâmetro argumentativo, será analisado o julgamento conduzido pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião da ação direta de constitucionalidade que analisou o programa de racionamento de energia elétrica vivenciado no país em 2001.

1 O conceito de Direito a ser seguido segue a perspectiva de Bobbio, no sentido de que “se pode falar de Direito somente onde haja um complexo de normas formando um ordenamento. [...]” BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad.: Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1999. p. 21.

2 A economia normativa, em contraste com a economia positiva, “trata de como o mundo, ou um pequeno pedaço do mundo, deve ser.” WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald. *Economia*. Tradução Yeda Crusius e Carlos Crusius. Editora McGraw-Hill, 1982. p. 30.

3 Papel de relevo é atribuído ao movimento conhecido como “*Law and economics*” propagado pela Escola de Chicago.

4 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Sergio Antônio Fabris. Porto Alegre. 1997. p. 12.

2 ECONOMIA E DIREITO

O funcionamento da economia depende do estabelecimento de uma determinada ordem. É preciso, primeiramente, compreender como o ordenamento jurídico disciplina determinados direitos e obrigações para só então discutir como as relações econômicas se darão. Se o Direito não conferisse reconhecimento à propriedade privada, a distribuição dos fatores de produção seria concebida de maneira distinta da atualmente assente. Basta conceber como se organizava a economia nos antigos países socialistas do Leste Europeu. O enunciado parece simplista, mas contém um dado fundamental: a economia de um país depende dos contornos dados pela ordem jurídica.

Tomemos a patente como referencial. Nos termos definidos pela Lei nº 9.279/96⁵, tem-se que a ordem jurídica brasileira reconhece como passível de apropriação o conhecimento tecnológico inovador, permitindo, assim, ao seu criador, a apropriação exclusiva, por determinado tempo, dos benefícios econômicos advindos em razão do esforço criativo empregado. Mas tomado o curso histórico das coisas, verificar-se-á que nem sempre esse tipo de conhecimento foi passível de proteção.⁶

Não é só o Direito que delimita as condições de exercício da Economia. Esta, por sua vez, também exerce forte influência sobre o Direito. A representação gráfica das interações exercidas por cada campo sobre o outro seria bem ilustrada por vias de mão dupla. Ao

5 “Art. 6º Ao autor de invenção ou modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade, nas condições estabelecidas nesta Lei. [...]”

Art. 44. Ao titular da patente é assegurado o direito de obter indenização pela exploração indevida de seu objeto, inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a da concessão da patente. Lei nº 9.279/96. Os comandos previstos na Lei nº 9.279/96 conferem eficácia plena ao previsto no art. 5º, inciso XXIX da CF/88: “[...] XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.”

6 Assafim destaca que “apesar da comunicação de uma tecnologia durante muito tempo ter sido regida pelo princípio de livre acesso – como se fosse um bem de domínio público, este preceito foi profundamente alterado a partir da implantação de instrumentos jurídicos de defesa e proteção das criações técnicas, formulados no final do século XVIII, consolidados durante o século XIX e que descrevem uma linha ascendente até nossos dias. Desde então, sob o conceito de ‘tecnologia’, foram formados três níveis – ou blocos – de bens ou produtos ‘técnicos’. [...]” ASSAFIM, João Marcelo de Lima. A transferência de tecnologia no Brasil – Aspectos contratuais e concorrenciais da Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p.2.

longo da história, mostrou-se sempre constante o estreitamento entre o poder econômico e o poder político. Com maior ou menor intensidade, a política tem traduzido em prescrições legais sucessivas pretensões econômicas. Isso sem fazer qualquer menção pejorativa ao regime democrático, ainda tido como o mais saudável a uma sociedade justa.

A influência econômica sobre o Direito também se dá através do apelo à racionalidade das regras econômicas. Os exemplos nesse campo são quase infindáveis. Os debates que envolveram a elaboração da atual lei de falências (Lei nº 11.101/05) são essencialmente fundados em razões econômicas. A substituição do instituto da concordata pela fase de recuperação de empresas, bem como a remodelação da classificação de créditos junto à massa falida, foram motivadas pela ineficácia do primeiro e na busca da redução do custo do crédito no país. Rubens Approbato assim descreve o cenário sob a vigência do Decreto-Lei nº 7.661/45⁷:

a falência (com a previsão da continuação do negócio) e a concordata, ainda que timidamente permitissem a busca da recuperação da empresa, no decorrer da longa vigência do Decreto-Lei 7.6661/45 e ante as mutações havidas na economia mundial, inclusive com a sua globalização, bem assim nas periódicas e inconstantes variações da economia brasileira, se mostraram não só defasadas, como também se converteram em verdadeiros instrumentos da própria extinção da atividade empresarial. Raramente uma empresa em concordata conseguia sobreviver e, mais raramente ainda, uma empresa falida era capaz de desenvolver a continuidade de seus negócios. Foram institutos que deixavam as empresas sem qualquer perspectiva de sobrevida. Com a manutenção do modelo constante do Decreto-lei 7.661, extinguíam-se, periodicamente, fontes de produção, geradoras de empregos, de créditos, de tributos, de gerência social e de fonte de fortalecimento da economia nacional.

7 MACHADO, Rubens Approbato Machado. Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 22. O Projeto de Lei nº 71, de 2003, que resultou na Lei nº 11.105/2005 tinha, em sua maioria, diretrizes tipicamente econômicas: (i) Preservação da empresa; (ii) Separação dos conceitos de empresa e de empresário; (iii) recuperação das sociedades e empresários recuperáveis; (iv) retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis; (v) proteção aos trabalhadores; (vi) redução do custo do crédito no Brasil; (vii) celeridade e eficiência dos processos judiciais; (viii) segurança jurídica; (ix) participação ativa dos credores; (x) maximização do valor dos ativos do falido; (xi) desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte; (xii) rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial.

As justificativas econômicas compuseram as razões determinantes que levaram o Supremo Tribunal Federal (STF) a reconhecer a constitucionalidade da nova lei de falências

No ponto, observou-se que a Lei 11.101/2005 resultou de amplo debate com os setores sociais diretamente afetados por ela, tendo surgido, também, da necessidade de se preservar o sistema produtivo nacional inserido em uma ordem econômica mundial caracterizada pela concorrência predatória entre seus principais agentes e pela eclosão de crises globais cíclicas altamente desagregadoras. Destarte, nesse contexto, o legislador teria optado por estabelecer que adquirentes de empresas alienadas judicialmente não assumiriam os débitos trabalhistas, por sucessão, porquanto isso não ensejaria prejuízo aos trabalhadores, já que a exclusão da sucessão tornaria mais interessante a compra da empresa e tenderia a estimular maiores ofertas pelos interessados na aquisição, o que aumentaria a garantia dos trabalhadores, em razão de o valor pago ficar à disposição do juízo da falência e ser utilizado para pagar prioritariamente os créditos trabalhistas. Além do mais, a venda em bloco da empresa possibilitaria a continuação da atividade empresarial, preservando empregos.⁸

Foi o vetor econômico, do mesmo modo, que propiciou a criação do instituto da alienação fiduciária em garantia, motivado pela necessidade de se atender ao “crescente desenvolvimento da indústria, [...] pois, sem crédito, não haveria incremento de produção, nem tampouco a expansão do escoamento do que se produz.”⁹ A demanda econômica dirigida ao Direito foi de se engendrar nova fórmula que pudesse “reforçar as garantias dos financiamentos realizados através de sociedades financeiras, para as quais não eram bastante as tradicionais garantias asseguradas pelo penhor ou pela venda com reserva de domínio.”¹⁰ Elaborou-se, portanto, um novo “negócio jurídico pelo qual o devedor, para garantir o pagamento de uma dívida, transmite ao credor a propriedade de um bem, retendo-lhe a posse direta, sob condição resolutiva de saldá-la”¹¹. Essa demanda veio a lume inicialmente pelo

8 ADI 3934/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 27.5.2009. (ADI-3934). Supremo Tribunal Federal. Informativo de Jurisprudência nº 548 – Maio de 2009.

9 ALVES, José Carlos Moreira. Alienação fiduciária em garantia. In CAHALI, Yussef Said (coord.). *Contratos nominados: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 25.

10 BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 308.

11 GOMES, Orlando. *Contratos*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 459.

texto da Lei de mercado de capitais no país, ainda nos idos de 1965 (Lei nº 4.728/65), sendo paulatinamente aprimorada.¹²

O teor das várias Emendas Constitucionais que alteraram a redação originária da CF/88, a fim de se conferir novos tratamentos a setores de mercado antes monopolizados ou exclusivos a empresas de capital nacional¹³, parece demonstrar, de forma um tanto quanto irrefutável, a forte influência exercida pela Economia sobre o Direito.

12 A previsão do instituto veio, inicialmente, contida no artigo 66 da Lei nº 4.728/65, cuja redação originária era: “Art. 66. Nas obrigações garantidas por alienação fiduciária de bem móvel, o credor tem o domínio da coisa alienada, até a liquidação da dívida garantida.” Esse dispositivo foi posteriormente alterado pelo Decreto-Lei nº 911/69 e pela Lei nº 10.931/04.

13 EC nº 05/95: extinguiu a obrigatoriedade de, em caso de concessão, os serviços estaduais de gás canalizados terem que ser destinados a empresas estatais. Remeteu à lei, a disciplina da matéria, vedando a edição de medida provisória para discipliná-la. (Redação originária do § 2º do artigo 25 da CF: - Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, a empresa estatal, com exclusividade de distribuição, os serviços locais de gás canalizado).

EC nº 06/95: revogou o artigo 171 que conferia tratamento privilegiado a empresas brasileiras de capital nacional e alterou o §1º do artigo 176 da CF, pondo fim à exclusividade da exploração de riquezas minerais e aproveitamentos de potenciais hidráulicos fossem apenas reservado a brasileiros ou empresas brasileiras de capital nacional.

EC nº 07/95: extinguiu as determinações constitucionais sobre exclusividade de funções reservadas a brasileiros sobre navegação nacional, bem como a exclusividade reservada às embarcações nacionais sobre navegação de cabotagem e interior, reservando à lei o trato das matérias referentes a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto ao transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

EC nº 08/95: extinguiu a obrigatoriedade de concessão dos serviços de telefônicos, telegráficos, transmissão de dados e outros de telecomunicações serem outorgados apenas a empresas sob controle acionário estatal, reformulando totalmente a conceituação desses serviços pela nova redação dada ao artigo 21, XI da CF, prevendo, inclusive, a criação de um órgão regulador para reger esse novo mercado.

EC nº 09/95: permitiu a contratação das atividades sujeitas à monopólio da União, listadas nos incisos I a IV do art. 177, a empresas estatais ou privadas, extinguindo a exclusividade anteriormente reservada à Petrobrás.

EC nº 13/95: extinguiu a obrigatoriedade do resseguro ser exercido apenas por órgãos oficiais, liberando essa parcela de mercado à iniciativa privada, a qual passou a concorrer com o Instituto de Resseguros do Brasil – IRB.

EC nº 19/95: acresceu o princípio da eficiência para regência de toda a Administração Pública no país, com típico conteúdo econômico.

EC nº 36/02: permitiu que pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no país possam ser proprietárias de empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, anteriormente exclusividade de brasileiros natos ou brasileiros naturalizados há mais de 10 anos. A Emenda também permitiu a possibilidade de participação de capital estrangeiro nas referidas empresas, remetendo à legislação ordinária a disciplina do tema.

Apesar disso, deve ser evitada a adoção pura e simplista de teorias deterministas¹⁴ como único referencial teórico para compreensão das relações sociais envolvidas, dadas suas limitações explicativas.

Pondo cabo a esta breve introdução epistemológica, não se deve descurar que fator imprescindível na compreensão da interação entre Direito e Economia é a percepção histórica evolutiva dos fatos sociais. O Direito é fruto de criação humana, e, como tal, encontra-se situado em determinado tempo e local. Garcia Amado aduz a importância de o Direito ser compreendido enquanto produto histórico, “solo *comprensible* a partir de *su propia realización*.”¹⁵ Perry Anderson, ao tratar do modo de produção feudal, assinalara como a concepção legal caracterizadora da relação de servidão entre camponeses e os senhores feudais repercutia diretamente no funcionamento da economia. Essa específica relação social permitira-lhe concluir que “nem o trabalho nem os produtos do trabalho eram bens. [...] A propriedade agrícola era controlada privadamente por uma classe de senhores feudais, que extraíam um

EC nº 40/02: Revogou todo o Capítulo IV da redação originária, que previa um conjunto de determinações ao sistema financeiro nacional, substituindo aquelas prescrições finalísticas por uma redação programática, prevista no novo artigo 192, o qual atribui à lei complementar dispor sobre todas as matérias, com o objetivo de promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade, prevendo a participação de cooperativas de crédito e participação do capital estrangeiro nas instituições que integram o sistema financeiro nacional.

EC nº 49/06: autorizou a permissão de produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas, relativizando vedação antes contida no rol de atividades sujeitas a regime de monopólio da União, previstas no inciso V, do artigo 177 da CF.

- 14 Exemplo de teoria determinista é o seguimento irrestrito do pensamento marxista. Apesar das valiosas contribuições dessa corrente para compreensão do sistema capitalista, deve-se pontuar que, segundo Marx, o Direito, enquanto superestrutura, seria mera decorrência das relações econômicas existentes (infra-estrutura). Seu principal eixo explicativo decorre do método histórico dialético, sintetizado na luta de classes travada entre a burguesia (detentora do capital) e o proletariado (possuidor apenas de mão de obra), donde se resultaria, a dominação daquela por imposição de seus valores e crenças. No *Manifesto Comunista*, Marx e Engels, ao explicarem o conceito de ideologia, como falsa compreensão da realidade, resumem o caráter determinista do mundo econômico: “as suas idéias [noções burguesa de liberdade, cultura, lei, etc] não passam de um produto das condições de sua produção e propriedades burguesas, exatamente como a sua jurisprudência não passa da vontade de sua classe transformada em lei para todos. *Uma vontade cujo caráter e direção essenciais são determinados pelas condições econômicas da existência de sua classe*. [...] As idéias dominantes de cada época sempre foram as idéias da classe dominante.” (p.36/40 - grifo nosso). Essa compreensão vai ser refletida na percepção do papel esperado da Política e do Estado para Marx: “o poder político, propriamente chamado, é, meramente, o poder organizado de uma classe para oprimir a outra.” (p.43-44) e “o Poder executivo do Estado moderno não passa de um comitê para gerenciar os assuntos comuns de toda a burguesia.” (p.12). MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. *O Manifesto Comunista*. Tradução: Maria Lúcia Como. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

- 15 AMADO, Juan Antonio Garcia. *Teorias de La tópic jurídica*. 1.ª ed. Madri: Civitas. p. 264.

excedente de produção dos camponeses através de uma relação político-legal de coação.”¹⁶ A obrigação de trabalho gratuito do servo, nas terras do senhor (corvéia), só pode ser compreendida inserida nesse específico contexto sóciopolítico caracterizador da vassalagem. Nesse ambiente, é impensável discutir preço de remuneração da mão de obra.

Celso Furtado, de modo similar, em referência ao Brasil do Século XIX, pontuara que o sistema jurídico legitimador da escravidão fazia com que a propriedade da força de trabalho pertencesse ao senhor de escravos e não ao trabalhador. “Prevalencia então a idéia de que um escravo era uma ‘riqueza’ e que a abolição da escravatura acarretaria o empobrecimento do setor da população que era responsável pela criação de riqueza no país.”¹⁷ O próprio autor se encarrega de desmistificar essa falsa percepção ao assinalar que “a abolição da escravatura per se não constitui nem destruição nem criação de riqueza. Constitui simplesmente uma redistribuição da propriedade dentro da coletividade.”¹⁸ Trata-se, na verdade, de reconhecer que, durante anos, uma opção política foi tomada pelo País, traduzida em leis, que concebia que a liberdade de uma pessoa fosse passível de apropriação por terceiros.¹⁹

Mesmo na acepção tipicamente liberal, existe um papel esperado pelo ordenamento jurídico na compreensão e no desenvolvimento da Economia. A Teoria da Escolha Pública destaca que:

mercados funcionam melhor dentro de uma estrutura legal estável contendo uma série de direitos bem definidos. Esses direitos incluem a liberdade para contratar uns com os outros, o direito à propriedade e o direito de ter os contratos cumpridos. O policiamento dos direitos e contratos contra a fraude, a trapça, a destruição e o roubo é uma parte necessária de tal estrutura legal. Sem essas mínimas atividades por parte do governo, os mercados poderiam existir apenas com grande dificuldade. [...] Fornecer um sistema legal estabelece a estrutura para trocas colocando as regras do jogo.²⁰

16 ANDERSON, Perry. *Passagens da antiguidade para o Feudalismo*. 5. ed. Trad: Beatriz Sidou. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 143.

17 FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p.199.

18 *Ibid.*, p.200.

19 O reconhecimento dessa injusta situação é a base fundante de ações afirmativas que vem sendo implementadas por algumas universidades públicas ao reservarem cotas de vagas a negros.

20 MITCHELL, William C; SIMMONS, Randy T. *Para além da política – mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia*. Tradução Jorge Ritter. Topbooks. Rio de Janeiro: 2003. p. 37-38.

Compreender, portanto, como a propriedade é tratada pelo ordenamento jurídico é ponto de partida para análise da racionalidade do funcionamento econômico. E o tratamento reservado à propriedade no sistema feudal ou no escravocrata brasileiro auxilia-nos a compreender por que razão se mostraria sem sentido discutir o valor da remuneração da mão de obra naqueles sistemas econômicos. Nesse aspecto, somos levados a compartilhar a “crença obstinada” de Dobb, segundo a qual análise econômica só faz sentido e pode dar frutos quando ligada a um estudo do desenvolvimento histórico.”²¹ Hodiernamente, verifica-se que a estipulação do salário mínimo nacional é sempre acompanhada de detidas preocupações, sobretudo, em razão do que se espera do seu real valor (art. 7º, IV da CF) e da capacidade de pagamento das forças produtivas.

Dos ramos do Direito, quem mais percebe a interatividade dessas ciências sociais é o chamado Direito Econômico. E a razão é trivial. Como o próprio nome sugere, trata-se de ramo que, nas palavras de Celso Bastos, destina-se a “normatizar as medidas adotadas pela Política Econômica através de uma ordenação jurídica, é dizer, a normatizar as regras econômicas, bem como a intervenção do Estado na economia.”²² Essa intervenção, enquanto gênero, tem por pressuposto a implementação de determinadas políticas públicas previstas para cada setor econômico.

Quando se discutem os direitos fundamentais que dependem de ação estatal logo se constata a importância de compreensão da real possibilidade de implementação dessas políticas, visto que, em uma ótica maior, referidos direitos são compreendidos como pertencentes ao conjunto definidor dos direitos humanos. Esse tema será retomado posteriormente. Antes, é preciso assinalar que o fato do direito reger a atividade econômica não importa em desnaturar as regras de funcionamento da economia, a qual possui, na lei da escassez, sua premissa motora. A seguir serão reservadas algumas linhas para esse importante tema.

Foi o vetor econômico, da mesma forma, que propiciou a criação do instituto da alienação fiduciária em garantia, motivado pela necessidade de se atender ao “crescente desenvolvimento da indústria, [...] pois, sem crédito, não haveria incremento de produção, nem

21 DOBB, Maurice. *A evolução do capitalismo*. 9. ed. Trad: Manuel do Rêgo Braga. LTC: Rio de Janeiro: 1987. p. 7.

22 BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito Econômico Brasileiro*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000. p. 57.

tampouco a expansão do escoamento do que se produz.”²³ A demanda econômica dirigida ao Direito foi de se engendrar nova fórmula que pudesse “reforçar as garantias dos financiamentos realizados através de sociedades financeiras, para as quais não eram bastante as tradicionais garantias asseguradas pelo penhor ou pela venda com reserva de domínio.”²⁴ Elaborou-se, portanto, um novo “negócio jurídico pelo qual o devedor, para garantir o pagamento de uma dívida, transmite ao credor a propriedade de um bem, retendo-lhe a posse direta, sob condição resolutiva de saldá-la”²⁵. Essa demanda veio a lume inicialmente pelo texto da Lei de mercado de capitais no País (Lei nº 4.728/65)²⁶, sendo paulatinamente aprimorada.

O teor das várias Emendas Constitucionais que alteraram a redação originária da CF/88, a fim de se conferir novos tratamentos a setores de mercado antes monopolizados ou exclusivos a empresas de capital nacional²⁷, parece demonstrar, de forma um tanto quanto

23 ALVES, José Carlos Moreira. Alienação fiduciária em garantia. In CAHALI, Yussef Said (coord.). *Contratos nominados: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 25.

24 BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 308.

25 GOMES, Orlando. *Contratos*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 459.

26 A previsão do instituto veio, inicialmente, contida no artigo 66 da Lei nº 4.728/65, cuja redação originária era: “Art. 66. Nas obrigações garantidas por alienação fiduciária de bem móvel, o credor tem o domínio da coisa alienada, até a liquidação da dívida garantida.” Esse dispositivo foi posteriormente alterado pelo Decreto-Lei nº 911/69 e pela Lei nº 10.931/04.

27 *EC nº 05/95*: extinguiu a obrigatoriedade de, em caso de concessão, os serviços estaduais de gás canalizados terem que ser destinados a empresas estatais. Remeteu à lei, a disciplina da matéria, vedando a edição de medida provisória para discipliná-la. (Redação originária do § 2º do artigo 25 da CF: - Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, a empresa estatal, com exclusividade de distribuição, os serviços locais de gás canalizado).

EC nº 06/95: revogou o artigo 171 que conferia tratamento privilegiado a empresas brasileiras de capital nacional e alterou o §1º do artigo 176 da CF, pondo fim à exclusividade da exploração de riquezas minerais e aproveitamentos de potenciais hidráulicos fossem apenas reservado a brasileiros ou empresas brasileiras de capital nacional.

EC nº 07/95: extinguiu as determinações constitucionais sobre exclusividade de funções reservadas a brasileiros sobre navegação nacional, bem como a exclusividade reservada às embarcações nacionais sobre navegação de cabotagem e interior, reservando à lei o trato das matérias referentes a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto ao transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

EC nº 08/95: extinguiu a obrigatoriedade de concessão dos serviços de telefônicos, telegráficos, transmissão de dados e outros de telecomunicações serem outorgados apenas a empresas sob controle acionário estatal, reformulando totalmente a conceituação desses serviços pela nova redação dada ao artigo 21, XI da CF, prevendo, inclusive, a criação de um órgão regulador para reger esse novo mercado.

irrefutável, a forte influência exercida pela Economia sobre o Direito. Apesar disso, deve ser evitada a adoção pura e simples de teorias deterministas²⁸ como único referencial teórico para compreensão das relações sociais envolvidas, dada a incapacidade dessas teorias em lidar com a complexidade dos fatos que caracterizam o mutável e diversificado campo de ação dos atores sociais.

EC nº 09/95: permitiu a contratação das atividades sujeitas à monopólio da União, listadas nos incisos I a IV do art. 177, a empresas estatais ou privadas, extinguindo a exclusividade anteriormente reservada à Petrobrás.

EC nº 13/95: extinguiu a obrigatoriedade do resseguro ser exercido apenas por órgãos oficiais, liberando essa parcela de mercado à iniciativa privada, a qual passou a concorrer com o Instituto de Resseguros do Brasil – IRB.

EC nº 19/95: acresceu o princípio da eficiência para regência de toda a Administração Pública no país, com típico conteúdo econômico.

EC nº 36/02: permitiu que pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no país possam ser proprietárias de empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, anteriormente exclusividade de brasileiros natos ou brasileiros naturalizados há mais de 10 anos. A Emenda também permitiu a possibilidade de participação de capital estrangeiro nas referidas empresas, remetendo à legislação ordinária a disciplina do tema.

EC nº 40/02: Revogou todo o Capítulo IV da redação originária, que previa um conjunto de determinações ao sistema financeiro nacional, substituindo aquelas prescrições finalísticas por uma redação programática, prevista no novo artigo 192, o qual atribui à lei complementar dispor sobre todas as matérias, com o objetivo de promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade, prevendo a participação de cooperativas de crédito e participação do capital estrangeiro nas instituições que integram o sistema financeiro nacional.

EC nº 49/06: autorizou a permissão de produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas, relativizando vedação antes contida no rol de atividades sujeitas a regime de monopólio da União, previstas no inciso V, do artigo 177 da CF.

- 28 Exemplo de teoria determinista é o seguimento irrestrito do pensamento marxista. Apesar das valiosas contribuições do pensamento marxista para compreensão do sistema capitalista, deve-se pontuar que, segundo Marx, o Direito, enquanto superestrutura, seria mera decorrência das relações econômicas existentes (infra-estrutura). Seu principal eixo explicativo decorre do método histórico dialético, sintetizado na luta de classes travada entre a burguesia (detentora do capital) e o proletariado (possuidor apenas de mão de obra), donde se resultaria, a dominação daquela por imposição de seus valores e crenças. No *Manifesto Comunista*, Marx e Engels, ao explicarem o conceito de ideologia, como falsa compreensão da realidade, resumem o caráter determinista do mundo econômico: “as suas idéias [noções burguesa de liberdade, cultura, lei, etc] não passam de um produto das condições de sua produção e propriedades burguesas, exatamente como a sua jurisprudência não passa da vontade de sua classe transformada em lei para todos. *Uma vontade cujo caráter e direção essenciais são determinados pelas condições econômicas da existência de sua classe.* [...] As idéias dominantes de cada época sempre foram as idéias da classe dominante.” (p.36/40 - grifo nosso). Essa compreensão vai ser refletida na percepção do papel esperado da Política e do Estado para Marx: “o poder político, propriamente chamado, é, meramente, o poder organizado de uma classe para oprimir a outra.” (p.43-44) e “o Poder executivo do Estado moderno não passa de um comitê para gerenciar os assuntos comuns de toda a burguesia.” (p.12). MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. *O Manifesto Comunista*. Tradução: Maria Lúcia Como. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

Fator imprescindível na compreensão da interação entre Direito e Economia é a percepção histórica evolutiva dos fatos sociais. O Direito é fruto de criação humana, e, como tal, encontra-se situado em determinado tempo e local. Garcia Amado aduz a importância de o Direito ser compreendido enquanto produto histórico, “solo comprensible a partir de su propia realización.”²⁹ Perry Anderson, ao tratar do modo de produção feudal, assinalara como a concepção legal caracterizadora da relação de servidão entre camponeses e os senhores feudais repercutia diretamente no funcionamento da economia. Essa específica relação social permitira-lhe concluir que “nem o trabalho nem os produtos do trabalho eram bens. [...] A propriedade agrícola era controlada privadamente por uma classe de senhores feudais, que extraíam um excedente de produção dos camponeses através de uma relação político-legal de coação.”³⁰ A obrigação de trabalho gratuito do servo, nas terras do senhor (corvéia), só pode ser compreendida inserida nesse específico contexto sóciopolítico caracterizador da vassalagem. Nesse ambiente, não há espaço para se discutir preço de remuneração da mão de obra.

Celso Furtado, de modo similar, em referência ao Brasil do Século XIX, pontuara que o sistema jurídico legitimador da escravidão fazia com que a propriedade da força de trabalho pertencesse ao senhor de escravos e não ao trabalhador. “Prevalencia então a idéia de que um escravo era uma ‘riqueza’ e que a abolição da escravatura acarretaria o empobrecimento do setor da população que era responsável pela criação de riqueza no país.”³¹ O próprio autor se encarrega de desmistificar essa falsa percepção ao assinalar que “a abolição da escravatura per se não constitui nem destruição nem criação de riqueza. Constitui simplesmente uma redistribuição da propriedade dentro da coletividade.”³² Trata-se, na verdade, de reconhecer que, durante anos, uma opção política foi tomada pelo País, traduzida em leis, que concebia que a liberdade de uma pessoa fosse passível de apropriação por terceiros.³³

29 AMADO, Juan Antonio Garcia. *Teorias de La tópic jurídica*. 1. ed. Madri: Civitas. p. 264.

30 ANDERSON, Perry. *Passagens da antiguidade para o Feudalismo*. 5. ed. Trad: Beatriz Sidou. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 143.

31 FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p.199.

32 *Ibid.*, p.200.

33 O reconhecimento dessa injusta situação é a base fundante de ações afirmativas que vem sendo implementadas por algumas universidades públicas ao reservarem cotas de vagas a negros.

Mesmo na acepção tipicamente liberal, existe um papel esperado pelo ordenamento jurídico na compreensão e no desenvolvimento da Economia. A Teoria da Escolha Pública destaca que:

mercados funcionam melhor dentro de uma estrutura legal estável contendo uma série de direitos bem definidos. Esses direitos incluem a liberdade para contratar uns com os outros, o direito à propriedade e o direito de ter os contratos cumpridos. O policiamento dos direitos e contratos contra a fraude, a trapaça, a destruição e o roubo é uma parte necessária de tal estrutura legal. Sem essas mínimas atividades por parte do governo, os mercados poderiam existir apenas com grande dificuldade. [...] Fornecer um sistema legal estabelece a estrutura para trocas colocando as regras do jogo.³⁴

Compreender, portanto, como a propriedade é tratada pelo ordenamento jurídico é ponto de partida para análise da racionalidade do funcionamento econômico. E o tratamento reservado à propriedade no sistema feudal ou no escravocrata brasileiro auxilia-nos a compreender por que razão se mostraria sem sentido discutir o valor da remuneração da mão de obra naqueles sistemas econômicos. Nesse aspecto, compartilhamos da “crença obstinada” de Dobb, segundo a qual análise econômica só faz sentido e pode dar frutos quando ligada a um estudo do desenvolvimento histórico.³⁵ Hodiernamente, verifica-se que a estipulação do salário mínimo nacional é sempre acompanhada de detidas preocupações, sobretudo, em razão do que se espera do seu real valor (art. 7º, IV da CF) e da capacidade de pagamento da economia.

Dos ramos do Direito, quem mais percebe a interatividade dessas ciências sociais é o chamado Direito Econômico. E a razão é trivial. Como o próprio nome sugere, trata-se de ramo que, nas palavras de Celso Bastos, destina-se a “normatizar as medidas adotadas pela Política Econômica através de uma ordenação jurídica, é dizer, a normatizar as regras econômicas, bem como a intervenção do Estado na economia.”³⁶ Essa intervenção, enquanto gênero, tem por pressuposto a implementação de determinadas políticas públicas previstas para cada setor econômico.

34 MITCHELL, William C; SIMMONS, Randy T. *Para além da política – mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia*. Tradução: Jorge Ritter. Topbooks: Rio de Janeiro, 2003. p. 37-38.

35 DOBB, Maurice. *A evolução do capitalismo*. 9. ed. Trad: Manuel do Rêgo Braga. LTC: Rio de Janeiro, 1987. p. 7.

36 BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito Econômico Brasileiro*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000. p. 57.

Quando se discutem os direitos fundamentais que dependem de ação estatal logo se constata a importância de compreensão da real possibilidade de implementação dessas políticas, visto que, em uma ótica maior, referidos direitos são compreendidos como aqueles pertencentes aos direitos humanos. Esse tema será retomado posteriormente. Antes, é preciso assinalar que o fato do direito reger a atividade econômica não importa em desnaturar as regras de funcionamento da economia, a qual possui, na lei da escassez, sua premissa motora. Antes de avançar, é preciso reservar algumas linhas para esse importante tema.

3 RACIONALIDADE ECONÔMICA

A Economia tem na análise da melhor alocação dos recursos seu fundamento central. O ponto de partida refere-se à constatação de que as necessidades e os desejos humanos são sempre ilimitados e os recursos, por sua vez, são sempre finitos. Da necessidade de conciliar o que deve ser prioritariamente produzido em face da disponibilidade existente de recursos deriva a principal relação econômica, também conhecida como *lei da escassez*. Escassez porque qualquer prioridade definida envolverá o necessário sacrifício de recursos para satisfazê-la, pressupondo, portanto, o estabelecimento de verdadeiras *escolhas*.

Considerados os desejos da humanidade ao longo da história, veremos que nunca atingimos grau pleno de satisfação. E é provável que nunca o atingiremos. A complexidade desse enunciado levamos a reconhecer que o ser humano é, de certo modo, culturalmente insatisfeito. E a depender da cultura, o *tempo de insatisfação* pode ser de tal monta que aquilo que antes era considerado como suprido deixe de sê-lo em frações de dias, quicá de minutos. Sobre esse intrigante aspecto da humanidade, *Bauman* sinaliza que uma das causas do mal estar do mundo pós moderno reside na insatisfação coletiva gerada pela “constante mutação do mercado.”³⁷

Voltemos, contudo, para os problemas decorrentes da escassez. Tomado o exemplo da necessidade de moradia, uma pessoa consegue satisfazê-la residindo em um pequeno imóvel. Nesse caso, em face dos

³⁷ Para Bauman, o atual mercado “é inteiramente organizado em torno da procura do consumidor e vigorosamente interessado em manter essa procura permanentemente insatisfeita, prevenindo, assim, a ossificação de quaisquer hábitos adquiridos, e excitando o apetite dos consumidores para sensações cada vez mais intensas e sempre novas experiências”, o que acaba gerando uma sensação de mal-estar pela perda de referência de valores. BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad: Mauro Gama e Cláudia M. Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 23.

recursos dispostos e das prioridades eleitas, a necessidade restaria satisfeita com a aquisição de um pequeno apartamento. Com acréscimo de renda, e com o passar dos tempos, é possível que aquela mesma pessoa inicialmente satisfeita não mais se contente com o imóvel possuído e passe a almejar um apartamento maior, com mais conforto e comodidades. Mais quartos, salão de festas, churrasqueira, piscina, lavabo, varanda e melhor localização seriam motivações racionais para a troca de morada. A prioridade anteriormente satisfeita passa a exigir um novo cálculo de quanto será necessário desprender de recursos para atender o novo desejo. O exemplo é simples mas serve para elucidar um complexo enunciado: o principal desafio da economia reside em como equacionar *escolhas*.

Wonnacott e Wonnacott resumem a essência do dilema econômico:

todos os desejos não podem ser satisfeitos devido a um segundo fato fundamental. Embora nossa capacidade produtiva seja grande, não é sem limite. Existe um certo número de pessoas na força de trabalho, e dispomos de uma quantidade determinada de máquinas e fábricas. Em outras palavras, os nossos recursos são limitados. [...] Portanto, enfrentamos a necessidade de fazer escolhas.³⁸

Não é simples fazer escolhas. Ainda mais quando se trata de escolhas coletivas. A ciência econômica tem desenvolvido interessantes ferramentas para auxiliar-nos. Uma delas é a *curva de possibilidade de produção*. A referida curva indica como escolhas devem ser feitas segundo uma racionalidade que busca a *melhor alocação dos recursos disponíveis*. A partir de dois eixos, definiríamos, em cada um, quais as necessidades a serem atendidas. No exemplo de Wonnacotts, um eixo representaria a necessidade de satisfazer o desejo por alimentos, que poderia ser atendida pela produção de trigo, e noutro a necessidade de vestuário, satisfeita por meio da produção de algodão. A curva indicará quais serão as *possibilidades* de produção de cada necessidade eleita. Possibilidade porque refletirá quanto será utilizado da capacidade de produção disponível para se assegurar a satisfação de um *quantum* de determinada necessidade. A curva sempre trabalha com a ideia de previsão de plena utilização dos recursos disponíveis, ou seja, *é uma fronteira*, “revela o que a economia é capaz de produzir. Reflete a produção

38 WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald. *Economia*. Tradução Yeda Crusius e Carlos Crusius. McGraw-Hill, 1982. p.20-21.

máxima possível de dois bens. Na prática, a produção realizada pode ficar aquém da potencial”³⁹, quando considerada, por exemplo, uma situação de alto desemprego, mas não é possível que haja uma situação fora da curva com as quantidades disponíveis de capital, terra, trabalho e tecnologia.

A curva também tem o mérito de indicar o *custo de oportunidade* de cada decisão. E isso se deve porque seu tracejado sinaliza o quanto será sacrificado de recursos para atendimento de uma determinada prioridade em relação à outra. Nessa função, a curva apresentará uma particularidade constante: sua concavidade será voltada para o origem, *sinalizando que produções adicionais de determinada prioridade implicarão em custos mais caros* para a sociedade. Não são necessários gráficos complexos ou fórmulas complicadas para compreender essa assertiva. No exemplo entre as necessidades envolvidas com a produção de trigo e algodão, ao extremarmos a prioridade de produção de comida, as terras aráveis mais propícias à produção de algodão serão todas canalizadas para a produção de comida, extraindo-se menos alimentos e sacrificando, portanto, mais unidades de algodão que poderiam ser obtidas com o seu plantio. Essa conclusão poderia ser objetada com a alegação de que as terras cultiváveis de algodão poderiam ser utilizadas para plantio de gênero alimentício mais aderente àquele tipo de solo o que, certamente, faria aumentar a produção. Isso, contudo, não elidiria a conclusão de que, independente da cultura eleita para produção de alimentos, sem o plantio de algodão não haverá como ser satisfeita a necessidade de vestuário, o que nos remete para a questão central de como equacionar escolhas.

É em especial nesse aspecto que Economia e Direito têm um grande espaço para estabelecer convergências. Os parâmetros econômicos de eficiência alocativa irão pressupor um cenário de distribuição de riquezas segundo as prioridades eleitas, as quais, em uma sociedade aberta e plural, serão sempre aquelas fruto do consenso democrático traduzido nas normas vigentes no país. Na concretização das disposições previstas no ordenamento é preciso levar em conta a racionalidade econômica. Vista a matéria sob esse aspecto, é possível concordar com a percepção de Rachel Stajjn⁴⁰ no sentido de que a racionalidade econômica dos agentes pode gerar benefícios a todos.

39 WONNACOTT, op. cit., p. 25.

40 A percepção de Rachel Stajjn parece ser aplicável a todas as hipóteses e circunstâncias. Segundo ela, “a racionalidade dos agentes, um dos postulados econômicos, que leva à procura da maximização de utilidades, e a eficiência alocativa, segundo essa visão, vão ao encontro da idéia de solidariedade e geração de bem-estar coletivo.” in STAJJN, Rachel. *Law and Economics*. In ZYLBERSZTJAN, Decio e SZTAJN,

4 A ESCOLHA PELA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Em sociedades complexas como a nossa, a escolha sobre o que deve ser realizado estará estribada nos fundamentos do *Estado Democrático de Direito*. De certo modo, ela já foi feita pelo Constituinte quando se erigiu uma série de direitos fundamentais extensíveis a todos os cidadãos. Direitos esses que, superada uma perspectiva meramente absenteísta, pressupõem prestações positivas pelo Estado, como o direito à educação, saúde, seguridade social e outros de caráter social, o que nos permite concebê-los como verdadeiras expressões dos *direitos humanos*.

Genaro Carrió classifica os direitos humanos em duas famílias. A primeira é composta pelos chamados direitos civis e políticos, como as prerrogativas de direito à vida, integridade física, moral e psíquica, inviolabilidade de domicílio e outros papéis privados. Para esses primeiros, o papel esperado do Estado é, sobretudo, de abstenção. Já a segunda família é composta pelos relativamente novos direitos econômicos, sociais e culturais do chamado constitucionalismo social, sendo, portanto, integrada por pretensões de “percibir una retribución justa, la de recibir una educación adecuada, la de gozar de una vivienda digna, la de recibir un retiro que permita vivir sin apremio los años de la vejez [...]”⁴¹ Para terem coloração real, esses direitos exigem ações estatais.

O tema tem matriz constitucional. Admitida a *completude do ordenamento jurídico*, não se mostra possível estabelecer que alguns direitos sejam mais importantes que outros, ou que a *dignidade da pessoa humana* possa ser garantida sem a satisfação de pretensões básicas, como o acesso à educação ou à saúde. A redação do artigo 170 da CF/88 é elucidativa ao prescrever uma finalidade geral à ordem econômica: “*assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.*” A preservação da dignidade da pessoa humana, por meio da realização finalística esperada no regular funcionamento do mercado, só pode ser compreendida em um contexto globalizante, no qual o mundo fático do “ser” necessita ser

Rachel. *Direito e Economia – Análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 76. Não me é clara, contudo, essa ampla dimensão. A crise financeira global avivou a preocupação com o estabelecimento de mecanismos regulatórios a fim de se evitar abusos e má distribuição de ganhos. As negociações lastreadas nos créditos *sub prime*, epicentro da crise, eram informadas pela racionalidade econômica de maximização de utilidades e eficiência alocativa.

41 CARRIÓ, Genaro R. *Los derechos humanos y su proteccion: distintos problemas*. Buenos Aires: Abeledo-perrot., p. 28.

contrastado com um “dever ser” sistêmico.⁴² Nos dizeres de *Bobbio*, “o Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo.”⁴³ As supostas *lacunas legales*, muita das vezes invocadas para justificar iniquidades, devem ser percebidas como falsos vazios normativos. *Quintana* salienta que “*el derecho no reconoce ni admite lagunas, pues constituye un conjunto homogéneo, coherente y completo, que permite encontrar solución para todos os problemas imaginables.*” Por essa razão, o autor conclui que

en toda obra legislativa late la intención, lograda o no, de realizar un *valor de justicia* cuya existencia se presupone. De otro modo no se hace posible entender el sentido de lo jurídico: el espíritu humano, puesto frente al derecho, no se aquieta con la consideración empírica de los hechos que acontecen, sino que pretende, y siempre ha pretendido, confrontarlos con algo que sirve para su enjuiciamiento.⁴⁴ (grifo nosso)

Admitido o reconhecimento de que o valor de justiça é próprio do Direito, e seu resgate axiológico contribuiu para a revisão do papel do Estado perante a economia, criando-se, assim, condições para que os direitos sociais fossem concebidos como típicos direitos humanos, ainda perdura a questão de como implementá-los.

A implementação dos direitos humanos não é um tema alheio à hermenêutica constitucional. *Raúl Usera* acentua que “*se interpreta la Constitución simple que ésta há de ser aplicada. Dudamos, en consecuencia, que se produzcan casos constitucionales de absoluta claridad.*”⁴⁵ A falta de claridade se acentua quando se propõe a discutir a implementação de direitos fundamentais em face de recursos escassos.

42 O Ministro Ayres Britto teve oportunidade de se manifestar pela visão holística do Direito em julgado que versava sobre a regra a ser aplicável à aposentadoria de determinado servidor. Segundo ele, é preciso recordar a “indesmentida proposição de que, por vezes, a norma jurídica se encontra não num particularizado dispositivo, mas no conjunto orgânico de todos eles. É como dizer: aqui e ali, a inteireza de uma norma se desata de dispositivos sediados, ora num mesmo diploma legal, ora em múltiplos diplomas legais, valendo-se o intérprete da utilização do método sistemático em sua mais dilargada dimensão. [...]” *Supremo Tribunal Federal*. Mandado de Segurança nº 25.116. – Rel. Min. Ayres Britto.

43 BOBBIO, op. cit., p. 21.

44 QUINTANA, Segundo V. Linares. *Tratado de Interpretación Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. p. 110.

45 USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y formula política*. Madrid: Centro de Estudios constitucionales. p. 75.

Mireille Delmas-Marty admite ser irrefutável reconhecer a interdependência entre economia e direitos do homem. A compreensão de direitos humanos pela autora implica concebê-los como *indivisíveis e interdependentes*.⁴⁶ Por assim serem – continua a discorrer – não devem ser admitidas políticas que façam hierarquizações de valores, pois, na prática, a “indivisibilidade implica, também, uma obrigação de coerência. Dizer que os direitos do homem são indivisíveis significa dizer que são complementares e devem ser tornados compatíveis. Em outros termos, [deve-se] interpretar os textos de tal forma que cada direito seja salvaguardado, senão de modo absoluto, ao menos de modo relativo.”⁴⁷

A incorporação pura e simples da percepção de indivisibilidade dos direitos humanos traz, contudo, um problema de difícil resolução prática. É que para se garantir todos os direitos ao mesmo tempo será necessário dispor de recursos suficientes para tanto. *E pode ocorrer que não existam recursos disponíveis para a promoção de todas as necessidades erigidas*. O que fazer diante desse cenário?

Delmas-Marty sinaliza, ainda que de forma tímida, para uma solução. Segundo a autora, seriam admitidas certas concessões:

Concretamente as *restrições recíprocas são possíveis* – elas são, além disto, expressamente permitidas em certos textos –, mas que se acredita serem aceitáveis como *genuínas exceções ou derrogações de um direito sob o pretexto do respeito a outro direito*. Verdaderamente falando, tudo é uma questão de proporção e equilíbrio.⁴⁸

Não obstante a vagueza que a simples menção de proporção e equilíbrio suscita, *Delmas-Marty* só concebe a restrição de um direito se for, excepcionalmente, para incrementar a satisfação de outro. Além de se tratar de uma hipótese muito restritiva, parece-nos que, como toda *escolha*, a definição de prioridades perpassa, necessariamente, por uma certa hierquização do que deve ser atendido, o que, para além do debate dos legitimados a tomarem decisões coletivas, remete-nos à análise do *custo de oportunidade* de cada decisão.

46 “Cada direito enunciado é determinado por cinco tipos de relações: uma relação civil, de reconhecimento jurídico como cidadão; política, de participação ativa no Estado; econômica, de reciprocidade de troca; social, de integração à sociedade democrática; e cultural, de pertença a uma comunidade.” DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Lúmen-juris, p. 43.

47 *Ibid.*, p. 48.

48 *Ibid.*

Aqui mostra-se necessário esclarecer um aspecto crucial: *guardamos descrença na efetividade de proposições que buscam implementar políticas públicas sem perspectiva condizente com a racionalidade econômica.* Apesar de bem intencionadas, essas proposições apresentam pouco ou nenhum significativo espaço de concreção. Compartilhamos a percepção de que a formulação de políticas públicas precisa mostrar-se estribada em análises referenciadas de custos econômico-sociais que melhor reflitam, em uma perspectiva geral, aquilo que se mostra mais benéfico para toda a sociedade, buscando maximizar benefícios comuns com o menor sacrifício possível. Retomemos à análise da curva de possibilidade de produção. Em seus eixos, ao invés de alimentação e vestuário, pensemos em saúde e educação.

4.1 EDUCAÇÃO E SAÚDE COMO DIREITOS BÁSICOS

A Constituição Federal de 1988 assegura que a educação é direito de todos e dever do Estado (art. 205), assim também a proclama quando trata da saúde (art. 196). Essas prioridades, portanto, devem ser satisfeitas simultaneamente. A Constituição não impõe a forma de satisfazê-las, mas determina uma série de prescrições mandamentais. Em análise descritiva do texto constitucional, vê-se um conjunto de regras que poderiam ser sintetizadas em: (i) que o ensino fundamental deverá ser obrigatório e gratuito, constituindo, inclusive, direito público subjetivo, passível de configuração de crime de responsabilidade da autoridade competente a ausência no seu oferecimento (art. 208, §§1º e 2º); (ii) o ensino médio deverá ser progressivamente universalizado; (iii) deve ser conferido atendimento especial aos portadores de deficiências; (iv) garante-se a educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até cinco anos de idade; (v) também fica garantido o acesso aos níveis mais elevados de ensino, pesquisa e criação artística; (vi) deverá haver oferta de ensino noturno regular; (vii) é obrigatório atendimento ao educando, no ensino fundamental, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (art. 208, incisos I a VII). A Constituição também determina a aplicação mínima de receita para a manutenção e desenvolvimento da educação. No mínimo, 18% dos impostos para a União e 25% dos impostos para os Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 212).

No que se refere à saúde, a garantia efetivar-se-á por meio de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços

para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196). A Constituição Federal, tal qual na educação, também não determina a forma de satisfação dessas ações garantidoras, competindo ao Poder Público implementá-las diretamente ou “por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.” (art. 197). A norma constitucional também impõe a aplicação de percentuais mínimos de receita, segundo os parâmetros fixados no §2º do artigo 198.

Dado esse conjunto de prescrições e de necessidades de realização ao mesmo tempo a racionalidade econômica auxiliar-nos-á a definir o ponto ótimo de *alocação dos recursos disponíveis em face de ambas as prioridades*. Levando-se em conta, portanto, a necessidade de serem feitas escolhas, um determinado percentual de recursos deverá ser definido para fazer frente às despesas com material escolar do ensino obrigatório. Pode ocorrer que, para satisfação dessa rubrica, o transporte escolar tenha que ser satisfeito de uma forma menos onerosa, utilizando-se, para tanto, de um transporte mais módico. O mesmo pode ocorrer com a saúde. Ao se definir a prioridade de construção de um posto de saúde em um município na zona rural, para atendimento de constantes casos de ataques de animais peçonhentos, possivelmente os recursos necessários para outras atividades, como a compra de remédios, restarão mais escassos, não permitindo, com isso, a disponibilidade de distribuição gratuita de medicamentos mais caros àquela população.

Nesse sentido, uma determinada pessoa pode vir a se sentir lesada em face das escolhas que foram estabelecidas pelo Poder Público e procure, em juízo, pleitear a satisfação do seu direito subjetivo de ter um meio de transporte mais cômodo ou que possa ter acesso gratuito a tratamentos e medicamentos complexos que permitiriam combater efeitos maléficos de um dado tumor. Como deveria ser resolvida essa pretensão?

Qualquer resposta que busque resolver, efetivamente, o problema evitará tecer juízos apriorísticos, radicais e demagógicos e, numa ótica condizente com a racionalidade econômica, procurará reconhecer, antes de tudo, *se é possível economicamente atender ao que foi pedido*. E isso se deve por uma razão muito simples: *é preciso reconhecer que todo direito possui um custo subjacente para satisfazê-lo*. Uma sentença do Judiciário, uma lei aprovada pelo Parlamento ou um decreto expedido pelo Executivo possuem, nessa perspectiva, a mesma limitação de cumprimento em face de uma dada realidade econômica, renegando a um outro plano as discussões sobre hierarquia ou legitimação da atuação dos órgãos estatais.

A curva de possibilidade de produção auxilia a visualizar qual é o custo social de satisfazer uma dada prioridade. Não raro, pode ser que, em face das prioridades eleitas, não seja possível incrementar novas pretensões, mantidas as alocações existentes. Deixada para uma outra oportunidade a discussão sobre a determinação de competências para a tomada de decisões coletivas em um Estado Democrático de Direito, e no quanto essas decisões mostrar-se-iam legítimas ou não à luz de juízos de constitucionalidade, seja por ação ou omissão estatal, *é preciso primeiramente analisar se existem condições econômicas possíveis para agasalho das pretensões requeridas*. Essa perspectiva contribui para que o debate da implementação de políticas públicas seja feito de forma séria e responsável.

Nesse contexto, um estudo que contribui para a reflexão supramencionada verifica-se no período de racionamento de energia elétrica vivenciado no país em 2001, cuja discussão foi levada ao Supremo Tribunal Federal por conta do julgamento de constitucionalidade de suas principais medidas. Antes, contudo, de analisar o julgado, é preciso reservar algumas linhas para a percepção tópica do Direito.

5 A ANÁLISE CASUÍSTICA E CONCRETIZADORA

Jorge Miranda assinala íntima conexão entre a tarefa fundamental, de caráter geral, de promover os direitos econômicos, sociais e culturais com as incumbências reservadas ao Estado. O autor distingue tarefas, funções e incumbências. Segundo ele:

tarefas equivalem a fins do Estado manifestados em certo tempo histórico, em certa situação político-constitucional, em certo regime, em certa Constituição em sentido material. Traduzem um determinado enlace entre o Estado e a sociedade. Implicam um princípio (ou uma tentativa) de legitimação do exercício do poder. As *tarefas* contrapõem-se às *funções em sentido estrito* – que são não tanto algo de pensado quanto algo de realizado – ou atividades que o Estado, constante, repetida e repetidamente, vai desenvolvendo, de harmonia com as regras que o condicionam e conformam, e que, por conseguinte, aparecem como meios ao serviço. [...]

Entre umas e outras situam-se as *incumbências*, que são, ao mesmo tempo, metas e ações a que o Estado fica constitucionalmente adstrito – o mais das vezes através de normas programáticas – em

face dos direitos, interesses ou instituições que lhe cabe garantir, promover ou tornar efectivos; e as incumbências traduzem-se em ‘imposições constitucionais’, designadamente em ‘imposições legiferantes’.⁴⁹ (grifo nosso)

Trazidas para o contexto brasileiro, as incumbências, *tipicamente de carácter normativo e prospectivo*, poderiam ser vislumbradas no *artigo 3º da CF* que prescreve os objetivos da República Federativa do Brasil de (i) construir uma sociedade livre, justa e solidária; (ii) garantir o desenvolvimento nacional; (iii) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e (iv) promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. A incumbência de prestação de serviços públicos, prevista no artigo 175 da CF, também poderia ser compreendida sob esse prisma. Mas tão somente a incumbência de prestação dos serviços, pois a forma de concretização parece mais condizente com o *conceito de tarefa*, visto refletir uma determinada opção política contextualizada. A opção de delegação à iniciativa privada ou de desestatização de empresas públicas bem refletem o carácter temporal e situacional dessas opções.

Jorge Miranda também acentua que existe “um conteúdo essencial também das tarefas e das incumbências que o intérprete deve desvendar e o aplicador da Constituição preservar.”⁵⁰ Esse conteúdo essencial, que poderia ser compreendido com um *mínimo existencial de proteção de determinados direitos*, é de difícil delimitação, sendo desafiador reduzi-lo em termos objetivos e quantificáveis aprioristicamente enquanto enunciados gerais açambarcador de todas as hipóteses abstratamente consideradas. Numa dimensão pragmática, esse mínimo assegura, em *condições possíveis*, aquilo que *Hesse* resolveu por chamar de “*concretização da Constituição*”⁵¹ enquanto fruto da interpretação constitucional. Para nós, *o problema a ser enfrentado passa a ser definir o mínimo existencial de determinada prioridade em face de recursos escassos disponíveis*. O tema é árido e desde logo deve se reconhecer que muitas interpretações seriam justificáveis. Qualquer solução, entretanto, perpassará pelo reconhecimento de que compreender,

49 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV – Direitos Fundamentais*. 2 ed: Coimbra, 1993, p. 344-345.

50 *Ibid.*, p. 345.

51 “*La concretización presupone la ‘comprensión’ del contenido de la norma a ‘concretizar’*. *La cual no cabe desvincular ni la ‘precomprensión’ del intérprete ni del problema concreto a resolver.*” HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 43.

e, a partir daí concretizar, *só é possível diante de casos concretos*, visto que as particularidades fáticas dos casos a serem solucionados nos revelarão o quadro discricionário de possibilidades para tomada de decisões.

Cabe a observação de Hesse que “*no existe interpretación constitucional desvinculada de los problemas concretos.*”⁵² Esse é também o entendimento de Müller, que acrescenta ao processo interpretativo e concretizador, o programa da norma e o âmbito da norma, para concluir que “concretizar significa produzir, diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito.”⁵³

Seguindo, portanto, a linha *topoi*, o caso ilustrador que se passa a analisar, de forte tensão socioeconômica em se buscar garantir um mínimo existencial em face de situação de escassez de oferta, foi o *programa de racionamento do uso de energia elétrica vivenciado no País em 2001*, cujo debate foi levado ao Supremo Tribunal Federal por ocasião da propositura da *Ação Direta de Constitucionalidade nº 09/06*, pelo Presidente da República, que teve por objetivo reconhecer a constitucionalidade das principais medidas daquele programa.

6 O RACIONAMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA DE 2001

O Brasil vivenciou em 2001 uma de suas maiores crises de suprimento de energia elétrica. O caso repercute ainda hoje com os desdobramentos das medidas de combate aos efeitos da crise⁵⁴ e serviu de duro aprendizado para o aperfeiçoamento das grandes linhas

52 HESSE, op. cit., p. 45.

53 MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed.: Renovar. p.131.

54 Recentemente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade dos encargos tarifários criados pela Lei nº 10.438/02, também conhecidos como “seguro-apagão”, em análise de dois recursos extraordinários que haviam tido a repercussão geral reconhecida. Naqueles julgados, reconheceu-se que “em 2001, em virtude da redução da geração de energia elétrica pelas usinas hidroelétricas, ante os baixos níveis pluviométricos registrados, o Governo adotou certas providências para assegurar a continuidade da prestação desse serviço, dentre as quais, a instituição do debatido encargo, por meio da Medida Provisória 14/2001, convertida na Lei 10.438/2002, tendo por objetivo financiar, por rateio entre os consumidores, os custos, inclusive de natureza operacional, tributária e administrativa, relativos à aquisição de energia elétrica e à contratação de capacidade de geração ou potência pela Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial - CBEE.” 90). Supremo Tribunal Federal. RE 576189/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 22.4.2009. (RE-576189) RE 541511/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 22.4.2009. (RE-541511). Informativo de Jurisprudência nº 513 – Abril de 2009.

regulatórias do modelo do setor elétrico brasileiro, atualmente estribado nas Leis nº 10.847/04 e 10.848/04.

O racionamento caracterizou-se pela incompatibilidade entre a oferta de energia e a demanda requerida, mostrando-se necessário racionar o uso da energia. A sua principal causa foi atribuída ao atraso na construção de empreendimentos de geração e transmissão de energia elétrica no período de 1998 a 2001 que deveriam acompanhar o crescimento estimado da demanda.⁵⁵ Esse atraso significou, em 2001, déficit de “22 mil GWh, equivalente a 15% da capacidade de armazenamento conjunta das regiões Sudeste, Centro-Oeste e Nordeste.”⁵⁶ Caso nenhum desses atrasos tivesse ocorrido, seguindo a conclusão oficial, “o nível de armazenamento destas regiões em fins de abril de 2001, que era de 32%, teria sido acrescido de 15 pontos percentuais, chegando a 47%.”⁵⁷ O impacto desse atraso na expansão da oferta foi potencializado por um ano de hidrologia desfavorável, com poucas chuvas e forte estiagem em várias regiões, além de ter sido agravado por outros fatores relacionados à implementação do modelo de livre comercialização inaugurado pela Lei nº 9.648/98, em especial no sobredimensionamento atribuído à energia assegurada das usinas.

Nessa situação de escassez, a solução adotada pelo Poder Público não poderia ser outra senão buscar compatibilizar a demanda à oferta. Se não se mostrava possível agregar maior oferta no curto prazo, tendo em vista os prazos de construção dos empreendimentos elétricos – em média 3 a 5 anos para usinas hidroelétricas e 2 anos para linhas de transmissão –, mostrava-se necessário reduzir a demanda. Eis, portanto, que as principais medidas do programa de racionamento foram concentradas na demanda:

- (i) imposição de meta de consumo para todas as classes de consumidores (residenciais, comerciais, industriais, consumidores livres, poder público e rurais);
- (ii) aumento das tarifas para as faixas de consumo acima da meta (“sobretarifa”);

⁵⁵ Análise a partir das conclusões oficiais da Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica. www.planalto.gov.br. Acesso em 12 de fevereiro de 2009.

⁵⁶ Presidência da República. *Relatório da Comissão de Análise do Sistema Hidrotérmico de Energia Elétrica*. KELMAN, Jerson (Coord.). Câmara de Gestão da crise de energia elétrica, 2001. p.6.

⁵⁷ *Ibid.*

- (iii) concessão de estímulos econômicos, por meio de bônus e compensações, para aqueles que reduzissem o consumo aquém da meta; e
- (iv) possibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica para os consumidores que descumprissem a meta.

A meta do programa era reduzir o consumo geral em 20%, segundo relatório de confiabilidade apresentado pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS à época.

A ADC nº 09/06 teve por parâmetro as normas oficializadas na *Medida Provisória nº 2.152/2001*, em sua quarta edição⁵⁸, mas que desde a sua primeira versão já vinham provocando acirradas controvérsias judiciais quanto à legitimidade de suas medidas. À época da propositura da ADC nº 09/06, a Advocacia-Geral da União (AGU) listou mais de 127 ações judiciais em curso.⁵⁹ Em momento algum foi questionada a existência de relevante controvérsia judicial como empecilho ao conhecimento da ação.⁶⁰

6.1 O JULGAMENTO DA ADC Nº 09/06

O julgamento da ADC nº 09/06 envolveu forte correlação da análise jurídica em face de típicos dilemas econômicos enfrentados em situações de escassez. Logo ao propor a inicial, o Presidente da República buscou justificar as medidas que estavam sendo implantadas pelo caráter atípico do comportamento do mercado:

- (i) As metas estão estabelecidas em critérios que permitirão uma redução autogerida, em que são preservadas a autonomia e

58 A Emenda Constitucional nº 32/01 deu nova redação ao artigo 62 da CF/88 extinguindo a possibilidade de sucessivas reedições das Medidas Provisórias. Nos termos da atual redação do §7º, só é admitida uma única vez a prorrogação. A referida Emenda preservou, contudo, a vigência das medidas provisórias editadas em conformidade com a redação anterior do artigo 62 da CF/88, conforme disposição contida em seu artigo 2º.

59 Anexos 5 a 13 da Inicial da ADC nº 09-DF. *Supremo Tribunal Federal*. Relator: Min. Nery da Silveira. DJ 23/04/2004.

60 O artigo 14, inciso III da Lei nº 9.868/99 exige, como requisito de admissibilidade da ADC, que haja relevante controvérsia judicial sobre a matéria. Como os atos normativos gozam de presunção de constitucionalidade, seu questionamento, de forma concentrada, demanda a comprovação objetiva que se tenha dúvida fundada em relação à constitucionalidade daqueles dispositivos.

as prioridades individuais. Com efeito, cada consumidor adequará as suas necessidades à execução da meta, elegendo entre formas alternativas de consumo, isto é, optando pelo desligamento de alguns eletrodomésticos, pela utilização de lâmpadas fluorescentes, pela redução do uso do chuveiro e ferro elétricos, dentre outras opções.⁶¹

(ii) Em face da escassez do bem energia elétrica e da consequente elevação do seu custo, instituíram tarifas especiais para aqueles consumidores que consumirem acima da meta e bônus – a saber, a necessária contrapartida tarifária de estímulo à poupança – para aqueles que reduzirem seu consumo em parcela excedente à poupança determinada pela respectiva meta.⁶²

(iii) O terceiro instrumento previsto no Programa é a suspensão do fornecimento de energia elétrica, comumente denominado ‘corte.’ Trata-se de um mecanismo de redução compulsória do consumo, se inoperante a redução voluntária. Assegura-se, em conseqüência, o cumprimento da meta em benefício de toda a coletividade, já que, sendo a energia elétrica um bem ou recurso comum, se ela faltar, faltará para todos. Logo, aos não-solidários consumidores de energia elétrica reservou-se a suspensão do fornecimento de energia, como instrumento que garanta eficácia da observação da devida meta. Reitere-se que, aos consumidores cujo consumo mensal seja igual ou inferior a 100 kWh, não se aplica a suspensão do fornecimento por inobservância da meta, já que, além de o seu consumo já ser reduzido e afigurar-se pouco expressivo um eventual excesso, não haveria como se lhe exigir uma redução ainda maior.⁶³

O Ministro *Néry da Silveira*, relator da ação, julgou pela inconstitucionalidade do programa de racionamento. Na percepção do Ministro, as medidas retratavam um desvirtuamento da tarifa, visto não terem caráter contraprestacional ao serviço.⁶⁴ Entendeu, ademais,

61 *Supremo Tribunal Federal*. ADC nº 09/06-DF - Relator: Min. Nery da Silveira. DJ 23/04/2004. p.63.

62 *Ibid.*

63 *Ibid.*, p. 34.

64 “Bem de ver, é pois, que de tarifa, *nomine próprio*, aqui não se cuida. De fato, a tarifa, remuneração de serviço, o preço público tem como marca indelével ser contraprestação de serviço, qual bem o anotou Carlos Valder Nascimento.” *Ibidem*. p. 83.

que as medidas violavam os preceitos constitucionais que asseguram a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, art. 170, V e 175, II e IV). Afirmara em seu voto que:

não há [...] legitimidade constitucional para a suspensão do fornecimento de serviço essencial concedido, como o de energia elétrica, àqueles usuários, consumidores finais, e, no caso concreto, tão-só porque, em seu consumo mensal de energia elétrica, ultrapassaram o número de kWh, pré-estabelecido, com base em plano de contingenciamento de gasto, em medida provisória que, assim, se entremostra sem amparo na Constituição e revela evidente caráter punitivo.⁶⁵

O Ministro Relator vislumbrou ainda desrespeito aos “princípios da razoabilidade e proporcionalidade”.⁶⁶ Tomado o caráter central da argumentação do Relator, vê-se que a discussão de caráter econômico é renegada. Os termos utilizados expressam pouca ou nenhuma significância da ótica da racionalidade econômica ao deslinde da matéria, visto que o corte de fornecimento de energia é encarado como indevido por “tão só” ter se descumprido a meta de racionamento. Em momento algum a pergunta econômica de difícil solução foi suscitada: *como resolver a hipótese de existirem consumidores dispostos a pagar preços mais caros pela energia sem se atrelarem a meta alguma?* Na hipótese de existirem esses consumidores, e considerada legítima a possibilidade de aquisição, quem produziria a energia demandada ?

6.1.1 PREÇOS E MERCADO

Os preços possuem forte caráter indutivo no mercado. O comportamento humano não é ditado apenas por aumentos ou diminuições de preços, mas é inevitável reconhecer seu elemento influenciador. Corretamente considerado, *preços são traduções de consensos definidos no mercado*. Tomada a noção de *mercado*, verificar-se-á que esse último é melhor compreendido se percebido como “um conceito abstrato que se refere aos arranjos feitos pelas pessoas para trocar bens e serviços umas com as outras em todos os aspectos da vida econômica. Assim trata-se de um processo, em vez de um lugar claramente definido ou de algo

⁶⁵ op. cit., p. 90.

⁶⁶ “De outro modo, ainda, os valores previstos nas normas em referência também não poderiam prevalecer por sua desproporção, relativamente à causa de sua exigência, ferindo os princípios de razoabilidade e proporcionalidade.” Ibid. p.92.

que podemos observar facilmente, mesmo que alguns mercados estejam localizados em lugares específicos.”⁶⁷

O mercado, muito além de um mero lugar, é objeto de detido estudo pela Sociologia desde o momento em que as revoluções liberais do Século XVIII passaram a concebê-lo como um importante elemento de explicação das relações sociais em sociedades modernas. Segundo *Max Weber*, “falamos de mercado quando pelo menos por um lado há uma pluralidade de interessados que competem por oportunidades de troca.”⁶⁸ É, portanto, a elaboração de arranjos de troca entre os homens que caracteriza o elemento central de definição do mercado. *Se não existissem interessados em trocar, não haveria espaço para o mercado funcionar.*

Durkheim também acentua os contornos definidores da troca como principal elemento de caracterização de mercados. Segundo ele, o mercado, enquanto fato social, deve ser compreendido como “uma das instituições relativas à troca.”⁶⁹ Instituição social aqui considerada segundo o conceito analítico proposto por *Berger e Berger*, cuja caracterização objetiva pressupõe o reconhecimento de que algo só “é objetivamente real quando todos (ou quase todos) admitem que de fato a mesma existe, e que existe duma determinada maneira.”⁷⁰ Nesse sentido, a caracterização fundamental do mercado, enquanto objetividade social, reside em possibilitar trocas, o que, dentre outras questões, permite-nos compreender o papel instrumental desempenhado pela moeda, enquanto elemento viabilizador de trocas.

Transpostos esses conceitos à fundamentação do voto do Ministro *Néry da Silveira*, teríamos que admitir que consumidores mais abastados poderiam consumir energia elétrica em escaladas crescentes, mesmo com tarifas mais altas, desde que fosse essa a prioridade desses consumidores. *Propensos, portanto, a continuar a trocar energia por dinheiro, esses consumidores não teriam impeditivos para racionarem seu consumo, mesmo no momento de escassez do bem vivenciado no País.* Sem a possibilidade de corte, o único elemento balizador para a tomada de decisão seria mensurar o preço da energia. *Poder-se-ia vir a admitir, com essa prática, que a energia elétrica passasse a ser consumida somente por quem*

67 MITCHELL; SIMMONS, op. cit., p. 35.

68 WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: Editora da UnB, 1995. p. 419.

69 DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

70 BERGER, Peter L. e BERGER, Brigitte. *O que é uma instituição social*. In FORACCHI, M. M., MARTINS, J.S. (Orgs.). *Sociologia e sociedade*. Rio de Janeiro : Livros Técnicos e Científicos, 1977. p. 196.

detivesse mais recursos em detrimento de menos afortunados. Uma grande indústria exportadora de aço, eletrointensiva, em um momento aquecido do mercado por seus produtos, com câmbio favorável, poderia continuar a consumir energia em demasia, sem qualquer meta restritiva.

Em momento de escassez do bem, a redução de consumo apenas pela via de aumento de preços não surtiria os efeitos esperados, daí a razão da previsão do corte como medida extremada para os casos de recalitrância na redução de consumo. Esse dado não foi considerado na decisão do Ministro Relator possivelmente pela falta do estabelecimento de diálogo entre Economia e Direito.

A análise econômica do Direito é uma “poderosa ferramenta” para compreender um vasto conjunto de questões legais, como bem salientara *Posner*.⁷¹ Mas, para tanto, obviamente é preciso inseri-la no debate jurídico. Sendo as pessoas *racionais e maximizadoras de utilidades*, sem a possibilidade de corte, a conduta dos consumidores seria pautada apenas na análise individual do custo da energia sem qualquer outro vetor de caráter social. É fundamental compreender que os agentes atuantes no mercado aplicam a lei da escassez com enfoques *individuais* e não coletivos, por mais que queiramos atribuir componentes éticos, morais e socializantes na regência de suas condutas. *Adam Smith* já sinalizava essa lógica propulsora do mercado em sua clássica sistematização, ainda hoje presente, mesmo com as agendas de crescimento sustentável, preocupação com o meio ambiente, governança corporativa, preocupação com os consumidores e acionistas minoritários:

Quem quer que ofereça a outrem uma barganha de qualquer tipo, está propondo isto. Dá-me aquilo que desejo e terás isto que desejas, é o significado de toda oferta, assim e é, destarte, que obtemos uns dos outros a franca maioria dos bons ofícios de que necessitamos. *Não é da benevolência do açougueiro, cervejeiro ou padeiro que esperamos nosso jantar; mas de sua preocupação por seu próprio interesse. Dirigimo-nos não à sua humanidade, mas ao seu amor-próprio, e nunca lhe falamos de nossas necessidades, mas das vantagens deles. Ninguém, senão um pedinte,*

71 “Escribo este libro con la convicción de que la economía es una herramienta poderosa para analizar un vasto conjunto de cuestiones legales, pensando al mismo tiempo que la mayoría de los juristas e y los estudiantes de derecho (incluso los muy brillantes) tiene dificultades para realacionar los principios económicos con los problemas legales concretos.” POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. Tradução Eduardo L. Suárez. México: Fonde Cultura Económica, 1998. p. 11.

*escolhe depender principalmente da generosidade de seus concidadãos, e nem mesmo o mendigo dela depende inteiramente.*⁷² (grifo nosso)

Por mais paradoxal que uma primeira leitura açodada possa sugerir, *as medidas do plano de racionamento de energia elétrica vieram a proteger o consumidor e não o contrário*. Consumidor aqui compreendido em sua coletividade e não isoladamente, tal como já suscitado na análise dos temas da educação e saúde no item 4.1. E isso se deve por que:

- (i) *o mínimo existencial*, referido por *Jorge Miranda*, enquanto elemento próprio da realização dos direitos humanos, havia sido assegurado, pois a todos os consumidores era garantido consumo mínimo mensal de 100 kWh, faixa na qual não estavam sujeitos a racionamento nem a corte;
- (ii) as novas classes tarifárias, criadas com valores mais altos para as faixas acima da meta, serviriam de *desestimuladores econômicos ao consumo*, representando, em momento de escassez, maior valoração social do bem raro. Se diamantes fossem descobertos a todo momento certamente não seriam tão valiosos. No mesmo sentido, aqueles que reduzissem consumo aquém da meta, em momento de escassez, teriam um ativo (bônus) que poderia ser destinado ao mercado, servindo de *incentivo à poupança de energia*; e
- (iii) o corte do fornecimento de energia elétrica dos consumidores que não colaborassem espontaneamente com as medidas de redução visaria, por via coercitiva, *garantir o atendimento aos demais consumidores solidários*, dado o caráter social e imprescindível da energia para todos, caracterizada com típico serviço público (artigos 175, 176 e 21, XII, b da CF/88).

A *Ministra Ellen Gracie* iniciou a divergência na Corte, agregando elementos de racionalidade econômica à discussão jurídica. Segundo ela, estariam preservados os preceitos de vinculação da tarifa à política tarifária que, bem situada, “era estimular a redução de demanda, na impossibilidade momentânea de aumentar a oferta.”⁷³ Sobre a defesa do consumidor, encarou-a em uma perspectiva mais abrangente:

72 SMITH, Adam. *Riqueza das Nações*. Tradução Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 2008. p. 25.

73 ADC nº 09-6-DF. Relator: Min. Nery da Silveira. DJ 23/04/2004. p.98.

Inocorre agressão, mas, muito ao contrário, há preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem *a utilizar-se moderadamente de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa*. Não há inconstitucionalidade por violação ao direito de propriedade. Tudo porque, inexistente propriedade a ser alegada em relação ao consumo de energia elétrica. [...] Tampouco considero que a suspensão do fornecimento seja medida que caracterize dupla punição. Os pressupostos de aplicação da sobretarifa e do corte de energia são diversos. Aqui, mais uma vez se revela a marcada preocupação que tiveram os redatores da medida, com a redistribuição entre os cidadãos dos ônus decorrentes da situação de carência ora enfrentada. Tudo para que os consumidores com maior poder aquisitivo que poderiam, portanto, manter-se indiferentes ao acréscimo de custo, tenham presente a possibilidade de serem levados, pela via coercitiva, *ao exercício da solidariedade social mínima* e não venham, como lembrou a inicial, a seguir aquecendo piscinas ociosas, até que falte a energia necessária para que se acenda uma simples lâmpada na residência pobre.⁷⁴ (grifo nosso)

O Ministro *Nelson Jobim* acompanhou a divergência e, após explicar o mecanismo de funcionamento da sobretarifa e do bônus, acrescentou ao seu voto a análise econômica que, de certo modo, embasa a ideia central da curva de possibilidade de produção referida no item 3. Pontuou uma característica típica do fato que se pretendia regular:

[...] devemos lembrar que o direito subjetivo, eventual, que possa se ter em relação ao fornecimento de energia elétrica é do que se tem, porque aqui estamos perante o direito a uma prestação e não um direito potestativo. *É um direito que se satisfaz por meio de uma prestação e esta depende da capacidade de oferta. Se a capacidade de oferta reduziu-se, devem-se ajustar os consumidores a esta capacidade de oferta.*⁷⁵ (grifo nosso).

Esse enfoque é fundamental para permitir o diálogo entre Direito e Economia. A doutrina reconhece que mesmo os direitos fundamentais prestacionais podem sofrer restrições quando verificadas condições impossíveis de assegurá-los. Valendo-nos, mais uma vez, do referencial de Jorge Miranda, tem-se que:

74 ADC nº 09-6-DF. Relator: Min. Nery da Silveira. DJ 23/04/2004.. p. 99.

75 Ibid., p. 107.

A efectivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não depende apenas da aplicação de normas constitucionais concernentes à organização econômica. *Depende também, e sobretudo, dos próprios factores económicos, assim como – o que nem sempre é suficientemente tido em conta – dos condicionalismos institucionais, do modo de organização e funcionamento da Administração pública e dos recursos financeiros.* [...] E a doutrina fala no ajustamento do socialmente desejável ao economicamente possível, na subordinação da efectividade concreta a uma reserva econômica do possível ou na raridade material do objeto da pretensão como limite real.⁷⁶

O pensamento do possível, muitas vezes desvirtuado para escudar incompetentes e maus gestores públicos, pressupõe um dado básico: *o Direito necessita levar em conta as contingências econômicas, pois não é possível exigir algo que não seja capaz de ser realizado.* A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal possui vastos precedentes que levam em conta esse postulado.⁷⁷

Acompanhando a divergência, o Ministro *Maurício Corrêa* também sinalizou que as medidas do racionamento deveriam ser “entendidas sob o ângulo de sua estrita essencialidade, em face de seu caráter inadiável, imediato e intransferível”, ainda que as matérias impusessem “pesados ônus, sacrifícios e desconfortos, quiçá por imprevidência e incúria de quem teria a obrigação de prevenir, mas que aqui não comporta ser responsabilizado”⁷⁸, votando, assim, pela constitucionalidade do programa.

Já o Ministro *Carlos Velloso* teve a sensibilidade de formular as perguntas necessárias para resolução do problema. Segundo ele: “teria havido imprevisão por parte de órgãos governamentais? Isto não interessa

76 MIRANDA, op. cit., p. 348.

77 Dentre outros, destaca-se: “[...] O pensamento do possível tem uma dupla relação com a realidade. Uma é de caráter negativo: o pensamento do possível indaga sobre o também possível, sobre alternativas em relação à realidade, sobre aquilo que ainda não é real. O pensamento do possível depende também da realidade em outro sentido: possível é apenas aquilo que pode ser real no futuro. [...] a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da constituição - ainda quanto teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada - subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem. *Supremo Tribunal Federal*. ADI (EI) 1.289-DF – Rel. Min. Gilmar Mendes – Informativo de Jurisprudência nº 306 – Maio de 2003.

78 ADC nº 09-6-DF. Relator: Min. Nery da Silveira. DJ 23/04/2004, p.109.

discutir aqui. Certo é que vivemos uma crise de energia elétrica.”⁷⁹ Com as lentes voltadas para a situação de escassez, pôde concluir que: “em sistema de escassez do serviço, possa o legislador, realizando a política tarifária que lhe incumbiu a Constituição, *cobrar mais caro pelo serviço que excede à cota destinada ao consumidor. Tudo isso comporta-se no conceito de política tarifária, tornando-o realidade no mundo das coisas.*”⁸⁰

Essa posição também foi compartilhada pelo Ministro *Sepúlveda Pertence*. Após reconhecer o caráter extrafiscal que a tarifa pode adotar, concluiu que tarifas são *preços políticos* e “se o problema político não é o preço da energia, *mas é a falta de energia a vender, de nada serviria, porém, esse mecanismo de sobretarifa se não se lhe permitisse, em face de persistência no abuso, o corte de fornecimento.*”⁸¹ Esse também foi o entendimento do Ministro *Moreira Alves*. Antes de concluir, o Ministro apresentou a distinção de tratamento da tarifa à luz da Constituição de 69 – estritamente vinculada a uma destinação específica – e a Constituição atual:

[...] hoje não haver dúvida de que a tarifa é um preço público de natureza política, inclusive, o que me permite, hoje, considerar que a tarifa possa ter – eu não digo efeitos extrafiscais, porque tarifa nada tem que ver com o fisco – efeitos que extravasam aquilo que é o normal do preço público, que é justamente a contraprestação do dinheiro em relação ao serviço ou à mercadoria que é prestada.⁸²

O Ministro *Marco Aurélio*, Presidente do Tribunal à época e último a votar, acompanhou o voto do Ministro Relator e por considerar desvirtuado o conceito de tarifa, enquadrando-o “como um verdadeiro empréstimo compulsório, sem observância das disciplinas legais”,⁸³ julgou inconstitucional os dispositivos que embasavam o programa oficial de racionamento. Seu voto não traz elementos que permitam aproximar o Direito à Economia. Um detalhe curioso no julgamento foi quando indagado pelo Ministro *Pertence* se não era possível racionar, *Marco Aurélio* limitou-se a responder que “não se pode transferir ao povo a culpa e ele pagar por ela.”⁸⁴

79 ADC nº 09-6-DF. Relator: Min. Nery da Silveira. DJ 23/04/2004, p. 113.

80 Ibid., p. 114.

81 Ibid., p. 118.

82 Ibid., p.124.

83 Ibid., p.109.

84 Ibid. p. 158.

Discussões sobre culpa não costumam auxiliar na resolução de problemas tipicamente econômicos, pois não solucionam as lides. Não por outra razão, *as responsabilidades por atos praticados no mercado são tipicamente objetivas e não subjetivas*.⁸⁵ Em outras palavras, questões de índole psicossociais são irrelevantes, bem como as análises sobre as razões volitivas dos agentes causadores de danos ao mercado. Buscar atribuir culpa em ação que tinha por objeto resolver o problema de escassez de energia não se mostraria adequado, pois a escassez continuaria a perdurar independentemente de a quem fosse imputada a responsabilidade, além de transformar, por vias transversas, o objeto do controle difuso de constitucionalidade em ação de improbidade ou de crime de responsabilidade.⁸⁶ Como Coase⁸⁷ sugere, mais importante que buscar atribuir responsabilidades por situações de escassez é analisar como os custos devem ser alocados. No caso de energia elétrica, considerado o comportamento *inelástico da demanda em relação aos preços de energia*⁸⁸, caso o programa de racionamento não fosse mantido, a tendência seria que o bem se esgotasse por aqueles que estivessem mais propensos a consumi-lo, maximizando utilidades individuais até o colapso do sistema, dado que a oferta não se compatibilizaria à demanda no curto prazo, levando a interrupções generalizadas no fornecimento e gerando, por consequência, os indesejados apagões.

6.1.2 O RESULTADO DO JULGAMENTO

Para o bem do País, o julgamento restou concluído pela declaração de constitucionalidade do programa de racionamento de energia elétrica, deferindo-se medida cautelar para suspender, com eficácia *ex*

85 Art. 12 e 14 da Lei nº 8.078/90 disciplinam a responsabilidade objetiva por fato do produto ou do serviço em relações de consumo, sendo irrelevante a discussão sobre culpa. Do mesmo modo, a Lei nº 8.884/94 enuncia que as infrações à ordem econômica prescindem de qualquer discussão sobre culpa (art. 20). E o atual Código Civil, superando as prescrições do antigo Código de 1916, determina que a responsabilidade empresarial seja tida como objetiva (art. 931), além da previsão geral contida no parágrafo único do artigo 927.

86 Em momento mais acalorado da discussão com o Ministro Marco Aurélio, o Ministro Sepúlveda Pertence sugeriu então que se queimassem “os governantes para se fazer termelétrica.” *Ibidem*. p. 158.

87 COASE, Ronald Henry. “*The problem of social cost.*” *The journal of law and Economics*. Chicago: University of Chicago, 1960.

88 “A elasticidade-preço da demanda, às vezes chamada simplesmente de elasticidade da demanda, mede a variação percentual no preço. Se a elasticidade for menor que a unidade, diz-se que a demanda é inelástica; se for maior do que um, que ela é elástica. [...] Itens como eletricidade, serviços de água e esgoto e mesmo alguns remédios, além de essenciais, não têm substitutos próximos, por isso a sua demanda é muito inelástica.” PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 47-48.

tunc, e com efeito vinculante, até final julgamento da ação que viria a ocorrer ainda naquele ano, a prolação de qualquer decisão que tivesse por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos artigos 14 a 18 da Medida Provisória nº 2.152-2, de 1º de junho de 2001. Ficaram vencidos os Senhores Ministros Relator e Presidente. Votaram pelo deferimento os Ministros Ellen Gracie, Néelson Jobim, Maurício Corrêa, Carlos Velloso, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Sydney Sanches. Papel de destaque deve ser dado ao então Advogado-Geral da União, Ministro Gilmar Mendes, articulador da defesa apresentada.

7 CONCLUSÃO

O *Direito Econômico* parte da *ordem econômica*⁸⁹ (campo do ser) para prescrever conteúdo finalístico aos fatos econômicos, valendo-se, para tanto, de um conjunto de técnicas e instrumentos de típica *intervenção estatal* na economia. O reconhecimento da legitimidade desse ramo do Direito só se mostra possível quando se supera a percepção ideológica tida como liberal clássica e se reconhece um novo papel político ao Estado. Ainda que no curso da história da humanidade seja possível identificar inúmeras medidas tipicamente interventivas, perpassando desde a longínqua antiguidade⁹⁰, a sistematização dessa intervenção só adveio no recente Século XX, com o surgimento do Welfare State.

89 O conceito de ordem econômica é utilizado como ordem do ser e do dever ser. Enquanto ordem do ser, Vital Moreira sintetiza que a ordem econômica é: “o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um conceito de fato e não de um conceito normativo ou de valor (é conceito do mundo do ser, portanto); o que o caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e materiais, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser; exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato”. MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Lisboa, Caminho, 4. ed. 1987, p. 67-71.

90 Paula Forgioni analisa registros históricos relacionados à defesa da concorrência ao longo de sua classificação trifásica evolutiva do tema, perpassando pelos períodos de (i) disciplina da concorrência para eliminação de distorções tópicas (englobando a antiguidade grega e romana, Idade Média e Mercantilismo); (ii) concorrência percebida no liberalismo (*Sherman act*) e (iii) as normas antitruste como instrumento de implementação de políticas públicas (pós-guerra). Dentre os exemplos, destaca-se a adoção de regras de proteção ao consumidor desde as Comunas, na Idade Média, como as existentes em Florença, na qual “um fiscal, ao fim do dia, cortava a cauda de todos os peixes que haviam sido postos à venda, para que o consumidor, no dia seguinte, soubesse que o produto não era fresco. O próprio mecanismo das feiras era utilizado para que fossem evitados abusos de preços por parte dos comerciantes, principalmente de gêneros de primeira necessidade. Exigia-se, assim, que os agricultores levassem suas mercadorias a um determinado lugar (praça do mercado), em horas preestabelecidas, viabilizando a concorrência.” FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.45.

Nessa feição de Estado, os direitos de caráter econômico e social pressupõem efetiva atividade estatal para implementá-los e não mera abstenção. A doutrina os reconhece como sendo típicos *direitos humanos*.

A necessidade de políticas públicas concretizadoras desses direitos humanos não pode, contudo, passar ao largo da análise da lógica de funcionamento da economia. Questões sobre análise de custos, possibilidade de produção, definição de preços em momentos de escassez, enfim, situações tipicamente enfrentadas na seara econômica, devem ser incorporadas à discussão jurídica, caso se queira, efetivamente, regular o mercado.

O Brasil seguiu, em grandes linhas, o modelo norte americano de tripartição de Poderes, permitindo classificá-lo como filiado à essa família.⁹¹ Muito diferentemente dos EUA, o nosso País depende, em uma escala infinitamente maior, da implementação de inúmeras políticas públicas básicas e da presença estatal em vários setores, seja direta ou indiretamente. Mesmo no setor empresarial, arena própria das regras do mercado e, portanto, da seara que seria tipicamente reservada à individualidade, há ainda muito o que se fazer, sobretudo em infraestrutura e na universalização de serviços prioritários à sociedade. O racionamento de energia elétrica vivenciado em 2001 bem denota esse quadro deficitário. Não se deve concluir, com isso, que caiba ao Estado prestar todas as atividades que interessam diretamente à sociedade, basta compreendê-las inseridas em um contexto condizente com a real função de regulação estatal da economia.⁹² Se o Poder Público opta por delegar à iniciativa privada a execução de serviços públicos, tal como lhe faculta a CF, deve reconhecer que a materialização dessa

91 *Jorge Miranda* reconhece a existência de quatro grandes famílias de Direito constitucional no século XX: a inglesa, a norte-americana, a francesa e a soviética. Seu método de classificação consiste em “encarar o sistema constitucional de cada país nas suas linhas directrizes e no seu espírito – que lhe conferem originalidade e, ao mesmo tempo, integração, em plano mais amplo, num tipo constitucional.” Nessa perspectiva, aponta como linhas diretivas da família norte-americana o (i) *sistema federativo*; (ii) o *presidencialismo* e (iii) a *fiscalização judicial*. In MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2002. p. 18

92 Segundo Aragão, a regulação estatal da economia pode ser definida como “o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.” ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2. ed, 2005. p. 37.

execução dar-se-á informada pela lógica de mercado e não por preceitos tipicamente estatais. Quando a iniciativa privada decide por contratar com o Poder Público a execução de um determinado serviço assim o faz motivada pelo escopo lucrativo, sintetizado por Adam Smith na busca pela maximização de interesses egoísticos.

Para que a intervenção estatal consiga realizar os objetivos almejados pela sociedade, mostra-se fundamental que o Direito se aproxime das demais ciências sociais, visto ser descabida pretensões de intervenção estatal na economia que não partam, primeiramente, da devida compreensão dos fatos que se pretende regular. Karl Popper, em discurso sobre a lógica das ciências sociais, enfatizava que só se pode denominar verdadeira uma proposição “se ela corresponde aos fatos, ou se as coisas são como as descritas pela proposição.”⁹³

A falta de aproximação entre Direito e Economia tende a resultar em medidas inócuas, acabando por gerar frustrações pelo descumprimento de expectativas socialmente geradas. A efetivação de políticas públicas no País reclama a séria exigência de se incorporar a análise econômica nos ofícios jurídicos. Só assim o Direito poderá, efetivamente, reger a atividade econômica. Um bom começo reside em esforçarmo-nos em buscar compreender os mecanismos e os comportamentos adotados no mercado.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. Alienação fiduciária em garantia. In CAHALI, Yussef Said (coord.). *Contratos nominados: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1995.

AMADO, Juan Antonio Garcia. *Teorias de La tópica jurídica*. Madri: Civitas.

ANDERSON, Perry. *Passagens da antiguidade para o Feudalismo*. 5. ed. Trad: Beatriz Sidou. São Paulo: Brasiliense, 1989.

ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

93 POPPER, Karl. *Lógica das Ciências Sociais*. UnB: Brasília, 1978. p. 28.

- ASSAFIM, João Marcelo de Lima. *A transferência de tecnologia no Brasil – Aspectos contratuais e concorrenciais da Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito Econômico Brasileiro*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.
- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad: Mauro Gama e Cláudia M. Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BERGER, Peter L.; BERGER, Brigitte. O que é uma instituição social. In FORACCHI, M. M., MARTINS, J.S. (Orgs.). *Sociologia e sociedade*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1977.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Trad.: Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UnB, 1999.
- BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*. São Paulo: Atlas, 2000.
- CAHALI, Yussef Said (coord.). *Contratos nominados: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- CARRIÓ, Genaro R. Los derechos humanos y su proteccion: distintos problemas. Buenos Aires: Abeledo-perrot.
- COASE, Ronald Henry. The problem of social cost. *The journal of law and Economics*. Chicago: University of Chicago, 1960.
- DELMAS-MARTY, Mireille. Três desafios para um direito mundial. *Lumen-juris*.
- DOBB, Maurice. *A evolução do capitalismo*. 9. ed. Trad: Manuel do Rêgo Braga. LTC: Rio de Janeiro, 1987.
- DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Sergio Antônio Fabris. Porto Alegre. 1997.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

MACHADO, Rubens Approbato Machado. *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. *O Manifesto Comunista*. 8. ed. Tradução: Maria Lúcia Como. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV – Direitos Fundamentais*. 2. ed. Coimbra, 1993.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MITCHELL, Wiliam C; SIMMONS, Randy T. *Para além da política – mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia*. Tradução: Jorge Ritter. Topbooks: Rio de Janeiro, 2003.

MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. 4. ed. Lisboa: Caminho, 1987.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Renovar.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POPPER, Karl. *Lógica das Ciências Sociais*. Brasília: UnB, 1978.

POSNER, Richard. *El análisis económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

Presidência da República. *Relatório da Comissão de Análise do Sistema Hidrotérmico de Energia Elétrica*. KELMAN, Jerson (Coord.). Câmara de Gestão da crise de energia elétrica, 2001.

QUINTANA, Segundo V. Linares. *Tratado de Interpretación Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

SMITH, Adam. *Riqueza das Nações*. Tradução Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 2008.

STAJN, Rachel. Law and Economics. In ZYLBERSZTJAN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia – Análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADCnº 09-DF. Relator: Min. Nery da Silveira. DJ 23/04/2004.

_____. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 31 mai. 2009.

USERA, Raúl Canosa. *Interpretacion constitucional y formula política*. Madrid: Centro de Estudios constitucionales.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: UnB, 1995.

WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald. *Economia*. Tradução Yeda Crusius e Carlos Crusius. Editora: McGraw-Hill, 1982.

ZYLBERSZTJAN, Decio e SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia – Análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

**JURISPRUDÊNCIA COMENTADA.
NOTAS PARA UM DEBATE ACERCA DOS
LIMITES AO CONTROLE JUDICIAL DE
“POLÍTICAS PÚBLICAS”**

Kaline Ferreira Davi

Advogada da União

Professora de Direito Administrativo

Mestra em Direito Público – UFBA

Doutoranda em Direito Público pela Université Montesquieu Bordeaux IV- France

SUMÁRIO: Introdução; 1 Separação de Poderes e Atividade de Controle dos Atos Políticos Da Administração Publica Exercida Pelo Poder Judiciário; 2 Baixa Densidade Normativa Vinculativa - Reserva Do Possível Como Matéria de Defesa - Mínimo Existencial; 3 As “Políticas Públicas” - Dimensão e Controle; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Utilizando-se de recente jurisprudência de Tribunal Superior pretende-se analisar e criticar o posicionamento do Ministério Público e principalmente do Poder Judiciário Brasileiro em relação ao controle de uma mal compreendida categoria jurídica denominada política pública.

PALAVRAS-CHAVE: Controle. Política Pública. Classificação. Categoria Jurídica.

ABSTRACT: Using itself of recent jurisprudence of Superior Court it is intended to mainly analyze and to criticize the positioning of the Public Prosecution service and of the Brazilian Judiciary in relation to the control of one badly understood legal category called public politics.

KEY WORDS: Control. Public Politics. Classification. Legal Category.

INTRODUÇÃO

Em recente acórdão publicado em 16.09.09, o A Egrégia 2. Turma do Superior Tribunal de Justiça, em decisão unânime, negou provimento ao Recurso Especial N° 1.041.197 - MS (2008/0059830-7), da relatoria do Ministro Humberto Martins, interposto pelo Estado do Mato Grosso do Sul contra decisão que o obrigava a fornecer ao Hospital Universitário de Dourados os equipamentos necessários ao seu regular funcionamento. A decisão recorrida foi obtida em Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público.

A ementa do acórdão ficou assim redigida:

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.

1. Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública, em vista de que o Tribunal de origem decidiu a questão unicamente sob o prisma constitucional.
2. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não-realização do devido cotejo analítico.
3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais.

4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava

vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.

5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.

6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.

Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.¹

Como pode ser observado apenas da análise da ementa, a decisão do STJ prega a plena efetividade das normas constitucionais e afasta o discurso de alguns juristas que ainda consideram os atos praticados

1 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1041197 /MS. Ministro HUMBERTO MARTINS, T2 - SEGUNDA TURMA, data do julgamento: 25/08/2009, Publicação: DJ 16.09.2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 18 Set. 2009.

pelo governo como atos insindicáveis em virtude de forte conotação política. A decisão chega a mencionar o controle judicial de políticas públicas, como se realmente fosse esse o objeto da Ação Civil Pública e da decisão proferida.

O acórdão em comento evidencia três questões básicas nas quais se funda e que merecerá análise acurada ao longo desse texto:

1. Separação de poderes e atividade de controle dos atos políticos da Administração Pública exercida pelo Poder Judiciário;
2. Baixa densidade normativa vinculativa, Reserva do Possível como matéria de defesa e mínimo existencial;
3. As “Políticas Públicas”, sua dimensão e controle.

1 SEPARAÇÃO DE PODERES E ATIVIDADE DE CONTROLE DOS ATOS POLÍTICOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EXERCIDA PELO PODER JUDICIÁRIO

Na lição de Fábio Konder Comparato² esse sistema de *checks and balances* entre os diversos ramos do poder, se consegue impedir o Estado de fazer o mal, também o impede de fazer o bem, pois retira dele a capacidade de empreender. No modelo de Estado Liberal, essa inação do Estado era até desejada, mas, assim que a consciência jurídica universal passou a reconhecer, ao lado dos direitos individuais, também os direitos sociais, esse modelo de freios e contrapesos tornou-se embaraçoso e até mesmo incongruente do ponto de vista ético.

Com o crescimento da sociedade industrial, passou-se a exigir dos poderes políticos tarefas de direção e empreendimento que somente o Executivo - na tripartição clássica - tinha condições de exercer, o que gerou o agigantamento do Executivo, que se apoderou parcialmente até da atividade normativa.³

Em verdade a repartição de funções idealizada por Montesquieu, por inspiração aristotélica e lockiana, tem que ser analisada no contexto

2 COMPARATO, Fábio Konder. Planejar o desenvolvimento: a perspectiva institucional. In: BERNARDO, Antonio C. et al. *Brasil, o desenvolvimento ameaçado: perspectivas e soluções*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1989. p. 61-101. p. 71.

3 COMPARATO, 1989, p. 73.

histórico em que foi idealizada por seu autor, num momento em que o principal objetivo era frear as arbitrariedades do poder absoluto. O que se queria era salvaguardar as liberdades individuais por meio da limitação do poder.⁴

Observemos que a motivação central daquela época foi intensamente centrada no controle, tanto que o Poder Judiciário foi considerado por Montesquieu como um poder nulo. Fruto da idéia inspiradora do princípio de que poder detém poder, ao Judiciário caberia tão somente a função típica de conter ou reparar as violações praticadas pelos outros dois Poderes, sendo mais adequado mantê-lo politicamente neutro.

As críticas atuais lançadas ao sistema de separação de poderes advêm dessa herança absolutista que privilegia as potestades em detrimento dos deveres funcionais; e da preocupação em controlar acima de tudo, o que não poderia ser diferente no contexto em que se vivia. Ocorre que a história prosseguiu e o Estado hoje sofre as conseqüências dessa má-formulação político-estrutural no que tange ao desempenho das funções estatais, no que é incongruente e responsável por várias distorções.⁵ Ressaltamos que é impossível subsumir todas as funções do Estado a apenas três principais espécies classificatórias e, mais ainda, atribuir cada uma dessas funções com exclusividade a um desses distintos órgãos-poderes. Para ilustrar, podemos citar o Ministério Público⁶ que, embora seja um órgão estatal, não integra nenhum dos poderes; de outro lado temos a própria atividade de governo que, na condição de suprema atividade diretiva, também não se encaixa perfeitamente em nenhum desses três poderes, ou melhor, está presente nos três poderes indistintamente.⁷

Em seu voto o Min. Humberto Martins demonstra claramente a adoção de posicionamento coerente com a doutrina menos conservadora, que embora respeite a concepção da separação montesquiana de poderes,

4 SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça e responsabilidade civil do estado por sua denegação: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português*. 2006. p. 159-160.

5 COMPARATO, 1989, p. 70.

6 Não defendemos a idéia de que o Ministério Público formaria um quarto poder, mas sim que sua existência comprova a insuficiência e inadequação da tripartição de poderes, já que a função desempenhada pelo *parquet* ficaria de fora, não se enquadrando exatamente em nenhuma dessas três funções, sem, no entanto, deixar de ser típica função de Estado.

7 ARAGÃO, Alexandre Santos. Princípio da Legalidade e Poder Regulamentar no Estado Contemporâneo *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 225, p.109-129, jul./set. 2001. p.111.

percebe a necessidade premente de conciliar essa concepção com os anseios do Estado contemporâneo, assim posicionando-se:

[...] Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.

Outro ponto importante a ressaltar é que se prevalecesse o entendimento de que em face do princípio da separação dos poderes estaria o Judiciário impedido de corrigir distorções em matéria de políticas públicas, a efetivação de outros princípios igualmente constitucionais ficaria comprometida, o que contraria a hermenêutica atual que privilegia a harmonização das normas e princípios constitucionais conflitantes, de modo a buscar a máxima eficácia possível de ambos, e assim evitar que a aplicação de um implique na exclusão de total de outro.

Estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da Constituição, em relação ao qual configura um subprincípio, o cânone hermenêutico da máxima efetividade orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o conteúdo.[...]

Do excerto acima retiramos importantes pontos a destacar: separação de poderes como óbice ao controle judicial de distorções em matéria de atividade política do Estado; a máxima efetividade da força normativa da Constituição.

Cabe esclarecer sobre esses dois aspectos em destaque que a política pressupõe escolha entre alternativas possíveis para alcançar o fim do Estado, cabendo a Administração Pública implementar programas e ações das mais diferentes espécies em busca dessa concretização, o que, num Estado Democrático de Direito Constitucional, terá na Constituição a confluência entre o jurídico e o político.

Afirma Maria Cristina Queiroz⁸ que a pertença da política ao domínio constitucional resolve o problema de sua natureza normativa e de sua titularidade, já que é uma atividade partilhada por *todos os órgãos constitucionais* sem exceção:

8 QUEIROZ, Cristina M.M. *Os atos políticos no Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 112-113.

A todos os títulos, uma atividade de realização da constituição, que se concretiza e atualiza, além do mais, no contexto das normas diretivas e programáticas como normas jurídicas determinativas dos fins e tarefas gerais do Estado. Estas por seu turno não dizem respeito apenas ao legislador *tout court*, antes se dirigem a todos os órgãos constitucionais chamados à importante tarefa da sua concretização e atualização.

Isso quer dizer que a política não se circunscreve apenas a atividade administrativa do Estado, mas também está presente nas funções desempenhadas por todos os outros órgãos constitucionais. Além disso, por estar impregnada da força normativa da Constituição, obriga o Estado.

Analisando o papel desempenhado pela Constituição, Lênio Luiz Streck⁹ considera-a espaço no qual se fundamenta o sentido jurídico do político. Ferdinand Lassale¹⁰ ensina-nos que a Constituição é o espaço em que se fundamenta o sentido jurídico dos fatores reais de poder. Com esta definição, o autor faz referência à existência de duas constituições: a real, caracterizada pelo resultado dos clamores sociais; e a escrita ou jurídica, que precisa refletir os ideais da primeira para ter valor.

Embora pareça um paradoxo sintetizar o pensamento de Ferdinand Lassale e de Lênio Streck, já que o primeiro foi acusado por alguns doutrinadores como um autor que esvaziou o sentido normativo da Constituição e o segundo, ao contrário, é um defensor aguerrido da constituição dirigente¹¹, não consideramos opostas as posições defendidas por cada um deles.

Ferdinand Lassale não acreditava numa norma escrita divorciada da realidade política do povo que é seu destinatário; o que o aproxima de Lênio Streck, que defende uma Constituição dirigente sem afastá-la do nível do quotidiano e também da interação social. Ferdinand Lassale rejeita a possibilidade de uma folha de papel determinar mudanças no mundo fático;

9 Este e outros juristas, a exemplo de Ferdinand Lassale e Lênio Streck, participaram de uma vídeo-conferência coordenada por COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Canotilho e a Constituição Dirigente. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 83.

10 LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 23.

11 Titula-se dirigente a Constituição que não se resume a anunciar competências e regular processos, mas, principalmente, estabelece diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade, como se fosse um plano global normativo da sociedade e do Estado brasileiro. COUTINHO, op. cit.

Lênio Streck considera a Constituição como documento que *constitui-ação* do Estado, estabelecendo uma nova feição para o direito, que não mais protege o cidadão ante o Estado, mas sim implementa mudanças sociais que deverão ser protagonizadas por esse próprio Estado.

A linha comparativa traçada entre esses dois modelos de pensamento supostamente antagônicos permite-nos observar que eles se identificam muito mais do que se contrariam. Quando Lênio Streck defende o papel da Constituição como documento que constitui-ação do Estado, não se refere a uma norma que, sozinha e como num passe de mágica, realizará todas as transformações necessárias para que o Brasil tenha toda a sua população vivendo com dignidade humana. Ele acredita que a Constituição pode não se limitar ao que está mais próximo e lançar-se para além da realidade como condição de possibilidade do novo, da emancipação da sociedade, do resgate das promessas da modernidade. Essa é a perspectiva *dirigente-compromissária*, que vincula a atividade estatal em todas as suas expressões.

Essas considerações nos permitem entender que a idéia de uma Constituição Dirigente não transforma a Constituição em uma norma auto-executória que prescinde da vontade política e administrativa e da atuação humana, únicas capazes de por em prática as disposições normativas. Ao contrário, valendo-nos da lição de Konrad Hesse¹², verificamos que a força normativa da constituição não se resume apenas à adaptação de uma realidade. A constituição jurídica tem como objetivo converter-se ela mesma em força ativa, ou seja, ela não deve ser apenas um repositório de forças, mas deve representar uma força propulsora para o desenvolvimento. Para isso, ela tem que contar com a consciência dos responsáveis pela ordem constitucional, que terão que fazer presente não só a vontade do poder, mas também essa vontade da constituição.

Reforçando esse entendimento, Gilberto Bercovici¹³ afirma que a força normativa da Constituição não depende apenas de seu conteúdo, mas também de sua prática, que não é nada mais do que a expressão da vontade da Constituição, entendida como integração entre a ordem normativa e a conduta humana.

12 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 43.

13 BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999. p. 44.

No mesmo sentido, Paulo Ricardo Schier¹⁴ admite que a Constituição não pode por si só realizar nada, mas pode impor tarefas que somente serão transformadas em ação se existir uma vontade destinada a sua realização. Esta vontade, entretanto, precisa estar presente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional.

Sem pretender simplificar a complexidade do tema, mas querendo emprestar um cunho didático à questão relativa à política e sua relação com o jurídico, deduzimos, com base na doutrina revisada, que a Constituição é uma norma e tudo o que ela prescreve tem sua mesma natureza, que é normativa, portanto, tudo o que se relaciona à política e foi absorvido pela Constituição passa a ter natureza normativa. Este é um lado da moeda: a natureza jurídica das opções políticas incluídas na Constituição. Contudo as políticas não se iniciam e se finalizam nas normas jurídicas. Admitimos que a política tem suas bases erigidas, num Estado democrático de direito, pelas normas, mas essas são concretizadas mediante processos que contêm atos de diversas categorias e naturezas, unificadas apenas por sua finalidade.

As normas constitucionais estabelecem as premissas materiais, o fundamento e a direção permanente da atuação estatal, mas não substituem as políticas. Segundo Gilberto Bercovici¹⁵, o programa constitucional não tolhe a discricionariedade do governo, “[...] nem impede a renovação da direção política [...]”, mas exige adequação dessa definição de linhas de direção política com os “[...] fins que uma república democrática constitucional fixou em si mesma”.

Nesse sentido, cabe festejar a decisão do STJ. A separação de poderes tenta apartar funções e estabelecer controles recíprocos e equilibrados, jamais servindo para diminuir a força normativa da Constituição que deverá ser plena e impor obrigações passíveis de sanção no caso de descumprimento, não importando quem seja o seu destinatário, o particular ou o Estado. A natureza política das obrigações, quando absorvidas no texto constitucional, conviverá com a natureza jurídica que a Constituição lhe atribuirá, pesando sobre elas todos os ônus, encargos e características de qualquer outra norma de Direito.

14 SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 74-75.

15 BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 142, p.35-51, abr./jun. 1999. p. 40.

2 BAIXA DENSIDADE NORMATIVA VINCULATIVA - RESERVA DO POSSÍVEL COMO MATÉRIA DE DEFESA - MÍNIMO EXISTENCIAL

Na atualidade, o Estado é o principal destinatário das normas constitucionais programáticas, exigindo-se dele ora ação, ora omissão. Tratando-se especificamente das ações estatais para a realização desses direitos, o ponto mais crítico do tema são as decisões acerca de dispêndio de recurso público.¹⁶

A implementação de ações e programas visando efetivar os comandos gerais da ordem jurídica envolve gasto de recursos públicos que são limitados - constatação fática e não jurídica; assim, será preciso priorizar onde gastar o dinheiro público, o que, embora contenha forte caráter político, deve sofrer incidência das normas constitucionais.¹⁷

Sobre a escassez de recursos públicos e a infinidade de carências humanas e sociais, define-se o problema central das escolhas políticas, que é estabelecer critérios racionais para justificar a promoção desigual de distribuição de ativos sociais, que não deve resultar apenas de uma relação de dominação.¹⁸ Desse modo, as políticas devem ter caráter redistributivo compatível com a relação entre os benefícios particulares e gerais, tomando por referência um padrão - para nós a Constituição e o devido processo. Caso essa adequação não se efetive, deverá ser acionado o controle judicial.

Na Constituição Federal Brasileira de 1934 e 1937 constava regra no art. 68 e 97, respectivamente, que impedia o Poder Judiciário de conhecer questões exclusivamente políticas, o que, para Fábio Konder Comparato¹⁹, nunca representou um amesquinamento do poder de julgar a constitucionalidade de certos atos, o que somente poderia ocorrer para aqueles que efetuavam uma hermenêutica pobre do texto constitucional. Apoiando-se em Pontes de Miranda o autor afirma que a declaração de guerra ou a licença para julgar um deputado são atos que

16 BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 240, p. 92-93, 2005.

17 *Ibidem*, p. 11.

18 DIAS, Jean Carlos. *O Controle Judicial das Políticas Públicas*. São Paulo: Método, 2007. p. 56.

19 COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre Juízo de constitucionalidade das Políticas Públicas. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo de Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 46.

refogem inteiramente à competência funcional do Judiciário, mas não estão a salvo do juízo de constitucionalidade para sua prática.²⁰

Ressaltamos que a vedação constante das Constituições de 1934 e 1937 não foi repetida no atual texto constitucional, o que torna desnecessário um esforço hermenêutico para alimentar a idéia de que nossa Constituição não afasta nenhum ato da apreciação do Poder Judiciário.

Oportuno aludir ao Acórdão proferido na ADIn 293-7/600, que negou a reedição de medida provisória rejeitada pelo Congresso Nacional, mediante o qual o STF, unanimemente, sustentou a sindicabilidade judicial de todos os atos estatais que repugnem à Constituição, firmando incontestavelmente sua própria competência, sem fazer qualquer ressalva em relação a atos praticados no exercício de competências políticas.²¹

Deduz-se de pensamento por nós defendido²² que a atividade administrativa é toda aquela praticada pela Administração em sentido amplo, esteja ela executando uma lei ou a Constituição; esteja ela lançando as metas superiores do Estado ou executando atos rotineiros; esteja ela representada pelos órgãos de cúpula do Executivo ou pelos órgãos subalternos. A diferença reside apenas numa diversidade de graduação ou intensidade do vínculo estabelecido entre a atuação e a juridicidade.

Observemos que, quando se trata de atos corriqueiros da Administração Pública, cogita-se daqueles vinculados à lei infraconstitucional, cujo grau de vinculação da atuação é maior em razão do menor espaço de jogo estabelecido pelas normas hierarquicamente inferiores à Constituição. Quando se trata dos atos de superior gestão da vida pública, cogita-se daqueles vinculados diretamente à Constituição, cujo grau de vinculação da atuação é menor, devido à maior abstração da norma constitucional, toda ela de textura aberta, permitindo um espaço de jogo muito maior.

Sobre esse espaço aberto estabelecido pela Constituição, assinala J.J. Gomes Canotilho²³ que, para além das regras da Constituição, não

20 COMPARATO, 1997, p. 46.

21 RT, 700:221. 1994, ADIn 293-7/600, rel. Min. Celso Mello.

22 DAVI, Kaline. *A dimensão política da Administração Pública*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008.

23 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 222.

existe um vazio, mas sim um “[...] espaço de jogo aberto à criatividade prática e estratégica dos jogadores”. A Constituição estabelece as regras desse jogo político, cabendo a seus participantes desenvolverem práticas diversas, variando em intensidade e forma, o que torna possível falar-se em função de direção política - *indirizzo político* -, que se caracteriza essencialmente pela possibilidade de escolha.²⁴

A par dessas conclusões, que apontam para total ausência de diferença axiológica entre atividade administrativa vinculada à lei ou vinculada à Constituição, admitimos que existe uma diferença de grau de vinculação entre a atividade e a norma, o que está relacionado com a natureza dessa atividade - infralegal ou infraconstitucional.

Pra nós, a discricionariedade administrativa é um tema único, decorra ela da lei ou da Constituição. O que admitimos é uma diferença de grau, porquanto a Constituição tem maior abstração normativa, inerente a seu papel no arcabouço normativo, não descendo às minúcias da regulação de uma situação concreta; já a lei é uma norma de maior concreção, haja vista desempenhar uma função reguladora mais próxima do fato e dos agentes. Tal gradação impõe uma *escala decrescente de densidade normativa vinculativa*, iniciando com a vinculação às regras, até chegar na vinculação aos princípios.²⁵

É próprio das atuações estatais que imprimem a direção superior da vida política²⁶ esse baixo grau de densidade normativo vinculativo de suas atividades, pois a discricionariedade é elemento essencial do político; quem direciona a atividade administrativa, priorizando determinados setores em detrimento de outros, o faz exercendo um juízo de prognose, que é a antecipação do futuro diante da probabilidade lógica.²⁷

A prognose é um juízo de probabilidade, por isso mesmo não se pode falar de certeza e exatidão, quando somente o futuro poderá comprovar o que é realmente provável. Como ela representa uma previsão do que poderá vir a ocorrer, a prognose é elemento essencial em algumas áreas, como na planificação administrativa e em qualquer

24 Ibidem, p. 49-50.

25 BINENBOJM, 2006, p. 206.

26 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 480-481.

27 SOUSA, 1987, p. 115.

outra em que os efeitos das decisões administrativas a serem tomadas protraírem-se no futuro.²⁸

Diante do exposto, deduzimos que todas as decisões administrativas que envolvam baixa densidade normativa vinculativa, a exemplo das políticas públicas, programas de governo, planejamentos ou quaisquer outras atividades que concretizem normas constitucionais programáticas, exigem juízo prognóstico por parte da Administração Pública, apresentando algumas singularidades comparadas com a discricionariedade administrativa infralegal ou de mera execução da lei.

A principal peculiaridade da prognose está em seu juízo de validade. Por sua natureza especulativa, ela pode não ser comprovada no futuro, ou seja, ela pode não ter sua potencial probabilidade comprovada, o que não indica sua ilegalidade ou ilegitimidade. Assim, a revisão de um juízo de prognose não tem relação com sua exatidão ou certeza, predicados que não lhe são próprios. Sua sindicabilidade leva em conta a legitimidade em ser considerada como realmente provável, o que significa ter percorrido um caminho que possa garantir uma previsão razoável e possível do acontecimento futuro.²⁹

A título de ilustração, imaginemos um plano econômico que tenha apostado na alta dos juros para desestimular o consumo excessivo e incentivar a poupança. Pode ser que ao final não se obtenha o resultado esperado, mas isso não representará por si só a ilegitimidade da decisão, pois a validade desse juízo de prognose será aferida diante da análise que se fez dos dados disponíveis no momento da decisão, dos métodos utilizados na análise desses dados e da racionalidade, plausibilidade e consensualidade da previsão.

Observemos, neste caso, que a revisão da discricionariedade contida na prognose administrativa guarda uma sutileza muito peculiar em relação à discricionariedade administrativa comum, que é a falta de relação com a finalidade. No caso da prognose, a legitimidade da atuação será aferida diante de critérios relacionados com o procedimento obedecido, já que o resultado poderá nem ser alcançado, e isso não será levado em conta para sua censura.

28 SOUSA, 1987, p. 116.

29 *Ibidem*, 117.

Diante dessa especial condição da prognose António Francisco de Sousa³⁰ ensina que a problemática do controle tem sua origem no facto de a prognose acusar um *déficit em matéria de racionalidade*. Isto porque, o controle jurisdicional nada mais é do que um exame baseado em padrões racionais de decisão. Assim sendo, “[...] tudo aquilo que na prognose não é racional (défice de racionalidade) escapa ou deveria escapar ao controle jurisdicional.”

Resta evidente diante disso que não se pretende exigir para a validade da prognose a certeza e o acerto absoluto. Deverá ser exigida da Administração a obediência a um *iter* que garanta a todos a identificação da base de prognose utilizada - fatos, dados, variantes ocasionais, graus de probabilidade; também o método utilizado para a formulação do juízo de prognose - na análise científica racional, que aponte para a plausibilidade do resultado. Por fim, exige-se a projeção desse resultado ideal - o específico juízo futuro.³¹

Assim, concluímos³² que resta ao tribunal controlar os seguintes aspectos da marcha da prognose administrativa subordinada diretamente à Consituição: (i) se a autoridade considerou todos aspectos que influenciavam na decisão; (ii) a plausibilidade, a racionalidade e a consensualidade da prognose; (iii) a observância dos valores constitucionais.

Como podemos observar, a prognose e a discricionariedade nela contida não afastam o controle judicial que poderá ser exercido sobre elas, mesmo em se tratando de um juízo de probabilidade, cujo grau de erros e acertos se equivalem; a apreciação só não poderá incidir sobre os elementos que fogem à previsibilidade do agente.

Feitas essas considerações sobre a discricionariedade praticada no juízo de prognose, tão comuns nas atividades administrativas vinculadas às normas constitucionais, cabe neste momento avaliar os limites que se impõem a esta discricionariedade, quando está em jogo a satisfação de um direito fundamental inserido no núcleo intangível da dignidade da pessoa humana.

30 SOUZA, 1987, p. 121.

31 *Ibidem*, p. 117.

32 Os aspectos listados foram baseados diretamente no roteiro estabelecido por António Francisco de Sousa (*Ibidem*), que levou em conta a planificação administrativa decorrente de lei. No nosso caso, analisamos a questão da revisão pelos tribunais de prognose administrativa vinculada diretamente à Constituição.

Muitas foram as inovações impostas pelo fenômeno neoconstitucional para o direito administrativo, sendo oportuno tratar especificamente de um deles neste momento: a incorporação das opções políticas, com ênfase naquelas relacionadas com os direitos fundamentais, núcleo normativo que necessita de especial proteção, além de vincular todos dentro do Estado, inclusive os poderes públicos.³³

A promoção, bem como a proteção desses direitos fundamentais exige ações e omissões estatais. Ana Paula de Barcellos³⁴ exemplifica, citando a liberdade de expressão que, para ser exercida pelo cidadão, deverá contar com a proteção do poder público que, neste caso, terá caráter omissivo de não cercear ou submeter de alguma forma essa liberdade. Já em relação ao direito à educação formal, prestação de saúde ou condições habitacionais, a situação é bastante diversa, pois estes direitos dependem de ações do Estado.

Fixando-nos nas obrigações positivas do Estado, concluímos que todos esses imperativos constitucionais que obrigam o Estado a agir vinculam tanto o Legislativo quanto o Judiciário, mas, especialmente, a Administração Pública, a quem cabe efetivar esses comandos gerais, implementando as ações necessárias para obter o resultado esperado: a satisfação desses direitos fundamentais.

Essas implementações e efetivações concretas do comando normativo envolvem gasto de dinheiro público e os recursos financeiros são escassos. Por isso é preciso realizar uma opção, visando priorizar onde serão investidos os recursos públicos. Neste ponto reside a grande questão envolvendo o direito e a discricionariedade política, pois, embora a Constituição indique os fins a serem perseguidos prioritariamente, ainda não está completamente delimitado até onde a discricionariedade como juízo político de conveniência influencia legitimamente nessas deliberações.³⁵

Somos de opinião que num Estado republicano não existe decisão que possa ser tomada sem compromisso com obrigações jurídico-constitucionais, mesmo que essas decisões estejam atreladas a questões de superior gestão, de fixação de diretrizes ou de planejamento, pois

33 BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 240, p. 9, 2005.

34 *Ibidem*.

35 *Ibidem*, p. 11.

todas elas têm que ser passíveis de aferição quanto a sua eficiência e capacidade, ao menos potencial, para alcançar os resultados previstos constitucionalmente.

Ressaltamos que nas decisões que envolvam os meios aptos para atingir os resultados priorizados, a Administração age com elevado grau de prognose. Neste caso, portanto, não se defende a exigência de obtenção efetiva dos resultados, pois poderá não ocorrer, mas exige-se a racionalidade na escolha e o comprometimento com o estatuído constitucionalmente, para que seja possível atestar sua viabilidade.

Essa forma de aferição da legitimidade dos meios escolhidos e de sua aptidão para alcançar o resultado já foi exposta e teve como fundamento básico a obediência a procedimentos como forma de garantir tanto o acesso à informação - necessária para seu controle - quanto para comprovar sua racionalidade.

Neste momento, entretanto, não estamos tratando da escolha de meios para atingir resultados, mas sim de uma opção bem mais difícil: dentre os resultados a serem buscados pelo Estado, principalmente em matéria de direitos fundamentais, quais devem ser priorizados diante da escassez de recurso. Até onde a Administração poderá escudar sua omissão nessa impossibilidade fática e até onde poderá justificar suas escolhas trágicas - investir em determinada área e abandonar outra igualmente indispensável ou investir mais ou menos recursos nesta ou naquela área.³⁶

Em algumas áreas não há opção. Elas são definidas de maneira objetiva pela Constituição Federal de 1988, não cabendo a Administração qualquer espaço para considerações políticas. O art. 212 da CF/88 determina textualmente percentuais mínimos que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão na manutenção e no desenvolvimento do ensino; o art. 198, §2º dispõe sobre o mínimo de receita arrecadada com determinados tributos que deverão ser aplicadas anualmente pela União, Distrito Federal, Estados e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; o art. 195 determina que as receitas obtidas pelas contribuições sociais devam ser investidas no custeio da seguridade social, objetivando assegurar o direito à saúde, à educação e à assistência social, nos termos dos arts. 194 e 195.³⁷

36 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 239.

37 BARCELLOS, 2005, p. 18.

Nos casos em que a Constituição consigna de forma clara e objetiva o *quantum* se deve investir e em quais setores, não há apenas princípios abstratos regendo a matéria, mas sim regras³⁸ de direito que impõem vinculativamente obrigações precisas ao Administrador, a quem não cabe qualquer margem de apreciação política. São essas as situações mais simples no que tange às atividades prestacionais da Administração.

Na maioria das vezes, contudo, a norma constitucional não tem esse elevado grau de vinculação, norteador as escolhas estatais mediante princípios³⁹, o que termina por gerar uma dificuldade na precisão dessas prioridades, dando margem ao exercício de uma suposta discricionariedade por parte do Administrador.

Não obstante essa falsa impressão, mesmo vinculando a atividade estatal mediante princípios, a norma constitucional é imperativa e não deve ser flexibilizada, principalmente em relação aos bens mínimos que devem ser prestados pelo Estado, verdadeiros parâmetros para a exigência de ações e programas, visando sua implementação.

A dificuldade reside em identificar os bens mínimos que não podem deixar de ser ofertados pelo Estado, o que, para Ana Paula de Barcellos⁴⁰, em nada se relaciona com atividade administrativa discricionária, “[...] envolvendo um trabalho hermenêutico que consiste em extrair das disposições constitucionais efeitos específicos, que podem ser descritos como metas concretas a serem atingidas em caráter prioritário pela ação do Poder Público”.

Ingo Wolfgang Sarlet⁴¹ considera que a existência digna está intimamente relacionada com a prestação de recursos materiais essenciais, devendo ser analisada a problemática do salário mínimo,

38 As regras são as normas que sempre só podem ser cumpridas ou não cumpridas; elas são mandamentos definitivos, exigindo como forma de aplicação a subsunção e não a ponderação. ALEXI, Robert. Direitos Fundamentais no Estado constitucional democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul./set. 1999. p. 65.

39 Já os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado tão amplamente quanto possível; eles são mandamentos de otimização, podendo ser preenchidos em graus distintos, a depender das possibilidades fáticas ou jurídicas. ALEXI, 1999, p. 65.

40 BARCELLOS, 2005, p. 257.

41 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.322.

da assistência social, da educação, do direito à previdência social e do direito à saúde.

Ana Paula de Barcellos⁴² identifica como núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana quatro elementos retirados da própria Constituição Federal de 1988, sendo três elementos materiais e um elemento instrumental, todos exigíveis judicialmente de forma direta: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência no caso de necessidade e o acesso à Justiça.

Consideramos a garantia ao mínimo existencial como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º e 3º da Constituição Federal de 1988, que assegura existência digna, sociedade justa e erradicação da pobreza, o que de nada valeria se ao homem como sujeito de direito não fosse salvaguardado um núcleo mínimo de direitos que lhe possibilitasse a sobrevivência como pessoa humana.

A Lei Federal 8.742, de 7 de dezembro de 1993, no art. 1º, define a assistência social como política de seguridade social não contributiva, que provê os mínimos sociais, por meio de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas. Também o art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, prevê que toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar sua saúde, seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e os serviços sociais necessários.

Desta forma, embora não exista um consenso doutrinário sobre as parcelas que integram o mínimo existencial, não há como negar que esse núcleo existe e que ele transforma a baixa densidade normativa imposta pela natureza das normas principiológicas, em estrita vinculação, não cabendo nenhuma formulação de juízos de oportunidade nos casos que envolvam decisão administrativa acerca da satisfação desse mínimo existencial.

Observemos que ao Judiciário cabe prestar a atividade jurisdicional, que é consectário lógico do direito fundamental de acesso à justiça - considerado inclusive integrante do mínimo existencial -, o que não se verifica apenas pelo direito de pleitear algo judicialmente, mas sim de obter uma decisão que atribua a cada um o que é seu.

42 BARCELLOS, 2002, p. 258.

Segundo ensinamento de Wilson Alves de Souza⁴³, dar a qualquer agente estatal a possibilidade de afastar lesão ou ameaça a direito do controle jurisdicional é claramente negar acesso à justiça.

A decisão do STJ contra a omissão do Estado do Mato Grosso do Sul é um exemplo a seguir em matéria de prestação jurisdicional, não resta dúvida quanto o acerto do Ministro Relator em seus argumentos contra a observância da reserva do possível como matéria de defesa do Recorrido. Nesse caso não há como se argüir insuficiência de recursos públicos para equipar dignamente um hospital universitário que se encontra aberto, prestando serviço de saúde pública à comunidade carente, sem contar com o mínimo indispensável a uma instituição hospitalar. O problema se apresenta quando efetivamente estamos tratando de controle judicial de políticas públicas, o que, *data maxima venia* não acreditamos que ocorreu no caso *sub analise*.

3 AS “POLÍTICAS PÚBLICAS” - DIMENSÃO E CONTROLE

Nesse momento, passaremos a analisar a afirmativa preambular da decisão comentada:

A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.

A afirmativa transcrita merece reparo considerando o contexto em que foi proferida. Há um profundo equívoco na decisão do STJ, e que se reitera em muitas outras decisões judiciais de tribunais superiores, diante disso, malgrado a excelência dos argumentos esposados não podemos nos esquivar de tecer crítica, ao costumeiro mau emprego do termo “política pública”.

O vocábulo *política* deriva do latim *politicus*, *politica*, *politicum*, cuja raiz vem do grego *polis*, significando cidade. A despeito da precisão na origem etimológica da palavra, nos tempos modernos tem havido uma divergência na delimitação do significado de política. Alguns adotam o conceito de política como eleição dos meios para alcançar os fins do Estado; outros acreditam que a política não se refere apenas aos meios, mas também aos fins; e terceiros relacionam a política com o exame do

43 SOUZA, 2006, p. 165.

próprio Estado; há também aqueles que pretendem seja a política uma arte; e há ainda aqueles que pretendem classificá-la como ciência.⁴⁴

Vemos, portanto, que *política* é uma palavra polissêmica e de sentido análogo⁴⁵, pois embora possa apresentar-se com diferentes significados, todos eles guardam entre si certa proporção, uma relação comum. Em todas as correntes que tentam estabelecer um sentido para o termo, há sempre um ponto convergente, que é o estabelecimento de ordem na convivência em comum, sendo a ordem nada mais do que a “[...] exata disposição das partes, pela qual se realiza a unidade na multiplicidade”.⁴⁶

Ensina-nos Celina Souza⁴⁷, PhD em Ciência Política, que não existe uma única ou melhor definição do que seja política pública, mas acrescenta a pesquisadora que todas essas definições assumem uma visão holística do tema, uma perspectiva de que o todo é mais importante do que as partes e de que as instituições, interesses, ideologias envolvidas no processo, sempre contam, mesmo que cada um desses fatores tenha importância relativa diversa. Ao final, resume a autora sobre as políticas públicas:

Em outras palavras, o processo de formulação de políticas públicas é aquele através do qual os governos traduzem seus propósitos em programas e ações, que produzirão resultados ou as mudanças desejadas no mundo real.

Partindo desses ensaios sobre a difícil definição de políticas públicas, podemos concluir que ela é um processo complexo, um todo que empresta uma conotação diversa às partes que o compõe, e, se concretizam em programas, ações, projetos. Não podemos minimizar o conceito de políticas públicas ao ponto de rebaixá-la à categoria de qualquer omissão estatal em cumprir uma determinada obrigação social.

44 BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 101-103.

45 Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007, p. 101), os termos podem ser unívocos, equívocos e análogos. Unívoco é o termo que se refere a uma única realidade. Equívoco é o termo que se refere a realidades completamente distintas, às quais se atribui significados díspares. Análogo é o termo intermediário entre os outros dois, ou seja, ele se refere a realidades diversas, porém seus significados guardam entre si uma semelhança.

46 BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 110.

47 SOUZA, Celina. *Políticas Públicas*: questões temáticas e de pesquisa. Caderno CRH. Jul.dez.2003, n. 39, p. 12/24.

Advirta-se que não estamos diminuindo a importância dos direitos sociais, de nenhum deles, contudo, estamos querendo reorganizar os institutos e os conceitos, para que se possa refletir com maior lucidez, e para tanto, voltaremos ao nosso caso concreto, a decisão por nós analisada.

O Hospital Universitário de Dourados estava em pleno funcionamento embora não preenchesse as condições mínimas de prestar dignamente os serviços médico-hospitalares à comunidade, em nome do Estado de Mato Grosso do Sul, vejamos:

No caso concreto, esta obrigação prioritária do estado não vem sendo prestada de forma a satisfazer o comando *constitucional e legal*. Conforme registrou o acórdão recorrido, em razão da demanda e “*da falta de equipamentos médicos-hospitalares, o Hospital Universitário de Dourados, por vezes, oferece e presta atendimento nos corredores e em cadeiras de fio, fato que, evidentemente, ofende a dignidade daqueles que precisam de um serviço adequado e eficiente* “. (grifamos)

Verifica-se do disposto que o hospital dependia da ação do Estado para continuar funcionando, ele não tinha leito, não tinha colchões hospitalares nas camas, ou seja, apresentava um quadro de precariedade comum a quase todos os hospitais públicos brasileiros, que, embora criminosamente em funcionamento, não atendem aos preceitos constitucionais nem legais, como resta explicitado na decisão acima transcrita. Existem leis infra-constitucionais que determinam as condições de funcionamento de um hospital, e com certeza, esse e outros hospitais públicos brasileiros não atendem.

Observem que o acerto dessa decisão em relação ao recurso interposto pelo Estado, para nós, esbarra nessa questão: não se trata de controle judicial de políticas públicas, e por várias razões: as condições mínimas de funcionamento de um hospital não é matéria constitucional, portanto não há que se falar nem mesmo em baixa densidade normativa vinculativa; o direito à saúde não se concretiza equipando um hospital universitário, o que se faz através de atividade administrativa rotineira; não se cogita de nenhum plano de ação, programa ou mesmo um todo onde esteja inserida a ação/omissão do Estado.

Quando falamos de políticas públicas, tratamos não apenas de ações estatais dotada de relativo grau de opção política, mas sim, de uma escolha complexa que define os caminhos a serem seguidos em

relação a metas estabelecidas na Constituição, como a saúde, educação, urbanização, cultura. Nesses casos a discussão em torno do controle judicial é polêmico e justificadamente duvidoso, pois a adoção dessas políticas públicas exige pesquisa, estudo, conhecimento e informações - diversas, e em diversos campos - político, econômico, social - ou seja, exige uma transversalidade possível para quem está dentro da máquina administrativa, mas de difícil acesso para quem está de fora e atado a limites processuais, principalmente na produção das provas, como é o caso do Judiciário.

Circunstância diferente para o Poder Judiciário, entretanto, é a possibilidade de julgar se um Estado da Federação pode ser condenado a suprir a omissão em aparelhar de maneira minimamente adequada ao funcionamento um hospital público. Não há qualquer justificativa para dúvida quanto à possibilidade, nem dúvida quanto à natureza dessa inação estatal, que em nada se assemelha com política pública de efetivação do direito à saúde, mas sim com omissão de um dever *legal*, ordinário, simples, e portanto, passível de controle judicial como qualquer outro ato ou omissão administrativa.

4 CONCLUSÃO

Percebe-se das considerações aqui tecidas, que o STJ na decisão comentada apresentou argumentos para o controle de Políticas Públicas, mas, efetivamente não exerceu controle judicial de nenhuma política pública. Tal equívoco na concepção do que é política pública é razoavelmente aceitável, pois, como advertiu Comparato⁴⁸, a política pública distingue-se completamente dos elementos da realidade jurídica sobre os quais os juristas desenvolveram a maior parte de seus estudos.

Diante da nova realidade, cabe-nos como profissionais do Direito pesquisar sobre políticas públicas buscando respostas em outras ciências, para depois darmos a essa nova categoria a roupagem jurídica e, acertadamente, depois de conhecê-la, verificar a melhor forma de controlá-la.

O STJ por intermédio dos argumentos suscitados, que efetivamente seriam adequados para embasar o controle judicial de políticas públicas, criou um precedente, contudo, ratificou um equívoco e gastou munição pesada contra um alvo de fácil pontaria, o que não podemos nos omitir em pontuar.

48 COMPARATO, 1997, v. 2, p. 45.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 240, p. 83-103, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 142, p.35-51, abr./jun. 1999.

_____. Planejamento e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 143-161.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006a.

_____. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006b.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre Juízo de constitucionalidade das Políticas Públicas. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo de Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 49-65. v. 2.

_____. Planejar o desenvolvimento: a perspectiva institucional. In: BERNARDO, Antonio C. et al. *Brasil, o desenvolvimento ameaçado: perspectivas e soluções*. São Paulo: UNESP, 1989. p. 61-101.

DAVI, Kaline. *A dimensão política da Administração Pública*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008.

_____. *O Direito Administrativo, os atos de Governo e os Direitos Sociais: uma análise a partir do neoconstitucionalismo*. Revista do Programa de Pós-graduação da Universidade Federal da Bahia, Salvador, n. 13, p. 139-154, 2002.

DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos Atos Administrativos pelo judiciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950. Apud MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 8. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. Tomo 1 e 2.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KRELL, Andréas J. *Discricionariedade Administrativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LESSA, Pedro. *Do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo de Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Jus Navigandi*. A democracia e suas dificuldades contemporâneas, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2290>>. Acesso em: 13 fev. 2006.

MODESTO, Paulo. *Participação popular na administração pública: mecanismos de controle*. Jus navigandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2586>> Acesso em: 21 out. 2007.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PASSOS, JJ Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

QUEIROZ, Cristina M.M. *Os atos políticos no Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

_____. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos Direitos Fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p.217-246.

SOUSA, António Francisco de. *A estrutura jurídica das normas de planificação administrativa*. Lisboa: Danúbio, 1987.

SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça e responsabilidade civil do estado por sua denegação: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português*. 2006. 423 f. Tese (Pós-Doutoramento em Direito Público) – Universidade de Coimbra, Portugal, 2006.

DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA AO SERVIDOR PÚBLICO ACUSADO EM SEDE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Marcio Felipe Lacombe da Cunha

Advogado da União

Pós-Graduando em Direito Público pela Universidade de Brasília - UnB

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do Princípio Constitucional da Retroatividade da Lei Penal Mais Benéfica; 2 Do Escopo do Processo Administrativo Disciplinar; 3 Do Princípio da Razoabilidade ou da Proporcionalidade e Sua Aplicação no Processo Administrativo Disciplinar; 4 Da Incidência do Princípio da Retroatividade da Lei Penal Mais Benéfica no Âmbito do Processo Administrativo Disciplinar; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade uma análise sucinta do princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica e sua conseqüente aplicação no âmbito do processo administrativo disciplinar, que é o instrumento formal pelo qual o Estado apura às infrações funcionais cometidas por servidores públicos.

Não há dúvidas, pois, que na contemporaneidade assistimos ao fenômeno da constitucionalização do Direito, denominado por alguns autores de *filtragem constitucional*, pelo qual toda a legislação infra-constitucional deve ser lida e interpretada à luz do filtro axiológico da Constituição.

Nesse sentido, o princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica deve ser interpretado extensivamente, no sentido de abranger toda e qualquer atividade sancionatória a cargo do Estado, seja de natureza penal ou administrativa, levando-se em consideração, ainda, sua íntima ligação com o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, derivado da cláusula do devido processo legal substantivo.

Por derradeiro, faz-se necessário registrar que o tema ora abordado é pouco debatido na doutrina, razão pela qual a nossa idéia precípua é tão-somente traçar linhas gerais sobre o tema, de modo a estimular um futuro debate mais profundo por parte dos operadores do Direito Administrativo.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Penal Mais Benéfica. Servidor Público. Processo Administrativo Disciplinar. Possibilidade de Aplicação Retroativa. Princípio da Razoabilidade ou da Proporcionalidade.

ABSTRACT: This paper aims at a brief analysis of the constitutional principle of retroactivity in criminal law most beneficial and its application in the administrative disciplinary process, which is the formal instrument by which the State determines the functional offenses committed by public servants. There is no doubt therefore that in contemporary times have witnessed the phenomenon of constitutionalization of the law, termed by some authors *filtering Constitution*, whereby all the infra-constitutional legislation must be read and interpreted the filter axiological Constitution. In this sense, the constitutional principle of retroactivity in criminal law most beneficial must to be interpreted extensively in order to cover any activity sanction by the State, whether criminal or administrative action, taking into account also its close ties with the principle of reasonableness or proportionality derived from the substantive due process of law. For last, it is necessary to note that the issue addressed herein is not so discussed in the doctrine, which is why our idea major duty is merely to draw outlines on the subject, in order to stimulate a deeper debate future by operators Administrative Law.

KEYWORDS: Criminal Law More Beneficial. Public Servant. Administrative disciplinary proceedings. Possibility of retroactive application. Principle of Reasonableness and proportionality.

INTRODUÇÃO

A Constituição do Brasil de 1988 consagrou em seu texto o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica (artigo 5º, XL), que, por sua vez, já havia constado de Constituições anteriores. O referido princípio constitucional – de índole nitidamente garantista – estabelece que a *lex mitior* deve sempre retroagir aos fatos anteriores à sua vigência, quando em benefício do réu, desconstituindo até mesmo a coisa julgada.

Com efeito, *processo administrativo disciplinar* é o instrumento formal pelo qual o Estado apura o cometimento de infrações disciplinares por parte dos servidores públicos, relativas às suas atribuições funcionais, porquanto a Administração Pública tem o poder-dever de proceder à correção de atos ilegítimos e ilegais, à vista de sua prerrogativa de autotutela, bem como de punir os infratores, em razão da hierarquia administrativa.

Em princípio, observa-se que não existe norma no ordenamento jurídico que expressamente autorize à aplicação retroativa de uma lei mais benéfica ao servidor público acusado em sede de processo administrativo disciplinar. De outra banda, também não seria possível relacionar, nesse ponto, Direito Penal e Direito Administrativo, diante da autonomia científica e dos objetos distintos desses ramos do Direito.

Entretanto, assistimos atualmente ao fenômeno da constitucionalização do Direito, denominado por alguns autores de *filtragem constitucional*, pelo qual todas as normas infra-constitucionais devem ser necessariamente lidas e interpretadas à luz do filtro axiológico da Constituição, a fim de que os princípios e regras constitucionais, sobretudo aqueles concernentes aos direitos fundamentais dos cidadãos, alcancem sua máxima concretização.

É bem de ver, portanto, que o processo administrativo disciplinar – e, em verdade, toda a ciência do Direito Administrativo – deve ser analisado sob o enfoque da nova hermenêutica constitucional, inspirada pelos valores pós-positivistas.

1 DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA

Consoante acima assinalado, a Carta Política de 1988, em seu artigo 5º, XL, dispôs que: “*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar*

o réu”, isto é, consagrou a idéia da irretroatividade da lei penal, como um verdadeiro corolário do valor: *segurança jurídica*. Não obstante, previu a possibilidade de aplicação retroativa da lei penal mais benéfica, na hipótese de favorecer ao réu.

Portanto, é de se notar que a retroatividade da lei penal pode operar em duas situações distintas, quais sejam:

- a) quando a lei nova deixa de considerar o fato praticado como crime, hipótese em que cessará a execução e os efeitos penais da sentença condenatória, nos termos do artigo 2º, do Código Penal (*abolitio criminis*); e
- b) quando a lei nova favorece, de qualquer modo, o agente, hipótese em que também será aplicada aos fatos anteriores à sua vigência, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado, na forma do artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal.

Por oportuno, transcrevemos o escólio do professor Uadi Lammêgo Bulos¹ sobre as duas hipóteses de retroatividade da lei penal mais benéfica acima descritas, confira-se:

Extraem-se do princípio constitucional penal da retroatividade as seguintes previsões: 1ª) a irretroatividade aplica-se tão-somente à lei penal mais severa; 2ª) tratando-se da lei penal mais branda, a lei plus douce dos juristas franceses, o parâmetro a ser seguido é o da retroatividade da lei mais favorável. Isso pode ocorrer de duas formas: o fato não mais é considerado crime pela nova lei (*abolitio criminis*) e a lei nova, de algum modo, beneficia o agente (*lex mitior*). Logo, em caso de lei mais doce, existe retroatividade, quando ele for posterior ao fato, ou ocorre ultra-atividade, se for anterior ao fato.

2 DO ESCOPO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Embora alguns autores conceituem o processo como um instituto exclusivo do Direito Processual, vale dizer, inerente à função jurisdicional do Estado, prevalece o entendimento de que também há processo em outras funções estatais, tal como ocorre nos processos: administrativo e legislativo. Assim sendo, o processo jurisdicional se

1 BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 210-211.

distingue das demais modalidades processuais, notadamente por ser uma relação jurídica que se desenvolve entre as partes e o Estado-juiz, que exerce a função jurisdicional em substituição à atividade das partes, de maneira imparcial e equidistante².

O *processo administrativo disciplinar* tem por escopo a apuração pelo Estado de infrações funcionais cometidas por servidores públicos, considerando-se, para tanto, que a Administração Pública tem o poder-dever de corrigir *ex officio* os atos ilegítimos e ilegais praticados por seus agentes, aplicando, se for o caso, as penalidades disciplinares cabíveis. No plano federal, o processo administrativo disciplinar encontra-se regulamentado na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990³.

É de bom alvitre ressaltar que o ilícito administrativo – que constitui o objeto de apuração do processo administrativo disciplinar – não se confunde com o ilícito penal, muito embora uma mesma conduta de um servidor público possa configurar, a um só tempo, ilícitos: disciplinar e penal. Nesse particular, trazemos à colação o ensinamento do mestre José Cretella Júnior⁴ sobre o tema, senão vejamos:

o ilícito administrativo ou ilícito disciplinar tem como pressuposto a falta administrativa cometida pelo funcionário, mas esta falta não é obrigatoriamente ilícito penal ou infração penal: é falta que leva em conta a violação dos deveres funcionais e que, por isso, implica sanção que atinge o funcionário em seu status funcional, que lhe será arrebatoado ou que será atingido, em seu grau maior ou menor de algum modo.

Ademais, o artigo 125, da aludida Lei nº 8.112/1990, estabelece um regime de independência entre as diversas instâncias de responsabilização dos servidores públicos, a saber: a civil, a penal e a administrativa, entendimento este já consagrado na doutrina⁵ e na jurisprudência⁶.

2 Nesse sentido, é a posição de Alexandre Freitas Câmara, *Lições de Direito Processual Civil*, vol. I, 14. ed., Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006. p. 145.

3 Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

4 CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do Processo Administrativo*. 11ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 111.

5 Vide, por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 326.

6 Vide, por exemplo: STF. Mandado de Segurança nº 25.880/DF. Plenário. Rel. Min. Eros Grau. Unânime. DJ: 16/03/2007. p. 22.

3 DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE OU DA PROPORCIONALIDADE E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

No Direito Constitucional contemporâneo – inspirado pelos valores do chamado pós-positivismo⁷ – já está consolidada a idéia de que o gênero: normas jurídicas se subdivide em duas espécies, quais sejam: os princípios e as regras. O jurista estadunidense Ronald Dworkin ensina que os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Além disso, defende a prevalência dos argumentos de princípio sobre os argumentos de política (“policy”)⁸.

Feita esta digressão, passamos a analisar o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, que a par de suas origens distintas – pois o primeiro tem sua origem e desenvolvimento associado ao direito anglo-saxão, especialmente a doutrina do “substantive due process of law”, do direito estadunidense, enquanto o segundo remonta ao direito alemão – assumem, no direito brasileiro, o mesmo significado, qual seja, de um importante instrumento que permite ao Poder Judiciário controlar a discricionariedade administrativa e legislativa. Nesse diapasão, é a precisa lição do professor Luís Roberto Barroso⁹, confira-se:

Sem embargo da origem e do desenvolvimento diversos, um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis, não havendo maior proveito metodológico ou prático na distinção. Essa visão, todavia, não é pacífica.

Com efeito, a doutrina alemã subdividiu o princípio da proporcionalidade em três subprincípios: adequação entre os meios e os fins perseguidos, necessidade ou vedação do excesso e a proporcionalidade

7 Não há, ainda, um consenso doutrinário sobre o que vem a ser o chamado *pós-positivismo*, contudo, é possível destacar duas de suas principais características: o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos, em superação ao pensamento positivista que reduzia o Direito a um mero sistema de regras, e a reaproximação entre o Direito e a Moral.

8 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*; tradução Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Especialmente o capítulo 4. p. 127-203.

9 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 258.

em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus a ser suportado pelo cidadão e o seu respectivo benefício, isto é, a relação de custo/benefício da medida imposta pelo Estado.

Não há dúvidas, pois, que o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade incide sobre toda a atividade administrativa sancionadora a cargo do Estado, estando, ainda, expressamente previsto, no plano infra-constitucional, no artigo 2º, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999¹⁰. Nesse sentido, transcrevemos valiosa doutrina do professor José dos Santos Carvalho Filho¹¹ sobre a incidência do princípio da proporcionalidade no âmbito do processo administrativo disciplinar, senão vejamos:

outro ponto importante a ser observado reside na necessária obediência da Administração ao *princípio da proporcionalidade* (ou da *adequação* punitiva), atualmente inegável garantia do administrado ou servidor contra abusos de autoridade. Havendo o reconhecimento de que as condutas têm gradação diversa quanto à gravidade, não podem seus autores, como regra, receber idêntica sanção, a menos que o aplicador mencione expressamente os *motivos adicionais* que conduziram à punição. Aplicar sanções idênticas para comportamentos de gravidade diversa ofende o princípio da proporcionalidade, porque de duas uma: ou um dos punidos mereceu sanção menos grave do que devia, ou o outro recebeu sanção mais grave do que merecia. Claro que tal sistema punitivo vulnera a equidade e qualquer regra lógica de direito. Grifos no original.

4 DA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

A despeito da reconhecida independência entre as diversas instâncias de responsabilização dos servidores públicos, a saber: a civil, a penal e a administrativa, entendemos que, no âmbito do processo administrativo disciplinar, tal como ocorre no Direito Penal, nos termos do artigo 5º, XL, da Constituição do Brasil, a lei mais benéfica deve retroagir para beneficiar o servidor público acusado, ainda que inexistente norma infra-legal expressa nesse sentido.

10 Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

11 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006. p. 819.

A incidência retroativa da norma mais benéfica ao servidor público acusado em sede de processo administrativo disciplinar deve ocorrer, em consequência do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, derivado da cláusula do devido processo legal substantivo (artigo 5º, LIV, da Constituição do Brasil), também previsto no artigo 2º, da citada Lei nº 9.784/1999.

Com efeito, apesar de a Constituição do Brasil ter disposto que: “*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*”, este dispositivo constitucional, a nosso juízo, deve ser interpretado extensivamente, de sorte a abranger toda e qualquer atividade sancionatória a cargo do Estado, seja de natureza penal ou administrativa, sempre que tal atividade incidir sobre a liberdade e a propriedade dos cidadãos, ou ainda, sobre o *status* funcional dos servidores públicos.

Nessa linha, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça¹², no sentido da possibilidade de a norma administrativa mais benéfica retroagir em benefício de militares do Estado de Pernambuco, confira-se:

RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - MILITARES DO ESTADO DE PERNAMBUCO - APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE LICENCIAMENTO A BEM DO SERVIÇO NA VIGÊNCIA DO DECRETO Nº 20.910/32 - POSSIBILIDADE DE REVISÃO NA VIA ADMINISTRATIVA - ART. 40, §§ 1º E 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 11.817/2000 - *APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DA NORMA MAIS FAVORÁVEL AO CIDADÃO - POSSIBILIDADE DE RETROATIVIDADE DA NORMA ADMINISTRATIVA PARA BENEFICIAR O SERVIDOR - RECURSO PROVIDO.*

1 A despeito de as sanções disciplinares terem sido aplicadas na vigência do Decreto nº 20.910/32, cujo art. 1º previa o prazo prescricional de cinco anos para revisão, *com fundamento no princípio da prevalência da norma mais favorável ao cidadão, os Recorrentes possuem direito líquido e certo de terem o mérito do seu pedido de revisão apreciado, na via administrativa, com base no art. 40, § 1º e 2º, I, da Lei Estadual nº 11.817/2000.* 2. Recurso provido para reconhecer o direito líquido e certo dos Recorrentes quanto à apreciação do mérito de seu pedido

12 STJ. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 19.942. Sexta Turma. Rel. Min. Paulo Medina. Unânime. DJ: 21/11/2005, p. 301.

de revisão, na via administrativa, com base no art. 40, § 1º e 2º, I, da Lei Estadual nº 11.817/2000. (Grifo nosso).

A título de argumento *obter dictum*, faz-se necessário ressaltar que, no âmbito do Direito Tributário, existe previsão legal de retroatividade da *lex mitior*, razão pela qual é lícito concluir que o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica (artigo 5º, XL, da Constituição do Brasil) não é um instituto exclusivo do Direito Penal.

De fato, as alíneas “a” e “c” do inciso II do artigo 106 do Código Tributário Nacional, prevêm a retroatividade da lei tributária a alcançar fato gerador pretérito, respectivamente, quando deixe de defini-lo como infração e quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, o que pode ser perfeitamente aplicado, por analogia, ao processo administrativo disciplinar, *ex vi* do artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, ante a inexistência, na referida Lei nº 8.112/1990, de norma expressa dispendo nesse sentido.

5 CONCLUSÃO

Sem embargo da reconhecida independência entre as diversas instâncias de responsabilização do servidor público, bem como das características próprias do processo administrativo disciplinar, onde inegavelmente o administrador possui uma maior margem de discricionariedade na coibição da falta funcional e na aplicação da respectiva penalidade, entendemos que a lei mais benéfica deve sempre retroagir para beneficiar o servidor público acusado, seja ao desconsiderar o fato praticado como infração administrativa, seja ao atribuir ao fato uma penalidade menos gravosa.

Nessa ordem de idéias, a aplicação retroativa da lei mais benéfica ao servidor público acusado deve ser levada em consideração tanto durante o julgamento do acusado, quanto em sede de revisão do processo administrativo disciplinar, a pedido do próprio servidor ou *ex officio* pela autoridade competente. A edição de uma norma mais favorável ao servidor público acusado é, a nosso juízo, circunstância suscetível de justificar a revisão do processo administrativo disciplinar, nos termos do artigo 174, da indigitada Lei nº 8.112/1990.

À guisa de conclusão, entendemos que a tese aqui exposta encontra respaldo no fenômeno da constitucionalização do Direito,

pelo qual toda a legislação infra-constitucional deve ser lida e interpretada à luz do filtro axiológico da Constituição. Cabe, portanto, ao administrador levar em consideração, na correta interpretação do estatuto disciplinar, os princípios constitucionais da retroatividade da lei penal mais benéfica e da razoabilidade ou proporcionalidade, que, em última análise, possuem estreita ligação com o valor: *justiça*, fundamento de nosso Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, vol. I. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do Processo Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. tradução Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Lei nº 8.112/90 interpretada e comentada*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

A ATUAÇÃO DO *AMICUS CURIAE* NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Michele Franco Rosa
Procuradora Federal junto à ANEEL
Pós-graduada em Direito Constitucional
pela Universidade do Sul de Santa Catarina

SUMÁRIO: Introdução; 1 Atuação no Controle concentrado; 2 Na Ação Direta de Inconstitucionalidade; 2.1 Os requisitos para intervenção; 2.2 O momento processual da intervenção; 2.3 Prazo para a manifestação; 2.4 Poderes; 3 Na Ação Declaratória de Constitucionalidade; 4 Na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo destina-se ao estudo do instituto do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Figura ainda recente no sistema brasileiro, é alvo de acirradas controvérsias, no que diz respeito às hipóteses de atuação, poderes, momento da intervenção e de sua natureza jurídica. O ingresso do *amicus curiae* representa a abertura do processo objetivo de controle de constitucionalidade, de forma a permitir que terceiros detentores de conhecimentos específicos, especializados, possam contribuir no deslinde das questões constitucionais, desde que demonstrem a presença do binômio relevância-representatividade. Trata-se, o *amicus curiae*, de verdadeiro instrumento de aperfeiçoamento das decisões judiciais, símbolo da democratização do exercício da função jurisdicional.

PALAVRAS-CHAVE: *Amicus curiae*. Controle concentrado de constitucionalidade. Legitimação das decisões Suprema Corte. Intervenção de terceiros. Auxiliar do juízo.

ABSTRACT: The present article intends to analyze the *AMICUS CURIAE* principle in Brazilian Constitutional Concentrated Control. This principle is recent in Brazilian Legal System, being cause of warm discussions, about the circumstances of its action, the moment of its intervention in the process and its juridical nature. The ingress of the *AMICUS CURIAE* principle represents the open of the objective process of concentrated control, that permits third persons who have particular knowledge may contribute to decisiveness of the constitutionals questions, since has been demonstrated the relevance-representative binomial. The *AMICUS CURIAE* is, in fact, as instrument of judicial decisions improvement, being a symbol of democratic function of jurisdictional acting.

KEYWORDS: *Amicus Curiae*. Constitutional Concentrated Control. Legitimizing of the Supreme Court Decisions. Third Persons Intervention. The Judge Auxiliary.

INTRODUÇÃO

A figura do *amicus curiae* é nova e pouco estudada pela doutrina brasileira, sendo o ordenamento jurídico carente de diplomas normativos que regulamentem a atuação do amigo da corte.

A tendência de ampliar e pluralizar o debate das questões jurisdicionais está ganhando importância no direito brasileiro, a exemplo da ampliação do rol de legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade, da previsão da ação popular, da ação civil pública, etc.

O exercício da democracia não está mais restrito à participação dos cidadãos somente na escolha dos seus representantes, pelo voto direto, mas além da esfera do Executivo e do Legislativo, manifesta-se, também, no poder Judiciário.

É nesse cenário de abertura, de uma nova compreensão dos princípios do contraditório e da cooperação, que se situa a figura do *amicus curiae*. Trata-se da participação de um “terceiro”, estranho à lide, mas que pode contribuir com seus conhecimentos técnicos, especializados, sobre o tema objeto do debate judicial, trazendo ao magistrado informações que serão úteis no momento de decidir o conflito de interesses sob sua análise, de forma a assegurar maior legitimidade às suas decisões.

A admissão da figura do *amicus curiae* significa a democratização do processo objetivo de controle de constitucionalidade, de forma a permitir um debate em que a sociedade participe e interfira de forma direta nas decisões da Corte Suprema.

Portanto, tendo em vista ser o *amicus curiae* um instrumento de aperfeiçoamento das decisões jurisdicionais, assim como possuir a função de conferir maior legitimidade a essas, decorre a importância no aprofundamento do estudo sobre o tema.

1 A ATUAÇÃO NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle concentrado de constitucionalidade não se apresenta como ambiente propício para que sejam defendidos interesses subjetivos.

Pelo contrário, tem por objeto a análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei em abstrato.

Por isso é também denominado como processo objetivo de controle de constitucionalidade.

Vejam, a propósito, o entendimento de Mirella de Carvalho Aguiar¹:

Não é sem razão que a doutrina e jurisprudência são assentes em correlacionar os processos abstratos de controle de constitucionalidade à finalidade precípua de defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional, salvaguarda objetiva da Constituição, razão pela qual seria completamente alheio a seu domínio o exame de relações jurídicas concretas e individuais.

A intervenção de terceiros, tendo em vista a perspectiva objetiva do controle concentrado, é vedada nesse tipo de ação.

A lei 9868/99 expressamente veda a intervenção de terceiros na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória (arts. 7º, *caput* e 18, *caput*). A lei 9882/99 silenciou em relação à ação de descumprimento de preceito fundamental.

Porém, a lei 9868/99 trouxe importante novidade, ou nos dizeres de Bueno Filho², “consagrou” a presença do *amicus curiae* no processo de controle concentrado de constitucionalidade, ao admitir a possibilidade de manifestação de outros órgãos ou entidades, desde que demonstrem sua representatividade e a relevância da matéria.

Vale lembrar, como o fez Bueno Filho, que a utilização do vocábulo consagração foi proposital, uma vez que o STF já havia admitido, ainda que timidamente, a presença do *amicus curiae* no processo objetivo de controle de constitucionalidade, por simples juntada de memorial por linha, na ADI-AgR 748/RS, Rel. Ministro Celso de Mello, j. 01.08.1994, cuja ementa foi transcrita anteriormente.

1 AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus Curiae*. Salvador: Jus Podium, 2005. p. 27.

2 BUENO FILHO, Edgar Silveira. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro. Um Terceiro Enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 4.

2 NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

A lei 9.868/99, no art. 7º, § 2º, prevê a participação da figura que a doutrina e a jurisprudência paulatinamente passaram a denominar de *amicus curiae*:

Art. 7º Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 1º [...]]

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgão ou entidades.

De acordo com o artigo citado acima não se admite a intervenção de terceiros, na ação de declaração de inconstitucionalidade, conforme anteriormente já consagrado no Regimento Interno do STF.

Entretanto, não se deve entender que a possibilidade de admissão da manifestação de outros órgãos ou entidades seja uma exceção à regra geral da vedação da intervenção de terceiros.

Explicamos.

É que a intervenção do *amicus curiae* não pode ser considerada mera intervenção de terceiros, considerando-se a previsão desse instituto no Código de Processo Civil.

A razão de ser da figura do *amicus curiae* é pluralizar o debate, colocar em prática a adoção do princípio democrático, de maneira a permitir que outros órgãos ou entidades possam exercer o seu papel de partícipes nas decisões que apresentam relevância para a toda a sociedade.

O Min. Celso de Mello, ao proferir seu voto na ADI-MC 2130/SC, sensível a essa interpretação, ressaltou o real papel do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO AMICUS CURIAE. POSSIBILIDADE. LEI Nº 9.868/99 (ART. 7º § 2º). SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA ADMISSÃO DO AMICUS CURIAE NO SISTEMA DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE ADMISSÃO DEFERIDO.

No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou a figura do *amicus curiae* (Lei nº 9.868/99, art. 7º, § 2º), permitindo que terceiros – desde que investidos de representatividade adequada – possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. *A admissão de terceiro, na condição de amicus curiae, no processo adjetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais.* Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º da Lei nº 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* – tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional. [...] (ADI-MC 2130-SC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 20.12.2000, p. 02.02.2001, p. 00145) (grifo nosso)

Na mesma esteira da previsão inserida no § 2º do art. 7º da Lei 9868/99, há outros dispositivos que ampliam a abertura da participação de outros órgãos no processo de controle objetivo de constitucionalidade, sem, contudo, autorizar a defesa de interesses subjetivos. São eles:

Art. 6º O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Parágrafo único. As informações serão prestadas no prazo de trinta dias contado do recebimento do pedido.

[...]

Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

§ 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

Percebemos que o fundamento desses dispositivos reside em conferir à Corte Constitucional melhores informações para decidir. Nada mais são do que instrumentos que atribuem maior legitimidade às decisões do STF.

Cássio Scarpinella Bueno³ explica essa abertura do processo objetivo de controle de constitucionalidade:

A “abertura” do processo da ação direta de inconstitucionalidade, ademais, deve ser entendida quase como uma saudável (e necessária) decorrência do caráter vinculante das decisões proferidas naquela sede e, também, como idéia de que o tão decantado “processo de caráter objetivo”, sem “lide”, sem interesses ou posições de vantagem individualmente analisáveis e capturáveis, que caracteriza esse tipo de ação, não pode significar, pura e simplesmente, a impossibilidade de maior (e necessário) debate sobre as questões que o Supremo Tribunal Federal está para decidir.

[...] O “terceiro” a que se refere o art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99 não deve ser estudado em confronto com os “terceiros intervenientes”,

3 BUENO, op. cit., p. 138-139.

assim entendidos aqueles que, em nome próprio e por “direito” próprio, que deriva, direta e indiretamente, do que se discute em juízo, buscam intervir em processos alheios. Mas, bem diferentemente, a partir de um contexto em que o que se busca é a produção de *melhor* decisão jurisdicional, realizada, na medida do necessário, uma *instrução* quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade de dada norma. Uma intervenção que se preocupa mais com os *efeitos externos e difusos* do que for decidido do que, propriamente, com o atingimento desses mesmos efeitos na situação pessoal (na sua esfera jurídica individual) do interveniente.

2.1 OS REQUISITOS PARA INTERVENÇÃO

Passemos, agora, à análise dos requisitos previstos no § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99 para a intervenção do *amicus curiae*, que são a relevância da matéria e representatividade do postulante.

a) Relevância da matéria

Por relevância da matéria devemos entender, em primeiro lugar, o próprio objeto da ação declaratória de inconstitucionalidade – a constitucionalidade ou não da norma questionada, o que, por si só, já deixa evidente a importância da matéria.

Em segundo lugar, a necessidade de que outros elementos, diversos daqueles já existentes nos autos sejam acrescentados para o melhor julgamento da ação pelo magistrado.

Vejam, a respeito, as lições de Cássio Scarpinella Bueno⁴:

Levando em conta os contornos da ação direta de inconstitucionalidade e o entendimento absolutamente pacífico de que seu julgamento transforma, inequivocamente, o órgão jurisdicional em verdadeiro órgão político, não parece errôneo o entendimento de que, pelo mero ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, a matéria nela veiculada é, *ipso facto*, relevante inclusive para os fins de que trata o § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99.

4 BUENO, Cássio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 140.

Trata-se, assim, de critério objetivo, no sentido de que diz respeito ao objeto da própria ação, é dizer, à norma cuja constitucionalidade é questionada.

Mais do que isso, somos do entendimento de que por “relevância da matéria” também deve ser entendida a necessidade concreta sentida pelo relator de que outros elementos sejam trazidos aos autos para fins de formação de seu convencimento. [...]

O que é importante para seu preenchimento, acreditamos é que a “relevância” seja indicativa da necessidade ou, quando menos, da conveniência de um diálogo entre a norma questionada e os valores dispersos pela sociedade civil ou, até mesmo, com outros entes governamentais.

Gustavo Binenbojm⁵ analisa o binômio relevância-representatividade chegando à seguinte conceituação:

[...] na análise do binômio relevância-representatividade, deverá o relator levar em conta a magnitude dos efeitos da decisão a ser proferida nos setores diretamente afetados ou para a sociedade como um todo, bem como se o órgão ou entidade postulante congrega dentre seus filiados porção significativa (quantitativa ou qualitativamente) dos membros do(s) grupo(s) afetado(s).

Já Edgard Silveira Bueno Filho⁶, defende a necessidade de comprovação entre a relevância da matéria e a finalidade da instituição.

Temos para nós que por relevância da matéria o legislador quis que o postulante demonstrasse a relação de relevância entre a matéria discutida e a atividade perseguida pela instituição. Primeiro, porque, se o processo está em andamento é porque é relevante a matéria. Com efeito, não se pode imaginar um processo de controle de constitucionalidade de matéria irrelevante. Depois, porque não teria

5 BINENBOJM, Gustavo. A Dimensão do Amicus Curiae no Processo Constitucional Brasileiro: Requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. Revista *Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia. n. 1, janeiro, 2004. Disponível em: <http://: www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 29/04/2007.

6 BUENO FILHO, Edgar Silveira. Amicus Curiae – A Democratização do Debate nos Processos de Controle de Constitucionalidade *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 14, junho/agosto 2002. p. 6.

sentido admitir-se a presença de terceiros na lide sem um mínimo de interesse jurídico no desfecho da causa a favor ou contra uma das partes.

Assim, a admissibilidade dependerá da relevância da sua participação em relação à matéria *sub judice*.

Portanto, fundamental que aquele que pleiteia seu ingresso como *amicus curiae* na ação declaratória de inconstitucionalidade, demonstre a importância da matéria ali discutida, e seus efeitos perante a sociedade, assim como a necessidade de sua intervenção para esclarecer e adicionar elementos que serão fundamentais para a adequada prestação da tutela jurisdicional.

b) Representatividade dos postulantes

A idéia da representatividade do postulante está relacionada à sua finalidade institucional. É dizer, não basta o mero interesse individual, ou interesses corporativos, mas sim uma espécie de “interesse institucional”, nas palavras de Cássio Scarpinella Bueno⁷:

[...] Para nós, terá “representatividade adequada”, toda aquela pessoa, grupo de pessoas ou entidade, de direito público ou de direito privado, que conseguir demonstrar que tem específico *interesse institucional* na causa e, justamente em função disso, tem condições de contribuir para o debate da matéria, fornecendo elementos ou informações úteis e necessárias para o proferimento de melhor decisão jurisdicional. Meros interesses corporativos, que dizem respeito apenas à própria entidade que reclama seu ingresso em juízo, não são suficientes para sua admissão na qualidade de *amicus curiae*.

Com o emprego da expressão “interesse institucional” queremos designar, [...] que o pretendente à intervenção na ação direta de inconstitucionalidade dever ser legítimo representante de um grupo de pessoas e de seus interesses, sem que, contudo, detenha, em nome próprio, nenhum interesse seu, próprio, típico de qualquer interessado no sentido tradicional, individual, do termo. Ele precisa guardar alguma relação com o que está sendo discutido em juízo, mas isso deve ser aferido no plano institucional, de suas finalidades

7 BUENO, Cássio Scarpinella. Op. cit., p. 146-147.

institucionais, e não propriamente dos *seus* interesses próprios no deslinde da ação e das conseqüências de seu julgamento.

Dessa forma, estão legitimados a intervir na qualidade de *amicus curiae*, os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, previstos no art. 103 da Constituição, quando não atuarem como autores da mesma, ainda que tenha sido vetado o dispositivo que previa expressamente o seu ingresso.

O § 1º do art. 7º, vetado, dispunha:

Art. 7º [...]

§ 1º Os demais titulares referidos no art. 2º poderão manifestar-se por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais.

O veto teve como fundamento evitar que a utilização desta faculdade pudesse comprometer a celeridade processual, entendendo-se, ademais, que a previsão do § 2º do art. 7º da Lei 9.86/99 já abarcaria as demais entidades previstas no art. 103 da Constituição Federal.

Além dos legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade, podem intervir na qualidade de *amicus curiae*, quaisquer órgãos ou entidades, desde que demonstrem a representatividade adequada, ou nos dizeres de Scarpinella Bueno, comprovem seu interesse institucional.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery⁸ defendem que:

O relator, por decisão irrecorrível, pode admitir a manifestação de pessoa física, jurídica, professor de direito, associação civil, órgão ou entidade, desde que tenha respeitabilidade, reconhecimento científico ou representatividade para opinar sobre matéria objeto da ação direta.

8 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 1599-1600.

Na mesma linha segue Edgar da Silveira Bueno Filho⁹ ao defender a maior amplitude possível dos legitimados a ingressar como *amicus curiae*:

Haverá sempre outras entidades de notória representatividade que, por isso, serão facilmente admitidas ao debate, dependendo apenas do tema discutido. É o caso das associações de magistrados, advogados, de outros profissionais liberais, de empresários, de defesa dos direitos humanos, de consumidores, do meio ambiente, etc., quando o ato normativo questionado tiver relação com a atividade por eles desenvolvida.

Já Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá¹⁰ não admite a intervenção de pessoas físicas, professores, cientistas, a não ser quando requisitadas pelo juiz.

Nosso posicionamento é pela possibilidade de intervenção como *amicus curiae*, tanto dos entes previstos no art. 103 da Constituição Federal, como de outros órgãos e entidades. Quanto a estes últimos desde que comprovem a relevância da matéria e a representatividade adequada, vinculada aos seus fins institucionais, a fim de tornar o processo objetivo de controle de constitucionalidade mais democrático e de conferir maior legitimidade às decisões da Corte Suprema.

Cássio Scarpinella Bueno¹¹ cita diversas decisões do STF, nas quais o mesmo admite como *amicus curiae* distintas entidades, *verbi gratia*, o Conselho Federal dos Advogados do Brasil foi admitido como *amicus curiae* em ações diretas que se voltam à impugnação de dispositivos da Lei 8.906/94, o Estatuto da Advocacia (ADI 1.127/DF, ADI 3026/DF, ADI 2522/DF); a Companhia Energética de Brasília (CEB) foi admitida como *amicus curiae* em ação direta de inconstitucionalidade em que questionava a isenção de tarifas de energia elétrica (ADI 1.104-9/DF); a Federação Nacional dos Sindicatos de Trabalhadores do Judiciário Federal e Ministério Público Federal – FENAJUFE foi admitida como *amicus curiae* em ação voltada ao questionamento de atos do Tribunal Superior Eleitoral (ADI 2321-MC).

9 BUENO FILHO, Edgar Silveira. Op. cit., p. 6.

10 DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus Curiae. Instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 135.

11 BUENO, Cássio Scarpinella. Op. cit., p. 149-155.

2.2 O MOMENTO PROCESSUAL DA INTERVENÇÃO

A questão acerca do momento processual para intervenção do *amicus curiae* tem gerado acirrada controvérsia.

Isso ocorre em razão do veto ao § 1º do art. 7º da Lei 9868/99, que abriu uma lacuna quanto ao momento da intervenção do amigo da corte.

O § 2º do art. 7º da Lei 9868/99 assim dispõe:

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, *observado o prazo fixado no parágrafo anterior*, a manifestação de outros órgão ou entidades. (grifos nossos)

Assim sendo, o § 2º faz referência ao prazo de 30 dias para prestação de informações que estava previsto no § 1º vetado e no art. 6º da Lei 9868/99.

No entanto, tendo em vista o veto do § 1º, surgiu a discussão sobre o momento da intervenção do *amicus curiae*.

A doutrina majoritária defende a intervenção do *amicus curiae* a qualquer tempo, desde que antes de iniciado o julgamento. É que como a função do *amicus curiae* é fornecer melhores instrumentos, informações para facilitar a decisão da questão constitucional pelo STF, uma “intervenção para instrução”, poderíamos dizer, somente até este momento ela teria razão de ser.

Edgard Silveira Bueno Filho¹² assim se posiciona:

[...] a intervenção do *amicus curiae* pode se dar a qualquer tempo, antes do julgamento da ação. É que tal como na assistência o *amicus curiae* pegará o processo no estado. Desse modo, se o julgamento já tiver se iniciado com a leitura do relatório, não poderá promover a sustentação oral. Entretanto, será admitida a entrega de memoriais aos demais julgadores.

¹² BUENO FILHO, Edgar Silveira. Op. cit., p. 7.

No mesmo sentido, de que cabe a intervenção até o início do julgamento da ação, Dirley da Cunha Jr¹³:

Quanto ao prazo para a intervenção, apesar da razoabilidade do entendimento de que esse prazo corresponde ao da prestação das informações, parece-nos que a melhor posição é aquela que fixa como termo final a data anterior ao julgamento da ação.

O STF entendeu¹⁴, de acordo com as lições de Cássio Scarpinella Bueno¹⁵, em um primeiro momento, que a intervenção do *amicus curiae* estaria sujeita ao mesmo prazo que os réus da ação direta de inconstitucionalidade teriam para prestar as informações, ou seja, 30 dias contados da intimação para tanto.

No entanto, a nosso ver, essa posição praticamente inviabilizaria a intervenção do *amicus curiae*. É que no instante em que são intimados os réus da ação direta de inconstitucionalidade para prestar informações, dificilmente aquele que poderia intervir como *amicus curiae* terá conhecimento do processo. E isso significaria desconsiderar a importância do instituto, impedindo a democratização do processo de controle de constitucionalidade.

Defendendo a interpretação mais ampla, Cássio Scarpinella Bueno¹⁶:

O prazo final para a intervenção do *amicus curiae*, parece-nos, é a indicação do processo para julgamento, com sua inserção em pauta, dado objetivo que revela que o relator apresenta-se em condições de decidi-lo. Por isso mesmo é que não se deverá admitir a intervenção do *amicus curiae* naqueles casos em que não houver dúvidas quanto ao encerramento da “fase instrutória” da ação direta e, conseqüentemente, estar o feito em condições para julgamento. Uma vez iniciado o julgamento, não deve ser admitido o ingresso do *amicus curiae*.

13 CUNHA JR., Dirley. *A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade - a intervenção do particular, do co-legitimado e do amicus curiae na ADIN, ADC, e ADPF*. In: DIDIER JR, Fredie e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 164.

14 ADI 2937/DF, Rel. Min Cezar Peluso, j. 26.09.2003, DJ 08.10.2003, p.26.

15 BUENO, Cássio Scarpinella. Op. cit., p. 158.

16 *Ibidem*, p. 161.

O próprio STF tem admitido a intervenção do *amicus curiae* após esgotado o prazo para informações, como no caso da ADI 3474/BA, rel. Min. Cezar Peluso, j. 13.10.2005, desde que a mesma se dê antes do início do julgamento.

2.3 PRAZO PARA A MANIFESTAÇÃO

Mais uma vez a lei foi silente quanto ao prazo que teria o *amicus curiae* para manifestar-se na ação direta de inconstitucionalidade, gerando, assim, controvérsia na doutrina e na jurisprudência.

O já citado § 2º do art. 7º da Lei 9868/99 determina que o *amicus curiae* apresentará sua manifestação no prazo fixado no parágrafo anterior. Contudo, o § 1º foi vetado, abrindo uma lacuna.

A redação do § 1º era a seguinte:

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 1º Os demais titulares referidos no art. 2º poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, *no prazo das informações*, bem como apresentar memoriais. (grifo nosso)

O prazo das informações, por sua vez, está previsto no art. 6º da Lei da ADI:

Art. 6º O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Parágrafo único. As informações serão prestadas no prazo de trinta dias contado do recebimento do pedido.

Destarte, a melhor interpretação é aquela que sustenta que o prazo para manifestação do *amicus curiae* é de 30 dias, uma vez que o prazo referido pelo vetado § 1º era o das informações, que de acordo com o parágrafo único do art. 6º é de 30 dias.

Mas, agora cabe outra indagação, 30 dias contados a partir de que momento?

O parágrafo único do art. 6º dispõe que as informações serão prestadas no prazo de trinta dias contado do recebimento do pedido. O termo *a quo* aqui fixado é aplicável aos órgãos ou às autoridades dos quais emanou o ato.

Não nos parece razoável que o prazo para o *amicus curiae* comece a fluir nesta mesma data, sob pena de se tornar totalmente inócua a previsão de sua participação na ação direta.

Entendemos, no mesmo sentido de Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá¹⁷, de que o prazo de 30 dias deve ter seu início a partir do deferimento do pedido de intervenção do *amicus curiae*.

Pensamos, portanto, que nada impede transpor à hipótese o prazo de 30 dias previsto no art. 6º, desde que, contudo, o *dies a quo* seja o do deferimento do pedido de manifestação do *amicus curiae*. Nada obsta, ademais, que o STF adote outro prazo para manifestação, mesmo menor, haja vista o silêncio da lei. O que não se pode admitir é que o veto ao § 1º imponha solução que torne ineficaz o § 2º do art. 7º, esvaziando quase que completamente seu conteúdo.

Corroborando esse entendimento, os ensinamentos de Mirella de Carvalho Aguiar¹⁸:

Em relação ao prazo destinado para manifestação do “colaborador da Corte”, com o veto do § 1º do art. 7º (que previa idêntico prazo àquele para apresentação de informações), criou-se uma lacuna legal, que deverá ser integrada analógica e sistematicamente. Emboa existam posicionamentos contrários, o termo *a quo* do prazo certamente haverá de ser a data da publicação da decisão que admite a intervenção do *amicus curiae*.

2.4 PODERES

Dentre os poderes inerentes ao *amicus curiae*, o que decorre logicamente da leitura do § 2º do art. 7º é o de apresentar memoriais, manifestando-se por escrito.

17 DEL PRÁ, op. cit., p. 138.

18 AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Op. cit.*, p. 31.

Dúvida existia acerca da possibilidade de sustentação oral pelo *amicus curiae*.

Em um primeiro momento, o STF decidiu pelo não cabimento, na ADI 2.223/DF:

Submetida ao referendo do Plenário a decisão do Min. Marco Aurélio que, apreciando o pedido de medida liminar em ação direta ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores - PT no período de férias forenses (RISTF, art. 37, I), suspendera cautelarmente dispositivos da Lei 9.932/99, que dispõe sobre a transferência de atribuições do IRB - Brasil Resseguros S/A - IRB-BRASIL RE para a Superintendência de Seguros Privados - SUSEP. Inicialmente, o Tribunal, por maioria, resolvendo questão de ordem, entendeu não ser possível a sustentação oral de terceiros admitidos no processo de ação direta de inconstitucionalidade na qualidade de *amicus curiae*, cuja manifestação há de ser feita por escrito [Lei 9.868/99, art. 7º: “Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. ... § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá por despacho irrecorrível, admitir [...] a manifestação de outros órgãos ou entidades.”]. Salientou-se que a Lei 9.868/99 prevê expressamente que, no julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato (§ 2º do art. 10). Vencidos os Ministros Nelson Jobim, Celso de Mello e Marco Aurélio, que assentavam o direito à sustentação oral. Em seguida, o julgamento foi suspenso. ADInMC (QO) 2.223-DF, rel. Min. Marco Aurélio, 18.10.2001. (ADI-2223)

A doutrina, por outro lado, manifestou-se favoravelmente à sustentação oral do *amicus curiae*. Vejamos o pensamento de Fredie Didier Jr.¹⁹:

Em primeiro lugar, o § 2º do art. 7º da Lei federal 9.868/99, fonte normativa para a intervenção do “amigo”, não estabelece forma para a sua manifestação. Não havendo previsão legal a respeito, o ato processual (manifestação) pode ser efetivado por qualquer forma (oral ou escrita), desde que atinja a finalidade (que, no caso,

19 DIDIER JR, Fredie. *Possibilidade de Sustentação Oral do Amicus Curiae*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, v. 8. 2003. p. 38.

é a de ajudar o tribunal no julgamento). Vale, pois, a regra do art. 154 do CPC.

Em segundo lugar, a permissão de sustentação oral conferida aos representantes judiciais da requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato (art. 10, § 2º, Lei federal nº 9.868/99) não pode servir como argumento de que, *ipso facto*, fica proibida a manifestação oral deste especial auxiliar do juízo. Parece que a sustentação oral é algo esdrúxulo, excepcional, que somente pode ser permitido em situações de absoluta necessidade. Estranho isso; notadamente quando se sabe que as decisões colegiadas normalmente dão ensejo a calorosos debates orais, cujas armas de convicção, certamente, não ficam restritas à palavra escrita, e cujo teor, quase sempre, não é reduzido a termo. Ora, é da própria natureza dos julgamentos colegiados o manejo da palavra falada.

Em terceiro lugar, também não se pode dizer que a concessão da palavra prejudicará a celeridade do julgamento. [...]

Se a sustentação oral serve ao esclarecimento dos magistrados; se o julgamento colegiado caracteriza-se pelos debates orais; se a participação do *amicus curiae* no processo é um fato de aprimoramento da tutela jurisdicional, pois atua como um auxiliar do juízo, não há nenhum sentido na proibição que esse auxílio se dê pela via da palavra falada.

Posteriormente, em 2003, o STF modificou seu posicionamento, para permitir a sustentação oral do *amicus curiae*, na ADI 2777/SP, constante do Informativo 331 do STF:

Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, resolvendo questão de ordem suscitada no julgamento das ações diretas acima mencionadas, admitiu, excepcionalmente, a possibilidade de realização de sustentação oral por terceiros admitidos no processo abstrato de constitucionalidade, na qualidade de *amicus curiae*. Os Ministros Celso de Mello e Carlos Britto, em seus votos, ressaltaram que o § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99, ao admitir a manifestação de terceiros no processo objetivo de constitucionalidade, não limita a atuação destes à mera apresentação de memoriais, mas abrange o exercício da sustentação oral, cuja relevância consiste na abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade; na garantia de maior efetividade e legitimidade às decisões da Corte, além de

valorizar o sentido democrático dessa participação processual. O Min. Sepúlveda Pertence, de outra parte, considerando que a Lei 9.868/99 não regulou a questão relativa a sustentação oral pelos *amici curiae*, entendeu que compete ao Tribunal decidir a respeito, através de norma regimental, razão por que, excepcionalmente e apenas no caso concreto, admitiu a sustentação oral. Vencidos os Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie, que, salientando que a admissão da sustentação oral nessas hipóteses poderia implicar a inviabilidade de funcionamento da Corte, pelo eventual excesso de intervenções, entendiam possível apenas a manifestação escrita (Lei 9.868/99, art. 7º, § 2º: “Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. [...] § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá por despacho irrecorrível, admitir ... a manifestação de outros órgãos ou entidades.”). ADI 2675/PE, rel. Min. Carlos Velloso e ADI 2777/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 26 e 27.11.2003. (ADI-2675) (ADI-2777)

Em virtude dessa decisão, o STF alterou seu Regimento Interno, acrescentando um novo § 2º ao art. 131, para possibilitar a sustentação oral de quaisquer terceiros, dentre os quais não há razão para excluir o *amicus curiae*, segundo entende Cássio Scarpinella Bueno²⁰.

Portanto, hoje é pacífica a possibilidade de sustentação oral do *amicus curiae* na ação direta de inconstitucionalidade.

Outra questão controversa na doutrina e na jurisprudência, é sobre a possibilidade de o *amicus curiae* recorrer ou não.

O § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99 dispõe que o relator, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, a manifestação do *amicus curiae*.

Ora, o que podemos extrair desse dispositivo, *a contrario sensu*, é que a decisão que não admite o ingresso do *amicus curiae* pode ser objeto de recurso por parte deste. O interesse recursal do “amigo da corte” surge do evidente prejuízo que este sofre com a decisão que indefere seu ingresso na ação direta.

A maioria da doutrina²¹ defende esse entendimento.

20 BUENO, Cássio Scarpinella. Op. cit., p. 170.

21 AGUIAR, op. cit., p. 18. DEL PRÁ, op. cit., p. 141-142.

Citamos, para ilustrar, as lições de Cássio Scarpinella Bueno²²:

Para nós, o melhor entendimento é aquele que entende ser *recorrível* essa decisão, aplicando-se à hipótese a diretriz do *sistema processual civil* de que *toda* decisão monocrática proferida no âmbito dos tribunais é recorrível por intermédio do recurso de agravo, aqui na sua modalidade “interna”. E nem poderia ser diferente, considerando o inegável *prejuízo* que a decisão que indefere o ingresso do *amicus curiae* tem aptidão para lhe causar, revelando-lhe, assim, seu *interesse recursal*.

Gustavo Binенbojm²³ defende a possibilidade de o *amicus curiae* recorrer das demais decisões – interlocutórias e final – proferidas nos autos da ação direta. Vejamos os fundamentos utilizados pelo autor para embasar sua posição:

O art. 499 do Código de Processo Civil assegura legitimidade recursal ao Ministério Público e ao *terceiro* prejudicado. Reconhecendo, hoje, a doutrina e a jurisprudência, a natureza jurídica de *terceiro especial* ao *amicus curiae*, não há como se lhe negar a legitimidade recursal para manifestar sua insurgência contras as decisões que não acolherem seus argumentos.

Ensina Sérgio Bermudes que a finalidade dos recursos é a de proporcionar o “aperfeiçoamento das decisões judiciais.” Assim, não há motivo lógico para que ao *amicus curiae* seja assegurado o direito de apresentar seus argumentos, por escrito e oralmente, perante o Tribunal e, como desdobramento natural, não possa se insurgir contra as decisões que contrariem tais argumentos, por meio dos recursos cabíveis. É evidente que, em sede de controle de constitucionalidade, tal aperfeiçoamento se torna ainda mais desejável. De fato, diante do impacto e da repercussão política, econômica e social de uma decisão declaratória de inconstitucionalidade, é ainda maior o interesse do Estado-Jurisdição e da sociedade como um todo no sentido de que as decisões sejam submetidas ao mais rígido escrutínio.

22 BUENO, Cássio Scarpinella. Op. cit., p. 171.

23 BINENBOJM, Gustavo. A Dimensão do Amicus Curiae no Processo Constitucional Brasileiro: Requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia. n. 1, janeiro, 2004. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 29 abr. 2007.

[...]

A referência ao “terceiro” do art. 499 do Código de Processo Civil “designa o estranho ao processo, titular da relação jurídica atingida (ainda que por via reflexa) pela sentença”. É evidente que as entidades e órgãos que eventualmente venham a figurar como *amicus curiae*, podem sofrer impactos diretos em razão da decisão em controle abstrato, podendo, até mesmo, perder direitos antes reconhecidos pela lei atacada. Dessa forma, o *amicus curiae* é titular de um direito passível de ser atingido – ao menos potencialmente – por acórdão declaratório de inconstitucionalidade, possuindo, assim, legitimidade recursal como terceiro interessado, aplicando-se, analogicamente, o art. 499 do CPC.

[...]

Está, assim, o *amicus curiae* legitimado a manejar o agravo regimental contra decisões interlocutórias do relator, bem como os embargos de declaração contra os acórdãos cautelares e de mérito. Ademais, no plano do controle abstrato estadual, além dos recursos já mencionados, poderá o *amicus curiae* valer-se dos recursos especial e extraordinário, conforme seja o caso de cabimento de um ou outro. Tal elenco recursal é, por óbvio, meramente exemplificativo, sendo lícito ao *amicus curiae* interpor qualquer recurso cabível, de acordo com a legislação processual.

No mesmo sentido da ampla possibilidade de valer-se, o *amicus curiae*, da utilização dos recursos, Cássio Scarpinella Bueno²⁴:

Também entendemos ser lícito ao *amicus curiae* apresentar recurso da decisão final, que julga a ação direta de inconstitucionalidade ou de qualquer outra que possa interferir concretamente nos interesses que motivam o seu ingresso em juízo, assim, por exemplo, a concessão de liminar, providência tipicamente *antecipatória* nos casos de controle concentrado de constitucionalidade.

Há, ainda, aqueles que negam a legitimidade recursal ao *amicus curiae* em quaisquer casos, como Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de

24 BUENO, Cássio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 172.

Andrade Nery²⁵ e Fredie Didier Jr.²⁶ Para ilustrar, transcrevemos o posicionamento dos primeiros:

O ato do relato que admite ou não a manifestação do *amicus curiae* é decisão interlocutória (CPC 162, § 2º) e não despacho, como incorretamente menciona a norma comentada. A decisão, positiva ou negativa é irrecurável.

O STF, em várias decisões²⁷, negou legitimidade recursal ao *amicus curiae*, sem ressalvas.

3 NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

A Lei 9.868/99, na parte referente à ação declaratória de constitucionalidade, silenciou a respeito da possibilidade da intervenção do *amicus curiae*.

O § 2º do art. 18 que trazia dispositivo análogo àquele previsto no § 2º do art. 7º, foi vetado.

Apesar do veto, autores de escol, como Cássio Scarpinella Bueno²⁸, Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá²⁹ e Dirley da Cunha Jr.³⁰, defendem o cabimento da manifestação do *amicus curiae* na ação declaratória de constitucionalidade. Por todos, transcrevemos as lições de Dirley da Cunha Jr.:

[...] apesar do veto ao § 2º do art. 18 da Lei 9.868/99, que previa a intervenção do *amicus curiae* na ADC, não temos dúvida da possibilidade de intervenção de terceiro objetivamente interessado, na condição de amigo da corte, no processo da ação declaratória de constitucionalidade. Aliás, o próprio veto chega a se coadunar com esse raciocínio, quando elucida que: “Resta assegurada, todavia, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por meio de

25 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Op. cit., p. 1600. n 2.

26 DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 7. ed. Salvador: Jus Podivm. 2007. v. 1. p. 361.

27 ADI 2581 AgRg/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 11.04.2002. DJ 18.04.2002, p. 12; ADI AgRg 2130/SC, rel. Min. Celso de Mello, j. 03.10.2001, DJ 14.12.2001, p. 31; ADI 1498/RS, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 12.03.2003, DJ 19.03.2003.

28 BUENO, Cássio Scarpinella. Op. cit., p. 175-176.

29 DEL PRÁ, op. cit., p. 134-143.

30 CUNHA JR., op. cit., p. 164.

interpretação sistemática, admitir no processo da ação declaratória a abertura processual prevista para a ação direta no § 2º do art. 7º [...]

Quanto aos demais itens, requisitos para intervenção, momento processual da intervenção, prazo para a manifestação e poderes do *amicus curiae*, valem as mesmas observações feitas em relação à ação direta de inconstitucionalidade, a fim de manter a uniformidade no sistema de controle concentrado de constitucionalidade, intuito da Emenda Constitucional nº 45/2004, ao equipar os legitimados e os efeitos de ambas ações.

4 NA AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A Lei 9.882/99, que disciplina o procedimento da ação de descumprimento de preceito fundamental não traz dispositivo similar ao do § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99, no qual está prevista a intervenção do *amicus curiae*.

Embora silente a lei, infere, parte da doutrina³¹, que é possível a admissão do *amicus curiae* também na ação de descumprimento de preceito fundamental, a fim de garantir a democratização do processo objetivo de controle de constitucionalidade, do qual faz parte também a ADPF.

Explica Dirley da Cunha Jr.³²:

Consideramos ser cabível na argüição de descumprimento de preceito fundamental, em que pese o silêncio do legislador (que não se apresenta como silêncio eloqüente), a figura do *amicus curiae* (amigo da Corte), por aplicação analógica da regra insculpida no § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99, segundo a qual o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir a manifestação de outros órgãos e entidades. E é bom que assim seja, pois a intervenção de outros órgãos e entidades representativas, que não os próprios legitimados ativos, no processo abstrato de argüição de descumprimento, confere uma coloração democrática a estes processos constitucionais, permitindo uma maior abertura no seu procedimento e na interpretação constitucional, nos

31 BUENO, op. cit., p. 179-190. CUNHA JR, op. cit., p. 165-166.

32 CUNHA JR., op. cit., p. 165-166.

moldes sugeridos por Häberle. Ter-se-á, aí, uma participação direta do cidadão na resolução dos principais problemas constitucionais.

Tal raciocínio é corroborado pela norma insculpida no § 2º do art. 6º da Lei 9.882/99, que faculta ao relator autorizar sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo. A expressão “interessados” deve ser interpretada para abranger todos aqueles órgãos e entidades de representatividade social e política dos quais fala o § 2º do art. 9.868/99, inclusive o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, e não somente os legitimados ativos da arguição.

Cássio Scarpinella Bueno³³ também comunga desse entendimento:

Considerando, contudo, que a arguição de descumprimento de preceito fundamental pode assumir a feição de controle *abstracto e concentrado* de constitucionalidade e ter, por isso mesmo, efeitos *erga omnes* e efeitos vinculantes, não há como afastar a possibilidade de entidades de classe ou outros órgãos representativos de segmentos sociais pleitearem seu ingresso na qualidade de *amicus curiae*, fundamentando-se não só no art. 7º do § 2º, da Lei 9.868/99, aplicável à espécie por evidente analogia, mas, superiormente, na ordem constitucional. [...]

Não obstante a conclusão da doutrina, o STF na ADPF nº 54 rejeitou a intervenção do *amicus curiae* na ação de descumprimento, negando a aplicação, por analogia do § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99. Por outro lado, o Ministro relator, Marco Aurélio Mello, decidiu ouvir determinadas entidades da sociedade brasileira, em razão da polêmica gerada pelo tema da ADPF – licitude ou não do aborto de fetos anencefálicos – nominando esta oitiva de “audiência pública”.

ACÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - INTERVENÇÃO DE TERCEIRO - REQUERIMENTO - IMPROPRIEDADE. 1. Eis as informações prestadas pela Assessoria: A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB - requer a intervenção no processo em referência, como *amicus curiae*, conforme preconiza o § 1º do artigo 6º da Lei 9.882/1999, e a juntada de procuração. Pede vista pelo prazo de cinco dias. 2. O pedido não se enquadra no texto legal evocado pela

33 BUENO, op. cit., p. 179-190.

requerente. Seria dado versar sobre a aplicação, por analogia, da Lei nº 9.868/99, que disciplina também processo objetivo - ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Todavia, a admissão de terceiros não implica o reconhecimento de direito subjetivo a tanto. Fica a critério do relator, caso entenda oportuno. Eis a inteligência do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, sob pena de tumulto processual. Tanto é assim que o ato do relator, situado no campo da prática de ofício, não é suscetível de impugnação na via recursal. 3. Indefiro o pedido. 4. Publique-se. [...]

A matéria em análise deságua em questionamentos múltiplos. A repercussão do que decidido sob o ângulo precário e efêmero da medida limiar redundou na emissão de entendimentos diversos, atuando a própria sociedade. Daí a conveniência de acionar-se o disposto no artigo 6º, § 1º, da Lei nº 9.882, de 3/12/99. [...] Então, tenho como oportuno ouvir, em audiência pública, não só as entidades que requereram a admissão no processo como *amicus curiae*, [...] como também as seguintes entidades [...]

Ainda que o Min. Marco Aurélio tenha admitido a participação de entidades representativas da sociedade utilizando para tal o § 1º do art. 6º da Lei 9882/99 (audiência pública), negando a intervenção a título de *amicus curiae*, concluímos que se trata de verdadeira participação do amigo da corte. É nítido o propósito de auxiliar o juízo, prestar informações para colaborar no aperfeiçoamento da decisão judicial, tendo em vista a relevância da matéria discuta - possibilidade de aborto em caso de feto anencefálico.

E se existe a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* nas outras ações referentes ao controle concentrado (ADI e ADC), onde há a mesma razão, deve ser aplicado o mesmo direito. E nem se afirme que não Lei 9882/99 inexistente previsão legal, uma vez que o § 2º do art. 6º do mencionado diploma, autoriza o ingresso de terceiros interessados no processo, por meio de memoriais e sustentação oral, desde que autorizados pelo relator. Hipótese que confirma, mais uma vez o cabimento da intervenção do *amicus curiae* na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

5 CONCLUSÃO

O instituto do *amicus curiae*, oriundo do direito anglo-saxão, no qual surgiu para auxiliar uma das partes, trazendo ao juízo informações que não haviam sido consideradas, a fim de possibilitar o correto julgamento da lide, é tema ainda pouco estudado entre nós e que desperta inúmeras controvérsias.

O direito brasileiro prevê a intervenção do *amicus curiae* em várias situações distintas, como nas Leis: 6385/76 (CVM), 8.884/94 (CADE), 9279/96 (INPI), 10259/01 (Juizados Especiais Federais), 9868/99 (ADI, ADC), 9882/99 (ADPF), dentre outras.

No respeitante à sua admissão no controle concentrado de constitucionalidade sua intervenção já vinha sendo aceita pelo Supremo Tribunal Federal antes mesmo da previsão na Lei 9.868/99 – que disciplinou os institutos da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Inegável a importância da intervenção do *amicus curiae* no processo de controle objetivo de constitucionalidade. Age como verdadeiro instrumento de aplicação do princípio democrático, tendo em vista que tanto na ação direta, na ação declaratória, como na arguição de descumprimento de preceito fundamental, a legitimidade para propor essas ações é restrita a poucos órgãos. E, ressaltando-se que seus efeitos são *erga omnes* e vinculantes, é de suma relevância a intervenção do amigo da corte.

Seu mister consiste em trazer novos elementos, informações, esclarecimentos sobre o tema objeto de controle de constitucionalidade, a fim de possibilitar à Corte Constitucional proferir a melhor decisão possível. Logo, atua como veículo de aprimoramento das decisões judiciais.

Por esse motivo, entendemos que sua natureza jurídica é de auxiliar do juízo, uma vez que não precisa demonstrar a existência de interesse jurídico para ingressar no processo, característica peculiar, de resto, às formas de intervenção de terceiros existentes no sistema processual brasileiro, como a assistência, *verbi gratia*. Mas a doutrina divide-se em três correntes: assistência qualificada, intervenção atípica de terceiros e auxiliar do juízo.

O STF, em voto do Min. Celso de Mello, na ADI/MC bem definiu a função do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade, “[...] fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. [...]”

Dessa forma, fundamental que a atuação da figura do *amicus curiae* no direito brasileiro seja ampliada, e melhor estudada, a fim de permitir que esse instrumento possa ser utilizado em outras situações, garantindo-se o aprimoramento das decisões judiciais e realizando-se efetivamente a democratização do processo brasileiro.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus Curiae*. Salvador: Jus Podivm, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. A Dimensão do Amicus Curiae no Processo Constitucional Brasileiro: Requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia. n. 1, janeiro, 2004. Disponível em <[http://: www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em: 29 abr. 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro. Um Terceiro Enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. Amicus Curiae – a democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 14, junho/agosto 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 04 jul 2008.

CUNHA JR, Dirley da. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade - a intervenção do particular, do colegitimado e do amicus curiae na ADIN, ADC, e ADPF. In: DIDIER JR, Fredie e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.149-167.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus Curiae. Instrumento de participação democrática de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2007.

DIDIER JR, Fredie. Possibilidade de sustentação oral do amicus curiae. São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 8. p. 33-38, 2003.

NERY JR., Nelson ; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEREIRA, Milton Luiz. Amicus Curiae – intervenção de terceiros. Brasília, *Revista do CEJ*, n. 18, p. 83-86, 2002.

O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL À LUZ DA ESTRUTURA CONSTITUCIONAL DA SEGURIDADE SOCIAL

Ricardo Quartim de Moraes
Procurador Federal em São Paulo - SP

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Seguridade Social na Constituição Federal; 1.1 Previdência e Assistência Social – Distinções; 1.2 O Caráter Supletivo da Assistência Social e o Benefício Assistencial de Prestação Continuada; 1.3 O Critério da Renda Familiar; 2 Conclusão; Referências

RESUMO: A Constituição Federal desenhou um elaborado sistema de Seguridade Social. A interconexão entre os ramos da Seguridade Social impõe a atribuição a cada um deles de uma função específica e, por conseguinte, às diversas prestações que os compõem. Nesta seara, a Assistência Social possui caráter supletivo, subsidiário em relação à Previdência Social. Analisada sob esta ótica, a real função do benefício assistencial em nossa ordem constitucional se torna mais clara. Outrossim, estabelecidos tais contornos constitucionais, a investigação da legislação ordinária atinente ao benefício assistencial ganha novos contornos, seja de uma perspectiva jurídica, quanto à incapacidade para o trabalho e para a vida independente, ou sociológica quanto ao critério de miserabilidade econômica.

PALAVRAS-CHAVE: Seguridade Social. Estrutura Constitucional. Benefício Assistencial.

ABSTRACT: The Federal Constitution established an elaborate system of Social Protection. The interconnexion between Social Protection branches means the attribution of a specific function the each of them and, therefore, to the different benefits which compose them. In that manner, non-contributive Welfare has a subsidiary nature when viewed in regards to Social Security. Under this light, the actual function of the Income Maintenance Benefit in our constitutional order becomes clearer. Furthermore, given those constitutional outlines, the analysis of statutes regarding the Income Maintenance benefit gains new aspects, be it from a juridical perspective, in regards to the concept of disability, or from a sociological one, in regards to the concept of economical deprivation.

KEYWORDS: Social Protection. Constitutional Structure. Income Maintenance Benefit.

INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos muitas têm sido as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais que envolvem o benefício assistencial de prestação continuada previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal.

Não nos propomos, nestas breves linhas, a analisar todas as questões que podem surgir em relação ao benefício assistencial, mas tão-somente abordar o tema de forma a pôr em relevo a conformação constitucional da assistência em social. Para tanto, é imprescindível vislumbrar a Assistência Social em conjunto com a Previdência Social, ramos distintos, porém interligados, da Seguridade Social.

A partir destas considerações extrairemos algumas conclusões específicas acerca do benefício assistencial de prestação continuada.

1 A SEGURIDADE SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Nos termos do artigo 194 da Constituição Federal, a Seguridade Social é um conjunto integrado de ações do Poder Público e da Sociedade destinadas a assegurar os direitos relativos à Saúde, à Previdência e à Assistência social.

Não há de se confundir, destarte, Seguridade Social com Previdência Social ou Assistência Social. A Seguridade é gênero do qual a Previdência e a Assistência são espécies.

Tendo em vista que a base da ordem social é o *primado do trabalho* (Art. 193 da CF), qual seria a diferença orgânica, ontológica, entre a Previdência Social e a Assistência Social?

Deixemos claro, antes de mais nada, que deve haver uma diferença. A Constituição da República não dividiria a Seguridade Social em três subsistemas diferentes se eles tivessem exatamente a mesma natureza jurídica, as mesmas finalidades e os mesmos indivíduos a tutelar.

Não. Ao dividir a Seguridade Social em três ramos diversos a intenção do Constituinte foi alcançar diferentes objetivos por meio de cada um deles.

Como se sabe, a Constituição, considerada isoladamente, não se propõe a criar todas as condições e requisitos necessários para que

alguém possa usufruir das prestações (benefícios) que compõem a Seguridade Social.

As locuções “*conforme dispuser a lei*”, presente na parte final do artigo 203, inciso V, e “*nos termos da lei*”, constante do *caput* e do § 7º do artigo 201 o demonstram¹. É preciso, neste particular, dar eficácia jurídica e social à Constituição, o que se faz mediante legislação concretizadora.

Logo, ao formatar tais ramos de forma separada o Constituinte incumbiu o legislador ordinário de assim os tratar.

Sendo um sistema aberto de regras e princípios, o direito constitucional carece de procedimentos e processos que o dotem de efetividade, passando de uma *law in the books* para uma *law in action*².

A este respeito é importante consignar, desde já, que o conceito de discricionariedade, como utilizado no Direito Administrativo, não se aplica à atividade do legislador, sendo de melhor técnica utilizar-se o termo “atividade de conformação do legislador”.

No esquema da discricionariedade administrativa o ato administrativo é mera complementação ou explicitação do suporte fático da lei, do *Tatbestand* legal, podendo ser descrito da seguinte maneira: C1, C2, C3 > A (R 1), ou seja, “*quando se considerem realizadas as condições (C) 1, 2, 3, é permitido às autoridades administrativas (A) estabelecer um determinado resultado jurídico (R 1)*”³.

Por sua vez, o esquema da liberdade de conformação do legislador pode ser descrito da seguinte maneira: (C) C1, C2, C3, (L) C4, C5, C6 > L (R1, R2...), isto é:

[...] quando a constituição (C) define condições (1, 2, 3) para a obtenção de certos resultados, estas são ainda completadas por

1 Tratam-se de normas de eficácia limitada, consoante clássica conceituação: SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

2 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1149.

3 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador - Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Edição Limitada. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 234.

outras condições a criar por lei (L) 4, 5, 6, de forma a poderem atingir resultados constitucionalmente legítimos (R), mas sem estrita individualização⁴.

Do exposto, extraímos que o princípio da legalidade adstringe o administrador ao suporte fático da lei (legalidade positiva), podendo este apenas explicitá-los, ao passo que o princípio da constitucionalidade, apesar de exigir a conformidade das leis à Constituição, não exige que esta defina todos os pressupostos que podem ser inseridos na lei, de modo que a última *cria* e não apenas explicita elementos do suporte fático⁵.

Ou seja, uma parte dos elementos da lei são materialmente determinados pela Constituição, estranhos a qualquer juízo material ou subjetivo do legislador. Tais elementos ditados pela Constituição intitulam-se *determinantes heterônomas* em oposição às *determinantes autônomas*, os elementos ou fatores introduzidos pelo legislador em sua tarefa de concretização do Texto Constitucional.

Com base neste raciocínio, conclui-se que a “arquitetura” da Seguridade Social e de todos os seus ramos pode ser diretamente extraída da Constituição.

Noutras palavras, a Constituição deixou ao legislador ordinário um modo geral de proceder para com a Previdência e a Assistência Social. Não observar tais parâmetros implicaria em inconstitucionalidade.

Sobre o tema, cito Thomas Cooley⁶, um dos mais importantes constitucionalistas norte-americanos:

Constitutions do not usually undertake to prescribe mere rules of proceeding, except when such rules are looked upon as essential to the thing to be done; and they must then be regarded in the light of limitations upon the power to be exercised.

Em resumo, do mero fato de a Constituição Federal ter feito uma distinção entre Previdência e Assistência Social resulta que não pode o

4 CANOTILHO, op. cit., p. 235.

5 Ibid., p. 235.

6 COOLEY, Thomas. *A Treatise on Constitutional Limitations*. 6. ed. Boston: Little and Brown and Company, 1890. p. 93.

legislador ou o intérprete tratá-las como sinônimos. Se o fizer, violará as determinantes heterônomas postas pela Carta Magna.

1.1 PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL - DISTINÇÕES

A Previdência Social Pública é tratada no art. 201 da Carta Magna. Nos incisos deste dispositivo estão elencados não os benefícios que o RGPS deve conceder, mas os eventos, as contingências que deve cobrir.

O *caput* do dispositivo afirma que a Previdência é de caráter contributivo e de filiação obrigatória. *Verbis*:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [...]

É de extremo revelo compreender o significado do termo “*filiação obrigatória*”, presente no dispositivo acima transcrito.

O §12º do artigo 9º do Decreto 3.048/99 assevera que: “§ 12. O exercício de atividade remunerada sujeita a filiação obrigatória ao Regime Geral de Previdência Social.”

Bem se vê que a norma posta no §12º do artigo 9º do Decreto 3.048/99 nada mais fez do que acolher pacífica lição doutrinária. O mero exercício de atividade remunerada por aqueles considerados segurados filia os mesmos ao Regime Geral de Previdência Social.

Assim, a *filiação é o vínculo jurídico que une o cidadão ao RGPS e tal vínculo decorre automaticamente do exercício de atividade remunerada*⁷.

A exceção à obrigatoriedade da filiação fica por conta da figura do segurado facultativo, prevista no artigo 13 da Lei 8.213/91.

Sendo a filiação, em regra, obrigatória, quem exercer atividade remunerada estará automaticamente filiado à Previdência Social. Neste mesmo instante passará, também, a ser contribuinte, pois a contribuição também é obrigatória.

7 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2005. p. 128. No mesmo sentido: MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 136.

O filiado está apto a receber benefícios previdenciários e obrigado a contribuir para a Previdência, nos termos da lei. A partir desta dinâmica é que se obtém o “*equilíbrio financeiro e atuarial*” exigido pelo Art. 201 da Constituição Federal.

Vejam os agora o teor do artigo 203 da Constituição Federal:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. (grifo nosso)

O benefício assistencial de prestação continuada previsto no inciso V da norma transcrita acima é, sem dúvida, a mais relevante prestação da *Assistência Social de Prestação Pecuniária*, aqui entendida como o conjunto de benefícios pecuniários oferecidos pela Assistência Social⁸.

Ora, dentre as contingências cobertas pela Previdência Social está, nos termos do inciso III do Art. 201 da Constituição Federal, a “*proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário*”. Ter capacidade para o trabalho, mas não conseguir colocação no mercado é evento de que trata a Previdência Social.

E, como dito anteriormente, para compreender a natureza jurídica de cada subsistema da Seguridade Social é precisa enxergá-la (a

8 A Assistência Social oferece serviços e benefícios de natureza pecuniária e não-pecuniária.

Seguridade) como um todo, até porque a Constituição não se interpreta em tiras, aos pedaços⁹.

Nesta linha, a estrutura da Previdência Social tem um liame inexorável com a estrutura da Assistência Social.

A Assistência Social independe de contribuição justamente porque os indivíduos que fazem jus a prestações deste ramo da Seguridade Social estão em tal estado de miserabilidade e/ou inaptidão ao trabalho¹⁰ que não podem contribuir, pois não podem exercer atividade remunerada e, assim, se filiar à Previdência Social.

Dada a estrutura da Previdência Social, o benefício assistencial de prestação continuada é voltado, por exclusão, àqueles que não podem se filiar à Previdência Social justamente por estarem inaptos ao trabalho, seja tal inaptidão concreta (pessoas portadoras de deficiência) ou ficta (idoso).

1.2 O CARÁTER SUPLETIVO DA ASSISTÊNCIA SOCIAL E O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

Se a Previdência Social atende, de forma ampla, aos mais diversos eventos ocorridos com indivíduos que podem trabalhar, o benefício assistencial de prestação continuada é vocacionado aos que não podem trabalhar.

Não podendo se socorrer da Previdência Social, em razão de não ser a ela filiado, o cidadão se volta à Assistência Social. Esta última é, portanto, supletiva.

É este o escólio de Fábio Zambitte Ibrahim¹¹:

9 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 195.

10 O benefício assistencial de prestação continuada exige, para sua concessão, tanto a miserabilidade econômica quanto a inaptidão para o trabalho, seja ela concreta (pessoa portadora de deficiência) ou presumida (idoso). Já os benefícios assistenciais de prestação pecuniária eventual, como o auxílio-natalidade e o auxílio-morte, exigem para sua concessão apenas a miserabilidade econômica, sem que se faça necessária a existência de inaptidão ao trabalho, como se vê do artigo 22 da Lei 8.742/93.

11 op. cit., p. 11.

O segmento assistencial da seguridade tem como propósito nuclear preencher as lacunas deixadas pela previdência social, já que esta, como se verá, não é extensível a todo e qualquer indivíduo, mas somente aos que contribuem para o sistema, além de seus dependentes.

[...] Não compete à previdência social a manutenção de pessoas carentes; por isso, a assistência social é definida como atividade complementar ao seguro social.

Com efeito, uma vez que a estrutura da Assistência Social foi tão claramente traçada pela Constituição Federal, o legislador ordinário, valendo-se de sua competência de conformação da Constituição, regrou o benefício assistencial ao portador de deficiência tendo em vista a natureza própria da Assistência Social: o amparo àqueles que se encontram inaptos a adentrar no sistema previdenciário.

E nem se diga que para a configuração de tal inaptidão basta não lograr obter renda por si só, pois, como visto, a proteção ao desemprego involuntário é tarefa atinente à Previdência Social e não à Assistência Social.

Ademais, o texto constitucional (Art. 203, V) prescreveu que o benefício assistencial será destinado a todos aqueles que não tenham “*meios de prover à própria manutenção*”.

E quem sequer tem os meios prover a própria manutenção é, intuitivamente, quem não pode exercer atividade remunerada. Prover significa “*atender às necessidades de*”¹².

Nesta toada, a Constituição poderia muito bem ter estabelecido que o benefício assistencial será concedido a quem “*não possuir meios de atender às necessidades de sua própria manutenção*”.

Tal locução¹³ deixa claro que o deficiente, para os fins do benefício assistencial, deve ser incapaz de exercer atividade remunerada. Esta

12 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 448.

13 “As palavras individuais carecem de significado independente, possuindo apenas um significado abstraído das expressões nas quais aparecem. Se alguém diz *gato* isoladamente, isto nada significa. Não é uma expressão, a menos que a palavra, de acordo com as circunstâncias (por exemplo, se farejo o ar e olho inquisitivamente ao redor) possa ser interpretada como uma forma abreviada de um juízo como ‘deve haver um gato aqui por perto’” – ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2003. p. 141.

conclusão se reforça ao notarmos, como fizemos anteriormente, que o desemprego involuntário é contingência afeta à Previdência e não à Assistência Social e que o *trabalho*, inclusa a aptidão ao labor, é a chave-interpretativa, o valor fundamental da Seguridade Social, como denota o artigo 193 da Constituição Federal.

Com efeito, o desempregado tem os meios de prover à sua própria manutenção: sua força de trabalho. O fato de não lograr obter emprego não retira dele esta potencialidade.

A Assistência Social visa amparar justamente aqueles que não dispõem desta potencialidade.

Cabe, neste momento, transcrever o teor do artigo 20, §2º, da Lei 8.742/93: *“Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.”*

Restou estabelecido que a exigência de incapacidade para o exercício de atividade remunerada é decorrência da própria estrutura constitucional da Assistência Social para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada.

Já quanto ao conceito de incapacidade para a vida independente deve ser dito que não se pode simplesmente equiparar o portador de deficiência de que fala o artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, ao segurado incapaz para o trabalho para fins previdenciários, leia-se; o segurado que faz jus ao auxílio-doença ou à aposentadoria por invalidez.

Os benefícios previdenciários se ligam a eventos que restringem ou fulminam por completo a capacidade laboral do segurado da Previdência Social (art. 201, inciso I, da Carta da República). No entanto, estar em situação que permite a percepção de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez não é o mesmo que ser portador de deficiência. Entra em cena o caráter supletivo da Assistência Social.

O portador de deficiência, para os fins do artigo 203, V, da Constituição deve ser incapaz de exercer qualquer atividade remunerada, sem dúvida, mas isto não basta para caracterizá-lo como deficiente.

Fossem os conceitos idênticos, não haveria razão para que a Carta Magna estipulasse a *invalidez* no artigo 201, I, como evento apto a

gerar a percepção de benefício previdenciário por seus segurados e logo no artigo 203, V, determinasse que as *pessoas portadoras de deficiência* fazem jus ao benefício assistencial de prestação continuada. Bastaria dizer *invalidez* em ambas as ocasiões.

Inobstante, os conceitos de deficiência e incapacidade para o trabalho podem se sobrepor em situações concretas. Exemplifiquemos com o conceito de deficiência física posto no artigo 4º, inciso I, do Decreto 3298/99:

Alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções.

Decerto que um segurado da Previdência Social portador de paraplegia, tetraplegia ou paralisia cerebral fará jus ao auxílio-doença ou à aposentadoria por invalidez.

Porém, nem todo segurado que merece cobertura previdenciária através dos benefícios auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez se enquadra, também, na categoria das pessoas portadoras de deficiência.

Qual a diferença? O portador de paraplegia, tetraplegia ou paralisia cerebral é incapaz para os atos da vida independente.

Para caracterizar a deficiência, além de se valer da Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde - CIF, estabelecida pela Resolução da Organização Mundial da Saúde nº 54.21, aprovada pela 54ª Assembléia Mundial da Saúde, em 22 de maio de 2001, também pode o intérprete recorrer ao artigo 3º, I, do Decreto 3298/99, que regulamenta a Lei 7.853/89, o qual define a deficiência como *“toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser*

humano”, atrelado às hipóteses taxativas previstas no artigo 4º deste mesmo decreto.

Uma vez caracterizada a deficiência é lícito dizer que o indivíduo é, também, incapaz para a vida independente. Não se vislumbra uma pessoa que padece de *incapacidade para o desempenho de atividade dentro do padrão considerado normal para o ser humano* que não seja incapaz para a vida independente, desde que a atividade em comento tenha natureza essencial à sobrevivência ou desenvolvimento do ser humano¹⁴.

Pode-se criticar o conceito de deficiência para fins de concessão do benefício assistencial criado pelo legislador. *De lege ferenda*, nos parece mesmo que a incapacidade para a vida independente é requisito que pode ser suprimido sem perda de significado para o conceito de pessoa portadora de deficiência, observado o artigo 3º, I, do Decreto 3298/99.

No entanto, o artigo 203, V, da Constituição é claro em que o benefício assistencial de prestação continuada é vocacionado às pessoas portadoras de deficiência e aos idosos. Temos aí determinantes heterônomas da norma constitucional, da qual o legislador não pode se afastar.

Porém, o dispositivo mencionado não nos dá um conceito de pessoa portadora de deficiência ou de idoso. Tais conceitos são determinantes autônomas e, assim, passíveis de intervenção criadora do legislador, como visto acima.

Basta ver que, inicialmente, idoso era o indivíduo maior de 70 anos, conforme o artigo 139 da Lei 8.213/91 e a redação original do artigo 20 da Lei 8.742/93. A partir de 01.01.1998 a idade mínima passou a ser de 67 anos, por força da Lei 9.720/98 e, finalmente, com o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03), de 65 anos.

14 Neste sentido o E. TRF4 (Processo: 200770990064174; UF: PR; Órgão Julgador: SEXTA TURMA; Data da decisão: 16/01/2008; Documento: TRF400160582; Rel. ALCIDES VETTORAZZI):

A incapacidade para a vida independente é um signo que deve ser inteligido na extensão do significado de que é ancilar, isto é, da impossibilidade de uma pessoa portadora de deficiência em prover a própria manutenção; logo, não pode ser reduzida à mera necessidade de ajuda que essa possa, eventualmente, apresentar para desincumbir-se daquilo que aos outros é mera rotina. Hermenêutica conducente à não discriminação. Leis 7.853/89 (artigo 1º) e 8.742/93 (artigo 4º, III) e Decreto 3.956/01 (n. 2, letra “a”).

Frise-se que, segundo o artigo 1º da Lei 10.741/03, idoso é a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos. Contudo, para fins de percepção de benefício assistencial de prestação continuada esta idade é de 65 anos. Em suma, há um conceito específico de idoso relacionado ao benefício em epígrafe. Tal conceito variou ao longo do tempo e sempre em virtude de atuação legislativa.

Da mesma forma, há um conceito específico de pessoa portadora de deficiência, posto no artigo 20, §2º, da Lei 8.742/93. Não se pode confundir a pessoa portadora de deficiência mencionada no artigo 203, V, da Carta da República com o trabalhador portador de deficiência de que fala o artigo 7º, inciso XXXI ou a pessoa portadora de deficiência que figura no artigo 37, VIII, ambos da Constituição Federal.

Nestas duas hipóteses (arts. 7, XXXI e 37, VIII) a Constituição se refere a uma deficiência de grau tal que permita ao cidadão prover aos meios de sua subsistência, uma deficiência que não o impeça de exercer atividade remunerada e, por conseguinte, de se filiar à Previdência Social. Tanto assim que no serviço privado o trabalhador portador de deficiência não pode sofrer discriminação nos critérios de admissão ou de salário e ao postular admissão no serviço público poderá se valer do percentual de cargos reservados.

Tais direitos não fariam o menor sentido se destinados a indivíduos incapazes de exercer atividade laborativa.

1.3 O CRITÉRIO DA RENDA FAMILIAR

Muito já foi escrito sobre o §3º do Art. 20 da Lei 8.742/93 e a exigência de renda familiar *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo como requisito para a percepção do benefício assistencial de prestação continuada.

Ao estabelecer no artigo 203, V, que o benefício assistencial de prestação continuada será devido somente se comprovado “[...] *não possuir* (o destinatário do préstimo) *meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família* [...]” a Constituição não só determinou quem a ele faz jus, como também quais as condições para tanto.

É intuitivo que o indivíduo inapto ao exercício de atividade remunerada não tem renda própria. Caso sua família seja incapaz de

prover ao seu sustento, verificar-se-á uma situação de penúria extrema. Cabe à lei precisar o que é, efetivamente, este sumo estado de pobreza. Temos, novamente, *uma determinante autônoma*.

A constitucionalidade do dispositivo restou confirmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1.232/DF.

Saber se tal critério é exclusivo ou apenas um patamar mínimo de que parte o legislador, não excluindo outras hipóteses de comprovação da miserabilidade é tarefa árdua. Grassa intensa controvérsia jurisprudencial a respeito do tema.

Não pretendemos abordar aqui todos os argumentos relativos a ambas as posições. Basta assentar um ponto que nos parece essencial e, mesmo assim, é quase sempre olvidado nos debates.

Nos tópicos anteriores demonstramos que a Assistência Social e, portanto, o benefício assistencial previsto no Art. 203, V, da Constituição, é supletiva, subsidiária à Previdência Social em razão da estrutura dada à Seguridade Social pela Carta da República.

Mas ainda cabe sublinhar que mesmo em uma perspectiva sociológica e histórica, o benefício assistencial não pode ser utilizado como mecanismo exclusivo de distribuição de renda.

No desenvolver do Estado Social diversas foram as formas de lidar com a questão da Seguridade Social e da garantia do mínimo existencial. Tais soluções podem ser catalogadas em diversos grupos em vista de suas semelhanças.

Como ensina Vicente Faleiros¹⁵:

Hoje podemos visualizar *três movimentos históricos*, modernos, que são: os seguros, para aqueles que estão inseridos no mercado; o movimento do estabelecimento dos mínimos e, em terceiro lugar, *o da garantia de alguns benefícios para grupos incapacitados para o trabalho*. (grifo nosso)

15 FALEIROS, Vicente. Renda Mínima: Uma Avaliação. In: SPOSATI, Aldafza (org.). *Renda Mínima e Crise Mundial*. São Paulo: Cortez, 1997. p. 14.

Antes de prosseguir, note-se que o trecho acima transcrito constitui uma análise histórica e social e não um postulado dogmático que trabalhe com conceitos da ciência do direito. Daí porque não deve causar espanto, por exemplo, que, em nosso ordenamento, a incapacidade laboral também seja contingência afeta ao sistema dos *seguros*.

Pois bem, a categoria dos seguros se coaduna com a nossa Previdência Social, destinada àqueles que podem trabalhar.

A garantia de alguns benefícios para grupos incapacitados para o trabalho corresponde ao benefício assistencial ao portador de deficiência e ao benefício para vítimas de Talidomida e de Hanseníase, por exemplo.

Esta forma de prestação se identifica pelos seus destinatários: pessoas miseráveis e que não têm capacidade para o trabalho.

Cumprе ressaltar que a destinação de amparo material a grupos que se encontram incapacitados para o trabalho é categoria sociológica distinta do estabelecimento de padrões mínimos independentemente de aptidão ou não para o trabalho.

Esta última categoria, o movimento do estabelecimento dos mínimos, existe em nosso ordenamento jurídico graças à lei da Renda Básica da Cidadania (Lei nº 10.835/04), de autoria do Senador Eduardo Suplicy. Em seu art. 1º, *caput* e §§ 1º e 2º, tal diploma normativo dispõe que:

Art. 1º É instituída, a partir de 2005, a renda básica de cidadania, que se constituirá no direito de todos os brasileiros residentes no País e estrangeiros residentes há pelo menos 5 (cinco) anos no Brasil, não importando sua condição socioeconômica, receberem, anualmente, um benefício monetário.

§ 1º A abrangência mencionada no *caput* deste artigo deverá ser alcançada em etapas, a critério do Poder Executivo, priorizando-se as camadas mais necessitadas da população.

§ 2º O pagamento do benefício deverá ser de igual valor para todos, e suficiente para atender às despesas mínimas de cada pessoa com alimentação, educação e saúde, considerando para isso o grau de desenvolvimento do País e as possibilidades orçamentárias.

Na mesma esteira, a Lei do Bolsa-Família (Lei 10.836/04) unificou diversos programas sociais ao criar em seu Artigo 2º três formas distintas de benefícios destinados a assegurar o mínimo existencial, a despeito da existência ou não de capacidade para o trabalho.

Ou seja, os três movimentos históricos de amparo social existem conjuntamente no ordenamento jurídico brasileiro e fazem parte de uma grande política pública que tem por objetivo erradicar a pobreza e a marginalização, nos precisos termos do Art. 3º, III, da Constituição Federal.

O que não se pode admitir, no entanto, é a confusão, a mistura, a promiscuidade desordenadora destes programas que têm fundamentos e finalidades diferentes.

Exacerbar a concessão do benefício assistencial de prestação continuada, no entanto, configura exatamente essa confusão desordenadora.

A radical alteração dos critérios objetivos de renda muda totalmente a feição deste benefício, colocando-o na categoria sociológica dos movimentos de estabelecimento de mínimos.

Porém, se isto ocorrer a Renda Básica da Cidadania e o Bolsa-Família terão de ser repensados e, quiçá, extintos, pois seu objetivo estará sendo perseguido por outro benefício, não vocacionado a tais finalidades, causando uma sobreposição de benefícios tanto desnecessária e caótica como prejudicial aos cidadãos e à eficiência da atividade administrativa.

2 CONCLUSÃO

As linhas mestras da composição constitucional da Seguridade Social são de enorme valor na definição das funções incumbidas à Previdência e à Assistência Social.

Dado o pressuposto de que não é tarefa da Constituição, mas do legislador ordinário, concretizar e implementar os direitos sociais previstos no texto maior sob a forma de norma programáticas, atribui-se ao último uma competência, variável conforme a(s) norma(s)

constitucional(is) a que se busca dar operacionalidade, de intervenção criativa no conteúdo da lei concretizadora.

No caso do benefício assistencial, toda legislação que se proponha a dar cumprimento ao artigo 203, V, da Carta da República deve sempre estar em conformidade vertical com a supra mencionada estrutura constitucional da Seguridade Social, da qual se extrai o caráter supletivo da Assistência Social de Prestação Pecuniária, destinada somente àqueles incapazes de exercer atividade remunerada e, portanto, de se filiar à Previdência Social.

A pessoa portadora de deficiência referida no artigo 203, V, da Constituição não se confunde, em termos abstratos, com o incapaz para o trabalho. Os conceitos podem se justapor em situações concretas, no entanto.

Por fim, quando estipulou o critério objetivo de renda familiar para identificar a situação de miserabilidade que gera direito à proteção assistencial, o legislador enquadrando tal pretensão no movimento histórico de garantia de alguns benefícios para grupos incapacitados para o trabalho. Outras formas de garantia de um mínimo existencial estão presente em nosso ordenamento jurídico e a confusão e promiscuidade entre os conceitos e os requisitos de cada um só serviria para, a longo prazo, causar ineficiência administrativa e má alocação de recursos escassos.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador - Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Edição Limitada. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COOLEY, Thomas. *A Treatise on Constitutional Limitations*. 6. ed. Boston: Little and Brown and Company, 1890.

FALEIROS, Vicente. Renda Mínima: Uma Avaliação. In: SPOSATI, Aldaíza (org.). *Renda Mínima e Crise Mundial*. São Paulo: Cortez, 1997.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

IBRAHIM, Fábio Zambitte, *Curso de Direito Previdenciário*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

**CONCLUSÕES PRELIMINARES E SUGESTÕES
DO GRUPO DE TRABALHO INSTITUÍDO
NA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PARA ACOMPANHAR OS TRABALHOS
DA COMISSÃO DE JURISTAS CRIADA
PELO SENADO FEDERAL COM VISTAS À
ELABORAÇÃO DO ANTEPROJETO DO NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC)**

SUMÁRIO: 1 Título específico da Fazenda Pública na Parte Geral no novo CPC; 2 Prazos diferenciados; 3 Reexame necessário; 4 Tutelas de urgência; 5 Efeitos dos recursos em face da Fazenda Pública; 6 Ampliação dos poderes do juiz para a adequação do procedimento; 7 Incidente de coletivização; 8 Recursos Especiais repetitivos; prequestionamento; ampliação dos honorários a cada recurso; 9 Fixação dos honorários advocatícios contra a Fazenda Pública; 10 Execução: artigo 730; redefinição do artigo 475-J; incidente prévio para manifestação do sócio.

Grupo de Trabalho criado pela Portaria n. 337, de 17 de março de 2010, do Sr. Ministro da Advocacia-Geral da União, Luís Inácio Lucena Adams

COMPONENTES: Jefferson Carús Guedes (Coordenador), Clovis Juarez Kemmerich, Eduardo Watanabe, Elaine Guadanucci Llaguno, Felipe Camilo Dall' Alba, Fernando José Sakayo de Oliveira, Flavia Martins Affonso, Guilherme Beux Nassif Azem, Hermes Bezerra de Brito Júnior, Iolaine Kisner Teixeira, Isabel Cecília de Oliveira Bezerra, João Batista Figueiredo, Liliane Maria Busato Batista, Loretta Paz Sampaio, Luana Vargas Macedo, Manoel de Souza Mendes Junior, Marcus Vinícius Drumond Rezende, Paulo Gustavo Medeiros Carvalho, Renato Vasconcelos Maia, Rodrigo Pereira Ribeiro, Vinicius Campus Silva.

1 TÍTULO ESPECÍFICO DA FAZENDA PÚBLICA NA PARTE GERAL NO NOVO CPC

REDAÇÃO NO CPC DE 1973:

As normas que envolvem a Fazenda Pública e suas prerrogativas em juízo estão dispersas em vários dispositivos do CPC.

PROPOSIÇÃO DA COMISSÃO DE JURISTAS:

Inexistente.

PROPOSTA DA AGU:

DA FAZENDA PÚBLICA

Art. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, assim como suas autarquias e fundações de direito público, serão representados em juízo pela respectiva Advocacia Pública.

Parágrafo único. No exercício da representação judicial da Fazenda Pública, os advogados públicos poderão, na forma dos respectivos atos regulamentares, conciliar, reconhecer o pedido, transigir, celebrar acordos, renunciar a direito, deixar de propor ação ou de recorrer e desistir de ações ou recursos já interpostos.

Art. No caso de conflito entre órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta de todos os poderes da República é pressuposto para a existência e desenvolvimento regular do processo a comprovação da tentativa de conciliação extrajudicial perante câmara de conciliação e arbitragem da Advocacia Pública respectiva.

Art. São deveres da Fazenda Pública nos processos em que atua como parte ou interveniente:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito;

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Art. Os advogados públicos, no exercício de suas funções institucionais, são invioláveis quanto a seus atos e manifestações, não se sujeitando, pessoalmente, a sanções civis, criminais ou a multas processuais.

Art. As citações, notificações e intimações da Fazenda Pública serão realizadas na pessoa de seus respectivos advogados públicos, na forma da legislação especial.

Art. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, assim como as suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública;

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos para a União, ou definida como de pequeno valor para Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa das mesmas quantias.

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

Art. As despesas dos atos processuais, efetuados a requerimento da Fazenda Pública, serão pagas a final pelo vencido, salvo se requerer perícia, caso em que será efetuado depósito prévio dos honorários do perito.

Art. Computar-se-á em quádruplo o prazo para responder e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública.

Art. A revelia da Fazenda Pública não induz a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor.

Art. A Fazenda Pública fica dispensada do depósito prévio ou multa na propositura de ação rescisória e para interposição de qualquer recurso, na forma da legislação especial.

Art. Em qualquer caso, nas causas em que for vencida a Fazenda Pública os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendido o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço e a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Par. Único - Não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas.

JUSTIFICATIVA

É necessária a criação de Título próprio na Parte Geral do Código de Processo Civil para que esta norma se harmonize com a Constituição Federal de 1988 (arts. 131 e 132), prevendo de modo concentrado as prerrogativas da Fazenda Pública e de sua representação judicial, pela Advocacia Pública.

Os argumentos demonstram que o *discrímen* estabelecido em favor da Fazenda Pública no atual Código de Processo Civil brasileiro é justificado e legítimo.

O processo civil é permeável às características ostentadas pelo ramo do direito substancial cuja aplicação se pretende por meio dele obter. Adotada essa perspectiva de análise, percebe-se que as prerrogativas processuais da Fazenda Pública nada mais são do que um desdobramento do regime jurídico a ela aplicável no plano do Direito Público ou, mais precisamente, do Direito Administrativo.

O regime jurídico-administrativo se funda, essencialmente, em dois princípios: (I) momentânea supremacia do interesse público sobre o privado;¹ e (II) indisponibilidade quase que completa, pela Administração, dos interesses públicos.² Neste caso há uma opção legislativa de privilegiar o interesse público, auferindo outra vantagem à Fazenda Pública.

Em síntese, tem-se então que as prerrogativas processuais da Fazenda Pública — dentre as quais se inserem os prazos diferenciados, o reexame necessário e outros institutos inseridos no atual Código de Processo Civil brasileiro — são, em última análise, inerentes ao regime jurídico-administrativo.

As prerrogativas em favor da Fazenda Pública, amparadas em fatores razoáveis de descrímen, justificam-se ainda pela observância ao princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*), o qual, segundo Joaquim José Gomes Canotilho, exige não só a igualdade na aplicação do direito, mas também a igualdade quanto à criação do direito.³ Com relação a essa segunda dimensão do princípio da isonomia, isto é, considerando-se como seu destinatário o legislador, acrescenta o autor:

- 1 Segundo Celso Antonio Bandeira de Melo, trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados. No campo da Administração, deste princípio procedem as seguintes consequências ou princípios subordinados: a) *posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares*; b) *posição de supremacia do órgão nas mesmas relações*. Esta posição privilegiada [supra, letra a] encarna os *benefícios que a ordem jurídica confere a fim de assegurar conveniente proteção aos interesses públicos instrumentando os órgãos que os representam para um bom, fácil, expedito e resguardado desempenho de sua missão*. Traduz-se em privilégios que lhes são atribuídos. Os efeitos desta posição são de diversa ordem e manifestam-se em diferentes campos. Não cabem aqui delongas a respeito. Convém, entretanto, lembrar, sem comentários e precisões maiores, alguns exemplos: a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos (a qual, segundo entendemos, só vige enquanto não contidos em juízo, ressalvados os casos expressos em lei); o *benefício de prazos maiores para intervenção ao longo de processo judicial*; a posição de ré, fruída pela Administração, na maior parte dos feitos, transferindo-se ao particular a situação de autor com os correlatos ônus, inclusive os de prova; prazos especiais para prescrição das ações em que é parte o Poder Público etc. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 69-10)
- 2 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 55 e 69-10.
- 3 A distinção encontra eco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual o princípio da isonomia deve ser considerado “sob duplo aspecto: (a) o da igualdade *na lei* e (b) o da igualdade *perante a lei*” (STF, Pleno, MI 58, rel. Min. Carlos Velloso, red. ac. Min. Celso de Mello, j. 14.12.90, por maioria; original sem grifo).

Ser igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei. A lei, ela própria, deve tratar por igual todos os cidadãos. O princípio da igualdade dirige-se ao próprio legislador, vinculando-o à criação de um direito igual para todos os cidadãos. Mas o que significa ‘criação de direito igual’? A aproximação a este difícil problema pode-se fazer da seguinte forma:

a) *Criação de direito igual (= princípio da universalidade ou princípio da justiça pessoal)*

O princípio da igualdade, no sentido de igualdade na própria lei, é um postulado de racionalidade prática: para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos. [...] Reduzido a um sentido formal, o princípio da igualdade acabaria por se traduzir num simples *princípio de prevalência da lei* em face da jurisdição e da administração. [...]

b) *Criação de direito igual = exigência de igualdade material através da lei*

Intui-se, com facilidade, não ser no sentido da igualdade formal que se consagra no artigo 13º.1 da CRP o princípio da igualdade. Exige-se uma *igualdade material através da lei*, devendo tratar-se por ‘igual o que é igual e desigualmente o que é desigual’. Diferentemente da estrutura lógica formal de *identidade*, a *igualdade* pressupõe diferenciações.⁴

Contudo, como esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello, essa noção de isonomia material somente pode se tornar operativa caso se fixe “o critério legitimamente manipulável — sem agravos à isonomia — que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos”.⁵

4 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. p. 426-428. (grifos do original)

5 *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 11. tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles. (*Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 21-22)

A regra que institui as prerrogativas para a Fazenda Pública (e também para o Ministério Público ou Defensoria Pública, ressalte-se) atende a todos os requisitos acima:

- a) *critério da discriminação*: As regras atualmente contidas no Código de Processo Civil distinguem, de um lado, os particulares e, de outro, a Fazenda Pública e o Ministério Público, o que faz tendo em vista que estes últimos entes estarão em juízo, sempre, na defesa do *interesse público*.⁶
- b) *desequiparação procedida*: A regra ora analisada atribui à Fazenda Pública, ao Ministério Público e à Defensoria Pública diferenciações para a prática de alguns atos processuais, mais precisamente, para responder à demanda do autor e para recorrer.
- c) *correlação entre o fator de discrimen e a desigualação procedida*: Ao conceder à Fazenda Pública e ao Ministério Público, por exemplo, prazos processuais diferenciados para a defesa judicial do interesse público, a desequiparação procedida pela regra possibilita que essa defesa seja feita de forma adequada e, assim, atende aos dois princípios em que se funda o regime jurídico-administrativo: supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.

Deve-se considerar, ademais, que a desigualdade de tratamento entre os particulares e a Fazenda Pública não se justifica exclusivamente tendo em vista a natureza do interesse defendido, mas também levando-se em conta as *condições existentes para a defesa desse interesse*. Efetivamente, há certas características da Advocacia Pública que a colocam em desvantagem com relação à advocacia privada:

- a) O advogado público jamais pode recusar uma causa sob o fundamento de excesso de serviço, de modo que não tem nenhum

6 Quanto ao ponto, afirma José Roberto de Moraes: “Quando a Fazenda Pública está em juízo, ela está defendendo o erário. Na realidade, aquele conjunto de receitas públicas que pode fazer face às despesas não é de responsabilidade, na sua formação, do governante do momento. É toda a sociedade que contribui para isso. [...] Ora, no momento em que a Fazenda Pública é condenada, sofre um revés, contesta uma ação ou recorre de uma decisão, o que se estará protegendo, em última análise, é o erário. É exatamente essa massa de recurso que foi arrecadada e que evidentemente supera, aí sim, o interesse particular.” (in SUNDFELD, Carlos Ari; SCARPINELLA BUENO, Cassio (coord.). *Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 69.)

controle sobre o volume de processos sob sua responsabilidade, o qual é amiúde excessivo:

O advogado público, diferentemente do advogado particular, não pode recusar causas. [...]

Em qualquer escritório particular o advogado tem condições de verificar as condições disponíveis para atender bem e diligentemente, na medida que o cliente merece, um determinado número de ações. Quando este limite for ultrapassado, o escritório deixa de absorver as causas e indica um novo colega porque não se poderá dar à nova causa o mesmo atendimento e zelo conferidos às demais, pois já se esgotou a capacidade de atendimento e funcionamento do escritório.

Isto não ocorre com o advogado público. Ele está tratando de trezentas causas e, de repente, recebe mais cinqüenta, mais cem, mais duzentas, mais trezentas, mais seiscentas. Chega-se a duas mil ou a três mil ações... Atualmente, existem advogados na Procuradoria do Estado de São Paulo que acompanham doze mil ações em dezessete comarcas diferentes.

[...] nestas condições, é óbvio que algo não está sendo defendido adequadamente. Esse quadro também é preocupante para a sociedade, porque ela está sendo prejudicada.⁷

b) A flutuação do número de processos não pode ser rapidamente acompanhada pelo aumento (ou mesmo pela diminuição) do quadro de advogados públicos, especialmente tendo em vista que sua contratação somente se pode dar por meio de concurso público (art. 37, incs. I e II, CF). Essa questão, ademais, leva à seguinte reflexão:

Quantos novos procuradores devem ser contratados? Não se sabe quantas novas ações vão ser ajuizadas contra o Estado. [...]

7 MORAES, José Roberto de. In: SUNDFELD, Carlos Ari; SCARPINELLA BUENO, Cassio (coord.). *Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 70-71. O problema também é mencionado por Nelson Nery Junior, em passagem que, apesar de se referir expressamente ao Ministério Público, aplica-se integralmente à Fazenda Pública: "Enquanto o advogado pode selecionar as causas que quer patrocinar, conhecendo, do princípio ao fim, todos os processos que estão a seu cargo, podendo recusar causas quando não tiver disponibilidade de tempo, o Ministério Público não tem esse arbítrio; terá de, obrigatoriamente, funcionar em todas as causas que lhe estiverem afetas." (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 101.)

Em segundo lugar, um número maior de procuradores oneraria aquele mesmo Erário que se visa preservar.⁸

As diferenciações e desigualdades que amparam a previsão de normas que conferem tratamento diferenciado são de natureza político-administrativa e não de natureza puramente econômica. A Fazenda Pública em certa altura do processo é frágil e merece proteção diferenciada por razões estruturais do próprio processo civil, mas principalmente em razão na natureza dos interesses litigados, que pertencem à coletividade.

Por isso é que se justifica a preservação e o agrupamento sistemático das prerrogativas processuais da Fazenda Pública, na defesa do interesse e o Direito Público, exclusivamente.

2 PRAZOS DIFERENCIADOS

REDAÇÃO NO CPC DE 1973:

Art. 188. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.

Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro.

PROPOSIÇÃO DA COMISSÃO DE JURISTAS:

Inexistente.⁹

PROPOSTA DA AGU:

Manutenção do dispositivo do CPC atual, com a mesma redação.

8 MORAES, José Roberto de. In: SUNDFELD, Carlos Ari; SCARPINELLA BUENO, Cassio (coord.). *Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 70-71.

9 Quanto aos prazos para as partes, no âmbito do processo de conhecimento, a Comissão limitou-se a propor o seguinte: "Os prazos processuais passam a correr somente em dias úteis" (proposição 3.r).

JUSTIFICATIVA

Todos os argumentos antes expostos demonstram que o discrimen estabelecido pelo art. 188 do atual Código de Processo Civil brasileiro é justificado e legítimo. Essa é a conclusão a que também chega Nelson Nery Junior:

Consoante já vimos, antes de caracterizar ofensa ao princípio constitucional da igualdade de partes, o benefício de prazo vem constituir-se como afirmação e efetivação do princípio, traduzindo-se como medida de equidade, pois trata partes desiguais (Fazenda Pública e Ministério Público) desigualmente, atuando em prol da igualdade substancial de que já falamos.

[...]

A desigualdade dos beneficiários da norma do CPC 188 em relação ao litigante comum estaria no interesse maior que a Fazenda Pública e o Ministério Público representam no processo. Os direitos defendidos pela Fazenda são direitos públicos, vale dizer, de toda a coletividade, sendo, portanto, metaindividuais. O mesmo se pode dizer do Ministério Público, que defende no processo os interesses públicos, sociais e individuais indisponíveis (CF 127; CPC 81 e 82).

Assim, quem litiga com a Fazenda Pública ou com o Ministério Público não está enfrentando um outro particular, mas sim o próprio povo, razão bastante para o legislador beneficiar aquelas duas entidades com prazos especiais, atendendo ao princípio da igualdade real das partes no processo.¹⁰

Ada Pellegrini Grinover justifica a diferenciação com o seguinte fundamento: “os prazos concedidos à Fazenda Pública são mais amplos, justamente em obediência ao princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais, a fim de se atingir a igualdade substancial.”¹¹

10 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 102-104.

11 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, item n. 8.3, p. 33.

O Supremo Tribunal Federal, aliás, no julgamento do RE 181.138, reconheceu a constitucionalidade do art. 188 do Código de Processo Civil, pacificando a matéria:

O benefício do prazo recursal em dobro outorgado às pessoas estatais, por traduzir prerrogativa processual ditada pela necessidade objetiva de preservar o próprio interesse público, não ofende o postulado constitucional da igualdade entre as partes.”¹²

Ressalte-se, a propósito, que a concessão de prazos diferenciados à Fazenda Pública não é uma exclusividade do direito processual civil brasileiro.

O Código de Processo Civil português dá ao Ministério Público (instituição que faz a defesa da Fazenda Pública) prazo de seis meses para contestar, mediante comprovação da necessidade (art. 486, n. 4).¹³ O *Código Procesal Civil y Comercial de La Nación* argentina, por exemplo, estabelece o prazo de 60 dias para contestar.¹⁴

Essa situação ocorre em países nos quais a Administração Pública se submete à jurisdição comum, o que não pode ser dito de nações consideradas civilizadas, como França, Espanha, Portugal e Itália,¹⁵ nas quais são mais amplas as prerrogativas estatais.

De qualquer modo, é necessário ainda questionar o mito segundo o qual os prazos diferenciados concedidos à Fazenda Pública (e também ao Ministério Público, ressalte-se novamente) seriam os responsáveis pela duração excessiva dos processos no Brasil. Caso fossem observados os prazos estabelecidos pelo atual Código de Processo Civil, um processo de conhecimento no qual figure como ré a Fazenda Pública e no qual ocorra o julgamento antecipado do mérito, deveria durar, em

12 STF, 1ª Turma, RE 181.138, rel. Min. Celso de Mello, j. 06.09.94, v.u.

13 Art. 486. [...] “4. Ao Ministério Público é concedida prorrogação do prazo quando careça de informações que não possa obter dentro dele ou quando tenha de aguardar resposta a consulta feita a instância superior; o pedido deve ser fundamentado e a prorrogação não pode, em caso algum, ir além de 30 dias.” (Observe-se que o prazo para contestação em Portugal é de 30 dias, que somado ao da prorrogação será de 60 dias.)

14 “Art. 338. Presentada la demanda en la forma prescripta, el juez dará traslado de ella al demandado para que comparezca y la conteste dentro de quince (15) días. Cuando la parte demandada fuere la Nación, una (1) Provincia o una (1) Municipalidad, el plazo para comparecer y contestar la demanda será de sesenta (60) días.”

15 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Em defesa da revisão obrigatória da sentenças contrárias à Fazenda Pública. *Temas de Direito Processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 205-206; SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999, item n. 3.3, p. 49-75.

primeiro grau de jurisdição, menos de 120 (cento e vinte) dias, conforme demonstrado na tabela a seguir:

Duração do prazo (dias)	Fundamento legal	Duração do processo até o momento (dias)	Ato processual a ser praticado
-	-	0	Propositura da demanda
2	CPC 190	2	Distribuição
5	CPC 185	7	Depósito das custas
2	CPC 190	9	Autuação e conclusão
2 ¹⁶	CPC 189	11	Despacho da petição inicial
2	CPC 190	13	Confeção do mandado de citação e entrega ao oficial de justiça
2	CPC 190	15	Citação da Fazenda Pública
2	CPC 190	17	Devolução do mandado de citação à Secretaria
2	CPC 190	19	Juntada do mandado de citação
60	CPC 297, 188	79	Resposta da Fazenda Pública
2	CPC 190	81	Juntada da resposta e conclusão dos autos
2	CPC 189	83	Despacho
2	CPC 190	85	Publicação do despacho no Diário da Justiça
10	CPC 326,327	95	Réplica
2	CPC 190	97	Juntada da réplica e conclusão dos autos
10	CPC 189	107	Sentença (julgamento antecipado do mérito)
2	CPC 190	109	Confeção do mandado de intimação e entrega ao oficial de justiça
2	CPC 190	111	Intimação da Fazenda Pública

É notório que a realidade observada na experiência forense não corresponde a essa previsão legal. Contudo, a disparidade, em grande medida, não se deve aos prazos diferenciados concedidos à Fazenda Pública e ao Ministério Público, mas sim aos:

[...] atrasos ou delongas que se produzem no processo por inobservância dos prazos estabelecidos, por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual de outro, sem subordinação a um lapso temporal

16 Os prazos cuja duração tenha sido estabelecida pelo Código de Processo Civil em horas, tiveram-na convertida, na presente tabela, para dias.

previamente fixado e, sempre, sem que aludidas dilações dependam da vontade das partes ou de seus mandatários”.¹⁷

Por certo a soma do tempo em que o processo se detém nas mãos dos advogados representa muito pouco, todos o sabem, da real extensão pela qual se alongam os litígios. Nesse montante os prazos processuais à conta da Advocacia Pública é a menor das partes, e como demonstrado, muito pouco!

3 REEXAME NECESSÁRIO

REDAÇÃO NO CPC DE 1973:

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

PROPOSIÇÃO DA COMISSÃO DE JURISTAS:

Extinguir a reexame necessário.

17 José Antonio Tomé Garcia *apud* CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 67.

PROPOSTA DA AGU:

Manutenção do dispositivo do CPC atual, com a mesma redação.

JUSTIFICATIVA

Historicamente, o reexame necessário tem sido justificado pelo princípio da prevalência dos interesses públicos sobre os privados.

Leonardo José Carneiro Cunha, com base nos ensinamentos de Norberto Bobbio, João Caupers e Maria Sylvania Zanella di Pietro, observa, *in verbis*:

É vetusta a idéia de que o todo bem antes das partes, remontando a Aristóteles o primado do público, resultando na contraposição do interesse coletivo ao interesse individual e na necessária subordinação, até a eventual supressão, do segundo ao primeiro, bem como na irredutibilidade do bem comum à soma dos bens individuais.

Daí resulta o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, constituindo um dos alicerces de todo o direito público. É bem verdade que não há norma constitucional que albergue tal princípio. Sua consolidação, todavia, decorre, como visto, de uma idéia antiga e praticamente universal, segundo a qual se deve conferir prevalência ao coletivo em detrimento do individual.

A expressão *interesse público* exsurge associada, não raras vezes, a outros termos similares, tais como *interesse geral*, *interesse difuso*, *interesse coletivo*, *utilidade pública*, ora mencionados no mesmo sentido, ora em sentidos díspares.

O interesse público identifica-se com a idéia de bem comum e reveste-se de aspectos axiológicos, na medida em que se preocupa com a dignidade do ser humano.

[...]

O interesse é *público* quando se refere aos beneficiários da atividade administrativa, e não aos entes que a exercem. No dizer de Maria Sylvania Zanella de Pietro, “a Administração Pública não é titular do interesse público, mas apenas sua guardiã, ela tem de zelar pela sua projeção. Daí a *indisponibilidade* do interesse público”.¹⁸

18 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 32-34.

Com efeito, é sabido que o interesse público, na maioria das vezes, merece maior proteção que o individual, inclusive no processo, conforme já reconheceu o Supremo Tribunal Federal, no RE 181.138,¹⁹ antes mencionado, no tocante aos prazos diferenciados previstos para a Fazenda Pública, entendimento analogicamente aplicável ao instituto do reexame necessário.

Assim como José Carlos Barbosa Moreira, que de há muito advoga a manutenção do reexame necessário,²⁰ Athos Gusmão Carneiro, na audiência pública desta Comissão de Juristas em Porto Alegre, manifestou-se de modo favorável à manutenção do reexame necessário.

19 “E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRAZO EM DOBRO - APLICAÇÃO SUPLETIVA DO CPC (ART. 188) AO PROCEDIMENTO RECURSAL DISCIPLINADO PELA LEI N. 8.038/90 - IOF/CAMBIO - DECRETO-LEI 2.434/88 (ART. 6.) - GUIAS DE IMPORTAÇÃO EXPEDIDAS EM PERÍODO ANTERIOR A 1. DE JULHO DE 1988 - INAPLICABILIDADE DA ISENÇÃO FISCAL - EXCLUSÃO DE BENEFÍCIO - ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - INOCORRÊNCIA - NORMA LEGAL DESTITUIDA DE CONTEÚDO ARBITRÁRIO - ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO - INADMISSIBILIDADE - RE CONHECIDO E PROVIDO. - A norma inscrita no art. 188 do CPC, por constituir *lex generalis*, aplica-se subsidiariamente ao procedimento do recurso extraordinário disciplinado pela Lei n. 8.038/90. O benefício da dilatação do prazo para recorrer somente não incidiria no procedimento recursal do apelo extremo, se a lei extravagante - a Lei n. 8.038/90, no caso - contivesse preceito que expressamente afastasse a possibilidade de aplicação supletiva da legislação processual civil codificada. - *O benefício do prazo recursal em dobro outorgado às pessoas estatais, por traduzir prerrogativa processual ditada pela necessidade objetiva de preservar o próprio interesse público, não ofende o postulado constitucional da igualdade entre as partes.* Doutrina e Jurisprudência. - Os magistrados e Tribunais - que não dispõem de função legislativa - não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, o benefício da isenção tributária em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem fiscal. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição institucional esta que lhe recusou a própria Lei Fundamental do Estado. E de acentuar, neste ponto, que, em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só atua como legislador negativo (RTJ 146/461, rel. Min. CELSO DE MELLO). - Legitimidade constitucional da isenção tributária concedida pelo art. 6. do Decreto-lei 2.434/88. Precedentes do STF.” (sublinhou-se) RE 181138 / SP - SÃO PAULO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 06/09/1994 Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Publicação: DJ 12-05-1995 PP-13019; Ementário,v. 01786-07, p. 1496.

20 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Em defesa da revisão obrigatória das sentenças contrárias à Fazenda Pública. In: Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 2007. 199-210. No mesmo sentido: TOSTA, Jorge. *Do Reexame Necessário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 142-5. PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual da Fazenda Pública em Juízo*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2006. p. 136. FÉLIX, Juarez Rogério. *O duplo grau de jurisdição obrigatório*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e NERY JR., Nelson. *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 420-32. GIANESINI, Rita. *A Fazenda Pública e o reexame necessário*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e NERY JR., Nelson. *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 917-33.

Inobstante a relevância do reexame na proteção do interesse público, é certo que tal instituto já sofreu mitigações no CPC em vigor, a teor de seu art. 475, §§ 2º e 3º, e de igual modo, nos Juizados Especiais Federais e nos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Em decorrência do atual estágio de organização das várias carreiras que compõem a Advocacia-Geral da União, cumpre reconhecer que são raros os casos nos quais não é interposto recurso voluntário contra a sentença. Ademais, em muitos processos, o Advogado Público Federal deixa de interpor recurso voluntário mediante autorização do Advogado-Geral da União. Por fim, tem buscado a União, sempre que possível, a composição do litígio mediante transação.

Nesse contexto, a AGU propõe a manutenção do reexame necessário, previsto no CPC em vigor. Porém, em caso de mitigação do reexame necessário em relação à União e seus entes, pode a medida ser dispensada nos seguintes casos:

- a) houver recurso voluntário;
- b) o Advogado Público Federal informar ao Juízo da causa a existência de orientação do Advocacia-Geral da União para não interpor recurso voluntário *in casu*;
- c) houver transação celebrada pela pessoa jurídica de direito público.

Nos demais casos, sustenta-se a necessidade da manutenção do reexame necessário, visto que ele é relevante instrumento de proteção do interesse público na medida em que possibilita, ao juízo *ad quem*, a correção de eventuais erros ou desvios do processo.

Por fim, cumpre salientar que, também pelas desejadas coerência e unidade do ordenamento jurídico, deve ser mantido o reexame nos demais casos. Com efeito, a comissão de juristas do Senado, expressamente, declinou que as leis especiais não serão absorvidas nem tratadas pelo novo CPC, motivo pelo qual restará mantida, por exemplo a regra prevista na Lei nº 12.016/09, que atualmente rege o mandado de segurança. Desse modo, na hipótese da pessoa impetrar mandado de segurança, haverá reexame; se optar por uma ação ordinária, não haverá. Também as leis especiais de desapropriação,

nacionalidade, ação civil pública, ação popular, registros públicos e outras manterão o instituto intocado. Isso traz, sem dúvida, uma desnecessária incongruência ao sistema, de todo indesejável.

4 TUTELAS DE URGÊNCIA

REDAÇÃO NO CPC DE 1973:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação

[...]

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

[...]

Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.

Art. 797. Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.

Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

PROPOSIÇÃO DA COMISSÃO DE JURISTAS:

Inexiste.

PROPOSTA DA AGU:

- a) Fixação de um prazo para requerer a tutela antecipada, a contar do ato ou fato que der ensejo à urgência, findo o qual, a ação principal será proposta sem possibilidade de antecipação por esse fundamento;
- b) Previsão expressa de manifestação prévia da Fazenda Pública, se contra ela for pleiteada concessão de tutela antecipada, a qual terá 10 (dez) dias de prazo para manifestar-se a respeito;
- c) Havendo concessão de antecipação de tutela, o processo terá preferência no julgamento, sendo que a sentença deverá ser proferida num prazo razoável, sob pena da medida antecipatória perder efeito.
- d) Em qualquer hipótese, se a tutela de urgência for cassada, a parte autora deverá restituir os valores recebidos indevidamente.

JUSTIFICATIVA

Mantém-se a necessidade de preservação de harmonia do microsistema de controle de liminares que envolvem a Fazenda Pública, conforme reconhecido pela doutrina²¹ e pela jurisprudência. Na legislação esparsa são inúmeras as hipóteses de normas que prevêm a suspensão de liminares.

A efetividade (direito fundamental) é um dos valores de primeira grandeza no processo civil moderno,²² a permitir uma prestação jurisdicional rápida e “com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos”.²³ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira observa que “é claro que não basta apenas abrir a porta de entrada do Poder Judiciário,

21 FUX, Luiz. O novo microsistema legislativo das liminares contra o Poder Público. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, n. 29, p. 14-15.

22 Ressalta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que a efetividade não tem só assento no sadio intento de tornar mais prestadio, mais rápido e eficaz o instrumento processual. E nessa direção se agiganta – e parece ser esta uma causa nada desprezível, em razão das notórias deficiências da administração da Justiça brasileira, agoniada cada vez mais pela intensidade dos litígios, após o processo de redemocratização iniciado com a promulgação da Constituição de 1998. (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. In: *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 239).

23 ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 64.

mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações ou formalismos excessivos”.²⁴ No magistério de José Augusto Delgado, a efetividade

[...] integra o contexto para se aprimorar a onda atual desenvolvida na doutrina em busca de impor princípios e regras para uma real efetividade do processo, o propósito inserido no Preâmbulo e nos artigos. 1º, 2º e 3º da Carta Magna de 1988, onde se destacam as mensagens imperativas de ser a pretensão do povo brasileiro instituir um Estado Democrático de Direito com sublimação do estado de paz na ordem interna e na ordem externa, em solução pacífica dos conflitos.²⁵

Por isso, ganham corpo as técnicas processuais que procuram resolver a lide, mesmo que provisoriamente, em cognição sumária,²⁶ de maneira rápida sem maiores delongas. Nessa senda, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira obtempera que, “a partir do Código de 1973, verificou-se na jurisprudência viva sensibilidade em adotar medidas adequadas para prevenir o dano, inclusive com caráter nitidamente satisfativo do direito alegado”.²⁷ Entram em cena, para isso, a cautelar e a antecipação de tutela, cada qual com uma tarefa no processo, mas ambas, como bem-assinala o referido autor, “têm como função precípua prevenir o dano, pois ambas estão vinculadas à urgência”.²⁸ De maneira que “é na perspectiva do dano a prevenir que se vai determinar se a providência deverá ter natureza conservativa ou antecipatória, pouco importando a natureza do direito alegado”.²⁹

24 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 271.

25 DELGADO, José Augusto. Princípio da instrumentalidade e do contraditório, da ampla defesa e modernização do processo civil. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 285, p. 34-35, jul. 2005.

26 Quanto à cognição, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira diz: “Merece outras considerações a cognição desenvolvida pelo órgão judicial no momento de exarar sua decisão liminar, cognição essa também denominada *prima facie* – fenômeno comum a todo tipo de tutela de urgência. Sumária do ponto de vista material, porque restrita ao *periculum in mora* e ao *fumus boni iuris*, de aparência ou superficial por se bastar com o aporte fático e probatório do autor, *em matéria ainda não submetida ao contraditório*.(Grifo nosso). (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 18. v. III. t. 2).

27 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.15. v. III. t. 2.

28 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 10. v. III. t. 2.

29 ALVARO DE OLIVEIRA, *Comentários...*, p.15. Destaca o autor que “no processo cautelar, a *prevenção do dano* dá-se sem interferência do plano do direito material, nele não se verificando efeito antecipado da

Mas deve ficar registrado, desde logo, que o verbo da antecipação de tutela tem como objetivo satisfazer, e a cautelar, assegurar, o que as faz diferentes, porém, “compartilham do mesmo gênero, gênero esse destinado à prevenção do dano ao provável direito da parte, mediante ordens e mandamentos que interfiram desde logo no plano sensível”.³⁰ Dessa feita, na esteira da lição de Ovídio Baptista da Silva, se a decisão “antecipar efeitos da sentença de procedência, em demanda satisfativa — ante o “fundado receio de dano irreparável” —, o provimento terá naturalmente caráter satisfativo, logo não cautelar. Se, ao contrário, ante o mesmo “fundado receio de dano irreparável”, protege-se o direito, sem satisfazê-lo, apenas assegurando sua futura satisfação (realização), então o provimento será cautelar.”³¹

Arremata Ovídio Baptista da Silva no sentido de que a antecipação de tutela é forma “*lato sensu de execução urgente*”, provimentos através do quais o juiz, considerando verossímil o direito do autor, concede-lhe, desde logo, algum efeito executivo ou mandamental da futura sentença de procedência. Temos, com isso, a distinção entre *segurança da execução*, que se traduz em cautelaridade, e *execução-para-segurança*, que haverá de ser tida como execução urgente, execução verdadeira, qualificada, porém, pela urgência, tomada sob o signo da provisoriedade, que, todavia, nem por isso perde a natureza de provimento *lato sensu executivo*.³²

futura sentença de mérito. A ordem cautelar atua no plano sensível com caráter puramente conservativo, destinada apenas a garantir o resultado útil da função de conhecimento ou de execução. O arresto, por exemplo, mantém apenas a integridade do bem para servir de garantia à futura execução de crédito... (*Ibidem*, p. 10) Já na hipótese do art. 273, não basta apenas conservar para afastar a insatisfação decorrente do estado antijurídico, mostrando-se necessária a antecipação, parcial ou total, dos próprios efeitos materiais da sentença a ser proferida no processo de conhecimento. A natureza do periculum in mora constitui-se, nesse caso, não pelo temido desaparecimento dos meios necessárioS à formação e execução da providência principal, e sim, precisamente, pela permanência do estado de insatisfação do direito, objeto do futuro juízo de mérito, receio de lesão este que só pode ser prevenido com a antecipação dos efeitos da própria sentença final”. (ALVARO DE OLIVEIRA. *Comentários* ... p. 10).

30 ALVARO DE OLIVEIRA. *Comentários*..., p. 22. Marinoni aponta as seguintes diferenças entre a tutela cautelar e a tutela antecipada: “a tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é ‘satisfativa sumária’. A prestação jurisdicional satisfativa sumária, pois, nada tem a ver com a tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelando. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se inexistente referibilidade, ou referência a direito, não há direito acautelando. (MORINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 124-125).

31 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 129. v. 1.

32 *Ibid.* p. 128. v. 1.

Com efeito, para adequar às tutelas de urgência, ao módulo processual a que está inserida a Advocacia Pública, é indispensável a fixação de um prazo razoável, assim como já ocorre no mandado de segurança, para que a parte tenha direito de pleitear qualquer tutela de urgência – que é exceção e não regra – a fim de evitar-se pedidos temerários.

O diálogo e a cooperação são vetores que devem permear o andamento da relação jurídica processual, por isso, em nome do contraditório e da ampla defesa, nos processos em que a Fazenda Pública está presente, há a necessidade de o ente público tomar ciência e manifestar-se antes da apreciação da antecipação de tutela pelo magistrado.³³ Para confirmar a tese e reforçar a necessidade da oitiva prévia, basta lembrar que na quase totalidade das vezes, nos processo envolvendo um ente público, está em jogo interesse indisponível, sem falar, é claro, das limitações orçamentárias e das questões inerentes a própria burocracia estatal.

Além disso, o tempo é fator crucial na conformação do processo. As medidas de urgência têm o condão de inverter o tempo, já que, se no início da demanda, antes da concessão da medida, o tempo era favorável ao réu, após seu deferimento, o tempo torna-se inimigo. Portanto, temos de colocar no tablado das discussões a questão do fato consumado, em que o tempo auxilia a consolidar situações irregulares. Basta lembrar a hipótese de um candidato insatisfeito com o indeferimento de sua inscrição em concurso público, que ajuíza ação ordinária e pleiteia, em sede de antecipação de tutela, o acolhimento de sua inscrição para participar de um concurso público. Obtem-na liminarmente e, prosseguindo *sub judice* no certame, acaba tendo, em decorrência e no mesmo feito, a possibilidade de tomar posse e iniciar a atividade junto à Administração Pública. Passados três anos, que para a Justiça é quase nada, já que processos como tais podem demorar mais de cinco anos em primeira instância, ganha o então candidato, e agora servidor público, estabilidade e, ao cientificar o Judiciário de tal circunstância, sentença é favorável, não em razão do seu direito subjetivo, mas sim, em razão do chamado “fato consumado”, afinal, já tomou posse e vem bem exercendo o múnus público há mais de três anos, porque não reconhecer-lhe o direito? Por isso, a medida de urgência deve perder

33 Como modelo a ser seguido temos o, CPC, art. 461 § 3º: Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

a sua eficácia automaticamente caso o processo não tenha sido julgado definitivamente num prazo razoável.

Por fim, temos que, se a tutela de urgência for revogada, é obrigatório o retorno ao estado anterior, de maneira que, se valores pecuniários foram pagos, eles devem ser devolvidos ao ente público.

5 EFEITOS DOS RECURSOS EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

REDAÇÃO NO CPC DE 1973:

Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que:

I - homologar a divisão ou a demarcação;

II - condenar à prestação de alimentos;

IV - decidir o processo cautelar;

V - rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes;

VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem.

VII - confirmar a antecipação dos efeitos da tutela;

PROPOSIÇÃO DA COMISSÃO DE JURISTAS:

Conferir, em regra, apenas efeito devolutivo a todos os recursos, inclusive quanto à Fazenda Pública for o recorrente.

PROPOSTA DA AGU:

Manutenção do dispositivo do CPC atual, com a mesma redação.

JUSTIFICATIVA

É inquestionável que a Fazenda Pública deve observância ao procedimento previsto no artigo 100 da Constituição Federal de 1988.

Como corolário do efeito meramente devolutivo, que se pretende imprimir aos recursos, tem-se que a sentença poderá ser executada antes de seu trânsito em julgado, ainda que de forma provisória.

A execução contra a Fazenda Pública, antes do trânsito em julgado da sentença, é incompatível com a regra do citado artigo 100 da Constituição Federal. A vedação de execução provisória contra a Fazenda Pública decorre dos princípios gerais que regulam o regime jurídico dos bens públicos, da indisponibilidade dos bens e do interesse público e, ainda, do regime constitucional da execução contra os entes públicos. A Emenda Constitucional n.º 30/2000, ao dar redação ao § 1º do art. 100 da Carta Magna faz referência expressa a “*débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes dos precatórios judiciais [...]*”. Destaca-se, nesse sentido, a redação da Lei 9.995/2001(LDO), que exige, no § 2º do seu art. 23, que os débitos inscritos precatório *refiram-se a processos cuja sentença tenha transitado em julgado*.

De outra parte, mesmo que se fale em pagamento independente de precatório (requisição de pequeno valor), existe a exigência, de trânsito em julgado (art. 17, *caput*, da Lei nº 10.259/2001). *Portanto, não estando a execução embasada em decisão transitada em julgado, está-se diante de título inexigível, cabendo a interposição de embargos com fundamento no art. 741, inc. II, do CPC*.

Outrossim, ainda que se admita a *execução provisória* contra a Fazenda Pública, *o procedimento necessariamente será suspenso na fase que antecede a expedição de precatório, pois, como já foi visto, esta depende da existência de “sentença transitada em julgado”*. A esse respeito, Araken de Assis refere que “à luz desse entendimento do STF, a única maneira de salvar o texto da Carta Política *consiste em subordinar o levantamento do dinheiro ao trânsito em julgado do provimento em que se baseou a execução*”.³⁴

Ademais, para que seja efetuado o pagamento na forma prescrita pelo art. 100, faz-se necessária a previsão orçamentária mediante sua inclusão na Lei Orçamentária do ente que, como se sabe, é realizada anualmente.

Assim, o mero efeito devolutivo contra Fazenda Pública é incompatível com o sistema constitucional vigente.

³⁴ ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 200, p. 963.

Por essa razão deve ser mantida a sistemática atual de duplo efeito dos recursos, quando interpostos contra decisão que se confirmada, ensejará execução para o pagamento de quantia.

6 AMPLIAÇÃO DOS PODERES DO JUIZ PARA A ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO

REDAÇÃO NO CPC DE 1973:

Art. 295. A petição inicial será indeferida:

V - quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação; caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal;

PROPOSIÇÃO DA COMISSÃO DE JURISTAS:

Ampliação dos poderes do magistrado, como, por exemplo: adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa.

PROPOSTA DA AGU:

Manutenção do dispositivo do CPC atual, com a mesma redação.³⁵

JUSTIFICATIVA

Caracteriza-se o direito processual como um direito público, formal, instrumental e de meio, autônomo e de principal importância.³⁶ Com efeito, visa o direito processual, essencialmente, à composição justa do litígio, o que se realiza em conformidade com as normas previamente definidas pelo legislador. Embora não infenso aos fatores culturais, trata-se de instrumento de índole técnica, a serviço da verificação da existência ou não do direito material alegado pelo autor.

35 Ver, sobre as limitações na instrução: BEDAQUE. José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, item n. 3.8, p. 154.

36 DEVIS.ECHANDIA, Hernando. *Nociones generales de derecho procesal civil*. Madrid: Aguilar., p. 6.

Cabe ao legislador a definição das normas que regem o processo. O juiz, na condição de terceiro imparcial, responsável pela condução da causa, exerce suas funções em conformidade com o disposto na legislação processual. No atual Código de Processo Civil, a *feição pública do direito processual*, mantém-no submetido ao princípio da legalidade, como se observa, *v.g.*, da leitura dos artigos 1º e 125.³⁷

A história do processo nos últimos séculos, consoante observação de Enrico T. Liebman, “pode ser concebida como a história dos esforços feitos por legisladores e juristas, no sentido de limitar o âmbito de arbítrio do juiz, e fazer com que as operações que realiza submetam-se aos imperativos da Razão”.³⁸ O processo é um jogo, como já dizia Calamandrei. Deve, portanto, ter regras claras e predeterminadas, de forma a manter a imparcialidade do juiz – característica essencial da jurisdição – e a isonomia entre os litigantes. Trata-se de natural corolário dos princípios da legalidade, da segurança jurídica e do devido processo legal.³⁹ Trata-se, ademais, de respeitar as mais básicas características do Direito, notadamente a generalidade e a abstração. O procedimento não deve ser de uma só parte nem proveniente de um só juiz; ao revés, deve ser indistintamente dirigido a todas as partes, por todos os juízes.⁴⁰

Note-se que a elogiável preocupação da Comissão de Juristas para com a previsibilidade das decisões judiciais deve, também, vir acompanhada da necessária atenção à previsibilidade do procedimento. Para tanto, a forma deve ser prévia ao ato. Longe de

37 Art. 1º. “A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece”; Art. 125. “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, o, competindo-lhe: [...]” Os grifos são nossos. Cabe ao legislador, portanto, estipular o procedimento conforme o direito material, o direito material e o processo devem conviver harmonicamente, pois o fim último deste é resolver aquele, de maneira que a parte tenha a relação jurídica material examinada endoprocessual da mesma forma que receberia se o exame fosse realizado fora do processo. Então, “a tutela jurisdicional deve partir da realidade substancial e a realidade substancial deve retornar” (LUISO, Francesco P. *Diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 6).

38 LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão. Reflexões sobre a motivação da sentença. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 29, janeiro-março 1983, p. 79.

39 Como destaca Luiz Rodrigues Wambier, “É assente na doutrina jurídica, tanto de direito constitucional, quanto da teoria geral do processo, que o princípio do devido processo legal enfeixa um notável conjunto de garantias de ordem constitucional, destinadas a assegurar aos cidadãos o acesso às decisões do poder jurisdicional, dentro de moldes adrede previstos no ordenamento jurídico”. (Anotações sobre o princípio do devido processo legal, *Revista de Processo*, São Paulo, n. 63, p. 62, julho-setembro 1991) – grifou-se.

40 Não é difícil imaginar que, a prevalecer a ideia de adequação do procedimento, diferentes “procedimentos” serão criados para situações similares.

qualquer vinculação com o formalismo puramente sacramental – de todo indesejado diante da instrumentalidade do processo –, revela-se, em verdade, preocupação voltada à consecução do *formalismo virtuoso*, ou seja, aquele que se mostra imprescindível ao direito processual enquanto mecanismo de ordem técnica, de modo a evitar a desordem no curso do procedimento.

No mínimo, deve a própria lei fixar, antecipadamente, as possibilidades que têm as partes e o julgador de seguirem durante o trâmite da causa. Adotar a liberdade das formas no procedimento e dotar o juiz de poder discricionário na condução do processo não se afiguram recomendados.⁴¹

O eventual aumento dos poderes do juiz na condução do processo, em que pese a afronta ao garantismo processual, não pode significar sua total indeterminação. Em se permitindo que o juiz defina, discricionariamente, o *iter* procedimental, permitir-se-á que o órgão judicial crie, “a seu bel-prazer, caso por caso, a regra processual mais apropriada para o desenvolvimento do procedimento, conduzindo a total indeterminação e imprevisibilidade. Incrementar-se-ia, assim, de forma totalmente desnecessária, o arbítrio do poder estatal dentro do processo. Não obstante a função social do processo, o excesso de poderes do órgão judicial poderia desembocar num processo substancialmente privado de formas, conduzido segundo a livre discricionariedade do juiz, com provável prejuízo à igualdade substancial das partes e violação do princípio da certeza jurídica, sem falar do eventual menosprezo ao nexo entre o direito material e o processual”.⁴²

Finalmente, vale lembrar a lição de Teresa Arruda Alvim Wambier, a qual destaca que todo ordenamento jurídico, quando em funcionamento, apresenta os seguintes problemas: (a) violação de suas normas; (b) incerteza quanto à existência de suas normas; e (c) incerteza quanto ao teor (sentido e alcance) de suas normas.⁴³ Por certo, não há por que submetermos o procedimento – e, em última análise, os jurisdicionados – a tais dificuldades.

41 CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003. p. 315, v. I.

42 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 137-138.

43 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Fundamentos do processo. *Revista dos Tribunais*, n. 855, p. 13, janeiro 2007.

7 INCIDENTE DE COLETIVIZAÇÃO OU DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

PROPOSTA DA COMISSÃO:

Incluir na Parte Geral em parte própria à legitimidade para agir, um incidente de coletivização (nome provisório), referente à legitimação para as demandas de massa, com prevenção do juízo e suspensão das ações individuais.

PROPOSTA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO:

O *incidente* deve funcionar não como um instituto de tutela coletiva, mas sim como um incidente para formação de jurisprudência com eficácia persuasiva, para julgamento de causas repetitivas (de modo semelhante ao já previsto nos arts. 543-B e 543-C do atual CPC).

Deve-se ainda eleger uma série de legitimados, além das partes do processo, para, na qualidade de *amicus curiae*, defender determinado posicionamento e interpor recursos quando identificado o incidente. Entre esses legitimados, devem estar presentes a Defensoria Pública, o Ministério Público, as Procuradorias de Estado e a Advocacia-Geral da União.

JUSTIFICATIVA:

No empenho por um em efetivo *acesso à justiça*,⁴⁴ hoje compreendido como acesso a uma ordem jurídica justa, não parece adequada a perspectiva de que a mesma norma jurídica possa ter mais de uma interpretação correta ao incidir sobre situações fáticas idênticas.

Para contornar esse problema, e com o objetivo de proporcionar uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz, a Comissão de Juristas acenou com a criação de um “incidente de coletivização”, instrumento que, se for corretamente manejado, irá tratar os consumidores da Justiça de forma isonômica, ao mesmo tempo em que evitará a multiplicação incontrolável de causas repetitivas.

O Ministro Luiz Fux, Presidente da Comissão de Juristas encarregada de elaborar Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil

44 Expressão que deve ser visualizada dentro daquela perspectiva delineada em CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Briant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

(instituída pelo Ato nº 379, de 2009, do Presidente do Senado Federal, de 30 de setembro de 2009), assim se manifestou sobre o instituto:

Tendo como premissa esse objetivo, construiu-se a proposta de instituição de um incidente de coletivização dos denominados litígios de massa, o qual evitará a multiplicação das demandas, na medida em que o seu reconhecimento numa causa representativa de milhares de outras idênticas, imporá a suspensão de todas, habilitando o magistrado na ação primeira, dotada de amplíssima defesa, com todos os recursos previstos nas leis processuais, proferir uma decisão com largo espectro, definindo o direito controvertido de tantos quantos se encontram na mesma situação jurídica, trazendo uma solução de mérito consagradora do princípio da isonomia constitucional.⁴⁵

Como se nota, se for bem regulamentado, o instrumento irá sempre favorecer o titular de uma posição jurídica de vantagem protegida pelo ordenamento jurídico (o autor quando este tem razão ou o ré quando este estiver correto), ao mesmo tempo que proporcionará eficiência do Judiciário, possibilitando que centenas, ou até mesmo milhares de causas, sejam decididas de uma só vez.

Com efeito, a escolha por esse mecanismo demonstra a opção não apenas pela celeridade, mas também por segurança jurídica e previsibilidade. A certeza é elemento essencial em qualquer ordenamento jurídico e o valor segurança é indispensável ao convívio em sociedade. Não se pode pensar em pacificação social enquanto os cidadãos estiverem entregues a dissídios jurisprudências intermináveis, realidade que acarreta graves conseqüências não apenas no campo social, mas também no econômico. Deseja-se, pois, que a própria jurisdição inspire confiança, sendo proferidas decisões iguais para pessoas cujas situações sejam idênticas.

Contudo, com o intuito de otimizar o funcionamento do instituto, o mesmo deve funcionar dentro de uma sistemática semelhante ao que ocorre hoje com os denominados recursos especiais repetitivos (543-C), com a formação de precedente jurídico a ser aplicado em casos análogos, seja pendentes ou mesmo futuros.

45 FUX, Luiz. Texto de Introdução às primeiras proposições temáticas do novo Código de Processo Civil, divulgadas pela Comissão de Juristas em Janeiro de 2010 <http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/pdf/1a_e_2a_Reuniao_PARA_grafica.pdf>

Tal entendimento, embora em um primeiro momento não tenha sido a opção da maioria da Comissão de Juristas, foi o defendido pelo Dr. José Miguel Garcia Medina, membro da comissão de Juristas que elabora o novo Código de Processo Civil:

SR. JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA: Mas professor, aí é uma outra diferença nossa perspectiva. Eu entendo que esse incidente deve interessar, inclusive ao Poder Judiciário. Porque pode haver, pode suceder que haja um monte de questões repetitivas, e aqui é um aspecto que eu acho que há uma diferença entre as nossas ideias. É que eu penso que não precisa haver pedidos idênticos, pedido e causa de pedidos idênticos, mas questões de direito idênticas. Às vezes até uma questão incidental. Qual o Juiz competente para julgar esse tipo de ação, é a Justiça Comum ou a Justiça Federal? *Então, na verdade, a minha modestíssima proposta, reitero, seria aproveitar a estrutura do atual art. 533, a ideia do art. 533-C e B também, no que diz respeito à repercussão geral, e fazer com que ela comece desde primeiro grau, talvez, porque eu tenho a impressão, porque a gente não vai poder falar que é coisa julgada erga omnes, porque não haverá necessariamente pedido, não é professor? Pelo que eu entendi do que a gente conversou, o incidente e tal, como sugerido pelo Prof. Paulo César, ele não vai se desenvolver necessariamente com base em pedidos e causas de pedido.*

[...]

SR. JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA: É que eu estava falando e com a outra diferença é que não haveria coisa julgada, o efeito seria o mesmo do julgamento de um recurso especial repetitivo, ou seja, assim como o STJ fixa a tese de Direito e se houver discrepância pelo Tribunal de Justiça, do Rio Grande do Sul, por exemplo, daí ocorrem todos aqueles efeitos, recurso sobe e etc., algo pareceria acontecer aqui. A minha preocupação com a coisa julgada erga omnes, até comentei isso com o professor, é que nem sempre o recurso vai subir para o Supremo e para o STJ. (grifo nossoi)⁴⁶

De fato, a utilização de mecanismos que atribuem eficácia persuasiva ou mesmo vinculante ao precedente jurisdicional vem ganhando maior espaço dentro do ordenamento jurídico pátrio, como são os exemplos da súmula vinculante (EC/45 e L. 11.417/06), efeito

46 ATA DA 4ª REUNIÃO – Realizada em 08.03.2010 da Comissão de Juristas. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/pdf/4a%20reuniao%20-%202010%2003%2008%20ata.pdf>>

recursal impeditivo dos enunciados de súmula dos Tribunais Superiores (L. 11.276/06), rejeição liminar da petição inicial na forma do art. 285-A, CPC (L. 11277/06) repercussão geral do recurso extraordinário (L. 11.418/06), identidade *ratione materiae* dos recursos especiais (recursos repetitivos - L.11.672/08).

Esses mecanismos de valorização da jurisprudência já estão proporcionando uma melhor qualidade da prestação jurisdicional, tendo sido muito bem recepcionados pela comunidade jurídica e já apresentam notáveis resultados. Com o escopo de proporcionar uma melhor prestação jurisdicional, os juristas pátrios tem se inspirado em experiências de sucesso em outros ordenamentos jurídicos, notadamente, em relação aos precedente, nos países de *common Law*.⁴⁷

Desse modo, o *incidente de coletivização* deve ser utilizado para fixação de um entendimento uniforme a ser aplicado às chamadas causas repetitivas. Assim, haverá a identificação, pelo juiz ou pelo tribunal, das ações em que os fundamentos sobre as questões idênticas hajam sido melhor apresentados – será possível selecionar mais de uma causa –, e o seu respectivo julgamento. Os demais feitos, suscitado o incidente, serão suspensos sendo posteriormente decididos de acordo com o precedente judicial fixado pelo respectivo Tribunal (o incidente seria sempre julgado por Tribunal) ou por Tribunal superior, caso seja interposto recurso.

Seria ainda conveniente eleger uma série de legitimados, além das partes do processo, para, na qualidade de *amicus curiae*, defender determinado posicionamento e interpor recursos quando identificado o incidente. Entre esses legitimados, por certo que devem estar presentes, a Defensoria Pública, o Ministério Público, as Procuradorias de Estado e a Advocacia-Geral da União.

Quanto à opção por um mecanismo de criação de precedentes, e não de tutela coletiva, é válido mencionar que a própria Comissão de Juristas optou por “*Não incluir no novo Código, o processo coletivo, em tramitação no Congresso Nacional, bem como os processos e procedimentos previstos em leis especiais (item 1-k, de acordo com as propostas já apresentadas)*”.

47 É válido mencionar apontar uma aproximação, provavelmente em razão da globalização, entre esses dois sistemas. Nesse sentido CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro De Oliveira, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 124. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Processo Civil Brasileiro Entre Dois Mundos*. In: *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, vol. 04, n.º 16. 2001.

Com efeito parece correto o entendimento de não disciplinar no Código de Processo Civil, a tutela coletiva, ainda que de forma incidental.

A opção ora apresentada Advocacia-Geral da União objetiva evitar algumas discussões inconvenientes da tutela coletiva, tais como legitimidade, eficácia da coisa julgada, limites da aplicação do julgado, entre outros.

Ademais, ao trabalhar dentro da sistemática do precedente, são afastados outros problemas da tutela coletiva, como a possibilidade do titular do direito individual homogêneo desejar ser excluído do resultado do processo, optando por continuar com sua ação individual (nas ações coletivas isso é possível!), bem como a caso de um juiz de um pequeno Município decidir uma causa para todo nosso país, sem o devido debate por toda comunidade jurídica e apresentação de fatos e argumentos por todos os interessados. Como se sabe, o controle de diversas ações coletivas tem se mostrado impraticável, diferentemente do que ocorre com os processos em que se formam precedentes.

Nada obstante, é de se destacar que ao se trabalhar de forma semelhante a já existente na repercussão geral ou nos recursos repetitivos, não se viola qualquer dispositivo constitucional, pois caso contrário esses institutos também estariam eivados de inconstitucionalidade.

Por todo o exposto, e com a devida vênia aos que entendem de forma diversa, para o julgamento de questões jurídicas idênticas, parece mais adequado e lógico que a Comissão opte pela criação de um incidente para formação de precedente judicial com eficácia persuasiva, e não por mais um instrumento de “tutela coletiva”.

8 RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS; PREQUESTIONAMENTO; AMPLIAÇÃO DOS HONORÁRIOS A CADA RECURSO

RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS E REPERCUSSÃO GERAL

REDAÇÃO NO CPC DE 1973:

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

[...]

543-C -Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

PROPOSIÇÃO DA COMISSÃO DE JURISTAS:

A tese adotada nos julgamentos de repercussão geral, matéria sumulada⁴⁸ e recurso repetitivo passa a ser obrigatória.

PROPOSTA DA AGU:

No mesmo sentido da proposta da Comissão de Juristas.

JUSTIFICATIVA

Há uma tendência de objetivação do processo nos Tribunais Superiores que, é possível, que se expanda para os demais órgãos do Poder Judiciário, dependendo dos termos do “incidente de coletivização”, ou de uma demanda repetitiva, a ser proposto.

Para a Fazenda Pública, a medida é benéfica na medida em que reduz o volume de processos, havendo um interesse concentrado na matéria e não na causa. Assim, há, na hipótese, um duplo interesse, quais sejam: das partes em litígio e a da tutela do ordenamento jurídico.

Contudo, há necessidade de um melhor mecanismo para a defesa das matérias que são submetidas ao procedimento especial do julgamento repetitivo, facilitando o ingresso dos interessados na qualidade de *amicus curiae*. A atual redação não prevê segurança quanto ao conhecimento das matérias que estão submetidas à análise do STF e do STJ, na repercussão geral e no julgamento do recurso especial repetitivo, respectivamente.

É importante que sejam acrescentados no texto do CPC dispositivos que efetivamente tratem do procedimento com enfoque para as partes e não apenas para o Poder Judiciário. Ressalte-se que o

⁴⁸ A proposta de incluir a força obrigatória dos julgados em repercussão geral e matéria sumulada foi enunciada pelo Ministro Luiz Fux na 1ª Audiência Pública, ocorrida em Belo Horizonte na data de 26.02.2010 (Ata da audiência, p. 14).

procedimento e as hipóteses de ingresso como *amicus curiae* deveriam constar, ainda que de forma genérica, no texto do CPC.

Dessa forma, propõe-se à Comissão de Juristas que formule procedimento aptos a propiciar um maior acesso daqueles que tem interesse na matéria, com o escopo de propiciar o acesso à justiça daqueles que não são parte no processo considerado como paradigma.

PREQUESTIONAMENTO

REDAÇÃO NO CPC DE 1973:

Inexistente.

PROPOSIÇÃO DA COMISSÃO DE JURISTAS:

Inexistente.

PROPOSTA DA AGU:

O prequestionamento deve ser dispensado nas hipóteses de recurso especial repetitivo ou de recurso extraordinário com repercussão geral.

JUSTIFICATIVA

O prequestionamento deve sofrer as alterações previstas em Projeto de Lei nº 1.535, de 2007, já apresentado pelo Deputado Flávio Dino, no sentido de mitigar da requisito do recurso quando se tratar de recurso especial repetitivo ou recurso extraordinário com repercussão geral.

Ressalta-se que o prequestionamento tem sede constitucional, porém tem posição distinta acerca de seu entendimento entre o STJ e o STF, em especial quando houver embargos de declaração rejeitados. A posição de cada Tribunal é perfeitamente plausível diante de sua posição constitucional.

A norma infraconstitucional poderá mitigá-lo quando o processo for considerado como o *leading case*.

Esta já é uma tendência em alguns julgados do STF. Neste sentido, STF – Pleno. RE nº 298.694-1/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence e RE 388.830-7, Relator Ministro Gilmar Mendes, em que pese o posicionamento em sentido contrário de um dos membros da comissão, no caso Bruno Dantas.

AMPLIAÇÃO DOS HONORÁRIOS A CADA RECURSO

REDAÇÃO NO CPC DE 1973:

Inexistente.

PROPOSIÇÃO DA COMISSÃO DE JURISTAS:

Fixação ampliativa dos honorários a cada recurso não provido.

PROPOSTA DA AGU:

Aplicação à Fazenda Pública apenas em caso de recursos protelatórios ou contrários a jurisprudência pacificada.

JUSTIFICATIVA

A medida visa inibir aventuras processuais e recursos protelatórios. Todavia, por tratar da defesa do patrimônio público, o advogado público é muitas vezes obrigado a recorrer mesmo que a tese por ele defendida seja minoritária na jurisprudência, dessa forma, impor-se-ia um ônus demasiado à Fazenda que muitas vezes não pode apenas se conformar com a decisão de primeiro grau para evitar a majoração dos honorários. A aplicação do dispositivo à Fazenda Pública também não se justifica na hipótese de manutenção do reexame necessário.

A proposta da comissão em ampliar os honorários advocatícios em cada recurso, somente será interessante para a Advocacia Pública se a fixação inicial for muito abaixo daquela hoje prevista, a fim de não ocasionar enriquecimento sem causa para o advogado.

Deve-se verificar que nos Tribunais Superiores, segundo dados fornecidos pelos próprios órgãos, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, a Procuradoria-Geral da União e a Procuradoria Federal Especializada do Instituto Nacional do Seguro Social o índice de vitória

ou reversão da União é alto, de sorte que os honorários acabam por ser devidos, em regra, à Fazenda Pública Federal.

9 FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

REDAÇÃO NO CPC DE 1973:

Art. 20. [...]

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

- a) o grau de zelo do profissional;
- b) o lugar de prestação do serviço;
- c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

PROPOSIÇÃO DA COMISSÃO DE JURISTAS:

Fixação dos honorários entre 5% e 10% sobre o valor da condenação ou da vantagem econômica obtida, nas causas que envolvem a Fazenda Pública, valor máximo a que se deve chegar mesmo após a eventual majoração em decorrência da sucumbência recursal.

PROPOSTA DA AGU:

Manutenção do atual critério de equidade previsto no art. 20, § 4º, do CPC, mas observando teto percentual de 10% incluindo-se eventual majoração em decorrência da sucumbência recursal.

JUSTIFICATIVA

Trata-se de medida de proteção do erário, evitando-se o pagamento de verdadeiras fortunas a advogados que litigam contra a Fazenda Pública. Mostra-se perigosa a retirada do critério equitativo do juiz na fixação dos

honorários contra a Fazenda Pública, previsto no atual § 4º do art. 20 do CPC, colocando como o menor percentual o estabelecimento de 5% sobre o valor da condenação ou da vantagem econômica obtida.

São comuns as ações propostas contra a Fazenda Pública que envolvem milhões ou bilhões de reais, bem como as demandas de massa, relacionadas especialmente à matéria que envolve servidores públicos e matéria previdenciária, nas quais alguns poucos advogados são responsáveis por um número elevadíssimo de ações. Dessa forma, havendo um piso de 5%, haveria enorme prejuízo aos cofres públicos favorecendo o enriquecimento desses advogados. Portanto, em determinadas situações, os honorários devem ser equitativamente arbitrados pelo juiz.

10 EXECUÇÃO: ARTIGO 730; REDEFINIÇÃO DO ARTIGO 475-J; INCIDENTE PRÉVIO PARA MANIFESTAÇÃO DO SÓCIO

REDAÇÃO NO CPC DE 1973:

Art. 730. Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras:

I - o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente;

II - far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito.

[...]

Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

PROPOSIÇÃO DA COMISSÃO DE JURISTAS:

Artigo 730 do CPC: inexistente

Redefinição do termo *a quo* da incidência da multa do artigo 475-J do CPC.

Adoção incidente prévio que permita a manifestação dos sócios antes da constrição dos bens.

JUSTIFICATIVA GERAL

A execução de obrigação de pagar da Fazenda Pública está sujeita à observância do prévio trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme disposto no artigo 100 da Constituição Federal de 1988.

Está pacificado na doutrina e jurisprudência que esse trânsito em julgado abrange tanto o processo de conhecimento como a sentença dos embargos à execução quando opostos.

ARTIGO 730 DO CPC

PROPOSTA DA AGU:

Manutenção da redação do disposto no artigo 730 do CPC com o prazo previsto no artigo 1º-B da Lei 9.494/1997.

JUSTIFICATIVA

A execução judicial de quantia certa contra a Fazenda Pública, em face da impenhorabilidade de seus bens, vem regulada no artigo 100 da Constituição Federal e no artigo 730 do CPC. Trata-se de norma específica, aplicável, inclusive, no processo trabalhista.

Conforme determina o dispositivo constitucional, a execução de obrigação de pagar da Fazenda Pública está sujeita à observância do prévio trânsito em julgado da sentença condenatória.

Carlos Valder do Nascimento esclarece a forma de processamento da execução:

[...] Nesse caso a Fazenda não é citada para pagar em 24 horas, sob pena de penhora, mas para opor embargos em dez dias. Processa-se mediante precatório, em face da intangibilidade do patrimônio público, nos termos da codificação civil.⁴⁹

49 *In Execução contra a Fazenda Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 12

Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva demonstra bem a diferença do regime de execução da Fazenda Pública, *in verbis*:

Na execução contra a Fazenda Pública existe uma peculiaridade. É que, na realidade, não há execução propriamente dita, posto que o patrimônio estatal não está sujeito a qualquer espécie de constrição judicial. Porém, ainda assim, a boa técnica requer que os embargos oferecidos pela Fazenda sejam considerados uma ação autônoma, pois, do contrário, difícil seria explicar o processamento do “procedimento” de pagamento de débito judicial da Fazenda Pública.⁵⁰

E como Leonardo José Carneiro da Cunha leciona, o regime geral da execução tem por objetivo expropriar os bens do devedor para satisfazer o credor, ao contrário do regime aplicável à Fazenda Pública⁵¹. Essa expropriação é feita mediante a adjudicação em favor do exequente, alienação por iniciativa particular, alienação por hasta pública ou usufruto de móvel ou imóvel (artigo 647 do CPC), alternativas que não se aplicam ao ente público.

Pelo exposto, deve ser mantido o sistema do atual artigo 730 do CPC por ser compatível com a execução da Fazenda Pública e que, na prática, mostra-se adequado às defesas dos interesses pelo exequente e executada no processo.

REDEFINIÇÃO DO TERMO A QUO DA INCIDÊNCIA DA MULTA DO ARTIGO 475-J DO CPC.

PROPOSTA DA AGU:

Estabelecimento de termo inicial de incidência e sua liquidez, certeza e exigibilidade para aplicação dos meios executivos coercitivos previstos nos art. 461 e 461-A do CPC.

JUSTIFICATIVA

A sistemática do atual artigo 475-J do CPC é incompatível com a Fazenda Pública, pois aquela fixa prazo de pagamento de quinze dias a partir da condenação ou liquidação, estipula multa de dez por cento em caso de inadimplemento e prevê a penhora do bem do devedor. Já a execução contra

50 *In Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 114.

51 *In A Fazenda Pública em Juízo*. 8. ed. São Paulo: Dialética. p. 233.

a Fazenda Pública submete-se ao prazo de pagamento do precatório ou da requisição de pequeno valor e não permite a penhora de bens públicos ante a sua indisponibilidade, ou seja, está sujeita a regras em muito peculiares que a afastam do regime geral de execução.

Os meios executivos coercitivos, dentre os quais se destaca, principalmente, a multa por unidade de tempo prevista nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil, quando aplicados pelo Poder Judiciário, através das suas diversas decisões judiciais, como mecanismos legítimos tendentes à obtenção da tutela específica, *devem prever o termo inicial da sua incidência*, ocasião em que fixado, claramente, o início da sua aplicação, o que se exige, principalmente, para a correta identificação dos créditos formados.

Além disso, a reforma deve esclarecer que *a incidência de qualquer meio executivo coercitivo jamais poderá acontecer quando o título executivo judicial ainda não se apresentar exigível, líquido e certo*, o que acontecerá, em termos práticos, no âmbito do processo civil brasileiro: a) quando ainda pendente a apreciação de embargos de declaração (ausência do elemento certeza); b) quando ainda pendente de apreciação o pedido de efeito suspensivo no recurso de agravo de instrumento (ausência do elemento exigibilidade); b) quando ainda pendente de apreciação o recebimento da apelação com efeito suspensivo (ausência do elemento exigibilidade).

INCIDENTE PRÉVIO PARA MANIFESTAÇÃO DO SÓCIO

PROPOSTA DA AGU:

Descabimento de incidente prévio para constrição de bens de sócios.

JUSTIFICATIVA

A proposta de criação de incidente prévio para a manifestação dos sócios antes da constrição dos bens impede, em termos práticos, a aplicação e a efetivação de um dos mais importantes mecanismos voltados à satisfação das execuções e impedimento dos atos de fraude à execução, obstruindo a incidência da responsabilidade secundária, contrariando a moderna tendência do processo civil brasileiro de simplificação dos procedimentos e de constante preocupação com a efetividade da intervenção judicial.

PARECER PGFN/CRJ/Nº 756/2010

Anteprojeto de elaboração do novo Código de Processo Civil. Considerações da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a respeito. Prerrogativas processuais da Fazenda Pública em juízo. Constitucionalidade. Revisão da ordem prevista no atual art. 655 do Código de Processo Civil. Necessidade de manutenção. Ratificação de algumas das propostas sugeridas pela Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional da 4ª Região e pelo Grupo de Trabalho da AGU.

1 A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN tem por escopo, através do presente Parecer, contribuir com a análise realizada pelo Grupo de Trabalho da Advocacia-Geral da União - AGU instituído com o fim de apresentar sugestões às proposições temáticas feitas pela Comissão de Juristas do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, designada pelo Ato nº 379, de 30 de setembro 2009, do Presidente do Senado Federal.

2 As considerações abaixo tecidas se restringem a temas que diretamente mais afetam a atuação da Fazenda Pública em juízo, notadamente as prerrogativas processuais da Fazenda Pública, a revisão da ordem prevista no atual art. 655 do Código de Processo Civil e algumas outras matérias tratadas pelo Grupo de Trabalho da AGU e pela Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional da 4ª Região.

II

DA CONSTITUCIONALIDADE DAS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO E DA NECESSIDADE DE SUA MANUTENÇÃO

II.1 BREVE HISTÓRICO

3 Ao longo dos anos, a legislação de direito processual pátrio têm reconhecido e mantido algumas prerrogativas processuais à Fazenda Pública, quando demandante em juízo, notadamente, na condição de ré, em face das peculiaridades que cercam as pessoas jurídicas de direito público, em suas relações com os particulares.

4 Citem-se, à guisa de exemplo, não porque mais importantes, mas porque mais sensíveis, aquelas previstas no art. 188 do Código de Processo Civil atual, segundo o qual “Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público”.

5 Entretanto, mais recentemente, não são poucas as vozes de juristas dedicados ao processo civil, mas também de advogados que litigam contra a Fazenda Pública, que, em última análise, desejam a extinção ou, pelo menos, a redução dessas prerrogativas, ao entendimento de que elas não se fazem mais necessárias, porque teriam perdido sua legitimidade.

6 Por conseguinte, o objetivo primordial deste Parecer é demonstrar justamente o contrário, isto é, que ditas prerrogativas ainda se fazem, sim, necessárias, precisando ser mantidas, não podendo ser extintas ou reduzidas.

II.2 DA CONSTITUCIONALIDADE DAS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS EM JUÍZO.

7 Nosso ordenamento jurídico confere à Fazenda Pública algumas prerrogativas processuais, com o objetivo de permitir melhor desempenho de suas funções. A título exemplificativo, tanto o CPC (v.g. arts. 188 e 277, *caput*) como a legislação extravagante outorgam prazos dilatados à Fazenda Pública, seja para contestar ou recorrer. Na mesma esteira, o art. 475 do estatuto de ritos, em seus incisos, impõe a remessa necessária ou duplo grau necessário, na hipótese de sentença proferida contra a Fazenda Pública, inclusive a que julga procedentes, total ou parcialmente, os embargos opostos à execução da dívida ativa. Cite-se, ainda, o art. 511, § 1º, do CPC, que dispensa de preparo os recursos interpostos pela Fazenda Pública. Por fim, cabe menção à própria Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, que trata da cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública.

8 A questão que se coloca é a de examinar a compatibilidade vertical com a Carta Política de 1988 das normas que outorgam à Fazenda Pública tais prerrogativas; mais precisamente, de sua afronta ou não ao princípio da isonomia.

9.O princípio da isonomia ou igualdade tem assento constitucional, estando previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, sendo inerente a outro postulado fundamental, consistente no *due process of law*. Trata-se de princípio que veda tratamento discriminatório pela lei, a qual deve tratar a todos em igualdade de condições.

10 Todavia, o princípio em questão não pode ser encarado apenas sob o ponto de vista formal, sob o enfoque de tratamento legal sempre igualitário aos seus destinatários, devendo ser apreciado como consagração da igualdade material. Na expressão corrente, importa tratar igualmente os iguais, mas também desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia substancial.

11 Como pondera ALEXANDRE DE MORAES¹:

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

12 É dizer, pode a lei estabelecer discriminações, desde que não arbitrárias, desde que estejam amparadas na razoabilidade.

13 Entendemos que as prerrogativas processuais concedidas à Fazenda Pública poderão ou não afrontar o postulado em comento, conforme haja ou não uma justificativa objetiva e razoável, uma relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade que se visa alcançar.

14 Na esteira do acima exposto, cremos que dispositivos como os dos artigos 188 e 277, *caput*, do CPC não violam a isonomia das partes do processo. Em verdade, o que buscam tais regras não é favorecer um ente abstrato, a “Fazenda Pública”; objetivam, na verdade, *resguardar o patrimônio público, o interesse público, a coletividade em última instância*. Ora, se um representante judicial da Fazenda Pública, por excesso de trabalho e dispendo de prazo reduzido, viesse a perder o prazo para contestar ou recorrer, mormente em ação em que a parte adversa efetivamente não tivesse o direito material alegado, o prejuízo da “Fazenda Pública”, na verdade, seria um prejuízo suportado por toda a sociedade, que direta ou indiretamente arca com os tributos que, dentre outros recursos, compõem o Erário.

15 A quantidade de ações movidas contra o Estado e, mesmo contra entidades da Administração Direta ou Indireta, é, ainda hoje, *bastante elevada*. Entretanto, o quantitativo de procuradores judiciais desses entes geralmente não corresponde ao que se exigiria para a defesa efetiva dos interesses do Estado, nem dispõem eles, muitas vezes, da

1 *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 32.

estrutura e recursos necessários para satisfatório desempenho de suas funções. Com excesso de trabalho, não é incomum que acabem por perder prazos em ações importantes. Isto pode se reverter em graves prejuízos aos cofres públicos, por exemplo, em casos de apelação intempestiva quando uma demanda é julgada procedente contra a Fazenda Pública sem que o autor tivesse o direito material alegado, ou quando a sentença injustamente acolhe pedido de verba astronômica em ação indenizatória contra o Estado.

16 É neste sentido a justa advertência de LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA²:

Exatamente por atuar no processo em virtude da existência de interesse público, consulta ao próprio interesse público viabilizar o exercício dessa sua atividade no processo da melhor e mais ampla maneira possível, evitando-se condenações injustificáveis ou prejuízos incalculáveis para o Erário e, de resto, para toda a coletividade que seria beneficiada com serviços públicos custeados com tais recursos.

17 Poder-se-ia argumentar, nos exemplos dados acima, que não haveria prejuízo à Fazenda Pública, pois a sentença proferida contra esta, para produzir efeitos, deveria ser submetida de qualquer forma ao reexame necessário (art. 475, inciso I, do CPC). Contudo, não é bem assim. Caso houvesse contestação ou recurso tempestivos, nas hipóteses referidas, poderia a Fazenda Pública invocar fundamentos, não apreciados nem cogitados pelo juiz ou Tribunal, que conduziriam a resultado favorável ao Estado.

18 Destarte, a nosso ver, os meios erigidos pela *norma discriminatória* são *proporcionais* ao atendimento da finalidade visada, que é resguardar o erário, e, por conseqüência, o *interesse público*. Assim, nos casos dos arts. 188 e 277, *caput*, do CPC e em outros dispersos pela legislação extravagante, entendemos que o tratamento diferenciado dado à Fazenda Pública, em face do particular que dispõe apenas dos prazos comuns, não ofende o princípio da isonomia, pois tais normativos tão-somente resgatam a necessária igualdade material no processo, ao reconhecer que a Fazenda Pública, por ter contra si um número substancial de demandas (mais de 60% das demandas em curso no Poder Judiciário), bem assim reconhecendo o modo peculiar ao

² A Fazenda Pública em Juízo. São Paulo: Dialética, 2007. p. 34.

qual está submetido o representante judicial da Fazenda Pública, que necessita, sempre, para bem defender o interesse público que representa, de buscar informações e documentação para a causa junto aos órgãos administrativos do Poder Público. Tal ponto será melhor desenvolvido e demonstrado mais adiante.

19 No caso da remessa necessária prevista pelo art. 475 do CPC, muitas vezes têm apregoado sua inconstitucionalidade, por afronta ao postulado da igualdade. Porém, os §§ 1º e 2º, acrescentados pela Lei nº 11.352, de 26 de dezembro de 2001, ao aludido artigo, dispensaram o duplo grau necessário nos casos de condenação ou direito controvertido, ou de embargos do devedor em execução de dívida ativa, cujo valor não exceda 60 salários mínimos; e também quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do STF ou em súmula deste tribunal ou de tribunal superior competente. Tais parágrafos, a nosso ver, trouxeram nota de razoabilidade ao tratamento desigual, pois somente autorizam a remessa necessária quando o valor for mais elevado, ou quando a sentença não estiver fundada nos precedentes já referidos.

20 Em síntese, é possível concluir, com segurança, que as atuais prerrogativas processuais da Fazenda Pública em juízo guardam perfeita consonância com a Constituição de 1988, na medida em que concretizam o princípio da isonomia, não apenas formal, mas principalmente material, bem assim o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, havendo razão suficiente para a manutenção do tratamento diferenciado dado aos Entes Públicos em juízo.

II.3 DA NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DAS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO.

21 Uma vez firmado o entendimento da conformidade das prerrogativas da Fazenda Pública em Juízo com a Constituição de 1988, isto é, entendido justificável a discriminação legal em favor da Fazenda Pública, em face do reconhecimento das peculiaridades diferenciadas nas quais se encontram submetidos os órgãos de representação judicial dos Entes Públicos da Federação, oportuno se faz demonstrar que tais discriminações ainda se fazem necessárias, não podendo ser sequer reduzidas, e muito menos extintas.

22 Com efeito, deve-se reconhecer que a atuação em juízo da Fazenda Pública difere, em muito, da atuação em juízo dos particulares, na medida

em que, consoante já foi exposto, estatísticas demonstram que mais de 60% das demandas judiciais em curso são contra a Fazenda Pública, isto é, têm o Ente Público no pólo passivo da relação processual. Este número, *per se*, já é suficiente para se constatar que o Ente Público em juízo necessita de tratamento diferenciado no processo para bem proteger o interesse público.

23 Ademais, necessário se faz reconhecer também que a burocracia ínsita aos órgãos estatais, inclui-se aqui não somente os órgãos do Poder Executivo, mas também os dos Poderes Legislativo e Judiciário, dificulta, em muito, a atuação dos órgãos de representação judicial do Estado, sendo de conhecimento público que boa parte dos prazos processuais dilatados concedidos à Fazenda Pública são consumidos em busca de *informações de fato* e de *documentação* sobre a causa, necessárias para a boa defesa do interesse público objeto da demanda.

24 Entretanto, via de regra, as informações e documentos da causa, necessárias a defesa judicial, encontram-se em poder de um outro órgão administrativo que, na verdade, “*presenta*” o Ente Público e seus interesses na causa, pois é em face da atuação desse órgão que a ação judicial foi intentada contra o Ente Público.

25 Para obtenção dessas informações e documentação, é necessária a adoção de um procedimento administrativo interno à Administração, consistente no seguinte:

- a) recebida a citação/intimação, o órgão de representação judicial deverá requerer ao órgão administrativo pertinente as informações necessárias à defesa do Ente Público;
- b) somente após recebida a requisição no órgão administrativo pertinente, esse poderá providenciar o que lhe foi requerido e remeter ao órgão de representação judicial;
- c) por sua vez, somente após recebida toda a documentação requerida, é que o órgão de representação judicial poderá elaborar a defesa do Ente Público por ele representado.

26 Assim sendo, deve-se reconhecer que grande parte do prazo processual de que dispõe o órgão de representação judicial para apresentar a defesa do Ente Público em juízo é exaurido nesse trâmite

administrativo de requerimento, processamento e recebimento das informações e documentação necessárias.

27 De notar, inclusive, que o órgão de representação judicial sequer tem meios de agilizar adequadamente a prestação das informações, ficando, no mais das vezes, à mercê do órgão administrativo, o qual deverá remeter ao órgão de representação judicial o que lhe foi solicitado.

28 Fácil de se constatar, então, que o citado procedimento administrativo interno, necessário para bem defender os interesses da Fazenda Pública em Juízo, aliado à imensa gama de ações que são diariamente intentadas contra os Entes Estatais, notadamente a União, faz com que as prerrogativas processuais hoje conferidas à Fazenda Pública sejam perfeitamente justificáveis, não necessitando serem reduzidas ou extintas.

III

DA MANUTENÇÃO DA ORDEM PREVISTA NO ART. 655 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

29 Uma das propostas da Comissão de Juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil é a “revisão da ordem prevista no atual artigo 655 do Código de Processo Civil, ponderando o princípio da utilidade da execução em confronto com o princípio da menor onerosidade”.

30 É certo que a Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006, foi editada com o objetivo de dar continuidade ao movimento de reforma do Código de Processo Civil brasileiro, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, iniciado pelas Leis nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001, nº 10.444, de 7 de maio de 2002, e nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Esse processo de reforma teve como uma de suas principais alterações a unificação do processo de conhecimento e de execução, relativamente aos títulos executivos judiciais, com a implementação do denominado processo sincrético.

31 O aumento da celeridade e da efetividade do processo é preocupação constante do legislador pátrio, tendo em vista que disso depende o bom funcionamento do sistema judicial, cujo destinatário é a sociedade, refletindo na própria credibilidade do Poder Judiciário. Sem

a existência de mecanismos efetivos para a concretização das decisões judiciais, todo o processo judicial torna-se inútil.

32 Assim, entre as medidas que priorizam a efetividade do processo foi prevista a possibilidade expressa de penhora eletrônica de dinheiro em depósito ou em aplicação em instituição financeira, encabeçando a ordem preferencial de constrição patrimonial. Com isso, há também maior celeridade processual, considerando que a existência de bens penhoráveis é um dos pressupostos da execução, sendo que a rápida localização e afetação de tais bens proporcionarão um período mais curto de tramitação processual, com a concretização do direito do credor, que já detém um título executivo com o reconhecimento de seu crédito.

33 Percebe-se, daí, que pretender revisar a ordem estabelecida no art. 655 do CPC, instaurada por meio de uma lei relativamente recente, que atende a tendência moderna do processo civil de dar a máxima efetividade à tutela jurisdicional, é caminhar em sentido contrário aos anseios atuais da sociedade brasileira e mundial. Já há um perfeito equilíbrio entre o princípio da utilidade da execução e o princípio da menor onerosidade do devedor na legislação vigente. A modificação da ordem atualmente prevista no art. 655 do CPC, que se aplica, inclusive, às execuções fiscais, tendo em vista a teoria do diálogo das fontes, ocasionará, sob pretexto de atender o princípio da menor onerosidade do devedor, a maior onerosidade para o credor, que na execução já possui um título executivo líquido, certo e exigível, sendo seu direito, nada mais justo, receber pelo seu crédito.

34 Ademais, já existem mecanismos processuais suficientes que garantem ao devedor o direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa. A efetividade do processo e a satisfação do credor é um clamor social que no Brasil já existe há muitos anos. Não há mais espaço para fomentar a inadimplência por meio de justificativas inconsistentes e que não refletem a realidade dos fatos.

35 Por esse motivo, a Fazenda Nacional considera imprescindível a manutenção da ordem prevista no art. 655 do Código de Processo Civil, não devendo prosperar qualquer tentativa de revisão dessa ordem que ocasione prejuízo ao credor e inobservância da efetividade e da celeridade do processo.

IV

DA ANÁLISE PROMOVIDA PELA PRFN DA 4ª REGIÃO

36 Além das sugestões acima indicadas, aderimos às propostas a seguir transcritas, as quais foram apresentadas pela Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional da 4ª Região, em estudo elaborado também com a finalidade de contribuir com as discussões sobre o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil:

a) Prazo de 30 dias para oferecimento de embargos à execução, previsto no art. 1º-B da Lei 9.494/97, e o seu trâmite diferenciado insculpido no art. 730 do CPC. Os que conhecem a dimensão dos órgãos do Poder Público, em sentido lato e estrito, podem avaliar quão necessário é não haver redução de tal prazo, máxime no que concerne às execuções, em matéria atinente à espécie justributário-contributiva, cujo patrocínio de defesa compete aos Procuradores da Fazenda Nacional.

A prerrogativa, inserta no art. 1º-B da Lei 9.494/97, foi criada pela Medida Provisória 2.180-35/2001, quando o então Advogado-Geral da União, hoje meritoriamente Presidente do STF, Min. Gilmar Mendes, se deparou com a gravidade da questão: o poder público não conseguiria ter uma defesa efetiva do patrimônio público, bem como elaborar os cálculos devidos para transformar a decisão judicial em pecúnia sem um prazo razoável.

Desnecessário dizer que as Pessoas Federadas (União, Estados, Municípios e DF) normalmente são intensamente demandadas e isto gera uma sobrecarga na apuração e liquidação de seus débitos. De regra, as execuções são de valores expressivos e de complexidade elevada, exigindo a demanda de cálculos e de pesquisa de situações fáticas que, até no prazo hoje assinado, vez por outra, se torna exíguo.

b) [...]

c) Apreciação equitativa no arbitramento dos honorários advocatícios, quando vencida a Fazenda Pública, prevista no art. 20, §4º, do CPC. Atribuir um percentual fixo, a exemplo do proposto de 5% a 10%, para a condenação da Fazenda Pública a título de honorários advocatícios pode conduzir a situações absurdas, em prejuízo do Erário.

Basta pensarmos nas demandas milionárias ajuizadas contra Fazenda Pública, em que a discussão é apenas jurídica, ou seja, sem maiores esforços dos causídicos *ex adversos*, nas quais a jurisprudência vem a se consolidar a favor dos contribuintes. Definitivamente, não é razoável que a sociedade arque com honorários de milhões de reais, em virtude de demandas judiciais muitas vezes simplórias.

Além disso, é importante consignar que a situação do Fisco em juízo, quando demandado, é, no mínimo, curiosa. Sim, pois o desvirtuamento do mandado de segurança, utilizado como ação declaratória sem risco de condenação a pagamento de honorários, tem levado várias empresas e inúmeros escritórios tributaristas a testarem teses novas no mandado de segurança. Posteriormente, quando sabem da certeza da condenação do Erário, buscam as ações ordinárias (repetitórias, normalmente) para poderem auferir vultosos honorários diante da possibilidade segura de saberem qual o resultado da demanda (normalmente amparado por precedentes firmes do STJ ou declarações de inconstitucionalidade confirmadas pelo STF).

d) Pagamento, ao final do processo, das custas processuais, previsto no art. 27 do CPC. Estamos aqui diante de uma prerrogativa que se harmoniza com as peculiaridades da Fazenda Pública, inicialmente, em virtude da grande quantidade de processos em que atua e, em segundo lugar, em face das dificuldades práticas do pronto pagamento de tais valores, decorrentes das implicações orçamentárias.

e) Prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, previsto no art. 188 do CPC. Prerrogativa das mais relevantes, diante da complexidade administrativa do Estado, bem como da quantidade extraordinária de demandas envolvendo os Entes Públicos. Como já anunciado no Memorial em anexo, trata-se de um imperativo da isonomia e do Princípio da Adequação Processual. Ademais, não se pode atribuir aos prazos diferenciados da Fazenda Pública a morosidade dos processos judiciais.

f) Prazo em dobro para comparecimento às audiências de conciliação no rito sumário, previsto no art. 277 do CPC. Essa peculiaridade procedimental se justifica pela complexidade da máquina administrativa do Estado e, igualmente, pela escassez de recursos humanos, proporcionalmente considerados frente à quantidade elevada de demandas.

g) *Remessa necessária, prevista no art. 475 do CPC.* Essa condição de eficácia dos provimentos jurisdicionais desfavoráveis à Fazenda Pública, nas hipóteses previstas no art. 475 do CPC, impede, no mais das vezes, prejuízos irreversíveis ao Estado, evitando não só execuções provisórias prejudiciais ao interesse público, mas também a consolidação de decisões prejudiciais à Fazenda, na hipótese de falta de interposição do recurso de apelação. Frise-se, a teleologia do instituto dirija-se à máxima proteção do interesse público.

É possível reduzir seu espectro de incidência, como já vem sendo feito nas últimas reformas processuais, no entanto, a sua eliminação do sistema processual subtrairá um importante instrumento de proteção do Estado.

A título de exemplo, poderia ser suprimida a remessa necessária quando as questões decididas estiverem em consonância com a jurisprudência consolidada em sede de repercussão geral e recurso repetitivo.

h) *Dispensa de preparo recursal, prevista no art. 511, §1º, do CPC.* Reportamo-nos ao exposto na alínea “d” supra.

i) *Possibilidade de cumprimento das cartas precatórias da Justiça Federal pela Justiça Estadual, prevista no art. 1.213 do CPC.* Essa regra importante constitui uma das aplicações do art. 109, §3º, da CF/88, conferindo jurisdição delegada à Justiça Estadual para exercer jurisdição federal.

Diante da atuação da Fazenda Nacional em comarcas estaduais, que não são sede de Vara Federal, e, ainda, da insuficiente interiorização da Justiça Federal, a regra tem de ser mantida, como forma de efetivação da jurisdição.

j) *Dispensa para a Fazenda Pública, nos termos do art. 1º-A da Lei n.º 9.494/97, do depósito prévio das multas que constituem condição de procedibilidade recursal, a exemplo do art. 538, parágrafo único, do CPC e do art. 557, §2º, do CPC.* Consoante jurisprudência pacífica do STJ, pelas peculiaridades inerentes à Fazenda Pública, não é possível exigir o depósito prévio de valores, como condição de procedibilidade das postulações em juízo.

k) *Dispensa da Fazenda Pública do depósito prévio da ação rescisória, previsto no art. 488, parágrafo único, do CPC.* Idem item “J”.

l) Manutenção do rito especial da Lei de Execuções Fiscal, aplicando-se o CPC apenas subsidiariamente, nos termos do art. 1º da LEF. Uma lei específica para disciplinar as execuções da Fazenda Pública foi um grande avanço no tratamento do crédito público, conferindo prerrogativas importantes para que se obtivesse maior efetividade na recomposição do Erário. Assim, não deve o novo CPC adentrar em tais meandros, restando incólumes os avanços da LEF diante da importância do crédito público.

A propósito, tramita também na Câmara dos Deputados projeto de reforma da lei das execuções fiscais, com apoio do Advogado-Geral da União, então Procurador-Geral da Fazenda Nacional.

m) Disciplina da eficácia prospectiva da coisa julgada nas relações jurídicas continuativas, levando em consideração as alterações fáticas e jurídicas, incluída a consolidação jurisprudencial. Esse tema é um dos mais caros aos que tratam em juízo de relações jurídicas continuativas. Isso porque, em tais casos, nos deparamos com sentenças determinativas, com eficácia prospectiva, ainda que, posteriormente, venha a se consolidar a jurisprudência contrária a tal comando judicial.

Não se pretende rescindir tais sentenças, mas sim eliminar sua eficácia, *ex nunc*, a partir da consolidação jurisprudencial em sentido contrário.

Tal postura visa conferir, sobretudo, isonomia aos contribuintes, diante do novo cenário jurídico criado, após a consolidação jurisprudencial. Ademais, constitui um imperativo de segurança jurídica, tão prezada nos precedentes que formam a jurisprudência do STJ.

Importante consignar, outrossim, que tal norma irá beneficiar tanto a Fazenda Pública, quanto os contribuintes, pois é plenamente factível que tenhamos uma decisão, com eficácia prospectiva, desfavorável a um contribuinte (obrigando-o a pagar certo tributo, *v.g.*) e, posteriormente, a jurisprudência se consolide no sentido inexistência da obrigação tributária.

n) [...]

o) Consignação expressa da impossibilidade de execução provisória contra a Fazenda Pública, em relação às obrigações de pagar dinheiro,

nos termos do art. 100 da CF/88. Essa norma está de acordo com a regra constitucional do pagamento das condenações das Pessoas Federadas, por meio do regime do precatório, conferindo, portanto, isonomia aos cidadãos e preservando o planejamento orçamentário.

p) [...]

q) [...]

r) *Criação de um recurso específico contra a decisão do Presidente do Tribunal que inadmita REsp e RE, por entender que a decisão está em consonância com o julgamento em recurso repetitivo e repercussão geral.* Atualmente, enfrentamos grande dificuldade decorrente da postura do STF em inadmitir agravos de instrumento para destrancar recurso extraordinário, ou mesmo reclamações contra tal juízo de inadmissibilidade, quando a Fazenda alega que o tribunal de origem aplicou mal o entendimento exposto pelo STF em regime de repercussão geral.

Diante disso, expôs o STF que o recurso cabível seria o agravo regimental, contra a decisão do Presidente do tribunal de origem. Ocorre que, não obstante esteja sendo utilizado tal instrumento, esse recurso não tem previsão legal.

É sabido do intento dessa comissão de eliminar os embargos infringentes. Entretanto, a título de sugestão, indagamos se não seria interessante possibilitar às partes um recurso interno no tribunal, tão-só com o fim de aferir a correta aplicação dos precedentes do STF e do STJ, quando julgam sob o regime do recurso repetitivo ou da repercussão geral. Tal medida eliminaria a aflição das partes que, conquanto tenham situações peculiares, nas quais os precedentes do STF e STJ foram aplicados incorretamente, não conseguem conduzir tais matérias à apreciação das Cortes Superiores. (grifo do autor)

DOS TEMAS ANALISADOS PELO GRUPO DE TRABALHO DA AGU

37 No tocante aos temas analisados pelo Grupo de Trabalho da Advocacia-Geral da União, manifestamo-nos expressamente pela ratificação das conclusões tecidas nos tópicos a seguir indicados:

- a) manutenção da remessa necessária, com as especificações apontadas³;
- b) manutenção dos prazos recursais diferenciados nos moldes atuais;
- c) manutenção do efeito suspensivo recursal em face da Fazenda Pública;
- d) extinção do agravo retido;
- e) em relação aos recursos especiais repetitivos e à repercussão geral, tornar obrigatória a observância dos julgados do STJ e do STF às demais ações;
- f) prequestionamento mitigado, nos termos do Projeto de Lei nº 1.535, de 2007, do Deputado Flávio Dino, na hipótese de se tratar de recurso especial repetitivo ou de repercussão geral;
- g) manutenção do atual critério de equidade previsto no art. 20, § 4º, do CPC, referente à fixação dos honorários advocatícios de sucumbência;
- h) concordância com a proposta referente à não incidência de honorários advocatícios nas execuções de obrigação de pagar contra a Fazenda Pública não impugnadas.

38 Quanto às demais propostas que afetam a atuação da Fazenda Pública em juízo, seria necessário maior prazo para reflexão e

3 [...]]

Nesse contexto, a AGU propõe a manutenção do reexame necessário previsto no CPC em vigor, porém, acrescido de mitigações em relação à União e respectivas autarquias e fundações de direito público, não se sujeitando a sentença ao duplo grau de jurisdição quando:

- a) houver recurso voluntário;
- b) o Advogado Público Federal informar ao Juízo da causa a existência de instrução do Advogado-Geral da União para não interpor recurso voluntário *in casu*;
- c) houver transação celebrada pela pessoa jurídica de direito público.

Nos demais casos, sustenta-se a necessidade da manutenção do reexame necessário, visto que o mesmo constitui relevante instrumento de proteção do interesse público na medida em que possibilita, ao juízo *ad quem*, a correção de eventuais erros ou desvios do processo.

aprofundamento das sugestões levantadas pelo Grupo de Trabalho da AGU às proposições temáticas feitas pela Comissão de Juristas, razão pela qual não foram apreciadas neste Parecer.

VI

CONCLUSÃO

39 São essas as considerações que esta Coordenação-Geral da Representação Judicial – CRJ considera que devam ser observadas quando da elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, sugerindo o envio do presente Parecer ao Grupo de Trabalho da AGU que acompanha as discussões do Novo CPC, a fim de que dê os necessários encaminhamentos à Comissão de Juristas responsável pelo referido anteprojeto.

À consideração superior.

Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional,
em 15 de abril de 2010.

Loretta Paz Sampaio

Procuradora da Fazenda Nacional

Vinicius Campos Silva

Procurador da Fazenda Nacional

De acordo. À consideração superior.

Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional,
em de abril de 2010.

Luana Vargas Macedo

Coordenadora de Consultoria Judicial Substituta

De acordo. À consideração superior.

Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional,
em de abril de 2010.

João Batista de Figueiredo

Coordenador-Geral da Representação Judicial
da Fazenda Nacional Substituto

De acordo. À consideração superior.

Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional,
em de abril de 2010.

Fabício da Soller

Procurador-Geral Adjunto de Consultoria e Contencioso Tributário

Aprovo. Encaminhe-se o presente Parecer ao Presidente do Grupo de Trabalho da AGU que acompanha as discussões do Novo CPC, para ciência e adoção das providências que entender cabíveis.

Procuradoria-Geral Da Fazenda Nacional,
em de abril de 2010.

Adriana Queiroz de Carvalho

Procuradora-Geral da Fazenda Nacional

SUGESTÕES PRFN - 4ª REGIÃO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO LUIZ FUX:

Ao cumprimentar Vossa Excelência e aos demais integrantes dessa douta Comissão de Revisão do Código de Processo Civil, instituída em outubro de 2009, pelo Ato n.º 379 do Presidente do Senado Federal Sr. José Sarney, cujo escopo é de colher sugestões tendentes a serem apreciadas, com vistas a alterações do Estatuto Processual brasileiro, seja-nos lícito apresentar ponderações, com foco nas prerrogativas que o Ordenamento Processual assegura à Fazenda Pública.

Sem embargo não esteja ainda disponível texto do anteprojeto de modificações do CPC, cremos ser de fundamental importância emprestar apoio ao que se contém no memorial em anexo, apresentado em audiência pública, em Brasília, por representantes da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

Em seguimento, e sempre sob a perspectiva de que os Advogados Públicos, em geral, e os Procuradores da Fazenda Nacional, em particular, não defendem situações privilegiadas, de per si, mas propugnam pela preservação de prerrogativas processuais inerentes às entidades de direito público que lhes incumbe representar e defender judicialmente, cuidamos observar que há outras previsões no Ordenamento Processual, de igual valor, que, exemplificativamente, arrolamos e pugnamos pela preservação.

a) Prazo de 30 dias para oferecimento de embargos à execução, previsto no art. 1º-B da Lei 9.494/97, e o seu trâmite diferenciado insculpido no art. 730 do CPC. Os que conhecem a dimensão dos órgãos do Poder Público, em sentido lato e estrito, podem avaliar quão necessário é não haver redução de tal prazo, máxime no que concerne às execuções, em matéria atinente à espécie justributário-contributiva, cujo patrocínio de defesa compete aos Procuradores da Fazenda Nacional.

A prerrogativa, inserta no art. 1º-B da Lei 9.494/97, foi criada pela Medida Provisória 2.180-35/2001, quando o então Advogado-Geral da União, hoje meritoriamente Presidente do STF, Min. Gilmar Mendes, se deparou com a gravidade da questão: o poder público não conseguiria ter uma defesa efetiva do patrimônio público, bem como elaborar os cálculos devidos para transformar a decisão judicial em pecúnia sem um prazo razoável.

Desnecessário dizer que as pessoas federadas (União, Estados, Municípios e DF) normalmente são intensamente demandadas e isto gera uma sobrecarga na apuração e liquidação de seus débitos. De regra, as execuções são de valores expressivos e de complexidade elevada, exigindo a demanda de cálculos e de pesquisa de situações fáticas que, até no prazo hoje assinado, vez por outra se torna exíguo.

b) *Intimação com a carga dos autos, prevista no art. 20 da Lei 11.033/04.* Esta prerrogativa se justifica, sobretudo, em virtude da ampla dimensão territorial na qual atua a Fazenda Nacional, tendo que litigar em comarcas distantes e de difícil acesso, nas quais não há sede de Justiça Federal e, igualmente, de unidades Seccionais da Fazenda Nacional. A intimação sem carga dos autos iria proporcionar grave prejuízo para a defesa União em juízo e, em alguns casos, até mesmo sua inviabilidade.

Paralelamente, não obstante a Procuradoria da Fazenda Nacional estar se aparelhando a cada dia, a quantidade de processos em que atuam os Procuradores justifica o tratamento diferenciado, a fim de preservar o interesse público.

A aludida prerrogativa ainda eliminou a incômoda situação em que nos casos de provimento parcial de recursos, nos Tribunais (inclusive Superiores) nenhuma das partes poderia ter o processo em carga para exame dos autos.

Com a prerrogativa, inclusive os advogados da parte que litigue com a Fazenda Pública pode ter acesso aos autos, pois essa sistemática proporciona que os prazos sejam sucessivos.

c) *Apreciação equitativa no arbitramento dos honorários advocatícios, quando vencida a Fazenda Pública, prevista no art. 20, §4º, do CPC.* Atribuir um valor fixo, a exemplo do proposto de 5% a 10%, para a condenação da Fazenda Pública a título de honorários advocatícios pode conduzir a situações absurdas, em prejuízo do Erário.

Basta pensarmos nas demandas milionárias ajuizadas contra Fazenda Pública, em que a discussão é apenas jurídica, ou seja, sem maiores esforços dos causídicos *ex adversos*, nas quais a jurisprudência vem a se consolidar a favor dos contribuintes. Definitivamente, não é

razoável que a sociedade arque com honorários de milhões de reais, em virtude de demandas judiciais muitas vezes simplórias.

Além disso, é importante consignar que a situação do Fisco em juízo, quando demandado, é, no mínimo, curiosa. Sim, pois o desvirtuamento do mandado de segurança, utilizado como ação declaratória sem risco de condenação a suportar honorários, tem levado várias empresas e inúmeros escritórios tributaristas a testarem teses novas no mandado de segurança. Posteriormente, quando sabem da certeza da condenação do Erário, buscam as ações ordinárias (repetitórias, normalmente) para poderem auferir vultosos honorários diante da possibilidade segura de saberem qual o resultado da demanda (normalmente amparado por precedentes firmes do STJ ou declarações de inconstitucionalidade confirmadas pelo STF).

d) Pagamento, ao final do processo, das custas processuais, previsto no art. 27 do CPC. Estamos aqui diante de uma prerrogativa que se harmoniza com as peculiaridades da Fazenda Pública, inicialmente em virtude da grande quantidade de processos em que atua e, em segundo lugar, em face das dificuldades práticas do pronto pagamento de tais valores, decorrentes das implicações orçamentárias.

e) Prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, previsto no art. 188 do CPC. Prerrogativa das mais relevantes, diante da complexidade administrativa do Estado, bem como da quantidade extraordinária de demandas envolvendo os Entes Públicos. Como já anunciado no Memorial em anexo, trata-se de um imperativo da isonomia e do Princípio da Adequação Processual. Ademais, não se pode atribuir aos prazos diferenciados da Fazenda Pública a morosidade dos processos judiciais.

f) Prazo em dobro para comparecimento às audiências de conciliação no rito sumário, previsto no art. 277 do CPC. Essa peculiaridade procedimental se justifica pela complexidade da máquina administrativa do Estado e, igualmente, pela escassez de recursos humanos, proporcionalmente considerados frente à quantidade elevada de demandas.

g) Remessa necessária, prevista no art. 475 do CPC. Essa condição de eficácia dos provimentos jurisdicionais desfavoráveis à Fazenda Pública, nas hipóteses previstas no art. 475 do CPC, evita,

no mais das vezes, prejuízos irreversíveis ao Estado, evitando não só execuções provisórias prejudiciais ao interesse público, mas também a consolidação de decisões prejudiciais à Fazenda, na hipótese de falta de interposição do recurso de apelação. Frise-se, a teleologia do instituto dirige-se à máxima proteção do interesse público.

É possível reduzir seu espectro de incidência, como já vem sendo feito nas últimas reformas processuais, no entanto, sua eliminação do sistema processual subtrairá um importante instrumento de proteção do Estado.

A título de exemplo, poderia ser suprimida a remessa necessária quando as questões decididas estiverem em consonância com a jurisprudência consolidada em sede de repercussão geral e recurso repetitivo.

h) Dispensa de preparo recursal, prevista no art. 511, §1º, do CPC. Reportamo-nos ao exposto na alínea “d” supra.

i) Possibilidade de cumprimento das cartas precatórias da Justiça Federal pela Justiça Estadual, prevista no art. 1.213 do CPC. Essa regra importante constitui uma das aplicações do art. 109, §3º, da CF/88, conferindo jurisdição delegada à Justiça Estadual para exercer jurisdição federal.

Diante da atuação da Fazenda Nacional em comarcas estaduais, que não são sede de Vara Federal, e, ainda, da insuficiente interiorização da Justiça Federal, a regra tem de ser mantida, como forma de efetivação da jurisdição.

j) Dispensa para a Fazenda Pública, nos termos do art. 1º-A da Lei n.º 9.494/97, do depósito prévio das multas que constituem condição de procedibilidade recursal, a exemplo do art. 538, parágrafo único, do CPC e do art. 557, §2º, do CPC. Consoante jurisprudência pacífica do STJ, pelas peculiaridades inerentes à Fazenda Pública, não é possível exigir o depósito prévio de valores, como condição de procedibilidade das postulações em juízo.

k) Dispensa da Fazenda Pública do depósito prévio da ação rescisória, previsto no art. 488, parágrafo único, do CPC. Idem item “J”.

l) *Manutenção do rito especial da Lei de Execuções Fiscal, aplicando-se o CPC apenas subsidiariamente, nos termos do art. 1º da LEF.* Uma lei específica para disciplinar as execuções da Fazenda Pública foi um grande avanço no tratamento do crédito público, conferindo prerrogativas importantes para que se obtivesse maior efetividade na recomposição do Erário. Assim, não deve o novo CPC adentrar em tais meandros, restando incólumes os avanços da LEF diante da importância do crédito público.

A propósito, tramita também na Câmara dos Deputados projeto de reforma da lei das execuções fiscais, com apoio do Advogado-Geral da União, então Procurador-Geral da Fazenda Nacional.

m) *Disciplina da eficácia prospectiva da coisa julgada nas relações jurídicas continuativas, levando em consideração as alterações fáticas e jurídicas, incluída a consolidação jurisprudencial.* Esse tema é um dos mais caros aos que tratam em juízo de relações jurídicas continuativas. Isso porque, em tais casos, nos deparamos com sentenças determinativas, com eficácia prospectiva, mesmo que, posteriormente, venha a se consolidar a jurisprudência contrária a tal comando judicial.

Não se pretende rescindir tais sentenças, mas sim eliminar sua eficácia, *ex nunc*, a partir da consolidação jurisprudencial em sentido contrário.

Tal postura visa conferir, sobretudo, isonomia ao contribuintes, diante do novo cenário jurídico criado, após a consolidação jurisprudencial. Ademais, constitui um imperativo de segurança jurídica, tão prezada nos precedentes que formam a jurisprudência do STJ.

Importante consignar, outrossim, que tal norma irá beneficiar tanto a Fazenda Pública, quanto os contribuintes, pois é plenamente factível que tenhamos uma decisão, com eficácia prospectiva, desfavorável a um contribuinte (o obrigando a pagar certo tributo, *v.g.*) e, posteriormente, a jurisprudência se consolide pela inexistência da obrigação tributária.

n) *Manutenção das limitações à possibilidade de medidas de urgência contra a Fazenda Pública, previstas nas Leis n.º 4.348/64; 5.021/66; 8.437/92; 9.494/97; 5.021/66.* Tais medidas visam

proteger o orçamento público, o que reflete diretamente na garantia da efetivação das políticas públicas.

o) Consignação expressa da impossibilidade de execução provisória contra a Fazenda Pública, em relação às obrigações de pagar dinheiro, nos termos do art. 100 da CF/88. Essa norma está de acordo com a regra constitucional do pagamento das condenações das pessoas federadas, por meio do regime do precatório, conferindo, portanto, isonomia aos cidadãos, bem como preserva o planejamento orçamentário.

p) Possibilitar a intervenção, na qualidade de terceiro interessado, da Fazenda Pública em processos nos quais se demonstre interesse econômico, nos termos já permitidos no art. 5º da Lei 9.469/97. Trata-se de prerrogativa para resguardar o patrimônio público, que no final das contas, é de todo o cidadão brasileiro.

q) Disciplina da suspensão de segurança, contra as decisões que possam causar grave lesão à ordem, saúde, segurança e economia pública. A conhecida “suspensão de segurança”, atualmente utilizada para suspensão de qualquer decisão judicial, tem por objetivo imediato proteger o interesse público, enquanto não proferida decisão definitiva sobre certo tema sensível à sociedade e ao Estado.

Por tais razões, não se pode cogitar em suprimir tal instituto, sob pena de incalculável ao interesse público.

É de se lembrar que o importante instituto estava expressamente previsto no CPC de 1939, não sendo repetido no CPC de 1973, em virtude da sua regulamentação em diversas leis esparsas, a exemplo da Lei n.º 1.533/51, Lei n.º 4.348/64, Lei n.º 7.347/ 85, Lei n.º 8.437/92 e Lei n.º 9.507/97.

r) Criação de um recurso específico contra a decisão do Presidente do Tribunal que inadmite REsp e RE, por entender que a decisão está em consonância com o julgamento em recurso repetitivo e repercussão geral. Atualmente, enfrentamos grande dificuldade decorrente da postura do STF em inadmitir agravos de instrumento para destrancar recurso extraordinário, ou mesmo reclamações contra tal juízo de inadmissibilidade, quando a Fazenda alega que o tribunal de origem aplicou mal o entendimento exposto pelo STF em regime de repercussão geral.

Diante disso, expôs o STF que o recurso cabível seria o agravo regimental, contra a decisão do Presidente do tribunal de origem. Ocorre que, não obstante esteja sendo utilizado tal instrumento, esse recurso não tem previsão legal.

É sabido do intento dessa comissão de eliminar os embargos infringentes. Entretanto, a título de sugestão, indagamos se não seria interessante possibilitar às partes um recurso interno no tribunal, tão-só com o fim de aferir a correta aplicação dos precedentes do STF e do STJ, quando julgam sob o regime do recurso repetitivo ou da repercussão geral. Tal medida eliminaria a aflição das partes que, conquanto tenham situações peculiares, nas quais os precedentes do STF e STJ foram aplicados incorretamente, não conseguem conduzir tais matérias à apreciação das Cortes Superiores.

s) Necessidade de citação pessoal ad Fazenda Pública, nos termos do art. 222, “c”, do CPC. A preservação da prerrogativa está na linha da necessidade de acautelar os interesses públicos defendidos pela Fazenda Nacional, garantindo a mais ampla e segura defesa do Estado.

À derradeira, cumpre relatar a Vossa Excelência e aos seus pares que a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, no espectro legal de suas atribuições, tem agido proativamente, visando a contribuir para a redução da litigiosidade, sempre e quando o Poder Judiciário, no âmbito de suas instâncias decisórias máximas, houver decidido de forma reiterada, consolidando jurisprudências de entendimento, disso resultando colidir com o princípio da eficiência, quando não de ilegalidade (caso das Súmulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal), a postura de apresentação de recursos meramente proleatórios. Nesta toada, relacionamos instrumentos de dispensa de contestação e de recursos utilizados por nossos Procuradores da Fazenda Nacional, objetivando a consecução de tal desiderato (Atos Declaratórios e Portaria nº 294), anexados. Vide, ainda o site da PGFN na internet: http://www.pgfn.fazenda.gov.br/legislacao-e-normas/atos%20declaratorios_links.pdf

Em face à relevância do tema que está sendo aqui tratado, que por certo comportará outras iniciativas feitas a que está hoje em curso, reiteramos nossa disponibilidade de colaboração com Vossa Excelência e seus ilustres Pares.

Porto Alegre, 14 De Abril De 2010.

José Diogo Cyrillo da Silva

Procurador Regional da Fazenda Nacional na 4ª Região

João Paulo Caminha de Souza Ribeiro

Subprocurador Regional da Fazenda Nacional na 4ª Região

Artur Alves da Motta

Procurador Regional Substituto da Fazenda Nacional na 4ª Região

Procurador-Chefe da Defesa

Paulo Mendes de Oliveira

Procurador-Chefe Substituto da Defesa

Procurador-Chefe da Divisão de Defesa de 2ª Instância

Tiago Pereira Lisboa

Procurador-Chefe da Divisão de Defesa de 1ª Instância

João Osvaldo Caporal Júnior

Procurador-Chefe Substituto da Divisão de Defesa de 1ª Instância

Letícia Geremia Balestro

Procuradora-Chefe da Divisão de Acompanhamento Especial

Eduardo Rauber Gonçalves

Procurador-Chefe Substituto Da Divisão De Acompanhamento Especial

Rafael Dias Degani

Procurador-Chefe da Dívida Ativa da União

Maria Cláudia Taborda Masiero

Procuradora-Chefe Substituta da Dívida Ativa da União

Procuradora-Chefe da Divisão da Dívida Ativa da União

Ramon Lisboa

Procurador-Chefe Substituto da Divisão da Dívida Ativa da União

Christian Frau Obrador Chaves

Procurador-Chefe da Divisão de Grandes Devedores

Débora Goulart Ourique

Procuradora-Chefe da Divisão de Grandes Devedores

Filipe Loureiro Santos

Procurador-Chefe Substituto da Divisão de Assuntos Fiscais

Helena Torelly Fraga Mincarone

Procuradora-Chefe De Divisão de Consultoria e Assessoramento Jurídico

Ricardo Ballejo Villarinho

Procurador-Chefe Substituto da Divisão de Consultoria e
Assessoramento Jurídico

PARECER

AGU-NAJSP-Nº 1096-2009-TVB

COLETA SELETIVA SOLIDÁRIA

Teresa Villac Pinheiro Barki
Advogada da União

**COLETA SELETIVA SOLIDÁRIA – FUNDAMENTOS
–SUBSÍDIOS PARA IMPLANTAÇÃO NA DELEGACIA
DE POLÍCIA FEDERAL EM SANTOS.**

Implantação da coleta seletiva solidária na Polícia Federal de Santos. II. Fundamentos. III. Lei 8.666/06 e Decreto 5.940/06. IV. Busca da efetividade na divulgação do processo de habilitação. V. Possibilidade de composição entre os habilitados. VI. Requisitos a serem observados. VI. Alterações na minuta de edital. VII. Substituição do termo de compromisso por modelo do Comitê Interministerial de Inclusão Social dos Catadores de Materiais Recicláveis. VIII. Recomendações e subsídios.

PARECER-AGU-NAJSP-Nº 1096-2009-TVB
Processo Administrativo nº 08504.008345/2009-99
Interessado: Delegacia de Polícia Federal em Santos
Assunto: Coleta Seletiva Solidária
Valor: socioambiental
Atividade-meio

I - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Primeiramente, consigne-se que a presente manifestação jurídica lastreia-se no artigo 11, da Lei Complementar nº 73/93 e artigo 38, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

02 O exame aqui empreendido restringe-se aos aspectos exclusivamente jurídicos da regularidade do procedimento, excluídos os aspectos técnicos concernentes ao levantamento do quantitativo de resíduos descartados no órgão assessorado, bem como o exame da documentação juntada aos autos concernente às cooperativas, sem se esmiuçar, portanto, nas atribuições da Comissão para a Coleta Seletiva da Delegacia de Polícia Federal em Santos.

03 Constam, ainda, do parecer observações mais gerais com o objetivo de orientar a Autoridade na implantação desta nova prática de gestão adequada dos resíduos no órgão assessorado.

04 Por outro lado, as questões que envolvam a legalidade, de observância obrigatória pela Administração, serão apontadas, ao final deste parecer, como óbices a serem corrigidos ou superados. O prosseguimento do feito, sem a correção de tais apontamentos, será de responsabilidade exclusiva do órgão.

05 Presume-se, outrossim, que a Autoridade consulente e os demais agentes componentes da Comissão para a Coleta Seletiva tenham competência para praticarem os atos neste processo. Cabe à Autoridade verificar a exatidão dessas informações, zelando para que todos os atos processuais sejam praticados somente por aqueles que detenham as correspondentes atribuições.

II - RELATÓRIO

06 Os autos em exame foram encaminhados ao NAJ/SP para exame do processo de implantação da coleta seletiva solidária na Delegacia de Polícia Federal de Santos.

07 A instrução inicia com a juntada do Decreto n. 5.940/2006, que instituiu a separação dos resíduos sólidos recicláveis descartáveis pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal Direta e Indireta, seguido da Portaria n. 6/2008, DPF/STS/SP, de 14/05/08, que constituiu Comissão para a Coleta Seletiva Solidária no âmbito da DPF/Santos.

08 Constam documentos encaminhados pelo Comitê Interministerial de Inclusão Social de Catadores de Materiais Recicláveis, relação do “lixo atualmente coletado e destinado na sede da SR/DPF/SP” e histórico da Comissão para Coleta Seletiva Solidária do Edifício-Sede da SR/DPF/SP. As atas das reuniões da referida Comissão constam dos autos.

09 Procedeu-se à juntada de documentação da Coopcolre – Cooperativa de Trabalho de Profissionais de Serviços de Coletagem de Lixos Recicláveis do Estado de São Paulo.

10 O processo finaliza com minuta de edital de seleção n. 01/2009, termo de compromisso (anexo I) e solicitação, pela Comissão de Coleta Seletiva Solidária, de encaminhamento dos autos para apreciação jurídica. O Delegado de Polícia Federal Dr. Gesival Gomes de Souza aprovou a minuta e o termo de compromisso, designou a Comissão e determinou o envio do processo ao NAJ/SP para análise e parecer.

11 Os autos foram recebidos no NAJ em 06/10 e encaminhados a esta advogada para parecer. Em 09/10, após estudo do processo, encaminhei e-mail à Secretaria Executiva do Comitê Interministerial de Inclusão Social dos Catadores de Materiais Recicláveis solicitando esclarecimentos e subsídios, respondidos em 15/10, conforme documentos juntados aos autos.

12 É o relatório, passo à manifestação jurídica.

III - ANÁLISE JURÍDICA

13 Trata-se de processo administrativo de gestão encaminhado para exame da regularidade jurídica prévia da Coleta Seletiva Solidária na Delegacia de Polícia Federal de Santos.

14 Primeiramente, por questão de regularidade procedimental, solicitamos ao órgão assessorado que numere e rubrique todas as folhas.

15 A destinação adequada ao lixo descartado pelos órgãos da Administração Federal Direta e Indireta, com a separação dos resíduos recicláveis e destinação às associações e cooperativas de catadores, é obrigação decorrente do Decreto n. 5.940, de 25/10/08, está em consonância com os princípios constitucionais ambientais, a Lei n. 11.445/07, que estabeleceu as diretrizes nacionais para o saneamento básico, além de medida de gestão pública condizente com as funções sociais da cidade.

16 Formalmente, instituiu-se por Decreto Presidencial de 11/09/2003 o Comitê Interministerial de Inclusão Social dos Catadores de Materiais Recicláveis, a quem compete, por sua Secretaria Executiva, acompanhar a implementação do Decreto nº 5.940/06.

17 Passemos ao exame dos requisitos a serem atendidos para a coleta seletiva no setor público.

18 A situação ora examinada configura-se como dispensa de licitação (art. 24, XXVII, da Lei 8.666/06), cujos requisitos de regularidade devem ser conjugados com o atendimento de regramentos específicos do Decreto n. 5.940/06.

19 Assim, é necessário que a Autoridade competente, após motivação da Comissão para a Coleta do órgão assessorado, autorize expressamente a instauração e prosseguimento do presente processo administrativo de gestão com lastro no art. 24, XXVII, com a ressalva de que não se trata de contratação stricto sensu, ou seja, sem contraprestação pecuniária e de acordo com os requisitos do Decreto regulador, abaixo elencados e detalhados.

20 *Quanto ao que se considera resíduo reciclável:*

21 Por resíduos recicláveis tenha a Autoridade presente que são os materiais passíveis de retorno ao seu ciclo produtivo, rejeitados pelo órgão (art. 2º, II). Registre-se que nesta categoria não se inserem os bens inservíveis disciplinados no Decreto n. 99.658/90, conforme parecer da Consultoria Jurídica do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (PARECER CJ/MDS N. 1785/2008).

22 A única hipótese para o recebimento de bens inservíveis por associações e cooperativas de coleta de resíduos recicláveis é no caso de abandono, necessária a observância do procedimento de desfazimento de bem denominado “justificativa de abandono”, previsto no art. 18 do Decreto n. 99.658/90.

23 Ademais, como o Decreto n. 5.940/06 não faz menção à “lixo”, mas a “resíduos recicláveis descartados”, caracterizando-os como “materiais passíveis de retorno ao seu ciclo produtivo”, é indubitável que na rejeição destes materiais deve-se agir dentro dos princípios de razoabilidade e moralidade administrativa.

24 *Quanto à destinação:*

25 Não há margem para discricionariedade administrativa, devendo-se atentar para dois aspectos: a) os resíduos recicláveis não podem ser encaminhados para a coleta ordinária municipal e têm destinação específica prevista no Decreto n. 5.940 que instituiu a obrigatoriedade de proceder a sua separação, b) uma vez separados, devem ter como destinatários exclusivamente as cooperativas e associações de catadores.

26 Há um dever do gestor em implantar esta política pública, que não é medida isolada, mas instrumento para o atendimento de deveres estatais ambientais de status constitucional; de compromissos internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro em cúpulas e conferências mundiais voltadas à problemática ambiental, sem se olvidar dos fundamentos e objetivos que norteiam a República Federativa concernentes à cidadania e redução das desigualdades.

27 Destarte, a busca da sustentabilidade tem como característica marcante a multilateralidade, hoje consenso que esta somente se efetiva se amparada em três pilares: ambiental, social e econômico. É justamente neste contexto que se insere a implantação da coleta seletiva, somando-

se aos princípios e metas estabelecidos pela Agenda Ambiental na Administração Pública.

28 *Quanto à escolha das cooperativas e associações de catadores:* há exigências a serem atendidas, estabelecidas no art. 3º do Decreto referido:

Art. 3º Estarão habilitadas a coletar os resíduos recicláveis descartados pelos órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta as associações e cooperativas de catadores de materiais recicláveis que atenderem aos seguintes requisitos:

I - estejam formal e exclusivamente constituídas por catadores de materiais recicláveis que tenham a catação como única fonte de renda;

II - não possuam fins lucrativos;

III - possuam infra-estrutura para realizar a triagem e a classificação dos resíduos recicláveis descartados; e

IV - apresentem o sistema de rateio entre os associados e cooperados.

Parágrafo único. A comprovação dos incisos I e II será feita mediante a apresentação do estatuto ou contrato social e dos incisos III e IV, por meio de declaração das respectivas associações e cooperativas.

29 *Quanto à divulgação do processo:*

30 O art. 6º, parágrafo único, do Decreto, estabelece que devem ser implementadas ações de publicidade de utilidade pública, que assegurem a lisura e igualdade de participação das associações e cooperativas de catadores.

31 Assim, no processo de habilitação, esta divulgação deve ser a mais ampla possível junto ao seu público alvo. Para tanto, recomendamos com ênfase que o órgão assessorado não se limite à publicação do edital no Diário Oficial, divulgando-o em locais que sejam acessíveis à coletividade dos catadores. Neste sentido, transcrevemos, por oportunos, os esclarecimentos prestados pelo Comitê Interministerial (e-mail anexo):

Importante entender que catador não lê Diário Oficial. Esse instrumento de comunicação tem pouca probabilidade de acessá-los. Portanto, ainda que o órgão sinta necessidade de publicar o chamamento para processo seletivo nesse instrumento de comunicação, para se obter efetividade é necessário que essa publicação chegue ao público alvo.

Nesse sentido, aconselhamos o órgão a procurar a Secretaria de Assistência Social e o Serviço de limpeza urbana da sua localidade. Esses entes costumam ter contato com os catadores locais.

Também, a representação local do MNCR¹

Outra possibilidade é o aterro sanitário ou lixão local.

Essa busca ativa permite informar o maior número de interessados

31 *Quanto à amplitude e limites do acordo que pode ser firmado pelas associações e cooperativas habilitadas para a partilha dos resíduos recicláveis:*

32 O Decreto n. 5.940/06 inseriu uma inovação administrativa no processo de seleção dos habilitados e o art. 4º permite que as associações e cooperativas habilitadas firmem acordo perante a Comissão para a Coleta Seletiva Solidária para a partilha dos resíduos recicláveis.

33 Assim, caso sejam habilitadas duas ou mais cooperativas, é possível que estas se componham entre si quanto aos detalhes de uma parceria, por exemplo. Ponderamos que esta composição não pode redundar em situação que comprometa o funcionamento do órgão assessorado ou de sua logística administrativa. Nesta situação, entendemos que a Comissão pode não aceitar o acordo, justificando a necessidade de serem executadas regularmente as atividades concernentes à consecução das finalidades institucionais do órgão.

34 Outrossim, se duas ou mais associações/cooperativas forem habilitadas e não houver consenso, a Comissão deve atentar para as disposições dos parágrafos 1º a 3º do mesmo artigo 4º, procedendo-se ao sorteio:

1 Movimento Nacional de Catadores de Materiais Recicláveis.

Art. 4º As associações e cooperativas habilitadas poderão firmar acordo, perante a Comissão para a Coleta Seletiva Solidária, a que se refere ao art. 5º, para partilha dos resíduos recicláveis descartados.

§ 1º Caso não haja consenso, a Comissão para a Coleta Seletiva Solidária realizará sorteio, em sessão pública, entre as respectivas associações e cooperativas devidamente habilitadas, que firmarão termo de compromisso com o órgão ou entidade, com o qual foi realizado o sorteio, para efetuar a coleta dos resíduos recicláveis descartados regularmente.

§ 2º Na hipótese do § 1º, deverão ser sorteadas até quatro associações ou cooperativas, sendo que cada uma realizará a coleta, nos termos definidos neste Decreto, por um período consecutivo de seis meses, quando outra associação ou cooperativa assumirá a responsabilidade, seguida a ordem do sorteio.

§ 3º Concluído o prazo de seis meses do termo de compromisso da última associação ou cooperativa sorteada, um novo processo de habilitação será aberto.

35 *Quanto a exigência de apresentação de relatórios:*

36 A Comissão para a Coleta Seletiva Solidária deve apresentar, semestralmente, ao Comitê Interministerial da Inclusão Social de Catadores de Lixo uma avaliação do processo de separação dos resíduos recicláveis descartados, na fonte geradora, e a sua destinação às associações/cooperativas (art. 5º, § 3º),

37 Referido relatório está disponível no sítio www.coletasolidaria.gov.br, sendo fundamental que, no momento da assinatura do Termo de Compromisso com a Cooperativa, haja o preenchimento e o envio desse formulário para disponibilizar ao Comitê os dados cadastrais do órgão e cooperativa/associação.

38 *Outros subsídios:*

39 O Comitê Interministerial dispõe de relação das associações e cooperativas de catadores de materiais recicláveis fornecida pelo Movimento Nacional de Catadores de Materiais Recicláveis-MNCR, podendo ser disponibilizada através de solicitação por e-mail.

40 *Exame da minuta do edital de seleção:*

41 No item 3.4, sugerimos esclarecer em linguagem mais acessível no que consiste a exigência de regular, formal e prévio credenciamento do pessoal perante a Delegacia de Polícia Federal em Santos, Por exemplo: “A entidade fornecerá por escrito à DPF Santos a identificação dos catadores, membros ou cooperados que procederão à coleta, com menção ao nome completo e documento oficial (RG ou Certidão de Nascimento ou CPF ou título de eleitor)”.

42 3.5: consta entrega da planilha de rateio na “Alfândega do Porto de Santos”. Corrigir para DPF/Santos.

43 3.9. No que consistem “as normas disciplinares determinadas pela Comissão”? Atentar para que esta não extrapole suas atribuições regularmente fixadas no Decreto.

44 No que se refere às previsões constantes dos subitens 4.5.1.1., 4.5.1.2 e 4.5.1.3. sobre o processamento do pedido de seqüestro de bens dos dirigentes da entidade nos casos de enriquecimento ilícito, bloqueio de contas no Brasil e exterior, entendo que não há necessidade de menção no edital porque já contempladas as hipóteses no ordenamento legal e esta questão ultrapassa a finalidade precípua do edital, que é a divulgação da implantação da coleta seletiva para a coletividade que dela participa.

45 Assim, a fim de não impingir uma conotação excessivamente negativa na atividade de coleta seletiva exercida pelos catadores, manifesto-me pela exclusão destes subitens, suficiente a disciplina do item 4.5 que os precedeu.

46 6.2. A rescisão do termo de compromisso por inadimplemento deve ser precedida de contraditório. Alterar redação, fixando um prazo mínimo e razoável para tanto: “Na hipótese de constatação de impropriedade ou irregularidade na execução do Termo de Compromisso, será suspensa a destinação de materiais recicláveis, notificando-se o DESTINADOR para sanear a situação, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, sob pena de rescisão do Termo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.”

47 Outrossim, existem outras hipóteses possíveis para rescindir o termo de compromisso, devendo-se também inserir previsão para os

casos de rescisão “por interesse de qualquer uma das partes, mediante comunicação formal, com aviso prévio de, no mínimo, 30 (trinta) dias;” e “na ocorrência de caso fortuito ou de força maior regularmente comprovado, impeditiva da execução.”

48 *Minuta de termo de compromisso:*

49 Ponderamos à Autoridade que adote a Minuta de Termo de Compromisso elaborada pelo Comitê Interministerial e disponibilizada na internet (www.coletasolidaria.gov.br), fruto do trabalho e experiências já verificadas nacionalmente na implantação da coleta seletiva solidária, procedendo, por certo, às adequações devidas à realidade do órgão assessorado.

50 Destarte, em cotejo com o documento elaborado pelo órgão assessorado, verifica-se que a minuta que ora se anexa a este parecer apresenta mais detalhamentos nas obrigações, disciplinando situações que podem ocorrer na execução das atividades e possui, inclusive terminologia apropriada (partícipes: destinador e destinatário).

IV - CONCLUSÃO

51 Tal como se encontra o presente processo administrativo, o prosseguimento do processo de implantação da coleta seletiva solidária na Delegacia de Polícia Federal de Santos depende do atendimento e observância das exigências constantes nos parágrafos 14, 19, 28, 41/47 (alterações no edital) e 48 (substituição do termo de compromisso pelo ora juntado e disponibilizado pelo Comitê Interministerial de Inclusão Social de Catadores de Materiais Recicláveis).

52 Constam, ainda, subsídios e recomendações para a adoção de boas práticas de gestão pública nos parágrafos 21, 31, 33 e 39.

À manifestação da Coordenação do NAJ/SP.

São Paulo, 21 de outubro de 2009

Teresa Villac Pinheiro Barki
Advogada da União

PARECER-AGU-NAJSP-Nº 1096-2009-TVB

Processo Administrativo nº 08504.008345/2009-99

Interessado: Delegacia de Polícia Federal em Santos

Assunto: Coleta Seletiva Solidária

DESPACHO

Restituam-se os autos ao órgão assessorado, para que a autoridade competente tome conhecimento do posicionamento deste órgão de assessoramento jurídico, conforme os termos do Parecer formulado pela Advogada da União, Doutora Teresa Villac Pinheiro Barki, os quais aprovo.

Necessário ressaltar que a análise deste Coordenador subscrevente cinge-se exclusivamente à manifestação jurídica da advogada parecerista, sem qualquer nova análise ou estudo dos autos processuais.

São Paulo, 22 de outubro de 2009

Cássio Cavalcante Andrade
Coordenador-Geral Substituto

JURISPRUDÊNCIA

O PREQUESTIONAMENTO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fábio Victor da Fonte Monnerat
Procurador Federal, Mestrando em Direito Processual Civil pela PUC/SP
Especialista em Direito Processual Civil
Coordenador da Escola da Advocacia-Geral da União em São Paulo

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os Acórdãos; 2 Prequestionamento: Conceito, Função e Fundamento; 2.1 O Prequestionamento Implícito; 2.2 Questões de Ordem Pública e Prequestionamento 3 Os Embargos de Declaração e o Prequestionamento; 3.1 Embargos de Declaração: Conceito, Função e Cabimento; 3.2 Cabimento dos Embargos Prequestionadores; 4 Destino do Recurso Excepcional Caso Não Suprida a Omissão no Julgamento dos Embargos Prequestionadores; Referências.

JURISPRUDÊNCIA: O PREQUESTIONAMENTO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - FUNÇÃO E CONSEQUÊNCIAS DA INTERPOSIÇÃO E DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PERANTE O TRIBUNAL DE ORIGEM

INTRODUÇÃO

No presente estudo far-se-á uma análise comparativa entre acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca do papel dos embargos declaratórios prequestionadores e sua influência no juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário.

A complexidade da questão vem suscitando diversas interpretações por parte da doutrina e da jurisprudência, não havendo unanimidade no entendimento no âmbito do STJ e do STF em relação à matéria.

Serão trazidos à colação quatro acórdãos, dois do Supremo Tribunal Federal e outros dois do Superior Tribunal de Justiça que demonstram divergência interna e entre as cortes superiores acerca do tanto do conceito de prequestionamento, quanto acerca da função dos embargos de declaração, bem como dos efeitos de seu julgamento pelo tribunal *a quo*.

Os dois primeiros acórdãos um do STF e outro do STJ consagram a tese segundo a qual não decidida a questão constitucional ou infraconstitucional pelo tribunal *a quo* é indispensável a interposição dos embargos declaratórios entretanto, caso no julgamento do referido recurso o tribunal de origem não esclareça a questão é cabível o recurso tendo sido suprida a exigência constitucional do prequestionamento. Tal entendimento conforme adiante demonstrado é passível de ser extraído da leitura da súmula n. 356 do Supremo Tribunal Federal¹, mas contrariam frontalmente o teor da súmula n 211² do Superior Tribunal de Justiça, a seguir analisada.

1 Súmula 283: "O ponto da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por falta do requisito do prequestionamento".

2 Súmula 211: "É inadmissível recurso especial quanto a questão que a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*".

Os demais acórdãos seguem a tese consagrada na súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça que inclusive é citada no voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Melo, no sentido de que a mera interposição dos embargos de declaração por si só não é suficiente para que a matéria seja prequestionada, seno indispensável para o preenchimento deste requisito de admissibilidade a efetiva manifestação do tribunal *a quo* acerca da questão, legal ou constitucional.

Antes da análise crítica dos acórdãos serão tecidas breves considerações acerca do instituto do prequestionamento, sobre os embargos de declaração e mais especificamente sua função prequestionadora.

1 OS ACÓRDÃOS

1 - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

AI 648760 AgR,

Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI,

1ª Turma,

Julgado 06/11/2007,

DJe-152 DIVULG 29-11-2007

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF.

I - O que, a teor da Súm. 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o Tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela (RE 210.638/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 19/6/1998).

II - Agravo regimental improvido.

2 - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RESP 525.718 - SÃO PAULO

RELATOR: MIN. JORGE SCARTEZZINI

5ª TURMA

JULGAMENTO: 05/08/2003

DJU: 13/103/2003 PAG. 436

EMENTA: PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - SERVIDOR PÚBLICO - PREQUESTIONAMENTO: DIREITO OBJETIVO - SEGURANÇA JURÍDICA - SITUAÇÕES CONCRETAS ANTAGÔNICAS - IMPOSSIBILIDADE -EXCEPCIONALIDADE - CONHECIMENTO - LEIS N°S 8.622/93 E 8.627/93 - REAJUSTE DE 28,86% - APLICAÇÃO DA DECISÃO DO STF (EMB.DECL. EM RMS 22.307/DF) - CORRETA COMPENSAÇÃO.

1 - No caso sub judice, apesar de ter sido provocada via embargos, a Corte a quo não aceitou o tema trazido à análise dos declaratórios. Desta forma, para que este recurso fosse conhecido, o mesmo deveria ter sido interposto alegando ofensa, também, ao art. 535, do Código de Processo Civil, afastaria na espécie o enunciado contido na Súmula 211 desta Corte. Contudo, não podemos admitir que o rigor processual implique numa supressão de um direito, como no caso concreto juridicamente reconhecido, porém limitado. Macularíamos, com isso, o princípio da segurança jurídica. Deve-se observar, nessas hipóteses, sob a ótica da excepcionalidade, que o Poder Judiciário deve ao jurisdicionado, em casos idênticos, uma resposta firme, certa e homogênea. Afasta-se, em conseqüência, o rigor processual técnico, no qual se estaria negando a aplicação do direito material, para alcançar-se a adequada finalidade da prestação jurisdicional, que é a segurança de um resultado uniforme para situações idênticas. Por tais razões, conheço do recurso pela alínea "a", do permissivo constitucional, na via da excepcionalidade.

2 - Este Superior Tribunal de Justiça, conforme decisão emanada do Colendo Supremo Tribunal (RMS nº 22.307/DF e respectivo Embargos Declaratórios), já firmou entendimento no sentido de

estender aos vencimentos de todos os servidores civis federais, o reajuste de 28,86% concedido aos militares e a algumas categorias civis, por força das Leis nºs 8.622/93 e 8.627/93. No entanto, o aumento não foi indiscriminado para todas as categorias, devendo ser observadas as devidas compensações decorrentes de eventuais antecipações.

3 - Precedentes (REsp nºs 195.383/CE, 113.872/MG e 209.650/AL).

4 - Recurso conhecido, nos termos acima expostos e, neste aspecto, parcialmente provido para, reformando o v. acórdão a quo, determinar que seja feita, na execução do julgado, sede própria para se discutir o quantum pertinente, a devida compensação de eventual aumento já recebido pelos servidores recorridos.

3 - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

AI AgR 436.663-RJ

Relator: Min. MARCO AURÉLIO

1ª Turma,

Julgado em 16/12/2008,

DJe-035 DIVULG 19-02-2009

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PREQUESTIONAMENTO - CONFIGURAÇÃO - RAZÃO DE SER.

O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido argüida pela parte recorrente. A configuração do instituto pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. O procedimento tem como escopo o cotejo indispensável a que se diga do enquadramento do recurso extraordinário no permissivo constitucional. Se o Tribunal de origem não adotou tese explícita a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizado fica o entendimento sobre a violência ao preceito evocado pelo recorrente.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. O recurso extraordinário não é meio próprio a alcançar-se exame de controvérsia equacionada sob o ângulo estritamente infraconstitucional.

AGRAVO - ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - MULTA. Se o agravo é manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé.

4 - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 982.584 - PE (2007/0215628-7)

RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

4ª TURMA

JULGAMENTO 25/09/2008

DJU 23/03/2009

EMENTA: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO NÃO VERIFICADA. OFENSA AO ART. 398 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO CELEBRADO POR INVENTARIANTE DATIVO. VENDA *A NON DOMINO*. NÃO-OCORRÊNCIA. ATO JURÍDICO ANULÁVEL. PRESCRIÇÃO QUADRIENAL RECONHECIDA (ART. 178, § 9º, V, "B", DO CÓDIGO CIVIL REVOGADO). RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. Se o acórdão foi omissivo quanto à tese dos recorrentes, o recurso especial deveria aduzir, de forma fundamentada, violação do art. 535 do CPC, e não ofensa aos artigos dos quais os recorrentes pretendiam prequestionamento.

2. Não se conhece de matéria não debatida no acórdão de apelação, malgrado tenham sido opostos embargos de declaração (Súmula n. 211/STJ).

3. A venda *a non domino* é aquela realizada por quem não tem poder de disposição sobre a coisa. Com efeito, o que emerge como vício na venda *a non domino* é a *completa* falta de *legitimação* do alienante, que consiste na inaptidão específica para o negócio jurídico.

4. A homologação do esboço, em realidade, não se trata de sentença de partilha. Nos termos do art. 1.026, da Lei Processual, a sentença de partilha ocorre em momento posterior, somente depois de pago o imposto de transmissão a título de morte e juntada certidão negativa de dívida para com a Fazenda Pública. À luz do que consta dos autos, a alienação dos bens ocorreu quando o inventariante dativo estava em pleno exercício do *munus* a ele atribuído. Além disso, a alienação do imóvel ocorreu com a devida autorização judicial, malgrado tenha sido contra a vontade dos herdeiros, que não se insurgiram no âmbito do inventário.

5. No caso, a hipótese é de, no máximo, ausência de consentimento dos herdeiros no negócio jurídico, o que, definitivamente, não o torna nulo, mas anulável, sujeito, portanto, à prescrição de que trata o art. 178, § 9º, v, “b”, do código civil revogado.

6. Recurso especial não conhecido.

2 PREQUESTIONAMENTO: CONCEITO, FUNÇÃO E FUNDAMENTO

O prequestionamento é requisito de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial. Contudo seu conceito ainda é incerto, e de uma certa forma ambíguo no sistema.

Tanto a doutrina, quanto a jurisprudência entendem possuir fundamento constitucional a exigência do prequestionamento para que o juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais seja positivo. Não há uniformidade contudo na definição do que vem a ser prequestionamento.

José Miguel Garcia Medina³ sistematiza três grandes grupos de entendimentos: a) prequestionamento como manifestação expressa do tribunal recorrido acerca de determinado tema; b) prequestionamento como debate anterior à decisão recorrida, acerca do tema, hipóteses em que o mesmo é considerado ônus atribuído às partes; c) a soma

3 O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 217 - 218.

das duas tendências citadas, ou seja, debate do tema de direito federal ou constitucional pelas partes seguido da manifestação do Tribunal acerca da questão.

O opção por uma ou outra corrente influencia em uma série de questões relevantes em relação ao juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais, inclusive no que tange na necessidade de embargos de declaração prequestionadores e os efeitos de seus respectivos julgamentos.

Etimologicamente é indubitoso que a expressão *prequestionamento*, refere-se a atividade das partes do processo em momento anterior ao julgamento do recurso. Às partes cabe ao formular requerimentos, defesas e apresentar suas razões formular questionamentos e provocar o pronunciamento do Poder judiciário acerca das questões legais e constitucionais.

São as partes litigantes que questionam ou prequestionam portanto. O juiz não questiona, mas sim decide.

É de se ressaltar, que conforme notícia Medina⁴, o entendimento majoritário nos tribunais é o que considera o prequestionamento a existência da decisão acerca de questão federal ou constitucional na decisão recorrida.

De fato, rigorosamente, a existência de decisão acerca da questão federal ou constitucional na decisão recorrida é o requisito imposto pela Constituição Federal para o conhecimento dos recursos extraordinários, contudo necessidade de existência desta *prévia decisão não deve* ser considerada prequestionamento, que repita-se, é atividade das partes necessariamente anterior ao julgamento do recurso pelo Tribunal *a quo*.

Teresa Arruda Alvim Wambier⁵ afirma que “o prequestionamento, como se sabe e como o próprio vocábulo sugere, surgiu como sendo fenômeno que dizia respeito a atividade das partes” e mais adiante ressalta que “ a expressão passou a referir-se, ao longo do tempo, à necessidade que constasse da decisão impugnada a questão federal ou constitucional”⁶.

4 op. e loc. cit.

5 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. São Paulo: RT, 2005. p. 264.

6 Ibidem, p. 270.

Esse é, de fato, o entendimento majoritário atual, que todavia deve ser entendido com ressalvas, pois a aceção atual (necessidade que constasse da decisão impugnada a questão federal ou constitucional), que é exigida pela Constituição, de rigor, não constitui prequestionamento, mas sim *prévia decisão*.

O prequestionamento, enquanto atividade das partes, continua se fazendo presente no processo, contudo não como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, mas como meio de obtenção de *prévia decisão* do Tribunal *a quo*, esta sim, indispensável para o conhecimento dos recursos excepcionais.⁷

Indispensável a esta altura a transcrição do entendimento de Nelson Nery Jr.⁸, por demais esclarecedor:

1 – o prequestionamento é apenas um meio para instar-se o juízo ou tribunal de origem a decidir a questão constitucional ou federal, que se quer ver apreciada pelo STF ou STJ, no julgamento do recurso extraordinário ou do recurso especial.

2 – o prequestionamento não é verdadeiro requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais.

3 – o verdadeiro requisito de admissibilidade dos recursos extraordinário ou especial é o cabimento, que só ocorra quanto às matérias que tenham sido efetivamente decididas pelas instâncias ordinárias.

4 – causa decidida é a manifestação específica do requisito genérico de admissibilidade do recurso denominado cabimento. O prequestionamento é apenas meio para chegar-se a este fim.

A opção sobre qual concepção de prequestionamento se seguir influenciará entre outros aspectos na necessidade ou desnecessidade

⁷ Nesse sentido: José Miguel Garcia Medina. O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial. pág. 334. e Teresa Arruda Alvim Wambier. Omissão Judicial e Embargos de Declaração. pág. 267, *verbis* “o prequestionamento realizado pela parte, continuava a ser considerado, se não imprescindível, pelo menos útil, pois nem sempre o Tribunal se manifesta sobre a questão federal sem provocação”.

⁸ Ainda sobre prequestionamento – Os embargos de declaração prequestionadores, in *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. Série 4. WAMBIER. Teresa Arruda Alvim e NERY Jr., Nelson (coord.). p. 863.

de interposição de embargos de declaração prequestionadores, bem como no próprio juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário.

2.1 O PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO

Além das diversas acepções da expressão prequestionamento, existe ainda em parte da doutrina a classificação de “tipos” de prequestionamento. Seguindo esta linha, o prequestionamento pode ser classificado em explícito e implícito.

Dentre os que aceitam a referida classificação existe ainda divergência no que vem a ser o prequestionamento implícito.

Há na doutrina e na jurisprudência pelo menos duas concepções aceitas do que vem a ser prequestionamento implícito e explícito⁹.

Para uma primeira corrente, prequestionamento implícito ocorre quando apesar de mencionar a tese jurídica, a decisão recorrida não menciona a norma jurídica violada.

Uma segunda concepção, afirma haver prequestionamento implícito quando a questão foi posta à discussão no primeiro grau, mas não foi mencionada no acórdão, que, apesar disso, a recusa implicitamente.

Contudo é imperativo ressaltar que *data maxima venia* é descabida a subdivisão do prequestionamento em implícito e explícito, tendo em vista que o prequestionamento, enquanto atividade das partes que visa a manifestação do tribunal acerca da questão federal ou constitucional, deve sempre constar do recurso dirigido ao órgão de segundo grau expressamente.

Já o prequestionamento enquanto manifestação do tribunal *a quo* (prévia decisão) deve sempre constar expressamente da decisão ainda que o acórdão não faça referência ao número do artigo de lei ou da Constituição.

9 MEDINA, op. cit., p. 340.

2.2 O PREQUESTIONAMENTO E AS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA

De regra, por força do princípio translativo, as matérias de ordem pública (*v.g.* arts. 267, § 3º e 301 § 4º do CPC), ainda que não decididas pelo juízo *a quo*, podem ser conhecidas de ofício pelo magistrado em qualquer grau de jurisdição (art. 515 e 516 do CPC).¹⁰

Ocorre que a previsão de conhecimento destas matérias em qualquer grau de jurisdição decorre de lei, neste aspecto colidente com a regra específica prevista na Constituição Federal de necessidade de prequestionamento da matéria a ser decidida pelos Tribunais superiores.

Portanto, o efeito translativo não se aplica aos recursos excepcionais, sendo vedado o exame de qualquer matéria, que não tenha sido objeto de prequestionamento pelo tribunal *a quo*, inclusive as de ordem pública pela instância superior quando do exame dos recursos especial e extraordinário.¹¹

3 OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E O PREQUESTIONAMENTO

3.1 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: NOÇÕES GERAIS

Embargos de declaração, ou declaratórios, são o recurso que visam sanar a obscuridade, contradição ou omissão que vicia a decisão judicial.

A obscuridade está presente quando, da leitura da decisão, não é possível compreender, total ou parcialmente, o que quis afirmar ou decidir o julgador. Ou seja, a idéia expressa não ficou totalmente clara, impedindo a compreensão de seu conteúdo.¹²

A contradição, na lição de Barbosa Moreira, verifica-se quando no acórdão ou na sentença incluem-se proposições inconciliáveis entre si.¹³ Vale ressaltar que a contradição deve estar presente na decisão, não se caracterizando contradição para fins de cabimento de embargos de declaração, preceitos inconciliáveis contidos em decisões diferentes

10 NERY Jr., Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 482.

11 Op. cit. p. 488.

12 FERNANDES, Luis Eduardo Simardi. *Embargos de Declaração*. São Paulo: RT, 2003. p. 73/74.

13 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. 5, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.. p. 538.

dentro do mesmo processo.¹⁴ Tampouco há contradição solucionável via embargos declaratórios entre a decisão proferida e peças dos autos.¹⁵

Partindo da premissa que as garantias constitucionais do processo, dentre elas a inafastabilidade do controle jurisdicional, o contraditório, e o dever de motivação das decisões por parte dos magistrados, são postas para controlar a atividade judicial e seu ato culminante, a decisão, Joaquim Felipe Spadoni conclui que a decisão judicial deve possuir logicidade, clareza e completude justificatória.¹⁶

Os embargos de declaração são o recurso cabível para sanar a falta de um destes requisitos. Ou seja a obscuridade, deve ser sanada pelos embargos de declaração para que se obter uma decisão clara¹⁷, a contradição reflete o desrespeito ao dever de logicidade das decisões judiciais imposta pela Constituição Federal, ao passo que o requisito de completude justificatória enseja o vício de omissão, também sanável via embargos de declaração.

Dos vícios da decisão, passíveis de correção via embargos declaratórios a omissão é o que mais é debatido na doutrina e jurisprudência. Isso porque o art. 535, inc. II do Código de Processo Civil refere-se a expressão omissão sobre ponto que o juiz “*deveria ser pronunciar*”.

Com base nesta suposta ‘relevância’ da omissão ensejadora do recurso em análise, o Superior Tribunal de Justiça, vem proferindo decisões no sentido de que os Tribunais e os juizes não estão obrigados a se pronunciarem sobre todas as questões suscitadas pelas partes.¹⁸

14 Nesse sentido, com apoio na doutrina de Barbosa Moreira, e em julgado do STF da lavra do Emiente Min. Sepúlveda Pertence, Luis Eduardo Simardi Fernandes. Embargos de Declaração. p. 78.

15 Luis Eduardo Simardi Fernandes. *Embargos de Declaração*. p. 79, citando Pontes de Miranda.

16 Função Constitucional dos Embargos de Declaração, in *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. Série 8. WAMBIER. Teresa Arruda Alvim e NERY Jr., Nelson (coord.). pág. 235.

17 Função Constitucional dos Embargos de Declaração, in *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. Série 8. WAMBIER. Teresa Arruda Alvim e NERY Jr., Nelson (coord.). pág. 242.

18 STJ, 6ª T., EDcl no RO em MS 11722-DF, rel. Min. Hamilton Carvalhinho, j. 12112002 *apud* José Emílio Medauar Ommati. Embargos Declaratórios e o Estado Democrático de Direito, In *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. Série 8. WAMBIER. Teresa Arruda Alvim e NERY Jr., Nelson (coord.). pág. 272.

Contudo este posicionamento não deve prevalecer sob pena de se estar frustrando a função dos embargos de declaração, e ferindo os princípios do contraditório e da motivação das decisões judiciais, tendo em vista que, ficaria ao alvitre do magistrados escolher quais fatos e fundamentos são relevantes, sem motivar tal escolha, e portanto ignorando e omitindo-se acerca de pontos levantados, e considerados relevantes, pelas partes.¹⁹

A questão torna-se importante, sobretudo, em se tratando de acórdão sujeito a impugnação via recurso especial ou extraordinário. Isso porque conforme saliente Teresa Arruda Alvim Wambier²⁰, a omissão quanto a um fundamento constitucional ou infraconstitucional pode inviabilizar a admissibilidade de RE ou do RESP, respectivamente, e deve ser suprida via embargos de declaração.

Nestas hipóteses, salienta a autora²¹, possui a parte o direito de ver suprida, via embargos de declaração, a omissão referente a fatos desprezados para o deslinde da questão, mas relevantes para as partes para fins de admissibilidade e julgamento dos recursos excepcionais.

Joaquim Felipe Spadoni discorrendo acerca do tema esclarece que “mesmo estando o juiz livre para ‘pinçar’ os fatos e provas constantes nos autos e necessário para dar suporte ao seu julgamento, *não fica ele dispensado de enfrentar as questões de fato e de direito suscitadas pelas partes e que, acaso acolhidas, teriam o condão de determinar resultado diverso daquele disposto na decisão*”.²²

Por derradeiro cumpre ressaltar que a omissão também pode ocorrer na hipótese do órgão julgador não se manifestar a respeito de matéria que deveria se pronunciar *ex officio*. Nesse sentido é a lição de Luis Eduardo Simardi Fernandes *verbis*:

19 Nesse sentido: José Emílio Medauar Ommati. Embargos Declaratórios e o Estado Democrático de Direito, *in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. Série 8. WAMBIER. Teresa Arruda Alvim e NERY Jr., Nelson (coord.). pág. 275, citando jurisprudência, ‘minoritária’, no âmbito do STJ.

20 Omissão Judicial e Embargos de Declaração. pág. 249/250.

21 Omissão Judicial e Embargos de Declaração. pág. 263.

22 Função Constitucional dos Embargos de Declaração, *in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. Série 8. WAMBIER. Teresa Arruda Alvim e NERY Jr., Nelson (coord.). p. 247.

[...] *Sabe-se que algumas questões devem ser apreciadas de ofício pelo julgador, ou seja, independentemente de pedido da parte, como se dá na hipótese de ausência de uma das condições da ação, ou de ocorrência de decadência, entre vários outros casos. Deixando de se manifestar sobre essas situações, caberão também embargos de declaração, mesmo que a matéria não tenha sido suscitada pelas partes. É que, como se disse, o juiz tinha obrigação de se manifestar sobre elas, ainda que não houvesse pedido da parte para que assim o fizesse.*²³

Apesar de não haver determinação expressa na legislação, a doutrina e a jurisprudência também admitem a interposição de embargos de declaração para correção de erro material. A correção de tais erros não preclui e pode ser realizada pelo magistrado, de ofício, mesmo após a publicação da sentença (art., 463 do CPC). Por esta razão admite-se que a parte provoque a correção destes erros pelo magistrado via embargos de declaração.

Questão polêmica diz respeito ao cabimento de embargos declaratórios contra decisões interlocutórias proferidas por juizes de primeiro grau. Isso porque o art. 535 do CPC que regulamenta o recurso refere-se expressamente apenas a sentenças e acórdãos, o que leva alguns, inclusive no âmbito do STJ, a entender incabível o recurso contra as decisões interlocutórias.

Tal entendimento não deve prevalecer, tendo em vista, sobretudo, a já aludida natureza constitucional do recurso de embargos de declaração, bem como já referidos requisitos constitucionais que devem se fazer presentes em todas as decisões judiciais.²⁴

O mesmo raciocínio vale em se tratando de cabimento de EDcl contra decisões monocráticas proferidas pelo relator (arts. 557 e 558 do CPC), não obstante haver decisões em sentido contrário no âmbito do STJ.

3.2 CABIMENTO DOS EMBARGOS PREQUESTIONADORES

As partes devem prequestionar as questões federais ou constitucionais, quando da interposição do recurso no tribunal *a quo* para terem o direito de ver tais questões efetivamente decididas pelo mesmo. Contudo pode ocorrer que, não obstante o questionamento ventilado pela parte, o tribunal não se pronuncie acerca da matéria.

²³ Embargos de Declaração. p. 82.

²⁴ Nesse sentido: Teresa Arruda Alvim Wambier. *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. p. 60; Luis Eduardo Simardi Fernandes. *Embargos de Declaração*. p. 48.

Estar-se-ia, então diante de um acórdão omissivo, impugnável, portanto, por embargos de declaração. O cabimento dos embargos, ditos, prequestionadores, no caso é pacífico, possuindo o STJ, inclusive, súmula acerca do tema²⁵.

Contudo, se o cabimento dos embargos nestes casos é pacífico, o mesmo não se pode dizer em relação a outros aspectos a ele relacionados, dentre os quais a necessidade de sua interposição quando constar do acórdão decisão acerca de matéria federal ou constitucional não prequestionada pelas partes a consequência de persistir a omissão quando do julgamento dos referidos embargos.

Os referidos pontos são objeto de divergência entre os acórdãos trazidos à colação que podem ser assim sistematizados: dois primeiros acórdãos consagram a tese pela qual não decidida a questão constitucional ou infraconstitucional pelo tribunal *a quo* é indispensável a interposição dos embargos declaratórios entretanto, caso no julgamento do referido recurso o tribunal de origem não esclareça a questão é cabível o recurso tendo sido suprida a exigência constitucional do prequestionamento, dão que nada mais as partes podem fazer acerca para viabilizar a manifestação do tribunal *o quo*. Tal entendimento conforme adiante demonstrado é passível de ser extraído da leitura da súmula n. 356 do Supremo Tribunal Federal²⁶, mas contraria frontalmente o teor da súmula n 211²⁷ do Superior Tribunal de Justiça, a seguir analisada.

O STJ, é bom que se diga, no julgado citado alude expressamente a necessidade de prévia decisão, mas mesmo ausente no referido caso a afasta por considerar o rigor processual técnico, no caso levando a negativa de aplicação do direito material, e impedindo a consecução de um resultado uniforme para situações idênticas o que de fato é um argumento relevante o coerente com uma concepção instrumentalista do processo. É de se ressaltar ainda que o referido acórdão ressalta a excepcionalidade da dispensa de *prévia decisão* em função do caso concreto.

25 Súmula 98 – “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento, não tem caráter protelatório”

26 Súmula 283: “O ponto da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por falta do requisito do prequestionamento”.

27 Súmula 211: “É inadmissível recurso especial quanto a questão que a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

É no acórdão do Supremo Tribunal Federal que se afasta expressamente a necessidade de que a questão esteja real e efetivamente decidida considerando que “nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela”.

Os demais acórdãos seguem a tese consagrada na súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça que inclusive é citada no voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Melo, no sentido de que a mera interposição dos embargos de declaração, por si só, não é suficiente para que a matéria seja prequestionada, sendo indispensável para o preenchimento deste requisito de admissibilidade a efetiva manifestação do tribunal *a quo* acerca da questão, legal ou constitucional.

O STF, vem entendendo que ainda que conste da decisão recorrida manifestação expressa acerca da questão constitucional desafiadora de RE, deve a parte, ainda assim, interpor embargos de declaração. Já o STJ, vem entendendo que, nestes casos, não é necessária a interposição de embargos de declaração prequestionadores.

Na esteira do que se vêm afirmando, reputo correto o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, na medida em que o requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais exigido pela Constituição Federal é a *prévia decisão* acerca do tema federal ou constitucional, sendo o prequestionamento, enquanto atividade das partes, muitas vezes necessário e útil, mas nunca indispensável.

Na hipótese de persistir a omissão judicial quando do julgamento dos embargos de declaração, também divergem a jurisprudência dominante do STF e no STJ.

O STF, nestes casos, vem decidindo que se o acórdão recorrido deixou de enfrentar a questão constitucional aventada no processo, a interposição de embargos de declaração satisfaz o requisito do prequestionamento para o recurso extraordinário, não importando que, persistindo na omissão, o Tribunal recorrido não se tenha pronunciado sobre os temas aventados, conforme o 1º acórdão *supra* transcrito.

Este entendimento vem ganhando espaço no âmbito do STJ conforme faz prova o terceiro acórdão componente do item 2, mas nesta corte pode-se dizer que trata-se de tese minoritária.

O STJ, majoritariamente, nestas hipóteses vem pugnano pelo cabimento do recurso especial fulcrado na violação do art. 535, inc. II do CPC, devendo o acórdão que julgar procedente o Resp, determinar a volta dos autos para o tribunal de origem para que o mesmo manifeste-se acerca da matéria.²⁸

Novamente, coerentemente com o que vem sendo dito, o entendimento correto é o majoritário no Superior Tribunal de Justiça, exemplificado pelo segundo acórdão estudado. Em primeiro lugar porque a Constituição fala expressamente em *causas decididas*, o que não ocorreu, no caso da matéria de fundo questionada no recurso originário e nos embargos declaratórios. Em segundo lugar, deve se ter sempre em mente a função precípua dos recursos excepcionais, qual seja, a manutenção da inteireza do direito positivo federal e constitucional, que não estará sendo realizada caso os Tribunais Superiores conheçam de matéria sequer ventilada pelos Tribunais de Justiça Estaduais ou Regionais Federal.

Por derradeiro, cumpre ressaltar que é vedado a parte suscitar a questão federal ou constitucional, *pela primeira vez* em sede de embargos de declaração. O prequestionamento deve constar já por ocasião da interposição do recurso originário, pois caso contrário, ou seja, caso a parte não suscite a questão antes do julgamento do recurso, o acórdão que não a aborda não é omisso logo, inimpugnável pela via dos embargos declaratórios.

4 DESTINO DO RECURSO EXCEPCIONAL CASO NÃO SUPRIDA A OMISSÃO NO JULGAMENTO DOS EMBARGOS PREQUESTIONADORES

De todo o exposto pode-se resumir os posicionamentos das Cortes de superposição, grosso modo, da seguinte forma: a) O STF, e uma parte minoritária do STJ, vem entendendo que não há necessidade de o Tribunal *a quo* decidir a questão constitucional/federal, sendo

28 STJ. 1ª T., Resp. 172.895-SP, re. Min. Demócrito Reinaldo, . 23.03.1999, DJU 26.04.1999, p. 52 *apud* José Miguel Garcia Medina. O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial. pág. 417, nota de rodapé nº 72. No mesmo sentido na doutrina: José Miguel Garcia Medina, op. cit. pág. 416/417. e Nelson Nery Jr. Ainda sobre prequestionamento – Os embargos de declaração prequestionadores, *in* Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis. Série 4. WAMBIER. Teresa Arruda Alvim e NERY Jr., Nelson (coord.). pág. 864, conclusão 10 *verbis* : “ *persistindo a omissão, mesmo que depois de interpostos dos EDcl, não são cabíveis recursos excepcionais quanto a matéria omissa, que não foi decidida e por isso não consta do acórdão(STJ 211). Contra estes dois acórdão – o que foi embargado e o que decidiu os embargos – caberá Resp por negativa de vigência do CPC 535.*”.

suficiente para o juízo de admissibilidade positivo dos recursos excepcionais a interposição de embargos de declaração, mesmo que não sanada a omissão quando do julgamento dos mesmos, ao passo que a corrente majoritária do STJ, a meu ver tecnicamente correta, não julga o objeto do recurso, caso, mesmo com a interposição dos embargos declaratórios não seja sanada a omissão. Ainda segundo esta corrente o recurso especial, nestes casos, deve ser provido com fundamento na violação do art. 535, II do CPC para que os autos sejam remetidos ao Tribunal *a quo* e que seja sanada a omissão.

Em outras palavras, a primeira corrente aqui criticada, dispensa o requisito do prequestionamento, entendido este como a presença da prévia decisão acerca da matéria constitucional ou federal no acórdão recorrido.

O requisito do prequestionamento, se entendido como atividade da parte para provocar a manifestação do Tribunal de 2º grau acerca da questão federal ou constitucional, pode ser dispensado quando, mesmo sem a argüição da matéria no recurso, tenha o tribunal se manifestado de ofício.

Tal dispensa decorre do fato de o verdadeiro requisito para o cabimento dos recursos excepcionais não ser a atividade das partes, mas sim a prévia decisão do tribunal *a quo*.

Portanto, o prequestionamento enquanto manifestação do tribunal de 2º grau acerca da questão federal ou constitucional (prévia decisão) nunca pode ser dispensada sob pena de ofensa direta a expressão “causa decidida” constante nos artigos 105 e 102 da Constituição Federal.

Por tudo isso, *data máxima vênia*, discordo frontalmente do entendimento esposado nos acórdãos números 1 e 3 transcritos no item 2 deste trabalho e reputo correto o entendimento consagrado no STJ, exemplificado neste ensaio através do segundo acórdão trazido à colação.

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 5, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BUENO, Cássio Scarpinella . De Volta ao Prequestionamento. In *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. Série 8. WAMBIER. Teresa Arruda Alvim e NERY Jr., Nelson (coord.). São Paulo, RT, 2005.

FERNANDES, Luis Eduardo Simardi . *Embargos de Declaração*. São Paulo: RT, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

MOREIRA, Alberto Camiña. Efeitos Deletérios da Natureza Recursal dos Embargos de Declaração. In *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. Série 10. WAMBIER. Teresa Arruda Alvim e NERY Jr., Nelson (coord.). São Paulo: RT, 2006.

NERY Jr., Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. Ainda sobre prequestionamento – Os embargos de declaração prequestionadores. In *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. Série 4. WAMBIER. Teresa Arruda Alvim e NERY Jr., Nelson (coord.).

OMMATI, José Emílio Medauar. Embargos Declaratórios e o Estado Democrático de Direito. In *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. Série 8. WAMBIER. Teresa Arruda Alvim e NERY Jr., Nelson (coord.). São Paulo: RT, 2006.

SPADONI, Joaquim Felipe. Função Constitucional dos Embargos de Declaração. In *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. Série 8. WAMBIER. Teresa Arruda Alvim e NERY Jr., Nelson (coord.). São Paulo: RT, 2005.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003

WAMBIER , Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. São Paulo: RT, 2005.