

REVISTA DA
AGU

ANO XIII n° 40 - Brasília-DF, abr./jun. 2014

CLASSIFICAÇÃO — QUALIS B2

Revista da da AGU

Brasília

n. 40

p. 1- 416

abr./jun. 2014

Revista da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União
Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 6, lote 800 – Térreo -
CEP 70610-460 – Brasília/DF – Brasil. Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: escolaagu.secretaria@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque Faria	Substituto do Advogado-Geral da União
Marcelo de Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Paulo Henrique Kuhn	Procurador-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretária-Geral de Contencioso

ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva	Diretora
André Luiz de Almeida Mendonça	Vice-Diretor
Nélida Maria de Brito Araújo	Coordenadora-Geral

EDITOR RESPONSÁVEL
Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADOR DA REVISTA DA AGU
André Luiz de Almeida Mendonça

ABNT(adaptação)/Diagramação: Niuza Lima /Gláucia Pereira
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 XIII – Número 40 – Brasília-DF, abr./jun. 2014
Periodicidade: Trimestral - ISSN 1981-2035
1 – Direito Público – Brasil – periódico. Advocacia-Geral da União

CDD 341.05
CDU 342(05)

CONSELHO EDITORIAL

Juliana Sahione Mayrink Neiva
André Luiz de Almeida Mendonça
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy
Jefferson Carús Guedes
Mariana Filchtiner Figueiredo
Nicolás Rodríguez García
Otávio Luiz Rodrigues Junior
Pedro Tomás Nevado-Batalla Moreno
Regina Linden Ruaro

Revisores

Adriana de Oliveira Rocha	Fabiano André de Souza Mendonça
Adriana Pereira Franco	Filipo Bruno Silva Amorim
Aluisio de Sousa Martins	Flávio Roberto Batista
André Lopes de Sousa	Francisco Humberto Cunha Filho
Andrea Dantas Echeverria	Gregore Moreira de Moura
Anésio Fernandes Lopes	Gustavo Augusto Freitas Lima
Antônio de Moura Borges	Ivana Roberta Couto Reis de Souza
Carlos José de Souza Guimarães	José Tadeu Neves Xavier
Carolina Yumi	Judivan Juvenal Vieira
Cássio Andrade Cavalcante	Karla Margarida Martins Santos
Clóvis Juarez Kemmerich	Luís Carlos Martins Alves Jr.
Cristina Campos Esteves	Luís Claudio Martins de Araujo
Dalton Santos Morais	Maria de Fátima Knaippe Dibe
Daniela Ferreira Marques	Natalia Camba Martins
Denise Lucena Cavalcante	Nilma de Castro Abe
Dimitri Brandi de Abreu	Omar Bradley Oliveira de Sousa
Douglas Henrique Marin dos Santos	Robson Renaut Godinho
Eliana Gonçalves Silveira	Rui Magalhães Piscitelli
Eliana Pires Rocha	Valdirene Ribeiro de Souza Falcão
Eugênio Battesini	Valério Rodrigues Dias
Ewerton Marcus de Oliveira Gois	Vânia Maria Bastos Faller

Revisores Internacionais

Nicolás Rodríguez García
Pedro Tomás Nevado-Batalla Moreno

SUMÁRIO

Editorial..... 7

ARTIGO INTERNACIONAL

Sustentabilidad Social del Trabajo Agrario a través de la Contratación Pública
Social Sustainability of Farm Labour Through Public Contracts
Hugo I. Torres..... 9

ARTIGO DE AUTORES CONVIDADOS

Acoplamento entre Internet e Sociedade
Coupling Between Internet and Society
Regina Linden Ruaro
Carlos Alberto Molinaro 37

ARTIGOS

Imunidade Recíproca
Intergovernmental Tax Immunity
Ana Carolina Miguel Gouveia 59

Judiciário que Aprende: um modelo para a gestão eficiente do processo
Judiciary Learning: a model for efficient management of the process
Antonio Róger Pereira de Aguiar 89

A Evolução da Conciliação na Procuradoria-Geral da União
The Evolution of Reconciliation in the Attorney General of the Union
Carlos Eduardo Dantas de Oliveira Lima 119

A Condenação em Sede de Ação Regressiva Previdenciária ao
Ressarcimento de Benefícios Futuros de Espécies Distintas não Viola o
Princípio da Sentença Certa
*The Condemnation in Social Security Regressive Action to Remedy the Future
Benefits of Different Species not Breach the Principle of Certain Sentence*
Cirlene Luiza Zimmermann 149

A Justiça Administrativa em Perspectiva Comparada
The Administrative Justice in Comparative Perspective
Fabriccio Quixadá Steindorfer Proença 169

A Aplicação da Responsabilidade Civil Ambiental Objetiva: limitações
e a teoria do risco integral
*The Application of the Objective Environmental Civil Liability: limitations and
full risk theory*
Luiz Francisco Tavares da Silva Júnior 189

As Funções da Responsabilidade Civil por Dano Moral no Direito do Consumidor a partir da Perspectiva da Análise Econômica do Direito <i>The Functions of Pain-and-Suffering Damages in Consumer Protection Law from a Law and Economics Perspective</i> Rafael Figueiredo Fulgêncio	215
Corrupção, Políticas Públicas e Efeito Simbólico: uma análise das políticas públicas anticorrupção no Brasil <i>Corruption, Public Policy and Symbolic Effect: an analysis of the anti-corruption policy in Brazil</i> Rafael Melo Carneiro	239
A Sindicabilidade das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário ou a Possível Balbúrdia dos Valores na Atuação Administrativa <i>The Control of Public Policies for the Judiciary or a Possible Confusion Values in Administrative Action</i> Raimundo Márcio Ribeiro Lima	261
Defesa e Estratégia de Defesa em Ações Revisionais Previdenciárias com Base no Art. 29, §5º, da Lei 8.213/91 <i>Defence and Defence Strategy Against Social Security Lawsuits Based on Article 29, Paragraph 5 of Federal Law 8,213/91</i> Sadi Medeiros Júnior	297
Legitimidade do Ibama para Ajuizamento de Ação Civil Pública em Caso de Desmatamento na Amazônia Legal <i>Legitimacy of Ibama to Filing Public Civil Action in Case of Deforestation on "Amazonia Legal"</i> Samuel Mota de Aquino Paz	327
Sustentabilidade Social e Trabalho Rural no Brasil <i>Social Aspects of Sustainability and Rural Work in Brazil</i> Teresa Villac	351
Uma Análise das Ideias de Igualdade e Liberdade à Luz das Obras Utopia e a Cidade do Sol <i>An Analysis of the Ideas of Equality and Liberty in Utopia and the City of the Sun</i> Vanessa Maria Trevisan.....	373
Normas Editoriais	413



EDITORIAL

É com muito júbilo que a Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal, lança a 40ª edição da sua Revista, referente ao trimestre de abril a junho de 2014.

A 40ª Edição da Revista da AGU é aberta com o artigo internacional intitulado “*SUSTENTABILIDAD SOCIAL DEL TRABAJO AGRARIO A TRAVÉS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA*”, de autoria do Professor Hugo I. Torres, argentino, dono de um curriculum vitae invejável. O Professor. Hugo I. Torres é Abogado por la Universidad Nacional de La Plata, Experto em Direito Administrativo de la Universidad de Belgrano, Profesor Titular de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación de la República Argentina, Profesor Titular de la Universidad Nacional de Tres de Febrero e Director de Patrimonio y Análisis Administrativo de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS). Vale a pena conferir as lições deste nosso brilhante hermano.

Em sequência a Revista contempla o artigo dos autores convidados, Regina Linden Ruaro, Doutora em Direito. Professora do PPGD da Faculdade de Direito da PUCRS e Carlos Alberto Molinaro, Doutor em Direito e Professor do PPGD da Faculdade de Direito da PUCRS, que nos brindam com o maravilhoso artigo intitulado “*ACOPLAMIENTO ENTRE INTERNET E SOCIEDADE*”.

Esta Revista ainda está regalada com 13 brilhantes artigos jurídicos voltados para várias áreas do direito, passando pelo Direito Tributário, Processual Civil, Previdenciário, Civil, Administrativo, Do Consumidor, Constitucional, Ambiental, dentre outros, a saber: *Imunidade Recíproca*, de Ana Carolina Miguel Gouveia; *Judiciário que Aprende: um modelo para a gestão eficiente do processo*, de Antonio Róger Pereira de Aguiar; *A Evolução da Conciliação na Procuradoria-Geral da União*, de Carlos Eduardo Dantas de Oliveira Lima; *A Condenação em Sede de Ação Regressiva Previdenciária ao Ressarcimento de Benefícios Futuros de Espécies Distintas não Viola o Princípio da Sentença Certa*, de Cirlene Luiza Zimmermann; *A Justiça Administrativa em Perspectiva Comparada*, de Fabrício Quixadá Steindorfer Proença; *A Aplicação da Responsabilidade Civil Ambiental Objetiva: limitações e a teoria do risco integral*, de Luiz Francisco Tavares da Silva Júnior; *As Funções da Responsabilidade Civil por Dano Moral no Direito do Consumidor a Partir da Perspectiva da Análise Econômica do Direito*, de Rafael Figueiredo Fulgêncio; *Corrupção, Políticas Públicas e Efeito Simbólico: uma análise das políticas públicas anticorrupção no Brasil*, de Rafael Melo Carneiro; *A Sindicabilidade das Políticas*

Públicas pelo Poder Judiciário ou a Possível Balbúrdia dos Valores na Atuação Administrativa, de Raimundo Márcio Ribeiro Lima; *Defesa e Estratégia de Defesa em Ações Revisionais Previdenciárias com Base no Art. 29, §5º, da Lei 8.213/91*, de Sadi Medeiros Júnior; *Legitimidade do Ibama Para Ajuizamento de Ação Civil Pública em Caso de Desmatamento na Amazônia Legal*, de Samuel Mota de Aquino Paz; *Sustentabilidade Social e Trabalho Rural no Brasil Social*, de Teresa Villac; e, *Uma Análise das Ideias de Igualdade e Liberdade à Luz das Obras Utopia e a Cidade do Sol*, de Vanessa Maria Trevisan.

E, por último, fechando também esta edição temos as NORMAS EDITORIAS da Revista da AGU, tudo que você precisa saber para que seu artigo seja publicado na Revista.

A Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal, ao tempo que agradece, parabeniza os autores dos artigos desta 40ª edição pelos brilhantes trabalhos científicos aqui disponibilizados, e convida os apreciadores da boa leitura jurídica a se regozijar com os ensinamentos que ora apresentamos.

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Diretora da Escola da AGU

SUSTENTABILIDAD SOCIAL DEL TRABAJO AGRARIO A TRAVÉS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

*SOCIAL SUSTENTABILITY OF FARM LABOUR THROUGH PUBLIC
CONTRACTS*

Hugo I. Torres

Abogado pela Universidad Nacional de La Plata

Especialista em Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano

Professor Titular de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la

Procuración del Tesoro de la Nación de la República Argentina

Professor Titular de a Universidad Nacional de Tres de Febrero

*Director de Patrimonio y Análisis Administrativo de la Administración Nacional
de la Seguridad Social (ANSeS)*

Una iniciativa para la implementación de la certificación social de los alimentos y productos de origen agroindustrial: la certificación de exclusión del trabajo infantil y del trabajo no registrado como preferencia o requisito para las adquisiciones de tales bienes, y la prestación de servicios asociados, en los contratos y compras del sector público.

SUMÁRIO: 1 Fundamentación; 1.1 Sinopsis introductoria; 1.2 La Ley 26.727 creadora del nuevo Régimen de Trabajo Agrario; 2 DESARROLLO; 2.1 Incardinación con el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional; 2.1.1 En QUE consiste la iniciativa propuesta: *una certificación social*; 2.1.2 CÓMO se podría implementar: gradualidad temporal y globalidad territorial; 2.2 Fundamentos constituciones y legales; 2.3 Instrumentación; 2.4 Corolario; 3 Síntesis prospectiva; Referencias.

RESUMEN: El presente estudio sintetiza la legislación argentina y los tratados laborales internacionales y proyecta la inclusión de reglas y requisitos de sustentabilidad social en la evaluación para adjudicar contratos públicos, con referencia las condiciones laborales de los trabajadores en la producción de bienes de origen rural y su proyección-bajo resguardos adecuados de gradualidad y reciprocidad- a los contratos de servicios y obras y, simultáneamente, en los ámbitos nacional y regional, con aspiraciones de globalidad como condición de desarrollo justo.

PALABRAS CLAVE: Sustentabilidad. Trabajo Informal. Trabajo Infantil. Licitaciones Públicas. Contrato Administrativo. Contratación Pública. Preferencia. Fomento. Integración. Tratados Internacionales. Política Pública.

ABSTRACT: The present analysis synthetizes argentine legislation and international labour treaties and projects the inclusion of social sustainability rules and requirements as part of the evaluation into public contracts adjudication, with reference to workers' labor conditions in the production of goods from farm origen, and this subjects' projection –under adequate graduallity and reciprocate ways- over contracts of services and constructions and, simultaneously, over national and regional areas, with aims of globality as a condition to fair development.

KEYWORDS: Sustainability. Informal Labor. Child Labor. Public Bidding. Administrative Contract. Public Contract. Priority. Public Support/Aid Measures. Integration. International Treaties. Public Policy.

1 FUNDAMENTACIÓN

1.1 SINOPSIS INTRODUCTORIA

Desde hace tiempo constituye una noción generalmente aceptada que alrededor de un tercio de los contratos celebrados anualmente en el mundo corresponde al gasto estatal global, sea éste directo, a través de sus ministerios o agencias, o indirecto, mediante la diversidad de formas jurídicas autárquicas o empresariales que adopta para ejecutar políticas públicas y participar en la economía. En una visión aún más amplia podríamos considerar dentro de este universo de contratos públicos a aquellos que se celebran como ejecución de programas y proyectos financiados por organismos multilaterales de crédito o fomento, incluso aún los que no constituyen préstamos sino donaciones.

También son conocidas las múltiples normas que en las órbitas nacionales, y en algunos bloques continentales como la Unión Europea, cada vez con mayor intensidad, prevén reglas de sustentabilidad en la ponderación de las ofertas que acuden a tales mercados públicos.

En Latinoamérica también se está produciendo un creciente involucramiento de los órganos y empresas estatales y paraestatales en orden a introducir exigencias y parámetros de evaluación de sustentabilidad en la comparación y selección de propuestas en licitaciones y contrataciones públicas, especialmente en cuanto a requisitos ambientales, entendiéndose sin embargo desde ahora –y para nosotros– que éste es sólo uno de los elementos constitutivos de la sustentabilidad, junto con los aspectos económico y social.

Precisamente, en este último campo vamos a centrar el objetivo de nuestra propuesta concreta.

Históricamente Sudamérica¹, y dentro de ella nuestro país, ha sido ubicada como fértil fuente de materias primas, al punto de adoptar en el Siglo XIX la expresión identitaria de “granero del mundo” para referirse al continente y, en particular, a la República Argentina como exportador principalmente de cereales y carnes. Esta privilegiada producción admitió sin embargo la coexistencia simultánea de familias terratenientes que

1 En un reciente informe el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) indicó que en América Latina existe una alta tasa de informalidad laboral total –urbana y rural– que alcanza al 56% de los empleos. (Declaraciones de José Juan Ruiz, Economista Jefe del BID, a la Agencia EFE, publicada en La Nación, Suplemento Economía & Negocios del 14/04/2013. p. 9.)

medraban con la acumulación de grandes latifundios, y la renta de su aprovechamiento, con vastos sectores de población rural pauperizada, sometida a condiciones de explotación laboral rayanas en la esclavitud. Son bien conocidos en nuestro país los métodos de sometimiento del trabajador agropecuario: la inestabilidad constante producto de la inexistencia de regulación contractual de su labor; la irregularidad de las políticas relativas a la implementación de las libretas de registro de tareas, su sostenimiento y mejora; el pago en especie, muchas veces con vales o fichas únicamente canjeables en la proveeduría o almacenes del propio empleador, con la consecuente exacción de sus salarios a través de la fijación de precios en no pocas ocasiones usurarios; la carencia de prestaciones médicas y sociales para el trabajador rural y su grupo familiar, así como de condiciones sanitarias y económicas –jubilaciones y pensiones– tras el arribo a la edad adulta y el retiro.

Ya en 1904 el doctor Juan Biale Massé² denunciaba en su célebre *Informe sobre el Estado de la Clase Obrera*, que:

[...] desde Santa Fe hasta Jujuy el almacén o proveeduría y el crédito al obrero sobre su salario, son las armas que esgrime la explotación para estrujarle, sin reparar en fomentar sus vicios, antes bien induciéndolo a que se encenegue en él, manteniéndolo en un estado de embrutecimiento y de degeneración física y moral que constituye un peligro público.

Este investigador itinerante, médico especializado en materia laboral y enfermedades profesionales por fuerza de sus viajes, encontraba sólo remedios útiles en la negación de "... *toda eficacia a todo crédito por bebidas alcohólicas, en todos los casos...*", no admitiendo que en ningún pago pueda cargarse al obrero más del 40 % de su importe en mercaderías, debiendo entregarse el resto en dinero efectivo, verdadero anticipo de la Ley 11.278 del año 1925 que estableció más tarde la obligación de pago del salario en moneda nacional, en horas y lugar del trabajo, a fin de terminar con el abuso de las proveedurías y el pago con vales, práctica que no obstante perduró por varios decenios, así como otros flagelos similares. En ese orden, el propio Biale Massé advertía la necesidad de sostener donde existía, y expandir donde faltase, el uso de *la libreta del trabajador* como prueba escrita del contrato de trabajo, sosteniendo que:

² BIALET MASSÉ, Juan. *Informe sobre el estado de la clase obrera*, Tomo I, cap. XII, Argentina, Buenos Aires: Hyspamérica, 1985. p. 469- 476.

La prueba que resulta de los libros o apuntes del patrón es una prueba pasible de todas las adulteraciones y un privilegio irritante. Francia misma no ha podido evitarla para los niños, para los tejedores, desvasadores y demás obreros...El indio que clama por su papel, el obrero que se irrita cada vez que se conchava, porque el patrón dice lo que quiere y a su palabra se está, porque el obrero no es creído, burgueses son los que resuelven, y tiran para ellos siempre.

Sosteniendo también que:

Yo creo firmemente que *la libreta es el gran salvapleitos* en cuestiones entre patrones y obreros...*ya que no sea libreta, sea al menos una fórmula impresa*: algo en que conste siquiera los elementos principales del contrato, es un anhelo general del obrero y del peón argentinos, que ningún patrón de buena fe puede rehusar.³

Las situaciones descriptas, mal de arrastre de vieja data, no obstante algunos hitos fundacionales del empleo agrario, entre los que cabe resaltar el Estatuto del Peón Rural de 1944⁴, la Ley de Cosecheros N° 13.020 de 1947 y las disposiciones específicas de la Constitucional Nacional sancionada en 1949⁵, han lamentablemente reaparecido en distintos períodos de nuestra historia, como pusieran en evidencia las inspecciones realizadas recientemente, en el último trienio, por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación o la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), que en tareas de fiscalización del empleo no registrado y evasión de cargas previsionales en el sector que nos interesa, encontraron además condiciones de hacinamiento, promiscuidad, trabajo infantil y de mujeres en condiciones de precariedad e indignidad, además de graves deficiencia sanitarias que hicieron recordar las peores etapas de los siglos precedentes, cercanas a la peor servidumbre.

3 BIALET MASSÉ, op. cit., p. 469-476.

4 Decreto N° 28.169 del 17 de octubre de 1944. Basta observar, a modo de muestra para figurarse las condiciones de vida de aquellos trabajadores agrarios antes de esa regulación, la regla que establecía su artículo 12 respecto de su alojamiento: "Los locales destinados a habitación del personal no podrán ser utilizados como depósitos y tendrán una separación completa con los lugares de crianza, guarda o acceso de animales."

5 Su artículo 37 consagraba como *derechos especiales* a los del trabajador, de la familia, de la ancianidad y de la educación y la cultura, y dentro de éste último preveía específicamente que "La enseñanza primaria en las escuelas rurales tenderá a inculcar en el niño el amor a la vida del campo, a orientarlo hacia la capacitación profesional en las faenas rurales ya formar a la mujer para las tareas domésticas campesinas. El Estado creará, con ese fin, los institutos necesarios para preparar un magisterio especializado." Además estatúa la función social e la propiedad (artículo 38), ponía el capital al servicio de la economía nacional, teniendo como objeto principal el bienestar social (artículo 39) y establecía la organización de la riqueza con el bienestar del pueblo como fin, dentro de un orden económico conforme los principios de la justicia social (Artículo 40).

En efecto, incluso la filosofía contemporánea se detiene en esta flagrante contradicción al destacar que esta construcción conceptual, que se remonta a la antigüedad romana, ubicaba al trabajador en una condición ajena a la dignidad humana, “...*en una zona intermedia, continuamente oscilante, entre la persona y la no persona o, más a secas, la cosa: como res vocalis, instrumento en condiciones de hablar, es definido, de hecho, el servus*”⁶; situación a la cual es inadmisibles retrotraer la concepción del trabajador argentino en nuestro actual Estado Constitucional Social de Derecho. Resulta también trasladable a nuestro análisis la conclusión arribada por el filósofo italiano Roberto ESPÓSITO respecto de que:

La distinción originaria entre libres y esclavos, que desde el comienzo especifica el *ius personarum*, es el arquitrabe sobre el que se apoya el poder romano: una figura excluyente que, a través de profundas discontinuidades parece retornar, con modalidades siempre distintas, para caracterizar la historia de Occidente...como el resurgimiento fantasmal, espectral, de un terrible arcaísmo en el corazón secularizado de la modernidad. Y no deja de recordar la circunstancia de que la institución de la esclavitud, lejos de ser un fenómeno primitivo, muy lejano en el tiempo y en el espacio, duró hasta mediados del siglo XIX, para reaparecer, como es sabido, bajo distintas formas –por ejemplo, la de la prostitución forzada o la del trabajo infantil- también en nuestras ciudades.⁷

Y en nuestros campos, cabe agregar, respecto de la realidad que nos ocupa.

1.2 LA LEY 26.727 CREADORA DEL NUEVO RÉGIMEN DE TRABAJO AGRARIO

En efecto, los precitados hallazgos demostraron –entre otras circunstancias- la ineficacia del organismo regulador preexistente, conducido por la propia dirigencia gremial del sector, evidenciando la inconveniencia de esa falta de independencia, con tasas de empleo informal del orden del 70% en algunas actividades rurales. Esta situación fue corregida recientemente con la aprobación del nuevo *Régimen de Trabajo Agrario* mediante la *Ley 26.727*, sancionada por el Congreso Nacional el 21 de diciembre de 2011 y promulgada sin demora el día

6 ESPÓSITO, Roberto. *El dispositivo de la persona, Biopolítica y filosofía de lo impersonal*. Buenos Aires: Amorrortu, 2011. p.20.

7 Ibidem, p. 42 y ss.

27 subsiguiente; que entre otras medidas regula el contrato de trabajo agrario y sus modalidades, establece *el uso obligatorio de la Libreta del Trabajador Agrario*⁸ y las condiciones de la vivienda⁹, alimentación y traslado de los trabajadores agrarios y su grupo familiar, y crea el *Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios (RENATEA)*¹⁰, sustitutivo del sujeto no estatal anterior arriba mencionado. Entre sus disposiciones esta ley establece la obligación del empleador de la limpieza de la ropa de trabajo contaminada por el uso de sustancias tóxicas o irritantes, el almacenamiento señalado y tratamiento de residuos peligrosos y sus envases y la prohibición de trabajo infantil en todas sus formas, estableciendo como tal al desarrollado por personas menores de 16 años¹¹. Admite sólo su artículo 55 el trabajo adolescente, caracterizado como el contrato de trabajo celebrado por personas desde los 16 hasta los 18 años, con autorización de sus padres, responsables o tutores¹², con acuerdo a la reglamentación que se dicte al respecto y a condición de la presentación del certificado de escolaridad pertinente.¹³ Asimismo, su artículo 62 prohíbe la ocupación de menores de 18 años en trabajos de carácter penoso, peligroso o insalubre; y luego, en el artículo 64, impone el deber del empleador de habilitar espacios de cuidado y contención adecuados para la atención de niñas y niños a cargo del trabajador, durante todo el tiempo que dure la jornada laboral, poniendo “...*al frente de los mismos a personal calificado y/o con experiencia en el cuidado de la infancia... teniendo en cuenta las particularidades locales y regionales y las peculiaridades de la actividad agraria respectiva.*”

8 En realidad, se trata de una modificación del artículo 1º de la Ley 25.191, cuyo texto actualiza: “Declárase obligatorio el uso de la Libreta del Trabajador Agrario, o del documento que haga sus veces, en todo el territorio de la República Argentina para todos los trabajadores que desarrollen tareas correspondientes a la actividad agraria en cualquiera de sus especializaciones, comprendidas en el ámbito de aplicación del Régimen de Trabajo Agrario. Tendrá el carácter de documento personal, intransferible y probatorio de la relación laboral...”

9 En cuanto a la niñez, prescribe en su artículo 24 inciso b) el deber de proveer al trabajador rural de una vivienda con “... ambientes específicos que consideren el tipo y el número de integrantes del núcleo familiar, con separación para los hijos de distinto sexo mayores de ocho (8) años;”, caracterizando este requisito como mínimo. El inciso f) de este artículo retoma el texto de la prenotada previsión del Estatuto del Peón de 1944.

10 Sustitución del artículo 7º de la Ley 25.191, mediante el artículo 106 de la Ley 26.727.

11 Artículo 54, Ley 26.727; que especifica para el ámbito agrario la prohibición genérica del artículo 2º de la Ley 26.390, que veda el trabajo de las personas menores de 16 años en todas sus formas, exista o no relación contractual de empleo, y sea éste remunerado o no.

12 Esta autorización se presumirá “... si el adolescente vive independientemente de sus padres...”, cfr. Artículo 55 párrafo segundo.

13 Artículo 57, Ley 26.727.

Un nuevo paso en esta progresión lo constituye el más reciente dictado por el Poder Ejecutivo Nacional, de los *decretos reglamentarios N° 300 y 301, ambos de fecha 21 de marzo de marzo de 2013*. En particular, el primero de ellos, entre otras disposiciones garantiza el acceso a becas o medios para garantizar la terminalidad educativa para el caso de menores a cargo de un trabajador agrario fallecido; así como el acceso o la continuidad de la provisión de espacios y servicios de contención para niñas o niños, previsto en el precitado artículo 64 de la Ley 26.727, por un plazo de hasta 3 meses posterior al fallecimiento del trabajador, con cargo al RENATEA¹⁴.

Ninguna de tales previsiones encuentra óbice ni contradicción en la habilitación concedida por el artículo 58 de dicho Régimen a los padres, madres o tutores que empleen personas mayores de 14 años y menores de 16 en las explotaciones agrarias familiares, y en tareas nunca superiores a las 3 horas diarias de duración, y 15 semanales¹⁵, más allá de verificar que esta circunstancia no signifique un desvío para encubrir situaciones como las que se pretende erradicar, debiéndose fiscalizar esta circunstancia para ponderarla respecto de aquellos casos en que la empresa familiar fuera contratista o proveedora de otra firma, o se encuentre subordinada económicamente a esta.

En orden a dotar de efectividad a los principios y obligaciones descriptos, el mencionado Registro creó a través de su Resolución N° 187 del 19 de junio de 2013 el Programa de Registración de Oficio Automática de empleadores y trabajadores agrarios, y un Comité de Control y Seguimiento interno específico encargado de su implementación y contralor, y un procedimiento de constatación e infracciones¹⁶ que, previa actuación sumarial con el debido traslado al empleador infractor para que ejerza sus derechos defensivos a través de un descargo, multa o active la ejecución judicial de la multa impuesta firme e impaga. También complementó este Programa con su correlativa Resolución N° 188 de la misma fecha destina a la promoción de:

14 Artículo 41 del Decreto N° 300/2013.

15 Excepción excluyente a su vez, claro está, de tareas penosas, peligrosas y/o insalubres, y que no interrumpen la asistencia escolar. Estas tareas también están prohibidas para menores de 18 años a través del subsiguiente artículo 62.

16 Dicho procedimiento prevé, como es debido, la aplicación de las multas mediante acto administrativo expreso - en el caso resoluciones de la máxima autoridad del RENATEA- pasibles por ende de los recursos administrativos usuales.

[...] la registraci3n de oficio autom1tica de aquellos trabajadores agrarios comprendidos en el 1mbito de aplicaci3n de la Ley N³ 25.191 que no se encuentren inscriptos en el RENATEA, y cuyos empleadores hayan sido sancionados con multas determinadas en procedimientos de comprobaci3n y juzgamientos de infracciones vigentes, y que al d1a de la fecha contin1en sin registraci3n en el Padr3n de Trabajadores Agrarios el RENATEA.¹⁷

Estableciendo a rengl3n seguido los supuestos de aplicaci3n de dicha registraci3n de oficio autom1tica.

Y m1s cerca en el tiempo, la jurisdicci3n que resulta autoridad de aplicaci3n de esta legislaci3n, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, en cuya 3rbita act1a como dijimos el Registro de Menta, aprob3 mediante *Resoluci3n N^o 532 de fecha 12 de junio de 2013, el Plan Nacional para la Prevenci3n y Erradicaci3n del Trabajo Infantil y la Protecci3n del Trabajo Adolescente*, norma que nos interesa especialmente para la propuesta objeto de este trabajo ya que adem1s de ratificar y los principios y reglas de base presentes en las previsiones legales y reglamentarias que venimos enumerando, vincula especialmente al sector social en su implementaci3n y desarrollo. En efecto, como la misma resoluci3n declara en los fundamentos que constituyen la motivaci3n expresada en su considerando, enraiza dicho Plan en los *Convenios Nros. 138 y 182 de la Organizaci3n Internacional del Trabajo*, ratificado por nuestro pa1s para la eliminaci3n de las peores formas de trabajo infantil, sin perder de vista el objetivo a largo plazo de la abolic3n efectiva de todo el trabajo infantil, la *Convenci3n sobre los Derechos del Ni1o*, dotada de jerarqu1a constitucional a partir de la reforma del art1culo 75 inciso 22) de nuestra Ley Suprema, la *Ley N^o 26.061 de Protecci3n Integral de los derechos de ni1as, ni1os y adolescentes*, cuyo art1culo 25 establece que:

[...] los organismos del Estado, la sociedad y en particular las organizaciones sindicales coordinar1n los esfuerzos para erradicar el trabajo infantil y limitar toda forma de trabajo legalmente autorizada cuando impidan o afecten su proceso evolutivo.

Y en la *Ley N^o 26.390 de Prohibici3n del Trabajo Infantil y protecci3n del Trabajo Adolescente*, que entre otras medidas protectorias, elevara la edad m1nima de admisi3n al empleo.

17 Art1culo 1^o de la resoluci3n RENATEA N^o 188/13.

Ya el Decreto N° 719/200 hubo creado la Comisión Nacional para la erradicación del trabajo infantil –CONAETI- con la función de “... *coordinar, evaluar y dar seguimiento a todos los esfuerzos encaminados desde el estado argentino en pos de la prevención y erradicación real y efectiva del trabajo infantil.*”, también dentro de esta jurisdicción, a la que cupo diseñar en conjunto con las Comisiones Provinciales equivalentes el Plan Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil (2006/2010), que integró las competencias locales a la lucha contra el flagelo social de marras. Esta nueva etapa del Plan, de reciente aprobación por la resolución en comentario, presenta la continuidad de una política basada en el fortalecimiento de derechos a través de la profundización de acciones más eficaces para el restablecimiento de derechos vulnerados, constituyendo un modelo de intervención que contempla la toma de conciencia sectorial sobre la gravedad de esta problemática así como el abordaje integral mediante la participación multisectorial, la constitución de redes sociales y la intervención en el nivel local, que garantiza la inmediatez con la base social afectada.¹⁸ Su texto fija entre varios de sus ambiciosos objetivos los de garantizar la permanente difusión, sensibilización, información y formación en materia de prevención y erradicación del trabajo infantil y protección del trabajo adolescente; fortalecer el rol institucional y la continuidad del funcionamiento de las Comisiones Provinciales para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil –COPRETI- así como al grupo familiar de las niñas y niños que trabajan o se encuentren en situación de riesgo de trabajo; incentivar para ello la creación de unidades especiales de fiscalización del trabajo infantil y adolescente; impulsar la elaboración de proyectos legislativos que contribuyan a la prevención y erradicación del trabajo infantil y la protección del trabajo adolescente; implementar otros mecanismos de prevención y de elección a partir de actores sociales y propiciar la creación de un registro de empresas que no utilicen trabajo infantil; e incentivar la inclusión de cláusulas específicas contra el trabajo infantil y protección del trabajo adolescente en los convenios colectivos de trabajo y otros regímenes especiales.

18 Otras jurisdicciones han encaminado también diversas acciones concretas en el ámbito rural de impacto real y efectivo, así el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios a través del Programa Federal de Vivienda y Mejoramiento del Habitat Rural y Aborigen desarrolla un programa de viviendas que responden en su tipología a las necesidades y costumbres del habitante rural, de 86 metros cuadrados que prevén su ampliación posterior, con una amplia galería de frente, cubierta a dos aguas de caída libre, adecuada ventilación e iluminación y, en muchos casos, la antena de la Televisión Digital Abierta que quiebra en estas localidades y parajes del interior argentino el paradigma del aislamiento y promueve la inclusión a través del acceso a la información, el esparcimiento y la cultura.

Precisamente la iniciativa objeto de esta propuesta podría entenderse como un paso consecuente en la profundización de este rumbo a través de una política de naturaleza fomentista: la preferencia de alimentos y suministros de origen agrícola que cuenten con la certificación de sustentabilidad social de su producción, comprendida esta de manera integral, en las adquisiciones de los entes, organismos y empresas públicas, entendidos éstos a su vez con el más amplio alcance, en la órbita del Estado Nacional, invitando además a la adopción de previsiones similares en las instancias subnacionales - provincias y municipios- atento la forma federal del Estado argentino. De esta manera, el gasto público en sus más diversas vías, comprensivo de todas sus adquisiciones y contratos, sea para la ejecución de proyectos y programas, sea para su funcionamiento regular, se encauzaría hacia aquellos productos, bienes y servicios que estuvieran en condiciones de asegurar progresivamente que en la producción de sus materias primas, en principio, y más tarde en su completa cadena de industrialización y comercialización, no empleara trabajadores no registrados, niños o mujeres en condiciones ilegales o misérrimas e insalubres.

Pasamos a describir la Iniciativa.

2 DESARROLLO

2.1 INCARDINACIÓN CON EL RÉGIMEN DE CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL

Encuadramos esta Iniciativa como una propuesta normativa accesoria de la reglamentación de las adquisiciones o contrataciones gubernamentales para ser considerada por las autoridades regulatorias del sector, en el caso y como primer escalón el mencionado RENATEA y el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, dada la raíz pública de la misma. Decíamos que se trata de una aplicación de la *actividad administrativa de fomento*, ya que su ejecución implica en su inicio un incentivo a la adopción de mejores prácticas laborales, en la raíz agraria de la cadena de producción, para que aquellas empresas cuyos productos y servicios –en este caso los insumos que se utilizan para la prestación de tales servicios- tengan como materia prima de base a productos de origen agrario, encuentren en las reparticiones y sociedades del Estado Nacional un cliente asiduo y un volumen de ventas de magnitud. Podríamos ubicar en un rápido listado de potenciales consumidores de alimentos, bebidas, textiles, mobiliario, papel, etc. a establecimientos de salud, defensa, escolares, carcelarios, de asistencia social y finalmente

a las oficinas administrativas de ministerios, organismos y sociedades estatales. La adopción de tales recaudos por las empresas productoras, además del mencionado privilegio para la selección en el campo público, seguramente obtendría el beneficio indirecto adicional derivado de la mejora de su imagen frente al resto de la sociedad –y el mercado privado de consumo empresarial e individual- como resultado de lucir una certificación de esta naturaleza frente a otros productos competidores carentes de similar *legitimación*.

Experiencias recientes demuestran que esta última apreciación no es pueril ni descabellada: ponemos como ejemplo muy difundido la adopción de la certificación ambiental otorgada por la ONG internacional FSC (Forest Stewardship Council), hoy presente en la propaganda de muebles, pisos y en los envases de todo tipo de productos, y aún de las propias resmas de papel para oficina, que puso en ventaja a las marcas de las industrias involucradas de inicio, causando un “efecto contagio” en la competencia que los llevó rápidamente a reconvertir su cadena de producción...y su marketing.

La Oficina Nacional de Contrataciones del Estado Nacional argentino contribuyó a este primer cambio de conductas de consumo en los organismos federales, mediante la promoción, a partir del año 2010, de la inclusión de tales preferencias en los pliegos de bases y condiciones de las licitaciones de productos de base forestal. Hoy lo verdaderamente raro es la ausencia de dicha certificación en tales productos e insumos, o en el packaging de cualquier otro bien o insumo, como resultado de las múltiples presiones de sus consumidores, entre ellos, como actor decisivo, el sector público.

2.1.1 EN QUE CONSISTE LA INICIATIVA PROPUESTA: UNA CERTIFICACIÓN SOCIAL

Llamamos aquí *certificación social* al proceso de verificación e inspección del ámbito de producción rural de una materia prima o producto determinados, para luego –en una etapa posterior- de la totalidad de la cadena de producción de un bien o de un servicio que utilice recurrentemente esos insumos como parte de su prestación (por ejemplo, en el caso de servicios de viandas a comedores escolares u hospitales públicos, los alimentos que utiliza para su elaboración, los textiles que componen el uniforme de su personal, etc.). Se comienza así por la materia prima misma en las plantaciones, campos y predios de origen, pasando en un segundo tramo por todas las etapas de procesamiento primario; para en estadios de desarrollo posterior involucrar –evitando su superposición con el ámbito de

cobertura de otras normas de certificación como ISO, OHSAS, IRAM, etc.)- su industrialización final. Este certificado sería emitido por una entidad o empresa de certificación específica – o con una división especializada en el campo laboral- debidamente *homologada por el Registro o Jurisdicción de referencia en el sector*, que actuará como *autoridad de acreditación para las actividades agropecuarias propias de su ámbito de competencia*, verificando la actuación de dichas entidades certificadoras. Podría preverse para su sostén el cobro de un arancel a estas certificadoras¹⁹. Esta certificación habilitará a la empresa productora *al etiquetado de sus materiales y/o productos con una clara declaración de prescindencia de empleo de mano de obra infantil, de trabajadores informales o de mujeres en condiciones ajenas a la naturaleza de su género*, conforme las pautas que la legislación respectiva imponga en cada caso. Del mismo modo, la autoridad de aplicación –agraria en este caso- fiscalizará las condiciones laborales que le sirven de sustento a las certificaciones otorgadas, pudiendo entonces el RENATEA primero, y el Ministerio en las etapas consecuentes, observarlas, suspenderlas o revocarlas conforme la gravedad del incumplimiento que eventualmente detectase, independiente de otras penalidades o sanciones que pudiesen cupir al empleador según la normativa vigente. También promoverá dicha autoridad la difusión de esta política pública a través de planes específicos de publicidad nacionales, y programas de información y capacitación locales, tendientes a fortalecer el conocimiento de los trabajadores acerca de sus derechos y, al mismo tiempo, inducir conductas de consumo responsable en empresas y población, en coordinación con los objetivos del Plan supra descrito y las acciones del CONAETI y los COPRETI. Podría comenzarse por publicar, a modo de registro precario, en un link el listado de productores y productos certificados, replicable en la página web: www.argentinacompra.gob.ar que sostiene y conduce la Oficina Nacional de Contrataciones, listando a los que realicen sus actividades empresariales de manera inclusiva y respetando este parámetro de lo que podríamos denominar *eficiencia social* de la producción o actividad agraria y sus derivados.

A modo de delimitación del ámbito de aplicación material de esta certificación, conviene tener presente que el artículo 5° de la Ley 26.727 delimita a la actividad agraria bajo acción del RENATEA como:

[...] toda aquella dirigida a la obtención de frutos o productos primarios a través de la realización de tareas pecuarias, agrícolas, forestales, hortícolas, avícolas, apícolas yu otras semejantes,

¹⁹ Facultad habilitada en el caso el RENATEA por el artículo 12, inciso a) in fine de la Ley 25.191 incorporado por artículo 106 de la Ley 26.727.

siempre que estos no hayan sido sometidos a ningún tipo de proceso industrial, en tanto se desarrollen en ámbitos rurales.²⁰

Aclarando luego en el artículo 7° como incluidas:

[...] siempre que no se realicen en establecimientos industriales y aún cuando se desarrollen en centros urbanos, las siguientes tareas: a) la manipulación y almacenamiento de cereales, oleaginosas, legumbres, hortalizas, semillas u otros frutos o productos agrarios; b) las que se prestaren en ferias y remates de hacienda; y c) el empaque de frutas y productos agrarios propios.

Con exclusión del trabajador “...ocupado en tareas de cosecha y/o empaque de frutas, el que se registrá por la Ley 20.744 (t.o. 1976), sus modificatorias y/o complementarias, salvo el caso contemplado en el artículo 7°, inciso c) de esta ley.”²¹

En todas las actividades que excedan el ámbito material de actuación del Registro, habrá de intervenir el propio *Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social*, a través de sus órganos específicos, especialmente en un segundo escalón abarcativo de los procesos de industrialización de la materia prima agraria, constituyéndose en el tiempo un ciclo que pueda resultar demostrativo de la ausencia de las condiciones laborales certificadas en toda la cadena de producción, tendiendo a garantizar la completa trazabilidad de todas sus etapas y componentes.

Esta *certificación o etiquetado social* sería objeto en los primeros años de su implementación de una *preferencia porcentual*, pongamos por ejemplo del orden de un 5% -porcentaje que cuenta como antecedente su utilización en la legislación del régimen de “compre nacional”, similar en su concepción a la utilizada desde hace décadas en varios países del hemisferio norte -por caso las compras federales de los Estados Unidos de Norteamérica impuesta por la legislación protectora conocida como “Buy American Act” incluso con un porcentaje mayor que llega al doble para algunos sectores protegidos-; para pasar luego a un segundo estadio *obligacional* en el que su carencia sea motivo suficiente de descarte del producto o servicio asociado respectivo

20 El artículo siguiente se encarga de definir, por exclusión, al ámbito rural como “... aquel que no contare con asentamiento edilicio intensivo, ni estuviere efectivamente dividido en manzanas, solares o lotes destinados preferentemente a residencia., y en el que no se desarrollaren en forma predominante actividades vinculadas a la industria, el comercio, los servicios y la administración pública. Sólo a los efectos de esta ley se prescindirá de la calificación que efectuara la respectiva autoridad comunal.”

21 Exclusión según artículo 3° inciso f), Ley 26.727.

como apto para la oferta en compras y licitaciones estatales. Para promover su efectividad plena, este porcentaje de preferencia se ponderaría siempre en la comparación de propuestas para los contratos públicos, de forma *acumulativa* a otras preferencias de similar sesgo promocional fijados por la normativa vigente²², sin exclusiones, de manera que su acumulación favorezca al oferente que mejores condiciones de sustentabilidad social, ambiental, y/o comercial practique en cada sector de la actividad económica independientemente de otras condiciones igualmente ponderables. En ningún caso habría de admitirse la mera declaración jurada del fabricante o del oferente como sustituto de esta certificación para acceder al beneficio comparativo promocional que deriva de ella.

De esta manera los organismos, sociedades y, en suma, los Estados involucrados ejercerían un doble control del trabajo no registrado, femenino e infantil: el tradicional, o directo, por la vía de la fiscalización e inspección, de naturaleza represiva, y adicionalmente éste que aquí se postula por la del estímulo como pauta diferencial de los productos derivados del agro en las compras y contrataciones del sector público, usualmente de importantes volúmenes y montos. Ello sin contar el beneficio de imagen adicional que tales certificados y etiquetas otorgarían a esos bienes en el mercado empresarial en que se insertan y en la comunidad y mercados en los que se comercializan. Es decir, se trata de una política activa de incentivo no sólo para el cumplimiento de la ley, sino también para estimular la innovación y orientar las conductas patronales en la búsqueda de una mayor equidad respecto de su capital humano.

2.1.2 CÓMO SE PODRÍA IMPLEMENTAR: GRADUALIDAD TEMPORAL Y GLOBALIDAD TERRITORIAL

Sin duda un cambio de esta naturaleza no podría imponerse en plazos exigüos sin introducir desequilibrios y desigualdades entre los proveedores de los mercados estatales, generalmente en favor de las grandes corporaciones multinacionales que por razones de escala económica y políticas de marketing mundial pueden rápidamente disponer, e imponer a sus abastecedores, de programas de regularización o “blanqueo” de su personal, así como de sus condiciones de seguridad e higiene en el trabajo, como ya lo han hecho con algunas prácticas ambientales que les fueran reclamadas –a veces de manera espontánea e inconexa– por la opinión pública, la regulación estatal, o la pérdida de competitividad misma. Esta implementación debería ser gradual y podría partir de la implementación de uno o varios porcentajes de preferencia –una escala según la gravitación

²² Por ejemplo, la preferencia establecida en el artículo 5° del Decreto N° 893/2013.

del trabajo rural en el sector productivo de que se trate conforme evalúen las autoridades con competencia técnica específica- que sería aplicable, como dijimos, en un primer escalón para las áreas de la actividad agraria actividades fiscalizadas por el RENATEA (verduras, hortalizas, oliva, tabaco, el peón ganadero involucrado en la producción cárnica, etc), para en una segunda etapa abarcar las restantes producciones, tanto primarias como industriales, ya a cargo de la propia jurisdicción ministerial (frutas, vitivinicultura, silvicultura, lácteos, frigoríficos, y la totalidad de las actividades y productos que contengan en su origen mano de obra rural). Ese porcentaje para tener en cuenta en la comparación de ofertas en licitaciones y adquisiciones que realicen las reparticiones, organismos y empresas del Estado; también evolucionaría en el mismo lapso para llegar en ese segundo escalón a su obligatoriedad, de manera que la oferta carente de tales garantías de trabajo legítimo –libre de niñas, niños, y adolescentes sin la protección legislada- y sano en el total de su cadena de producción, específicamente en el ámbito rural, fuese automáticamente eliminada de la evaluación, más allá de su precio o calidad material. Es decir que en simultáneo se avanzaría hacia una doble ampliación: de actividades y rubros, por un lado, y desde el carácter promocional al obligatorio, que resultaría eliminatorio de ofertas carentes de la certificación propiciada, cuando al cabo del término establecido para su implementación subsistan incumplimientos del producto o del prestador que impidan su certificación socialmente sustentable.

Tal implementación debería procurarse en plazos asequibles y aptos para producir efectos tangibles y firmes: los plazos decenales o superiores han demostrado su ineficacia, sea por la inactividad de los primeros años en lapsos largos, sea por las crisis financieras o políticas que aparecen cada vez con mayor frecuencia y profundidad en las diversas regiones del mundo, incluso las más desarrolladas, e impactan de manera diversa en la producción regional. La prolongación en el tiempo de prácticas contrarias a las aquí promovidas, además e ilegales, resultarían vergonzantes para el consumidor desprevenido, y ominosas para el Estado cuando actúe como contratante, desentendiéndose de la verificación de tales omisiones en el origen de productos y servicios de raíz agraria. Especialmente a este último sujeto, por su carácter público y su rol de actor decisivo en el mercado, le cabe una mayor exigencia ética en la adecuación de sus compras y contrataciones, que le viene dada ya desde el objetivo histórico plantado en el Preámbulo del Pacto Constitucional como deber de promoción del bienestar general, que no es otro que el de ubicar en el centro de su acción y políticas públicas al ser humano como sujeto de derechos concretamente realizados.

Sugerimos por ello un plazo de cinco años para la primera adaptación del circuito productivo, y uno de tres años para imponer su obligatoriedad de características eliminatorias, con uno adicional –o plazo de gracia– para cada segmento. Dicha elección no es caprichosa: asigna un lustro completo –o seis años con la prórroga– a la reconversión productiva; y totaliza una década, en el peor de los casos, para descartar de la demanda estatal tales productos no etiquetados.

Se manera simultánea, los Estados integrantes de bloques económicos y/o políticos regionales, MERCOSUR y UNASUR por ejemplo en el caso de la República Argentina, deberían tender en nuestra opinión hacia el interior de su conformación política –estados subnacionales: provincias, estados y/o municipios– a la armonización de tales políticas de certificación, respetando las autonomías político-jurídicas y las asimetrías económicas propias de cada realidad regional; a la vez que se procure un avance semejante en el comercio intrabloque y, especialmente, respecto de los intercambios externos a la región con otros bloques o países, bajo condiciones de estricta reciprocidad y con las salvaguardas necesarias del mercado interno. Esta expansión regional-internacional sucesiva coadyuvaría en la búsqueda del tan esquivo hasta el presente “*rostro humano de la globalización*” a la par de la promoción de un comercio internacional verdaderamente justo.

De esta manera la importancia del respeto a las condiciones laborales agrarias en los países de superficies y mercados más pequeños se verían positivamente impactados por los beneficios de escala del bloque al que pertenecen, respetando sus mercados internos a través de las mencionadas salvaguardas e incentivos que garanticen la supervivencia de tales producciones. No sea que por mejorar sus condiciones se extinga la fuente laboral, amenaza siempre esgrimida por los patronos –internacionales y connacionales– históricamente poco dispuestos a invertir en el capital humano del que se sirven para obtener su renta.

Téngase presente que estamos hablando de un piso de cumplimiento: trabajo registrado, condiciones dignas y equitativas de labor, limitación de la jornada, descanso y vacaciones pagas, igual remuneración por igual tarea, medidas de higiene y seguridad en el trabajo, ambiente sano, seguridad social (seguro médico y previsional), la protección integral de la familia del trabajador rural y el acceso a una vivienda digna, prescindencia de trabajo infantil y de trabajo adolescente irregular. Esta certificación no agrega por ende nuevas exigencias ni costos al empleador, por el contrario, premia al que cumpla con la legislación vigente, que en realidad constituye su obligación natural y el

correlato necesario, y ético, de su ganancia. Lo contrario sería tanto como seguir convalidando el lucro espurio y la economía de la explotación humana como fuente de rentabilidad, que hoy, además de la repulsa ética de la que hablamos, recibió reciente tipificación penal mediante la incorporación al código respectivo del artículo 148 bis, a través de la Ley 26.847.²³

2.2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONES Y LEGALES

Nuestro texto constitucional federal contiene y garantiza estos derechos, como un mínimo exigible connatural al Estado Social y Democrático de Derecho en que vivimos. Sólo mencionaremos a los artículos 14 y, especialmente, el 14 bis, como portadores de los derechos que venimos enumerando, cuyo conocimiento nos exime de comentario y transcripción; así como a la “nueva cláusula del progreso” introducida por vía de la reforma como artículo 75 inciso 19) como complementaria del histórico artículo 67 inciso 16) –actual inciso 18- que agrega al catálogo de la materia legislativa federal las funciones de “*Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores...*”, en resaltados que introducimos para puntualizar el basamento constitucional de las previsiones contenidas en el Nuevo Régimen Nacional de Trabajo Agrario creado por la Ley 26.727, que arriba comentamos. También el inciso 23) resulta por demás específico para nuestro análisis en cuanto sienta como atribución, y deber, del Congreso Nacional

Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, *en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.*

Podemos agregar a esta relectura del texto constitucional bajo esta perspectiva el artículo 42, cuando al sentar los derechos de consumidores y usuarios, promueve el acceso *a una información adecuada y veraz*, en

²³ Artículo 148 bis: Será reprimido con prisión de 1 (uno) a 4 (cuatro) años el que aprovechar económicamente el trabajo de un niño o niña en violación a las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importare un delito más grave. Quedan exceptuadas las tareas que tuvieren fines pedagógicos o de capacitación exclusivamente. No será punible el padre, madre, tutor o guardador del niño o niña que incurriere en la conducta descrita.

este caso sobre el respeto a las normas y condiciones básicas de dignidad laboral y justicia social de los trabajadores agrarios, la que sería fuente de la *educación para el consumo* prescripta en el párrafo segundo de esta misma norma. También la certificación que proponemos constituiría una herramienta de validación de la producción socialmente responsable y una defensa contra una *forma de distorsión de los mercados*, cual la marginalidad laboral y el empleo de niños o mujeres en condiciones precarias o inseguras, distorsión prevista en este mismo párrafo en comentario.

En el rango legal, con carácter general y previo al supra descripto Régimen Nacional específico para el trabajo rural aprobado por la Ley 26.727; encontramos que por el artículo 1º de la supra mencionada Ley 26.061 de Protección integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, la REPÚBLICA ARGENTINA se obligó a garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Asimismo, el artículo 25 de la ley citada precedentemente establece que los organismos del Estado deben garantizar el derecho de las personas adolescentes a la educación y reconocer su derecho a trabajar con las restricciones que le imponen la legislación vigente y los convenios internacionales sobre erradicación del trabajo infantil, debiendo ejercer la inspección del trabajo contra la explotación laboral de niñas, niños y adolescentes. A su vez, el artículo 2º de la Ley 26.390 impone la prohibición del trabajo de las personas menores de DIECISEIS (16) años en todas sus formas, exista o no relación de empleo contractual, y sea éste remunerado o no; y le recuerda a la inspección del trabajo que deberá ejercer las funciones conducentes al cumplimiento de dicha prohibición. Por último, podemos citar que en la definición competencial de la cartera laboral, el artículo 35 de la Ley N° 25.877 faculta al MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL a realizar en todo el territorio nacional acciones de fiscalización para la erradicación del trabajo infantil²⁴.

24 Precisamente, en uso de tales atribuciones y en cumplimiento de su deber de fiscalización, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social creó la Coordinación de Erradicación del Trabajo Infantil y la Coordinación de la Comisión de Igualdad de Oportunidades entre Varones y Mujeres en el Mundo Laboral, ambas mediante artículos 1º y 2º de la Resolución N° 146/2012 de esa Cartera Ministerial, del 10 de febrero de ese año, asignándoles sus acciones en planilla anexa. Luego la Subsecretaría de Fiscalización del Trabajo y de la Seguridad Social de esta jurisdicción implementó recientemente un nuevo formulario de constatación e infracción del trabajo adolescente e infantil mediante su Resolución N° 141/2012, de fecha 29 de mayo de 2012, a fin de dotar de los instrumentos actuariales imprescindibles - y uniformes a los fines estadísticos, podríamos agregar- que además de incluir una serie de datos de la empresa, del menor y su grupo familiar, contempla la eventualidad de que se planteen situaciones de trabajo artístico o de labores ligeras en empresas de familia, debiendo relevarse en ambos casos si cuenta con la debida autorización de los adultos responsables, las horas de labor y de descanso y la verificación de tareas penosas, peligrosas o insalubres.

El desarrollo calificado como sustentable no admite entonces cualquier forma de crecimiento de los índices económicos de producción o renta, despojados de contenidos solidarios, sino aquel calificado por su contenido social y ambiental.

No son distintos los pactos y tratados fundacionales del ordenamiento jurídico internacional americano y global, todos ellos jerarquizados a la grada constitucional por el inciso 22) del artículo 75 de la Constitución según su última reforma en 1994: así la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* aprobada en la IX conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá, Colombia, del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948²⁵; la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, adoptada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948²⁶; el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* adoptado y abierto a la ratificación por la Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas 1966²⁷; la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969²⁸, la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer*, adoptada mediante Resolución 34/180 por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 18 de diciembre de 1979²⁹; la *Convención sobre los Derechos del Niño* adoptada y abierta a la firma por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/24 de fecha 20 de noviembre de 1989³⁰. Llegamos incluso hasta la *Declaración de Río + 20 “El futuro que queremos”* en junio de 2012; por citar los pactos continentales y globales más prominentes.

Sin embargo, se hace evidente que no es la ausencia de previsiones legales lo que impide su realización concreta. Creo por ello oportuno

25 Derechos de los Artículos VII, XI y , especialmente XIV a XVI; así como Deberes establecidos en los Artículos XXXV a XXXVII.

26 Artículos 4, 23 a 25, y especialmente el 22 y 28 respecto de la cooperación internacional y el establecimiento de un orden social internacional.

27 Artículos 6, 7, 9 a 12 - de este último destacamos los incisos a) y b) de su apartado 2-, y en lo que respecta al compromiso de los firmantes como Estados Parte respecto de su implementación y garantía de ejercicio efectivo, los Artículos 2 y 3. Entre los primeros cabe adicionalmente remarcar el inciso b) del apartado 2 del artículo 11..

28 Artículos 6, 19 y, en lo instrumental para su plena efectividad progresiva, el 26 y el 32 apartado 2.

29 Artículos 11 y 14, este por su específica referencia a la mujer rural.

30 Artículos 3 apartado 2; 11; 19 apartado 1; 26 apartado 1; 31 apartado 1; 32 y 36. Cabe señalar que por el artículo 1º de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes la República Argentina se obligó a garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

y potencialmente eficaz atacar el históricamente arraigado mal de la explotación del trabajador agrario y sus familias acompañando las políticas de control y fiscalización con ésta de incentivo a una mejor producción, socialmente justa, que apunte directamente al corazón de la empresa capitalista desaprensiva: sus ventas, que se verían afectadas, y probablemente disminuidas, si a la par de la pérdida de mercados públicos sufriera el desprestigio y el costo de imagen en sus productos generados a partir de materias primas y procesos de nula o baja responsabilidad social interna con sus propios trabajadores, y sus niños y adolescentes, una vez que la implementación del etiquetado social lo ponga en evidencia. De esta manera el control social coadyuvaría a la labor inspectiva estatal a través de la participación del consumidor cuidando el origen libre de trabajo irregular o infantil en los productos que adquiere recurrentemente.

2.3 INSTRUMENTACIÓN

Desde el punto de vista instrumental, bastaría en el nivel federal argentino con una breve norma de naturaleza reglamentaria³¹, un decreto de la Presidencia de la Nación, para que el Estado Nacional incorpore a su normativa de contrataciones, de idéntica naturaleza, una norma que establezca la preferencia económica propuesta (y su posterior exigibilidad “eliminadora”, en una segunda etapa o escalón temporal) para las ofertas en licitaciones y contrataciones públicas de productos y servicios que impliquen el uso de insumos elaborados con materias primas de base agraria. De hecho, el artículo 196 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado como Anexo del Decreto N° 893, dictado por el Poder Ejecutivo Nacional en fecha 7 de junio de 2012, prevé que la Oficina Nacional de Contrataciones, Órgano Rector del Sistema de Contrataciones de la Administración Nacional:

[...] elaborará modelos de pliegos de cláusulas particulares para determinados bienes o servicios específicos indicando los criterios de sustentabilidad que deberán cumplir, los que serán de utilización obligatoria para las jurisdicciones y entidades contratantes.

Además de la posibilidad de exigir que en dichos pliegos “...se incluyan cláusulas con determinados criterios de sustentabilidad específicos”.

31 Con ajuste a la habilitación competencial del artículo 99 inciso 2) de la Carta Constitucional.

Dentro de tales previsiones o exigencias de sustentabilidad podría perfectamente encuadrarse una certificación como la que proponemos, máxime si tenemos en cuenta que en su artículo precedente, al definir los Criterios de Sustentabilidad reguló que éstos “...deberán garantizar el mejor impacto al ambiente, mejores condiciones éticas y económicas, así como el cumplimiento de la legislación laboral vigente, en especial lo que se relaciones con condiciones dignas y equitativas de trabajo y la ausencia de trabajo infantil.”, aunque su incumplimiento no derive hoy en la desestimación de la oferta, salvo que así lo disponga expresamente el pliego respectivo, o lo determine el objeto del contrato o las especificaciones técnicas (artículo 199 de dicho Reglamento). Este primer avance ha sido profundizado este año con la facultad –aún no una obligación– a favor de los organismos y entes públicos de exigir normas de calidad ambiental y social, como las ISO 14.001 (sobre sistema de gestión ambiental) y 26000 (sobre diagnóstico de responsabilidad social) la OHSAS 18.001 (sobre sistema de gestión de salud y seguridad social) respectivamente, en sus versiones más actuales, además de valorar la tenencia “...de certificación de Producción Limpia relativa a tres puntos fundamentales: ahorro de materia prima, agua y energía; eliminación de insumos tóxicos y peligrosos; y reducción de la cantidad y toxicidad de emisiones y residuos de la fuente”³², así como los niveles máximos de ruido y emisiones y de emisiones de óxido de nitrógeno y de dióxido de carbono pretendidos en la fabricación de los vehículos a adquirir por dichas reparticiones y empresas estatales, a efectuarse obligatoriamente a través de un canal de leasing de la banca pública nacional. Se presta también allí especial atención al rendimiento del vehículo en relación a los kilómetros recorridos por cada litro de combustible, y a la composición de los neumáticos con bajo contenido o libres de hidrocarburos aromáticos policíclicos (HAPs), de baja fricción o resistencia al avance.

Además, cabe sostener en el camino a la armonización de las normas provinciales de contratación, la primacía de la esfera federal en el proceso de decisión regulatoria, de cara a una posterior proyección regional.

Por supuesto, Argentina no es el único país de la región que ha comenzado a desandar el camino de la búsqueda de mejores condiciones de sustentabilidad –económica, ambiental y social– entre otras herramientas, a través de la orientación del poder de compra estatal en sus obras, bienes y servicios. Esta interrelación sudamericana a través de sus distintos bloques –MERCOSUR, UNASUR, PACTO

³² Anexo de la Disposición N° 24 de la Subsecretaría de Tecnologías de Gestión de la Secretaría de la Gestión Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros, norma derivada del Decreto N° 1.888/2012 y complementaria de su similar, Disposición STG N° 10/2012.

ANDINO, CELAC, etc. -, cada vez con vinculaciones más profundas en los últimos tiempos, nos permite augurar que la réplica de iniciativas similares en nuestros países, obviamente repetible en otras organizaciones de todas las latitudes, contribuiría a establecer un sistema global de mejora del trabajo campesino agregando al contralor represivo una política de incentivos a la producción socialmente sustentable inducida a través de las compras y contrataciones del sector público de cada país, así como la exclusión progresiva en dichos mercados estatales y paraestatales de los productos y servicios de aquellas empresas que incurran en estas malas prácticas laborales en cualquiera de los países de la región –primer tramo de integración- y de los bloques intrarregionales –segundo escalón internacional- cuya sumatoria estructuraría una red global.

La integración implica profundizar la inclusión y equidad social de los pueblos integrados, y no la mera liberación de barreras comerciales entre empresas y países vinculados. Ya vimos que las normas y tratados internacionales así lo establecen y demandan, pero faltan herramientas específicas en el plano internacional que corrijan cada desvío puntual en la prosecución de la totalidad, que muchas veces encarada sin distinguos, en general, y sin plazos, no termina de proveer resultados concretos nunca.

2.4 COROLARIO

Somos concientes que ninguna práctica laboral ilegal cede por la mera sanción de una nueva regulación, máxime si históricamente ha quedado demostrado que el no acatamiento de las normas existentes, y aún la insuficiente fiscalización y sanción preexistentes, han sido objeto de constante desobediencia y violación por empleadores, e indiferencia de consumidores que se asumen lejanos a esta situación cuando por ningún medio se establece y difunde la diferencia.

No nos llama a la duda la intuición de la preexistencia de legislación laboral tutelar en Bangladesh, contradecida por la reciente catástrofe ocurrida hace pocas semanas, donde el incendio y derrumbe de una planta textil –también presumida de clandestina- provocó la muerte de más de 1.100 trabajadores en situación de hacinamiento y carencia de las más elementales condiciones sanitarias; sin embargo, ausentes la ética empresaria y la del consumidor, sólo queda la acción estatal para reconstituir las bases de sistemas productivos justos, acordes con las reglas universales vigentes y con la muchas veces sólo declamada responsabilidad social corporativa.

El propósito de esta ponencia dista de propiciar una nueva regla represiva, apelando a una técnica de regulación innovativa de carácter promocional, concebida como *un incentivo* que se otorgue a través de la propia actividad del productor o empleador rural en origen, mejorando de raíz la performance social de la economía de base agraria sin imponer la implementación inmediata de medidas a un costo inaceptable, sino por el contrario, otorgándolo a quienes acrediten el cumplimiento del régimen laboral ya existente. Nada nuevo ni gravoso se impone, sino que –como se dijo– se premia y diferencia al producto que respete las condiciones de equidad e inclusión laboral vigentes.

El camino está abierto y sus proyecciones son vastas, esta es apenas una de ellas, para un sector amplio y disperso en la geografía nacional y regional, pero que constituye un eje trascendente en la historia y en la economía argentina y latinoamericana. Particularmente en nuestro país, uno de los estereotipos del ser nacional, allende sus diferencias regionales, lo constituye el gaucho, el trabajador rural y su familia, que se entregan a diario al noble esfuerzo de la producción a partir de los recursos de la tierra. Lo acompañan el cañero, el zafrero y el leñador, en el norte, el tabacalero y tarefero en el noreste, el viñatero en el oeste, los tamberos, los arrieros y cosecheros migrantes por todo el país, el esquilador del sur, entre los íconos más notables de nuestra ruralidad.

La herramienta propuesta es simple y reconoce numerosos antecedentes internacionales que avalan su operatividad, como los citados instrumentos internacionales de derechos humanos suscriptos por nuestro país, hoy dotados de jerarquía constitucional, y algunos precedentes fácticos de alto impacto comercial, por caso la certificación similar de ausencia de trabajo infantil y esclavo en la producción de cacao africano que ciertas empresas de la industria del chocolate se vieron obligadas a adoptar en algunos mercados a partir de la difusión de sus incumplimientos previos. Hoy no es extraño ver en sus envases y páginas web la difusión de su compromiso con la escolarización rural en Congo y Costa de Marfil, y la exhibición de sellos y certificaciones –de origen en el sector social internacional– como FAIR TRADE, UTZ³³ y las mencionadas ISO y OHSAS.

33 Por caso, el Código de Proveedores Nestlé y Principios de Compra Nestlé para sus proveedores y co-fabricantes, en la página global de la empresa Nestlé Ltda., Vevey, Suiza, consultada en julio de 2013. Dicho Código contempla entre sus capítulos la ética del negocio, la sustentabilidad, estándares de conducta laboral - con expresa prohibición del trabajo infantil a sus proveedores- la seguridad y la salud en el ambiente de trabajo, la protección del medio ambiente natural del país y el suministro de productores agrícolas respetuoso de estos principios, promoviendo su difusión y enseñanza como parte de la capacitación a brindar por los Equipos de Servicios Agrícolas de Nestlé.

Su base legal es amplia y su fundamento humanístico indiscutible.

3 SÍNTESIS PROSPECTIVA

A modo de repaso y de análisis prospectivo propongo la siguiente síntesis:

- los países sudamericanos, Argentina entre ellos, tienen una extensa historia de gran producción y riqueza rural, no obstante la cual fueron, y en algunas regiones de sus interiores actualmente siguen siendo objeto de trabajo migrante y esclavo, empleo no registrado - por lo tanto carente de servicios de salud y sociales-, condiciones precarias e insalubres de labor y falta de estabilidad contractual;
- no escapa a esta problemática el empleo infantil, legislativamente prohibido por debajo de los 16 años, el trabajo adolescente irregular y el de mujeres en condiciones inequitativas o indignas, inadmisibles en este tiempo de la civilización y del desarrollo universal de los derechos humanos;
- la persecución de una mayor renta de la tierra no habilita a la de la ganancia a través de la explotación del otro, que es la célula constitutiva de la Nación, de la Patria;
- el trabajador agrario, la parte más débil de la relación laboral, en la puja de intereses de un contrato desigual, entrega al empleador un lucro ilegítimo, cuando se persigue y obtiene de esta manera, a cambio de la mera supervivencia: su prolongación en el tiempo equivale a consagrar una de las tantas formas de impunidad inconcebibles en este estadio de la evolución social, y de la legislación que la tutela;
- las políticas públicas activas de reconquista progresiva de los derechos de uno de los colectivos de trabajadores más vulnerables y significativos de la plataforma productiva nacional han generado la nueva Ley de Trabajo Agrario, que representa el avance jurídico más significativo de las últimas tres décadas en la materia;

- las prácticas de fiscalización del empleo rural no registrado encaradas de modo intensivo por el RENATEA, asociadas a las modernas tecnologías de la información, permiten hoy profundizar los controles y agilizar la registración de tales trabajadores salvando las enormes distancias, dificultades geográficas, situaciones de aislamiento y deficiencias culturales propias de muchas regiones de nuestro país; no obstante, cíclicamente reaparecen prácticas de trabajo esclavo, precario e insalubre en el ámbito agrario, así como por menores de edad y mujeres más allá de la diferenciación que las condiciones de género imponen como indispensables en tales ámbitos, muchas veces de suma exigencia física;
- el propósito concreto de nuestra propuesta consiste en la implementación de un sistema de certificación social, otorgado en principio por compañías privadas e instituciones públicas, siempre homologadas por la autoridad de aplicación del contralor del trabajo rural –el RENATEA y el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, conforme sus respectivos ámbitos de competencia- establecido primero como pauta de preferencia en la comparación de ofertas en licitaciones y contrataciones públicas, con un porcentaje a determinar por la reglamentación estatal, para pasar luego de un período de adaptación del mercado productor –no mayor a un quinquenio, salvo sectores que justifiquen su excepción por razones estructurales y/o regionales- a imponerlo como requisito obligatorio y por ende eliminatorio de los productos y servicios ofrecidos carentes de tal certificación, la que podría funcionar, adicionalmente, como un elemento de acceso al crédito bancario promovido, con tasas subvencionadas, o a distintos subsidios sectoriales;
- al tratarse de un incentivo para la concretización de obligaciones legales preexistentes, que podríamos caracterizar como mínimas, no se producen erogaciones adicionales para el empleador, ni se incrementan de modo sustancial sus costos de producción –excepto el costo del proceso de certificación y una eventual tasa o arancel de fiscalización correlativa para el Registro o la cartera ministerial que la verifique según corresponda a cada etapa- ni su carga tributaria; menos aún puede calificársela como una barrera a la productividad, por el contrario, se mejora su

competitividad a través del otorgamiento de preferencias a su desempeño social;

- la labor del RENATEA y el Ministerio, respectivamente, se inscriben en la búsqueda de garantizar mayor autonomía, agilidad y eficacia en la elaboración y ejecución de políticas públicas de protección de derechos de la niñez y adolescencia a través de la descentralización propiciada por el artículo 4º, inciso b) de la Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes;
- el mecanismo legal para su implementación se vería concretizado por la vía de la promoción de un simple decreto reglamentario –sin que sea necesario recurrir al resorte de la necesidad y urgencia o de facultades legislativas delegadas- ya que se trata de materia propia de la Administración y atribución constitucional de su cabeza, el Departamento Ejecutivo, sin perjuicio de que se invite además a los restantes poderes y jurisdicciones locales a la sanción de una normativa equivalente- mediante el cual incorpore la exigencia de esta *certificación social de empleo agrario registrado y libre de trabajo infantil* a la reglamentación de las contrataciones del Estado Federal, en Argentina el Reglamento aprobado por Decreto N° 893/2012 y sus modificatorios, para su posterior promoción al ámbito de otros organismos y empresas públicas y a otras instancias subnacionales;
- la inclusión en pliegos de bases y condiciones particulares de tales demandas de certificación no resultan en principio excluyentes para aquellas ofertas carentes de las mismas, excepto en la pérdida gradual de competitividad ante la reacción de competidores y mercados públicos y privados consumidores;
- el ciudadano-consumidor, con la diaria elección que subyace en cada uno de sus consumos integra y humaniza la sociedad o permanece indiferente, cuando evalúa y selecciona bienes y servicios según su origen, según la responsabilidad social y los criterios ambientales bajo los cuales se producen o prestan; cuando esta selección está a cargo del estado –de los Estados- la consideración de tales factores se convierte en una obligación dado su carácter de sujeto ético por excelencia en el seno de la comunidad organizada;

- la búsqueda de la adopción de medidas similares en los países de la región, a imitar luego en pactos intra-bloques (por ejemplo Mercosur-Unión Europea), más allá de la complejidad que ofrece el escenario global, permitirían establecer un sistema internacional de incentivos, en la búsqueda del crecimiento económico con equidad –bajo reglas de reciprocidad- que secunden a las reglas represivas y las tareas inspectivas tradicionales, históricamente insuficientes, en la lucha contra el trabajo esclavo o cuanto menos irregular, así como el empleo de niños, de adolescentes y de mujeres en condiciones de explotación, de indignidad o insalubridad, legal y socialmente intolerables.

REFERENCIAS

BIALET MASSÉ, Juan. *Informe sobre el estado de la clase obrera*, Tomo I, capítulo XII, Argentina, Buenos Aires: Hyspamérica, 1985.

ESPÓSITO, Roberto. *El dispositivo de la persona*. Biopolítica y filosofía de lo impersonal. Buenos Aires: Amorrortu, 2011.

ACOPLAMENTO ENTRE INTERNET E SOCIEDADE

COUPLING BETWEEN INTERNET AND SOCIETY

Regina Linden Ruaro

Doutora em Direito. Professora do PPGD da Faculdade de Direito da PUCRS

Carlos Alberto Molinaro

Doutor em Direito. Professor do PPGD da Faculdade de Direito da PUCRS

SUMÁRIO: Introdução; 1 Estudos Sociais da Ciência e Tecnologia para Internet; 2 Internet e novos problemas; 3 Determinismo: ponto doutrinário de partida; 4 Direito, ciência, tecnologia e risco; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este ensaio intenta demonstrar a importância da relação entre Internet e Sociedade. Em realidade, a demonstração de uma relação parcial entre a tecnologia moderna e a sociedade. A maneira pela qual se intenta abordar essa relação, pode ser encontrada entre as preocupações dos chamados estudos sociais da tecnologia. Dada a estreita relação entre a ciência e tecnologia, os estudos sociais da tecnologia estão diretamente relacionados aos chamados estudos sociais da ciência, incluindo-se aí as ciências jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE: Internet. Determinismo. Ator-Rede. Ciência e Tecnologia. Sociedade e Direito.

ABSTRACT: This essay intends to demonstrate the importance of the relationship between Internet and Society. In fact, the demonstration of a partial relationship between technology and society. The manner in which it intends to address this relationship can be found between the concerns of so-called social studies of technology. Given the close relationship between science and technology, social studies of technology are directly related to so-called social studies of science, therein are including the legal sciences.

KEYWORDS: Internet. Determinism. Actor-Network. Science and Technology. Society and Law.

INTRODUÇÃO

Se levarmos em conta o importante papel da tecnologia na sociedade, um dos pontos mais importantes para compreendê-la tem a ver com a Internet, aqui, como uma das mais inovadoras e difundidas *práticas sociais*.

Considerando a tecnologia e a sociedade como dois tipos distintos de fenômenos que estão inter-relacionados, se quisermos entender esse acoplamento entre *distâncias* (nos seus referenciais) teríamos de escolher entre duas ações possíveis a uma distância: a possibilidade da tecnologia determinar a sociedade de um lado; e, de outra: a possibilidade de identificação na sociedade da tecnologia. A primeira ação é geralmente descrita como determinismo tecnológico, e a segunda como determinismo social. Entre essas duas ações – determinísticas – interessa a distância. Mas isso será realmente importante? Notadamente, como veremos adiante, no âmbito do jurídico.

Na verdade, a ideia de determinismo tecnológico, no caso da Internet é mantida em termos de uma tecnologia neutra (?) que contribui para o crescimento econômico e o progresso social quando formata passos em vias informacionais importantes. Um problema semelhante aparece na ideia do determinismo social da Internet. Se a sociedade pode produzir a Internet, por fora e dentro dela mesma, produz também produtos que alcançam uma construção quase mítica. Qual o melhor modo de análise para um produto comercial qualquer, por exemplo, um da Microsoft®, relativamente a sua função determinista, socialmente arquitetado mediante técnicas de trabalho à distância (teletrabalho), e tecnologicamente distribuído em rede de trabalhadores dedicados da ciência e da tecnologia? Como pode ser percebido, não importa muito manterem-se afastadas as duas perspectivas, a ênfase deve ser em uma concepção única, não distinta da unidade de tecnologia e de sociedade.

O elemento de tecnologia deve ser considerado, não em relação a sua distância referencial na sociedade, pois a tendência mais contemporânea induz para uma convergência entre eles ou identificação, isto é, por exemplo, Internet e Sociedade não significam dois fenômenos, juntos, um ao lado do outro. Mas Internet e Sociedade significam tanto uma tecnologia que está mergulhada nas aspirações sociais de criatividade (como se pode facilmente escorregar para a alienação e/ou mercantilização), que também permeia a própria subjetividade social (ainda que possa ser consumida em representações de superfície). Em segundo lugar, Internet e Sociedade também significa uma sociedade que vive na mediação tecnológica e parcialmente fabricada em condições mais situações potenciais de virtualidade, que ameaçam deslocar

o simbólico implacável da realidade objetiva, substituindo-o com o fantasma da civilização tecnológica fluidizada.

Assim, de acordo com a perspectiva do determinismo tecnológico, a tecnologia – especialmente tomada como conjunto complexo de técnicas processos, métodos, meios e instrumentos de um domínio particular do conhecimento – é um sistema fechado de conhecimento; além do mais, desenvolveu a sua própria *caixa preta*, baseada na sua lógica e nas suas próprias regras, decorrentes, nitidamente, do campo das ciências naturais. Como resultado, o desenvolvimento e a evolução da tecnologia (à semelhança do evolucionar da ciência) são independentes das influências sociais, nada obstante poder conformar uma *causa principal de mudança social*. O que levou o *determinismo tecnológico* a revelar-se como decisivo para explicar os fenômenos sociais e históricos¹.

O determinismo, na perspectiva do festejado antropologista norte-americano, Leslie Alvin White (1900/1975), revela que o sistema tecnológico é básico e primário, do mesmo modo, os sistemas sociais são *funções* de tecnologias e revelam uma filosofia para expressar as forças tecnológicas e refletir sobre os sistemas sociais. Portanto, o fator tecnológico é determinante de um sistema cultural como um todo; ele determina, no contexto interrogado pelo investigador, a forma dos sistemas sociais, da tecnologia e da sociedade². Observe-se, contudo, que ao determinismo tecnológico, reducionista por certo, contrapõe-se a teoria da *construção social da tecnologia*³, com o postulado construtivista que afirma que a ação humana é a responsável pela produção da tecnologia.

Em cingida sùmula, podemos afirmar que os defensores da SCOT aceitam ou rejeitam uma tecnologia com o conhecimento ou sem ele da ciência que a produziu, a partir da ambiência do mundo social, por isso mesmo, não interessa aos investigadores simplesmente afirmar o que é *melhor* ou mais útil, ou benéfico para o corpo social, mas saber quem define o *melhor*; bem como, o *motivo* da escolha⁴. Ambas as perspectivas

- 1 O termo determinismo tecnológico, na perspectiva de Barry Jones, foi cunhado pelo sociólogo e economista americano Thorstein Veblen (JONES, Barjy. *Sleepers, Wake! Technology and the Future of Work*. Melbourne: Oxford University Press, 1990. p. 210).
- 2 WHITE, Leslie A. *The Science of Culture: A Study of Man and Civilization*. New York: Grove Press, 1949. p. 366.
- 3 Em inglês, social construction of technology, com o acrônimo de SCOT, na perspectiva de que a tecnologia não pode ser compreendida e efetivamente utilizada fora de seu contexto sociocultural.
- 4 Por todos, confira-se, BLOOR, David. *Knowledge and Social Imagery*. Chicago: Univ. of Chicago Press, 1991, p. 175-79. LATOUR, Bruno. *Science in Action*. Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1987; e PINCH, Trevor; and BIJKER, Wiebe. *The Social Construction of Facts and Artefacts: or How the*

não são imunes as mais diversas críticas. Aliás, a própria noção de técnica e, por suposto, de tecnologia, padece de precisão conceitual⁵. Neste sentido, *tecnologia*, com a aposição do *logos* (λογια) a *τεχνικη*, aparece, segundo os historiadores, no século XVIII significando o argumento ou a discussão ou razões sobre uma determinada *arte* ou *fazer*; o que evolui para um conjunto de conhecimentos articulados cujo objetivo demanda a satisfação das aspirações e necessidades humanas. Um dos mais importantes filósofos da tecnologia da atualidade, Langdon Winner, tem formulado uma crítica ácida à *teoria da construção social da tecnologia* e ao *determinismo tecnológico*, especialmente no seu trabalho *Upon Opening the Black Box and Finding It Empty: Social Constructivism and the Philosophy of Technology*⁶, onde esclarece que a tecnologia está inserida em uma ambiência distinta do exclusivamente social, pois ela importa uma substancia corporificada para agir sobre o mundo⁷, neste viés, as tecnologias têm seu significado político construído a partir da utilização social dos artefatos por ela produzidos, bem como das escolhas políticas relativas à sua presença na sociedade⁸.

No entanto, temos que qualquer seja a perspectiva adotada, são necessárias aproximações tanto ao *determinismo* quanto a *construção social da tecnologia*, não como condições imperativas, mas como protagonistas de um jogo de interações que se articulam na acomodação dos anseios sociais. Esta complexa *teia* desafia nossa compreensão e indica que qualquer tentativa de compreender teórica e analiticamente a relação entre tecnologia e sociedade deve levar em conta a influência definitiva da tecnologia no comportamento social e os resultados sociais do uso desta mesma tecnologia, pois ela é, em maior parte, decisiva em seus efeitos sobre o trabalho e sobre as instituições e corporações na sociedade.

De outra forma, a noção de que uma política eficaz sobre as respostas tecnológicas importa em uma alteração social profunda, tem sido contestada, especialmente, tendo em vista que as tecnologias produzem *inovações* que implicam múltiplas posições acadêmicas, profissionais e

Sociology of Science and the Sociology of Technology Might Benefit Each Other, em: Social Studies of Science, V.14, n. 3, ps. 399-441,1984, texto que pode ser consultado no sistema pay-per-view em: <http://ssegs.sagepub.com/cgi/content/short/14/3/399>.

5 Observe-se que no grego, *Τεχνικη*, tanto se refere às artes como ao engenho humano, pois técnica é o uso que se faz de instrumentos, de ferramentas o que implica a habilidade e a inteligência humanas (VESENTINI, José William. *Sociedade e Espaço: geografia geral e do Brasil*. São Paulo: Ática, 2005).

6 Confira-se, Science, Technology, & Human Values, v. 18, n. 3. (1993), pp. 362-378, que pode ser consultado pelo sistema pay-per-view, em: <<http://www.jstor.org/pss/689726>>.

7 WINNER, Langdon. Op. Cit., p. 364.

8 WINNER, Langdon. Op. Cit., p. 375.

empresariais que (e, estas sim!) determinam uma alteração profunda nos modelos sociais, portanto, *inovação* revela-se como modal de transformação sociocultural e, neste sentido, e somente neste sentido, pensamos, deva ser concebida como *medida de cadência* do desenvolvimento sócio tecnológico⁹. Nesta linha, muitas são as concepções possíveis de tecnologia, assim como necessária, também, a permanente reconstrução dessas concepções. Neste passo, consideramos que a delimitação das expressões ciência, tecnologia, e até mesmo a de *inovação* e difusão desta, que ambas provocam, merecem especial atenção dos cultores das ciências sociais aplicadas, pois tanto ciência como tecnologia, como substantivos – isto é, como categorias de expressões com as quais designamos fenômenos, objetos de nossa atenção, sentimentos ou sensações percebidos, concretos ou abstratos, ações e reações – conotam diferentes significados segundo o contexto em que se inserem.

Relativamente à ciência, como conformação de um conjunto de proposições que expressam leis, objeto de valorações verossímeis sobre os eventos e objetos investigados, tem um particular endereço: a formatação de um conhecimento capaz de manejar a realidade percebida para logo depois transformá-la, replicá-la, relacioná-la com o social, o insocial, incluindo os corpos, o afetivo e emocional deles, o físico e o biológico e, ao fim e ao cabo, o biótico e o abiótico em estreita e indispensável relação¹⁰.

9 Everett Rogers (1981/2004) em livro onde divulga sua teoria (Diffusion of Innovation, 4th edition. New York: Free Press, 1995) define inovação como uma ideia, prática ou objeto que é percebido como “novo” por um indivíduo ou sistema (p. 11), segundo Everett quatro elementos são importantes da difusão: (i) inovação; (ii) comunicação e promoção da inovação; (iii) tempo/taxa de adoção do “inovador”; (iv) membros de um sistema social definido como nicho de mercado. Staub, de outro modo vai afirmar que central a este conceito de inovação é a ênfase da novidade, da diferença e da mudança, não importando se a ideia, prática ou objeto é objetivamente novo, mas é a percepção da novidade. Ademais, a inovação não significa necessariamente algo “melhor” ou que a ideia nova é mais benéfica para o indivíduo (STRAUB, Evan T. Understanding technology adoption: A review of theory and future directions for informal learning with technology. Review of Education Research, 79(2), 2009, p. 625-649, que pode ser consultada on line pelo sistema pay-per-view SAGE Journals, in: <<http://rer.sagepub.com/cgi/reprint/79/2/625>>).

10 A ampliação intensa e sempre presente dos sistemas baseados em abordagens para a apreensão do mundo – a partir da modelação ecológica e cibernética, da informação ao caos, complexidade, sistemas dinâmicos não lineares, e as teorias de redes de vários tipos – franqueou ou abriu as ciências naturais em direção a um interesse na integração de fatos sociais e culturais, ademais de dar sentido à complexa e difícil medida do comportamento humano confrontado com as (também complexas!), questões globais de nosso tempo, neste sentido, podemos observar os estudos recentes sobre biossemiótica que nos têm levado ao reino da significação e da produção de sentido a partir, exempli gratia, do interior das células para os níveis exteriores de organização, para a sociedade, ou por outra, buscando significado das mensagens transmitidas, pois a biossemiótica intenta preencher esta lacuna, estudando o significado dos vários tipos de informações que são usadas pelos organismos vivos, incluindo sequenciamento do DNA, a sinalização celular, feromonas, a comunicação acústica, e outros (a propósito, consulte-se: EMMECHE, Claus. The biosemiotics of emergent properties in a pluralist ontology, em: TABORSKY, Edwina. Semiosis, Evolution, Energy: Towards a Recognition of the Sign. Aachen: Shaker Verlag, 1999, p. 89-108; ainda, UEXKÜLL, Jakob Von. The Theory

Relativamente à tecnologia, como conjunto complexo de técnicas de um domínio particular inflectido no espaço sociocultural, necessária a permanente reconstrução de sua concepção, o que deve levar-nos a colher o sentido dos seus efeitos em contextos sociais específicos, *e.g.* variáveis comportamentais no desenvolvimento de produtos e serviços, na organização das sociedades, nas relações de produção e consumo, etc. Diferente aproximação na definição de tecnologia pode afastar qualquer proposta construtivista social, ou mesmo alijar um determinismo social, pois aí a tecnologia não tem qualquer referência como modal de comportamento induzido ou produzido pelo corpo social.

No que podemos perceber, pensamos que tecnologia (ou *tecnologias*, o plural lhe cai melhor) não é – definitivamente – uma expressão de linguagem transparente, há um consortismo que aponta para o *humano* e para o *artefato*. Aí, uma nova variável se põe: *tecnologia como sistema*, ou integrante de sistemas tecnológicos acomodados no macrosistema sociocultural – incluída no acoplamento Internet e Sociedade.

1 ESTUDOS SOCIAIS DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA PARA INTERNET

Obviamente, a relação entre Internet e Sociedade é um exemplo de uma relação parcial entre a tecnologia e a sociedade moderna. A maneira pela qual tentamos abordar esta relação estão entre as preocupações dos chamados estudos sociais da tecnologia (*Socio-technological Studies*). Dada a estreita relação entre a ciência e a tecnologia, estudos sociais da tecnologia diretamente relacionada aos chamados estudos sociais da ciência (*Social Science Studies*). Juntas, estas duas áreas de investigação que são objeto dos Estudos Sociais da Ciência e Tecnologia, em Inglês pelo acrônimo STS (de *Science and Technology Studies*)¹¹.

Impende dizer que nos estudos sociais da ciência, o estudo da relação da ciência com a sociedade é baseada na investigação particular (se houver) da construção da ciência e das condições materiais de sua existência. Mais especificamente, o objetivo de analisar a relação entre

of Meaning, que pode ser acessado pelo sistema de pay-per-view em: <<http://www.reference-global.com/doi/abs/10.1515/semi.1982.42.1.25>>; também, HOFFMEYER, Jesper. *Signs of Meaning in the Universe (Advances in Semiotics)*. Bloomington/Indianapolis: Indiana University Press, 1966.

11 Cf., por ainda muito atuais e pertinentes, LAW, J. & BIJKER, W. E. Postscript: Technology, Stability, and Social Theory. In: W. E. Bijker & J. Law (Eds.), *Shaping technology/building society: Studies in: sociotechnical change* (p. 290-308). Cambridge, MA: The MIT Press, 1997. Também, BIJKER, W. E. & LAW, J. General introduction. In: W. E. Bijker & J. Law (Eds.), *Shaping technology/building society: Studies in sociotechnical change* (p. 1-19). Cambridge, MA: The MIT Press, 1997.

ciência e o seu estudo centra-se na sociedade, isto é, uma parte do conteúdo interno da ciência e, em segundo lugar, no quadro geral (contexto), na qual a ciência trabalha. Normalmente, o conteúdo interno da ciência é que ela é regida por um sentido técnico específico e reproduzida de acordo com as capacidades cognitivas da inteligência humana. De outro modo, o contexto em que fornece a atividade científica, ambas determinadas por fatores específicos, social e cultural contribui para a estrutura social da ciência (por exemplo, através do estudo de estratificação do sistema de recompensa científica, e avaliação de grupos científicos, etc.)

Todavia, de acordo com a filosofia clássica da ciência, deveria haver uma separação absoluta entre a lógica interna do conteúdo científico e a externa (sociológica ou psicológica, ou demais) dos fatores estabelecidos no contexto mais amplo da ciência. Assim, a filosofia clássica da ciência centrar-se-ia unicamente na análise considerada a especificidade epistemológica do conhecimento científico e a lógica de decodificação da descoberta científica independente, e para além de qualquer pensamento metafísico ou arbitrário, ou de conceitos sociais ou teorias psicológicas do conhecimento científico e da descoberta. Por outro lado, a sociologia clássica da ciência (que vem predominantemente de trabalhos do sociólogo norte-americano Robert Merton¹²) intenta respeitar plenamente a separação prévia na interlocução dos sujeitos e, por isso, se recusa a considerar a lógica e o conteúdo cognitivo da ciência sobre os sujeitos do estudo relativamente às preocupações da epistemologia clássica. Portanto, a sociologia tradicional da ciência é restrita a examinar se a institucionalização social do funcionamento dos cientistas (as famosas *normas Merton*), encontram estruturas de apoio social da ciência lógica, ou para identificar quais as condições sociais poderia levar a desvios de uma falha lógica da ciência (ou, *sociologia do erro*).

Para a filosofia clássica da ciência, ao lidar com a Internet, só interessaria o conteúdo científico, ou seja, apenas as teorias sistemáticas de informação (linguagem, algoritmos, complexidade, etc.), eventualmente os aspectos teóricos de governo (informação e comunicação) e da tecnologia das redes digitais. Ou seja, todas as demais e numerosas interações entre a Internet, as bases de informação científica, técnica execução, e a sociedade, não interessaria à filosofia clássica da ciência, pois a abordagem exclusivamente epistemológica seria a única para intentar focar as estruturas racionais cognitivo das teorias científicas, sobre as quais se edificaria a Internet, e indiferente a todas as grandes

12 MERTON, Robert K. *The Sociology of Science: Theoretical and Empirical Investigations* (N.W. Storer, Ed.). Chicago: University of Chicago Press, 1973.

questões sociais, tais como o impacto, os efeitos sobre o comportamento dos utilizadores, e de quaisquer alterações das normas de coletivos sociais que se desenvolvem na ambiência da Internet, etc.

É claro que, para as demandas de compreensão do público de hoje, da ciência e tecnologia, todos os fatores sociais são os últimos, mesmo se não mais importantes, dos problemas científicos e tecnológicos da Internet, talvez mais do que pode ser considerado, em princípio, desvinculados. E, para essa epistemologia clássica, a Internet parece ter um interesse mínimo. Além disso, a sociologia clássica da ciência pode estar apenas interessada em que o erro ou desvio do funcionamento equilibrado da Internet em relação às estruturas lógicas do que propriamente da sua construção. Por exemplo, uma questão desta natureza poderia ser a de compreender as razões sociais que levam ao observador (?) ao acesso às fontes de informação de material pornográfico na Internet.

Com esses conceitos, o projeto de Internet sob a luz da sociologia da ciência clássica não pode ser capaz de contribuir para as autoridades reguladoras, ou organismos públicos, que desejam impor ao público e aos cidadãos uma atitude ética frente aos novos desenvolvimentos tecnológicos. Felizmente, a consciência pública moderna sobre as questões de moral pessoal e coletiva é bastante relutante em orientações estabelecidas *do alto*, das quimeras e, pois, intenta avaliar cada vez de modo mais preciso a natureza do conteúdo de sugestões fundados em imperativos morais.

Frente às abordagens clássicas da filosofia e da sociologia da ciência, os estudos sociais da ciência (o que ocorreram após meados de 1970) mobilizaram uma metodologia alternativa para a análise do impacto social da ciência. Através dessa metodologia, as determinações sociais da ciência se tornaram um ressonante dominante para todos os níveis dos acontecimentos científicos a partir do interior, bem como do conteúdo do contexto externo para sua existência. Naturalmente, estudos sociais, ciências e tecnologias não formaram ou formam uma metodologia uniforme, mas desenvolveram uma série de abordagens diferentes para relação entre ciência e sociedade.

Em todas essas abordagens, no entanto, é um pouco comum o combate ao problema chave da compreensão da verdadeira natureza da lógica científica, ou melhor teoria científica. Essencialmente, uma teoria é apenas uma representação (teórica) de um objeto, a teoria tenta descrever ou entender a reprodução (ou simulação), a estrutura do objeto

com seus próprios termos teóricos e sugestões. Obviamente, esta é a forma trivial admissível de compreender a relação entre a representação e o objeto. No entanto, essa relação só faz sentido quando sugere um começo de existência, isto é, o objetivo do objeto para o *mundo exterior*. Especificamente, este (o sujeito do *envolver*, a representação) é a representação da relação objeto percebida pela epistemologia clássica ou qualquer outra abordagem, baseada na base da aceitação (expressa ou silenciosa) de uma racionalidade inerente e absoluta da realidade objetiva.

De mão própria, agora, os estudos sociais da ciência vão entender a relação entre o objeto e representação, exatamente na direção oposta. E essa inversão é uma forma muito característica contemporânea em que os estudos sociais da ciência para entender a ciência priorizam as atividades coletivas e sociais da comunidade científica ativa dentro do contexto social mais amplo da qual ela é apenas uma parte. Mais precisamente, negar a existência absoluta de dimensões que são consideradas como realidade objetiva sem o apoio dos estudos sociais da ciência¹³ através da comunicação social que o humano e o processo de criação da representação de que forma o representado (esquemático ou seja, representação significativa do objeto). Por outras palavras, os estudos sociais da ciência implicam o entendimento da realidade objetiva da atividade científica (que conduz à construção de métodos, teorias e outras representações cognitivas) socialmente construída por meio de uma variedade de processos sociais, tais como comunicações, transportes, divulgação, debate, negociação, ocultação, desvelamento, controvérsia, consenso, etc. Portanto, o objetivo dos estudos sociais da ciência, como construção social da ciência e, para esse efeito, a metodologia sempre adotada é a da construção social da tecnologia.

Claro que, em relação à Internet, a natureza da construção coletiva -social dos conteúdos está em disputa quase sempre: como com qualquer informação que aparece na Internet, direta ou indiretamente (por exemplo, motores de busca) pode ser instalado através de ligação a outras informações, a emergente sociedade global da informação constante e consistente mutuamente alterada é produto de um processo em curso de design participativo. Naturalmente, isto não significa que tal procedimento é sempre o resultado de uma cooperação harmoniosa. Muitas vezes, os conflitos, as disputas são, mesmo, deliberadamente suprimidas ou distorcidas quanto a forma e ao conteúdo da informação que circula na Internet.

13 Cf. WOOLGAR, Steve. *Science: The Very Idea*. London: Routledge, 1988.

Observe-se que, por vezes, a realidade é socialmente fabricada na internet para substituir as características objetivas da existência. Afirmado-se não se saber se a Internet é objetiva, pode-se ampliar as dimensões psicológicas Internet que levam a como um *caldeirão enorme de um fluido pós-moderna de subjetividade*, isto é, é difícil a percepção da Internet como um programa específico, bem identificado fenômeno (social e tecnológico) abrangente (ou *Fato Relevante* ou *Artefato*), pois sempre que tal reificação (coisificação) da Internet seria possível, no momento seguinte, para intervir na subjetividade individual de um usuário da Internet, para instalar uma nova página, ou mesmo um novo link, a realidade objetiva é automaticamente revista para incluir todas as alterações possíveis.

Obviamente, o problema não é a quantidade (o crescimento exponencial de material de informação para a Internet), mas sim a qualidade (dinâmica de reestruturação de um fio de cada vez expansível do enorme banco de dados). Com este conceito, alguns gostariam de ver que a Internet pode ser objetiva apenas em uma posição social de leito fluidizado (ou fase) como resultado da construção da posição social fora de limites predeterminados. Como será visto adiante, a surpresa que criou a possibilidade de generalidade na Internet, que consistente vai além da natureza dos componentes individuais, é característica de quase todos os fenômenos sociais, pois eles são o resultado oculto e inesperado ou a forma não planejada das informações por eles engendrada.

Mas o resultado de contingências, ocasional e volátil de fenômenos sociais, quase sempre é o favorito de alguns conflitos sociais específicos, que pode ser impulsionado em direções opostas. Isto pode, por um lado, construir um conceito de Internet como um sistema aberto (que tem nutrido gerações de usuários de informação de propriedade comum – software livre, etc.), como pode orientar as avantesmas de um grande número de agentes da transgressão do establishment (hackers, cyber-revolucionários, ativistas políticos e para evangelização, ativistas neoliberais para globalização, etc.). Mas, por outro lado, são os fatores econômicos que têm produzido a construção de infovias de um mercado globalizado, para que o resultado de processos sociais de construção dos conteúdos da Internet devam ser acondicionados em uma formatação comercializável, em uma *caixa preta* (software, ou demais dispositivos), que, em embalagens de fantasia e atraente estímulo de segredos de conhecimentos sofisticados de gestão operacional proveja as necessidades de uns e o lucro de outros.

Especificamente, uma primeira abordagem unificada para a tecnologia e a sociedade foi revelada, em meados de 1980, por Thomas Hughes em sua

teoria dos *sistemas de alta tecnologia*¹⁴. Especificamente, esta abordagem dos estudos sociais da tecnologia considera que qualquer sistema tecnológico é composto por três componentes interligados: (i) artefatos ou tecnologia de base física, (ii) estruturas organizacionais (empresas, instituições financeiras, etc.), (iii) decisores políticos invasivos (do estado, governo, sociedade civil etc.)¹⁵. Em todo caso, a partir destes componentes, pensamos que a evolução tecnológica caracterizada pela produção de sistemas complexos deve ser entendida como o resultado da indução de um processo de construção sociocultural e econômica, processo no qual participam inúmeros atores que desempenham diversificados papéis segundo o contexto que os exercem e o que *determina* este ou aquele comportamento. Esta abordagem tem como pontos de partida: (i) o desenvolvimento tecnológico resulta de complexas interações sociais submetidas a um *espaço de consenso* que busca a simetria dos projetos de poder de cada um dos agentes relacionados; (ii) o desenvolvimento tecnológico não se contém exclusivamente em um *determinismo reducionista*, mas sofre as influências de um *determinismo científico* que modela diversificados processos de investigação; (iii) o desenvolvimento dos artefatos da técnica não exclui a perspectiva do *construtivismo* e o do *determinismo tecnológico*, pois o policêntrico ambiente em que é produzido o desenvolvimento da ciência e da técnica os contém; (iv) o desenvolvimento tecnológico pressupõe um regime jurídico sobre a tecnologia desenvolvida nos mais diversos ambientes, no âmbito do Estado, do mercado e da sociedade, e se revela no uso do poder de coação do Estado na disciplina e limitação das decisões dos agentes, na intervenção e operação dos setores tecnológicos de qualquer tipo, para garantir-lhes os investimentos necessários, promover o bem-estar dos consumidores e usuários, tudo objetivando o incremento da eficiência econômica, e o suprimento das necessidades sociais¹⁶.

14 HUGHES, Thomas P. The evolution of large technological systems. In: Wiebe E. Bijker, Thomas P. Hughes & Trevor Pinch (eds.), *The Social Construction of Technological Systems*. Cambridge, MA, & London: The MIT Press, 1987.

15 A propósito, Hughes já havia esclarecido os sistemas técnicos (ao contrário das tecnologias isoladas) são trazidos à vida, e estendidos ao longo do tempo, sendo os ícones deste processo os denominados "construtores de sistemas" (system-builders), indivíduos, equipes ou, também, as instituições capazes não só de produzir inventos inovadores, mas ainda imaginar, construir e, concretizando, configurar conjuntos de técnicas, práticas, instituições e outros artifícios necessários para apoiar e sustentá-los. A escala de trabalho destes system-builders na construção do sistema exige habilidade e cuidado em registros múltiplos: técnica, mas também estrutura organizacional, social, institucional, etc., trabalhando em conjunto, não só as tecnologias e o mundo material, mas também as pessoas, organizações, valores, conhecimento, e expectativas (HUGHES, Thomas P. Networks of Power: Electrification in: *Western Society, 1880-1930*. 2ª Reimpressão, Baltimore [Maryland]: Johns Hopkins University Press, 1988, p. 363-370).

16 De outro modo, a regulação pode ser um poderoso instrumento para intervir na repartição das responsabilidades e na prestação de contas das mesmas. Neste sentido regulação e accountability implicam simetria em seus resultados na prática da governança e das relações sociais. Accountability é

Vale a pena ver aqui alguns exemplos da interdependência entre os componentes de um grande sistema tecnológico como a Internet. A grande explosão da Internet no início dos anos 1990 foi o produto acumulado de algumas inovações em engenharia e em nível físico (como computadores mais potentes, redes mais rápidas, sistemas multimídia, a World-Wide-Web, etc.), cuja gestão imediatamente se comprometeram a implementar a política de informação de Clinton-Gore nos Estados Unidos. Estas inovações foram tanto um catalisador de algumas mudanças organizacionais no mercado global (por exemplo, a orientação do e-commerce), como provocou uma cadeia sucessiva de políticas regulatórias, intervenções, ou pelo menos, tentativas de intervenção, o que acabou por produzir uma forte resistência por parte do público (como no caso – já esquecido – do Clipper Chip perseguindo um ideal de segurança nas comunicações eletrônicas¹⁷).

Em outra direção, pensando a interdependência, a formação do império da Microsoft® pode ser considerada como um bem sucedido caso (para os modelos de negócios) de interação Internet e Sociedade (pense-se, entre outros, como sistema operacional, o navegador Explorer®) amalgamada em uma estrutura organizacional e financeira que produz uma implacável concorrência econômica predadora de alguns de seus rivais.

Ao mesmo tempo, o surgimento de gigantes como a Microsoft®, Apple® e demais, especialmente em Internet Móvel, está causando algumas implicações importantes sobre outros componentes do sistema tecnológico da Internet.

Assim, os diversos dispositivos e hardwares considerados, por exemplo, como o resultado da informação de uma *guerra santa* entre Microsoft® contra a Apple® (Windows vs. Mac) com a vitória aparentemente

uma expressão inglesa sem tradução para o vernáculo, contudo de riqueza semântica tão importante que podemos caracterizá-la como um princípio de transparência e confiabilidade nas ações: o princípio que os indivíduos, as organizações, as comunidades e o Estado estão comprometidos pelas suas ações e delas devem prestar contas; mas, ainda expressa responsabilidade com as decisões dos agentes sociais, políticos ou econômicos e a disponibilidade deles para contribuir na produção de um resultado esperado.

17 O Clipper Chip era um dispositivo de encriptação desenvolvido pela National Security Agency – NSA (sempre a mesma!) dos Estados Unidos, a ser adotado pelas empresas de telecomunicações para a transmissão de voz. Teve curta duração, em 1996 remanesceu totalmente em desuso. Quando o governo dos Estados Unidos anunciou sua intenção de levar ao mercado o Clipper Chip nunca informou explicitamente que, paralelamente, se estava ideando proibir o uso privado de algoritmos de encriptação e convertendo-os em uma prática ilegal. A reação foi imediata por parte de organizações dedicadas à proteção da liberdades civis. E, na atualidade, a história (essa mais recente) se repete como se pode perceber nos casos WikiLeaks e Snowden, e a eterna pretensão de vigilância estatal da cidadania.

permanente da primeira, intermediando-se, ascende de modo crescente o software livre de Linus Torvalds. Mas, por outro lado, as implicações políticas do estabelecimento dos impérios da Microsoft® e Apple® verso suas congêneres asiáticas têm sido muito positivos em lições de práticas de antitruste, propriedade intelectual, patentes e outros dispositivos relacionados em processos judiciais surgidos na sociedade norte-americana.

Finalmente, a política de globalização, em que parecem concordar por unanimidade os governos e empresas no Ocidente para impor hegemonia econômica e cultural no mundo é um exemplo de uma política de *empurrar* um modelo agressivo componente do sistema tecnológico da Internet. Mas como o mercado global tende a mudar outros componentes do sistema tecnológico, culminando em um mercado emergente de complexos dispositivos digitais, que combinam cada vez mais a informação em plataformas multimídia.

Além disso, a mudança organizacional, é claramente a tendência de internacionalização das empresas envolvidas com a Internet, a qual incita a lógica da globalização e, particularmente, um novo fenômeno a *glocalização da informação*.

2 INTERNET E NOVOS PROBLEMAS

A Internet global, a Internet local em acesso ao global. Certamente é uma realização técnica contemporânea que tem uma penetração universal nas sociedades. E tudo leva a crer que o mundo da Internet (e as tecnologias de informação e comunicação, em que Internet evoluirá) continuará a ser experimentado em parte sempre crescente da realidade social em que vivemos. Já há alguns anos, as pessoas usam a Internet para desenvolver uma vasta gama de relações sociais, mediada por toda a sorte de dispositivos digitais. Através da Internet, encontram-se amigos, amor, ódio, brigas, polêmicas, harmonia, contraste, cooperação, comércio, fraude, engano, iluminação, se atualizam as informações e, geralmente, encontra-se uma variedade de acomodações, mas também obstáculos e obstruções. Tudo que é geralmente encontrado na vida cotidiana onde as pessoas se relacionam, e de contatos entre o espaço natural de vida, se reproduz no espaço da Internet, da Web. Com a diferença de que no ciberespaço, o espaço social mediada por dispositivos digitais, as pessoas não estão juntas, apenas, presentes na distância, um a outro, mas podem desenvolver suas vidas se comunicando remotamente, independentemente de quão longe é o natural, a área geográfica. Tendo anteriormente matriculados na ficção científica (literatura, arte, cinema, etc.) têm feito e

já são uma realidade comum, pelo menos, em um determinado segmento do mundo. Mas o que às vezes nos chama a atenção é que a realidade da Internet nada mais é que uma outra realidade social. E, como tal, as relações sociais que cercam são tanto funcionais como disfuncionais.

No entanto, a comercialização da tecnologia mostra apenas os aspectos positivos, enquanto a demonologia técnico-fóbica permanece apegada aos seus efeitos adversos. A realidade da Internet parece ocorrer em ambas as direções. Geralmente, as atividades que dependem de processos que podem ter um planejamento racional, tendo lugar no Internet, podem ir de forma positiva, funcional, e por linhas de atuação bem identificadas. Exemplos disso são alguns tipos de tele-ocupações, implementadas pela mediação de computadores e outros dispositivos digitais, como por vezes aparece na tele-educação, na tele-organização, o teletrabalho, a tele-medicina e, até mesmo, alguns tipos de comércio eletrônico muito especializado. Na mesma categoria podem ser considerados como pertencentes à informação, aplicações artísticas ou de entretenimento e usos da Internet. É o último em que a Internet pode servir como uma biblioteca global, ou um jornal ou um instrumento artístico, além de livre acesso e uso simplificado e pode fornecer uma riqueza de técnicas de classificação inteligente, busca e processamento de um vasto banco de dados.

O principal problema com Internet ocorre quando a informação ou a comunicação serve de meio de canalizar pessoas sociáveis, se referindo ao lazer e baseada em crenças diferentes, escolhas e atitudes das pessoas sobre as questões morais, étnicas, religiosas, ideológicas ou políticas de valor. Mas nem sempre assim. Vamos primeiro olhar alguns casos extremos que podem ocorrer quando alguém é *preso* pela Internet, perdendo seu tempo em um mar de informação sem sentido, inútil, mas servido com todos os efeitos da fantasia de tecnologia multimídia. As *sirenes* cibernéticas da pornografia, da pedofilia, do racismo e a irracionalidade de seitas religiosas ou fenômenos paranormais são apenas a ponta do iceberg, nas profundezas, uma dark-web na Deep Web. Além do óbvio direito de todos em suas escolhas para o divertimento e o tempo livre, não poucos casos são de real segregação, alienação e exclusão, o que levou alguns em paraísos artificiais da *confusão* digital, muitas vezes desagradáveis, paraísos do lixo da Internet barata, para mover-se imediatamente à nossa vontade mais tarde na Internet um futuro, onde você tem que pagar as taxas em bruto para garantir um ambiente limpo, mas de informação cara, juntamente com a segurança das comunicações.

Tem-se observado que pessoas que não têm contato físico, interpessoal, vêm encontrando refúgio na sociabilidade por substituição dos canais digitais, e são susceptíveis a um comportamento um pouco antissocial. Nesses casos, o problema da mediação do computador sobre a comunicação ocorre de diferentes formas. Por um lado, ele faz uma filtragem das características físicas das pessoas que se comunicam entre si, e que elas perdem a capacidade de recrutar todos os posts, consciente e inconscientemente, que podem ser permutados na comunicação. Obviamente, com base na comunicação eletrônica, por escrito ou não, a filtragem está em uma versão intensa, pois os mal-entendidos são comuns, causados por má interpretação das mensagens. Mas mesmo os *ricos* de mídia (como videoconferência) é impossível passar um número de *minutos* característicos que possam desempenhar um papel, ainda que sutis de comunicação natural face a face. Sem mencionar a falsificação deliberada de informação, facilitado pela plasticidade da mídia digital em leito fluidizado (a partir de gráficos-forma como clonagem da vida artificial). Por outro lado, o isolamento protegido pelo computador pode levar a eventos explosivos, ou comportamentos contraditórios e fanáticos, especialmente quanto a identidade pessoal, escondida sob pseudônimos ou deliberadamente distorcida (como, por exemplo, para deliberar sobre as alterações de personalidade especialmente na prática online de sexo). Certamente, uma questão de ação, porque a alteração fraudulenta de identidade também pode ser jogado como um jogo consensual, ou ser parte de um tratamento psicanalítico. Mas o ruim disso é a distância, o que torna praticamente impossível identificar o detalhe, a intersecção de uma informação social.

3 DETERMINISMO: PONTO DOUTRINÁRIO DE PARTIDA

Tendemos deste modo, frente ao positivo e ao negativo das condições de acoplamento entre Internet e Sociedade, a entender conceitualmente o princípio do *determinismo tecnológico* como um *ponto doutrinário de partida* para o estabelecimento de um direito que rege o desenvolvimento tecnológico, não despregado das *condições sociais* em que é gestado, tudo isso conformando um *sistema hipercomplexo* onde ciência e seus apêndices (métodos) técnicos encontram na ambiência social um campo fértil para sua concretização e produção de efeitos positivos e ou negativos confrontados com os desejos e necessidades socioculturais. Ademais, impossível não pensar sobre a relação entre direito, ciência e tecnologia, como decorrente do exame da regulamentação do sistema legal¹⁸ para o crescimento, desenvolvimento e implementação de sistemas

18 Cf., para uma análise detalhada, BOHNE, Eberhard, em: *Langfristige Entwicklungstendenzen im Umwelt- und Technikrecht*, em: SCHMIDT-ABMANN, Eberhard; HOFFMANN-RIEM, Wolfgang (Hrsg.): *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts*. Baden-Baden: Nomos 1999. p. 217 (com as cautelas devidas para o exame, dado

tecnológicos. O direito e a ciência estão entre as principais fontes de prestígio e poder nas sociedades modernas, assim como o ambiente institucional e a política¹⁹. O direito (no sentido mais amplo da ordenação jurídica) é a principal virtude das instituições sociais, porque regra, regula as relações entre as pessoas, inclusive as fictas.

A ciência, por sua vez, nos dá a oportunidade de descobrir o mundo que nos rodeia e que interrogamos. Além disso, o poder político e a administração dão os subsídios necessários para entender os reclamos científicos e técnicos que buscam a máxima vantagem para determinados grupos da sociedade, ou, por vezes, para a sociedade como um todo; de outra parte, exigem e necessitam, mesmo, os tribunais, do maior número de informações possíveis sobre projetos, atividades ou a exposição de substâncias ou produtos que podem causar danos tanto para o ambiente, como para os seres humanos, condição de uma administração e prestação jurisdicional eficiente²⁰. Estas instituições, portanto, não funcionarão em paralelo, mas interligadas entre si, buscando a legitimidade das decisões públicas (políticas, administrativas e judiciais).

Para atingir este objetivo, no entanto, há princípios claros por trás deles, para não prejudicar a capacidade de controlar o arbítrio (ou margem de discricionariedade) de um sobre o outro (em qualquer direção). Atente-se, que uma análise da relação entre a ciência e o direito, não ocorreu do mesmo modo nos dois lados do Atlântico-norte. Nos Estados Unidos revelou-se como uma área importante de debate teórico e da jurisprudência a partir do momento da Independência, como salientado no excelente articulado de David Laurence Faigman, afirmando, “*os autores da Constituição foram filhos do Iluminismo*”, pois eles queriam trazer a ambiência da ciência ao texto legal²¹. Em contrapartida, na Europa,

o contexto em que o autor desenvolve o seu trabalho, isto é, a Diretiva 85/337/CEE do Conselho, de 27 de junho de 1985 (Directiva de alteração 97/11/CE do Conselho, de 3 de Março de 1997, relativa à avaliação das repercussões de determinados projetos públicos e privados sobre o meio ambiente, e ainda Directiva 2003/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Maio de 2003), bem como a expectativa [malograda] da edição do Projeto de Código Ambiental Alemão [UGB-KomE §§ 67-73]), cuide-se, ainda, que com a reforma constitucional de 2006, o federalismo alemão foi alterado substancialmente.

19 Cf., JASANOFF, Sheila. *Law's Knowledge: Science for Justice in Legal Settings*, American Journal of Public Health, v. 95, 2005; em: <<http://www.defending-science.org/upload/JasanoffKNOWLEDGE.pdf>>.

20 Cf., CRANOR, Carl F. *Toxic Torts - Science, Law and the Possibility of Justice*. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2006, p. 1-2.

21 Cf. FAIGMAN, David, L. *Laboratory of Justice: The Supreme Court's 200-Year Struggle to Integrate Science and the Law*, New York: Henry Holt, 2004, p. 364. Neste livro David Faigman lida com dilemas morais e políticos, revelando a tensão entre a natureza conservadora da lei e da rápida evolução do

o debate girou mais em torno da relação do direito com a política e a ideologia²². A emergência, porém, de novos riscos sociais, econômicos e ambientais, devido principalmente à ciência e suas aplicações, instou a teoria jurídica e jurisprudência europeia para investigar a relação entre ciência e direito²³. Além disso, as relações de entrelaçamento da ciência e do direito se refletem de maneira mais evidente nos textos de organizações internacionais que lidam com questões de proteção da saúde humana, meio ambiente e comércio internacional, daí que a Organização das Nações Unidas (UNEP, OMS, FAO, etc.) e Organização Mundial do Comércio (OMC) vão abordar estas questões com base nas relações internas e externas da ciência e do direito²⁴.

4 DIREITO, CIÊNCIA, TECNOLOGIA E RISCO

Quando se faz referência entre direito e ciência, ou a relação entre direito, ciência e tecnologia, tem-se que, inarredavelmente, examinar o fenômeno do risco, da incerteza e da insegurança que o mesmo traz consigo. Risco socioeconômico da aplicação do direito, risco produzido pela natureza, risco produzido pelo desenvolvimento científico, risco tecnológico e os impactos diretos ou indiretos da técnica no ambiente, etc. Tem-se que risco é qualquer incidente que determine probabilidade de perigo, lesão, ou ameaça de lesão, dano, prejuízo ou malogro de condição estável. O risco acompanha à vida e faz parte dela envolvendo a todos, alguns – mais vulneráveis – de modo mais intenso; por isso, seguindo o

conhecimento científico. Há uma bem articulada narração de como funciona o direito constitucional e o tema dos precedentes, David conclui que o Supremo Tribunal “incorpora a ciência dos tempos em nossas leis hoje - às vezes a serviço dos fatos e da verdade, por vezes, a serviço da celeridade judicial”. Acaba por concluir que nas últimas décadas, o Tribunal tem sido confrontado cada vez mais por questões de fato, o casamento gay, o direito de morrer, a vida privada em uma sociedade de alta tecnologia, e o local da palavra “Deus” no Juramento de Lealdade, entre outras, como foi o caso nos últimos duzentos anos, muitas dessas batalhas descerão para a sensibilidade científica e individual dos juízes, para garantir as liberdades na América pós-tecnológica, Faigman argumenta, que o Tribunal deve abraçar a ciência ao invés de resistir a ela, virando-se para o laboratório, bem como ao precedente judicial.

- 22 Uma notável articulação destas ideias está no trabalho de EDGEWORTH, Brendan. *Law, modernity, postmodernity: legal change in the contracting state*. Hampshire, Ashgate, 2003.
- 23 Cf., de MAILLARD, Jean; DE MAILLARD, Camille. *La responsabilité juridique*. Paris: Flammarion, 1999. p. 50; também, DOUGLAS, Mary; WILDAVSKY, Aaron. *Risk and culture: An essay on the selection of technological end environmental dangers*. Berkeley/ Los Angeles: University of California Press, 1983. p. 10.
- 24 Sobre o tema, CHRISTOFOROU, Theofanis. The Precautionary Principle, Risk Assessment, and the Comparative Role of Science in the European Community and the US Legal Systems. in: Norman J. Vig e Michael G. Faure (eds), *Green Giants? Environmental Policies of the United States and the European Union*, Cambridge, MA/London: MIT Press, 2004. p. 17-51. Também, JASANOFF, Sheila. *Designs on Nature: Science and Democracy in Europe and the United States*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2005 (com ênfase nas questões relacionadas com a biotecnologia).

já afirmando por José Esteve Pardo, pensamos que o *conceito de risco se obtém convencionalmente por contraposição ao de perigo*²⁵. A distinção é um tanto arbitrária, mas se justifica na distinção entre espécies de riscos: *naturais, induzidos, tecnológicos e socioculturais*.

Todo o risco produz uma situação de perigo, de incerteza e de insegurança, reclama, pois, um tratamento jurídico fundado na prevenção ou na precaução. Em qualquer caso reclama regulação.

A ciência – enquanto um conjunto de proposições que expressam leis, objeto de valorações verossímeis sobre os eventos e objetos investigados – produz riscos, mas colabora, também, para eliminá-los ou, pelo menos, reduzir os seus efeitos. Para tanto, desenvolve meios, técnicas que induzem contramedidas aos riscos, no entanto, essas podem produzir outros agravos. Como se pode observar há uma circularidade de “matriz resistiva” cuja função de afirmação da verossimilidade da produção de uma consequência conduz à inferência necessária da veracidade de outra. Como resolver a questão?

O direito pode cooperar para a solução. Risco implica responsabilidade, responsabilidade enquanto obrigação de responder pelo dano produzido tenha este como origem causa natural ou antrópica. Especialmente nos casos dos danos ambientais, responsabilidade política que reclama a decidida intervenção dos poderes públicos, não com uma orientação reparadora, mas de prevenção, de precaução, redução e, no possível, eliminação dos riscos²⁶, neste viés a importância da qualidade da regulação.

5 CONCLUSÃO

Confrontando as relações entre Internet e Sociedade – as condições de acoplamento ou interação entre esses dois sistemas (Mundo) onde se transferem as energias visíveis e invisíveis de cada um deles, criando interdependência entre seus módulos de percepção da realidade, com diferente dimensão de coesão, pensamos que a intervenção regulatória do sistema jurídico, em relação a vários aspectos e facetas da tecnologia, não tem um perfil único para todas as áreas de regulamentação, mas apresenta qualidades a depender do estágio espacial em que se encontra. Pensar a univocidade da regulação conduz ou para a produção de “pontos-

25 Técnica, Riesgo y Derecho – tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho Ambiental. Barcelona: Ariel Derecho, 1999. p. 29.

26 PARDO, José Esteve. *Técnica, Riesgo y Derecho – tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho Ambiental*. Barcelona: Ariel Derecho, 1999. p. 31.

cegos”, um espaço existencial sem defesa, marcado por uma perspectiva preconceituosa ou apriorística, ou leva a uma perspectiva superficial, que, ademais, pode ser maniqueísta ou de cunho absolutista. Ao fim e ao cabo, implica em permanecer em um *lugar* que não mais está presente. Dito de outro modo, estaremos *vendo o que passou e não vendo ainda o que já existe*.

Nessa perspectiva, o principal ponto de referência para a intervenção regulamentar nas fases iniciais de desenvolvimento de sistemas tecnológicos está em, principalmente, assegurar a natureza desse processo, isto é, garantir a criatividade, a engenhosidade e a capacidade de adaptação permanente da pesquisa tecnológica. O papel do direito, nessa fase, portanto, deve concentrar-se em primeira linha na criação de um quadro processual adequado, e.g., definindo certas condições de fomento de programas de investigação, estabelecendo um mínimo de requisitos para a formatação privada de regras técnicas adequadas aos objetivos da proteção socioambiental estatal, etc. Com isso, evita-se a predominância unilateral dos interesses econômicos e, sobretudo, são levados em conta, sistematicamente, certos aspectos não tecnológicos. Por derradeiro, é possível afirmar que a intervenção regulatória do sistema jurídico, em termos de desenvolvimento tecnológico, deve incorporar a combinação de ferramentas de intervenção direta e indireta. É por isso que o uso combinado de instrumentos de intervenção direta e indireta pode garantir um pretendido nível ótimo de proteção socioambiental, cultural e econômica, evitando as consequências negativas dos sistemas tecnológicos hipertrofiados frente as sociedades.

REFERÊNCIAS

BIJKER, W. E. & LAW, J. General introduction. In: W. E. Bijker & J. Law (Eds.), *Shaping technology/building society: Studies in sociotechnical change* (pp. 1-19). Cambridge, MA: The MIT Press, 1997.

BLOOR, David. *Knowledge and Social Imagery*. Chicago: Univ. of Chicago Press, 1991.

BOHNE, Eberhard. Langfristige Entwicklungstendenzen im Umwelt- und Technikrecht, in: SCHMIDT-AßMANN, Eberhard; HOFFMANN-RIEM, Wolfgang (Hrsg.): *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts*. Baden-Baden: Nomos 1999.

CHRISTOFOROU, Theofanis. The Precautionary Principle, Risk Assessment, and the Comparative Role of Science in the European Community and the US Legal Systems, in: Norman J. Vig e Michael G. Faure

(eds), *Green Giants? Environmental Policies of the United States and the European Union*, Cambridge, MA/London: MIT Press, 2004.

CRANOR, Carl F. *Toxic Torts - Science, Law and the Possibility of Justice*. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2006.

DOUGLAS, Mary; WILDAVSKY, Aaron.; *Risk and culture: an essay on the selection of technological end environmental dangers*. Berkeley/ Los Angeles: University of California Press, 1983.

EDGEWORTH, Brendan. *Law, modernity, postmodernity: legal change in the contracting state*. Hampshire, Ashgate, 2003.

EMMECHE, Claus. The biosemiotics of emergent properties in a pluralist ontology, in: TABORSKY, Edwina. *Semiosis, Evolution, Energy: towards a Recognition of the Sign*. Aachen: Shaker Verlag, 1999.

FAIGMAN, David, L. *Laboratory of Justice: The Supreme Court's 200-Year Struggle to Integrate Science and the Law*, New York: Henry Holt, 2004.

HOFFMEYER, Jesper. *Signs of Meaning in the Universe (Advances in Semiotics)*. Bloomington/Indianapolis: Indiana University Press, 1966.

HUGHES, Thomas P. *Networks of Power: electrification in western Society, 1880–1930*. 2ª Reimpressão, Baltimore [Maryland]: Johns Hopkins University Press, 1988.

_____. The evolution of large technological systems. In: Wiebe E. Bijker, Thomas P. Hughes & Trevor Pinch (eds.), *The Social Construction of Technological Systems*. Cambridge, MA, & London: The MIT Press, 1987.

JASANOFF, Sheila. Law's Knowledge: Science for Justice in: *Legal Settings, American Journal of Public Health*, v. 95, 2005; in: <<http://www.defendingscience.org/upload/JasanoffKNOWLEDGE.pdf>>.

_____. Designs on Nature: Science and Democracy in: *Europe and the United States*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2005.

JONES, Barryjy. *Sleepers, Wake! Technology and the Future of Work*. Melbourne: Oxford University Press, 1990.

LATOUR, Bruno. *Science in Action*. Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1987.

- LAW, J. & BIJKER, W. E. Postscript: Technology, Stability, and Social Theory. In: W. E. Bijker & J. Law (Eds.), *Shaping technology/building society: Studies in sociotechnical change*. Cambridge, MA: The MIT Press, 1997.
- MAILLARD, Jean; DE MAILLARD, Camille. *La responsabilité juridique*. Paris: Flammarion, 1999.
- MERTON, Robert K. *The Sociology of Science: Theoretical and Empirical Investigations* (N.W. Storer, Ed.). Chicago: University of Chicago Press, 1973.
- PARDO, José Esteve. *Técnica, Riesgo y Derecho – tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho Ambiental*. Barcelona: Ariel Derecho, 1999.
- PINCH, Trevor; BIJKER, Wiebe. *The Social Construction of Facts and Artefacts: or How the Sociology of Science and the Sociology of Technology Might Benefit Each Other*, em: *Social Studies of Science*, v.14, n. 3, 1984, in: <<http://ssegs.sagepub.com/cgi/content/short/14/3/399>>.
- STRAUB, Evan T. Understanding technology adoption: A review of theory and future directions for informal learning with technology. *Review of Education Research*, 79(2), 2009; in: <http://rer.sagepub.com/cgi/reprint/79/2/625>).
- UEXKÜLL, Jakob Von. *The Theory of Meaning*, in: <<http://www.reference-global.com/doi/abs/10.1515/semi.1982.42.1.25>>.
- VESENTINI, José William. *Sociedade e Espaço: geografia geral e do Brasil*. São Paulo: Ática, 2005.
- WHITE, Leslie A. *The Science of Culture: A Study of Man and Civilization*. New York: Grove Press, 1949.
- WOOLGAR, Steve. *Science: The Very Idea*. London: Routledge, 1988.

IMUNIDADE RECÍPROCA

INTERGOVERNMENTAL TAX IMMUNITY

Ana Carolina Miguel Gouveia

Advogada da União em exercício na Procuradoria-Regional da União da 2ª Região

Especialista em Direito Constitucional pela UNISUL/IDP

Especialista em Direito Processual Civil pela UNIDERP/LFG

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Poder de Tributar e as Imunidades: origens; 2 Imunidades Tributárias no Direito Brasileiro: generalidades; 3 Imunidade Recíproca; 3.1 Histórico; 3.2 Conceito de Imunidade Recíproca e sua relação com o Federalismo; 3.3 Artigo 150, § 2º, da Constituição Federal; 3.4 Artigo 150, § 3º, da Constituição Federal; 3.5 O ente público como contribuinte de fato; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo retrata estudo da imunidade tributária recíproca na Constituição Federal e no Direito Tributário Brasileiro, desde as suas origens até os dias atuais, demonstrando sua relação direta com o Federalismo – sistema político adotado no Brasil. Além disso, indica os principais pontos controversos e a posição da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto. Destaca-se neste trabalho, especialmente, tanto o aspecto subjetivo, quanto o aspecto objetivo da referida imunidade – ambos demarcados pela própria Constituição Federal. Ainda, são abordadas certas peculiaridades assumidas pela Imunidade em evidência, quanto ao Imposto Predial e Territorial Urbano – o IPTU; em relação ao promitente comprador de imóvel residencial pertencente a ente público; e, ao papel da imunidade recíproca nas situações em que o ente público figurar como contribuinte de fato.

PALAVRAS-CHAVE: Imunidade Recíproca. Tributo. Constituição. Federalismo. Jurisprudência.

ABSTRACT: This essay presents a study of the Intergovernmental Tax Immunity in the Federal Constitution and the Brazilian Tax Law, from its origins to the present day, demonstrating their direct relationship with Federalism - the political system adopted in Brazil. In addition, it indicates the main controversial points as well as the position of the doctrine and the Jurisprudence of the Brazilian Supreme Court on the subject. Stands out in this paper, especially, both the subjective aspect, as the objective aspect of that Immunity – equally marked by the Constitution itself. Still, certain peculiarities are addressed, assumed by the Immunity in evidence concerning to the real state and property tax – IPTU, as well as its relation to the prospective buyer of residential property owned by a public entity, and the relationship between immunity and the figure of the taxpayer in fact.

KEYWORDS: Intergovernmental Tax Immunity. Tax. Constitution. Federalism. Jurisprudence.

INTRODUÇÃO

As normas jurídicas não podem ser analisadas de forma isolada. Elas são, na verdade, peças de uma grande engrenagem que é o ordenamento jurídico.

Tal caráter sistemático alcança, também, as normas constitucionais, as quais devem ser interpretadas em conjunto e de maneira lógica. Às normas constitucionais relativas às imunidades tributárias, conseqüentemente, deve-se dispensar o mesmo tratamento dado as demais.

De fato, algumas imunidades tributárias são decorrência direta dos princípios constantes dos artigos 1.º a 4.º da Constituição Federal e dos direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional. Por esta razão, tais imunidades são consideradas cláusulas pétreas, que não podem ser alteradas pelo Poder Constituinte derivado. Outras, no entanto, foram inseridas na Constituição Federal tendo em vista princípios econômicos e tributários.

A análise das imunidades tributárias, para a resolução dos problemas propostos pela doutrina ou para aqueles que têm sido objeto de julgamento pelos tribunais brasileiros, deve ser feita com o recurso aos princípios previstos na própria Constituição, sejam eles de direito fundamental ou não.

Este exame é bastante relevante, pois, além de simplificar a solução das questões que se apresentam na doutrina e na jurisprudência, possibilita aos operadores do Direito distinguir as imunidades tributárias propriamente ditas – e que são consideradas cláusulas pétreas – das “isenções constitucionais” ou meras não-incidências constitucionalmente qualificadas.

A imunidade recíproca, foco do presente trabalho, tem como fundamento último a observância ao Princípio Federativo, considerado cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, §4.º, inciso I, da Constituição Federal.

A análise do tema em evidência se inicia com a abordagem geral do poder de tributar e das imunidades tributárias sob a perspectiva histórica. Após, far-se-á um exame das Imunidades Tributárias no Direito Brasileiro e seus aspectos gerais.

O estudo da Imunidade Recíproca propriamente dita será desenvolvido de forma relacionada com o Federalismo, com os dispositivos constitucionais pertinentes ao Instituto, bem como com a Jurisprudência atualizada do Supremo Tribunal Federal.

É sob esta perspectiva que o presente trabalho será desenvolvido, embora sem a pretensão de esgotar a matéria ou as discussões a respeito do tema.

1 O PODER DE TRIBUTAR E AS IMUNIDADES: ORIGENS

A atividade financeira desenvolvida pelos Estados assume grande relevância nos dias atuais. A obtenção de receita é imprescindível para fazer face à realização de gastos públicos necessários ao cumprimento dos seus objetivos e à movimentação da máquina pública, tais como o pagamento de servidores, a manutenção de prédios públicos e rodovias, o oferecimento de subsídios e o estímulo à atividade econômica – tudo conforme planejamentos instrumentalizados pelas leis orçamentárias.

A principal fonte de receita dos Estados modernos, em especial do Estado brasileiro, é aquela proveniente da arrecadação de tributos.

Sobre a origem dos tributos, o Professor Kiyoshi Harada¹ esclarece que, no passado, a fim de fazer face as suas despesas e, ainda, visando ao cumprimento de suas finalidades, o Estado servia-se das guerras de conquista, extorsões de outros povos, doações voluntárias, confecção de moedas metálicas ou em papel, imposição de penalidades, entre outros – alguns dos quais eram conhecidos genericamente como tributos.

A evolução deste processo foi delineada pelo o Professor Harada², que leciona, *in verbis*:

Com a gradativa evolução das despesas públicas, para atender às mais diversas necessidades coletivas, tornou-se imprescindível ao Estado lançar mão de uma fonte regular e permanente de recursos financeiros. Assim, assentou-se sua força coercitiva para a retirada parcial das riquezas dos particulares, sem qualquer contraprestação. Dessa forma, o tributo passou a ser a principal fonte dos ingressos públicos, necessários ao financiamento das atividades estatais.

[...]

O estudo histórico não deixa dúvida de que a tributação foi a causa direta ou indireta de grandes revoluções ou grandes transformações

1 HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 16. ed. 2. reimpressão, São Paulo: Atlas, 2007. p. 315/316.

2 *Ibid.*, p. 315/316.

sociais, como a Revolução Francesa, a Independência das Colônias Americanas e, entre nós, a Inconfidência Mineira [...].

Hoje, o princípio de que a receita tributária deve ser previamente aprovada pelos representantes do povo, acha-se inscrito nas Cartas Políticas de quase todos os países. Entre nós, o princípio da legalidade tributária vem sendo consignado desde a primeira Constituição Republicana de 1891 (art. 72, §3.º). A própria Carta outorgada de 1834, em seu art. 36, §1.º, prescrevia a iniciativa privativa da Câmara dos Deputados em matéria de impostos.

Verifica-se, portanto, que a questão tributária hoje se encontra disciplinada pelo Direito, emoldurada entre outros princípios, pela Legalidade.

No que concerne ao histórico das Imunidades propriamente, o Professor Ricardo Lobo Torres³ explica, *in verbis*:

No Estado Patrimonial as imunidades fiscais eram forma de limitação do poder da realeza e consistiam na impossibilidade absoluta de incidência tributária sobre o senhorio e a Igreja, em homenagem a direitos imemoriais preexistentes à organização estatal e à transferência do poder fiscal daqueles estamentos para o Rei.

Com o Advento do Estado Fiscal a mesma expressão “imunidade” ganha novo conteúdo. É limitação absoluta do poder tributário, agora pertencente ao Estado e não mais ao Rei, ditada pelos direitos individuais pré-constitucionais. Ingressa explicitamente na Constituição americana, que proclama no art. 4.º, seção 2, que “os cidadãos de cada Estado serão titulares de todos os privilégios e imunidades dos cidadãos de outros Estados”; posteriormente a 14.ª Emenda (1868) declara que nenhum Estado pode prejudicar “os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos”. No Brasil, a imunidade, sob a inspiração americana, só aparece na Constituição de 1891, por obra de Rui Barbosa.

Nota-se, assim, que as imunidades constituem decorrência direta do fenômeno tributário e, de igual forma, derivam do Estado de Direito e devem observar os ditames constitucionais.

3 TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 56/57.

2 IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS NO DIREITO BRASILEIRO: GENERALIDADES

A tributação recebeu tratamento especial no ordenamento jurídico brasileiro: seus fundamentos e sua repartição de competências foram estabelecidos pela Constituição Federal. À lei complementar foram delegadas algumas atribuições pela própria Carta Magna, especialmente a regulação das limitações constitucionais ao poder de tributar – segundo o artigo 146, inciso II, da CF.

A Constituição de 1988, norma fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, confere a cada ente da Federação competência para a instituição de tributos. Ao exercer a repartição das competências tributárias, a Constituição limita, ao mesmo tempo, o exercício dessa competência, seja diretamente por meio de princípios, seja através de regras expressas constantes do seu próprio texto.

Logo, e como decorrência direta do Pacto Federativo, somente a Constituição Federal pode criar limitações ao poder de tributar. À lei complementar cabe, apenas, regular tais limitações.

Se, eventualmente, determinada lei complementar federal vier a instituir regras que, de fato, impliquem a imposição de limites ao poder de tributar – e não a mera regulação dos limites postos pela Constituição Federal – tal lei só poderia ser concebida como lei complementar sob o ponto de vista formal. Em verdade, materialmente, ela teria caráter de isenção ou de mera renúncia, da União, ao exercício de sua competência tributária, sem afetar ou influir nas esferas estadual e municipal – ou haveria flagrante inconstitucionalidade por inobservância ao art. 151, inciso III, da CF⁴.

Ainda, sobre as limitações constitucionais ao Poder de Tributar, importa ressaltar que estas podem ser de três espécies, segundo o Professor Paulo de Barros Carvalho⁵: aquelas com a natureza de princípios constitucionais gerais; aquelas caracterizadas como princípios constitucionais tributários; ou, ainda, as imunidades propriamente ditas⁶.

4 ROCHA, João Marcelo. *Direito Tributário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2007. p. 85/87.

5 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 15. ed. revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2003. p. 143/192.

6 AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 106. O autor esclarece que “a face mais visível das limitações do poder de tributar desdobra-se nos princípios constitucionais tributários e nas imunidades tributárias”.

Segundo o Professor Paulo de Barros Carvalho⁷, *verbis*:

Inexiste cronologia que justifique a outorga de prerrogativas de inovar a ordem jurídica, pelo exercício de competências tributárias definidas pelo legislador constitucional, para, em momento subsequente, ser mutilada ou limitada pelo recurso da imunidade. Aliás, a regra que imuniza é uma das múltiplas formas de demarcação de competência. [...] o que (se) limita a competência vem em sentido contrário a ela, buscando amputá-la ou suprimi-la, enquanto a norma que firma a hipótese de imunidade colabora no desenho constitucional da faixa de competência adjudicada às entidades tributantes. Dirige-se ao legislador ordinário para formar, juntamente com outros mandamentos constitucionais, o feixe de atribuições entregue às pessoas investidas de poder político. [...]

Em última *ratio*, concebemos os dispositivos que identificam a chamada imunidade tributária como singelas regras que colaboram no desenho do quadro das competências, expostas, todavia, por meio de esquemas sintáticos proibitivos ou vedatórios. Nada mais. [...]

Poder-se-ia, então, dizer que na hipótese de imunidade, não haveria competência tributária? Eventual resposta positiva a este questionamento poderia pecar pela simplicidade e causar certa confusão com os institutos da isenção e da não-incidência *stricto sensu*.

O posicionamento adotado tradicionalmente, neste caso, é a de que a imunidade constitui hipótese de não-incidência constitucionalmente qualificada⁸, enquanto a isenção é considerada como hipótese de não-incidência legalmente qualificada, ou modo de não exercício de competência para instituir tributo, ainda que de forma parcial – segundo a lição de João Marcelo Rocha⁹. A não-incidência *stricto sensu* é, por sua vez, fenômeno fático, em que a hipótese sob análise está fora da abrangência da norma que institui o tributo¹⁰.

Mas esta distinção não é pacífica na doutrina. O Professor Paulo de Barros Carvalho¹¹, já citado neste trabalho, critica a definição de imunidade apresentada, entendendo que:

7 CARVALHO, p. 168/170.

8 ROCHA, op. cit., p. 177/178.

9 Ibid., p. 184.

10 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 26. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros, 2005. p. 251.

11 CARVALHO, op. cit., p. 172/175.

Se as regras que imunizam são normas de competência, como todos consentem, seus destinatários exclusivos são aquelas pessoas jurídicas de direito público dotadas de personalidade política. Tais entes constituem o pequeno universo tomado como alvo e objetivo final das chamadas regras sobre tributação que a Lei Superior sobejamente abriga. Formam o corpo das perfaladas leis sobre leis tributárias, que, assim consideradas, não são portadoras de alusões diretas e imediatas ao tópico da incidência, tema exclusivo dos enunciados normativos que criam, propriamente, os tributos. As regras de imunidade são normas de estrutura, enquanto as de incidência são preceitos de conduta [...].

Cravada a premissa, não temos por que aludir às imunidades como barreiras, embaraços ou obstâncias à incidência dos tributos, como se tem copiosamente difundido.

Distrações desse gênero conduziram o pensamento mais em voga na doutrina à proclamação solene de que a imunidade representaria caso de não-incidência constitucionalmente qualificada. Aqui encontramos novamente rompido o fio da ideia nos longos giros do discurso descritivo das regras imunizantes. A afirmação leva a acreditar que a norma constitucional possa não incidir, o que é inaceitável. [...]

As duas vertentes semânticas da expressão não-incidência mostram que, no mínimo, é uma fórmula ambígua, que pode conduzir o intérprete a lugares assimétricos, de difícil conciliação lógica. [...] É certo que a relação formal antagônica que se estabelece entre enunciados da mesma valência, e que denominamos contradição, na referida hipótese pode até ser resolvida, aceitavelmente, mas daria azo ao outro entendimento, que, reputamos prescindível. Mais difícil, sem dúvida, procurarmos a essência do fenômeno e, tirando o véu que recobre as estruturas, compreendê-lo na sua intimidade existencial. Em obséquio a esse intento cumpre relegar a locução não-incidência constitucionalmente qualificada ao espaço comum das definições impróprias, que não se hão de acomodar num corpo de linguagem de pretensões científicas.

Já para o Professor Ricardo Lobo Torres¹², o conceito de imunidade é positivista, porque nem toda não-incidência constitucionalmente qualificada pode ser denominada imunidade. Para ser verdadeira imunidade, segundo o renomado tributarista, tem que ser baseada nos direitos fundamentais, *verbis*:

12 TORRES, op. cit., p. 57.

As imunidades consistem na intributabilidade absoluta ditada pelas liberdades preexistentes. A imunidade fiscal erige o status *negativus libertatis*, tornando intocáveis pelo tributo ou pelo imposto certas pessoas e coisas; é um dos aspectos dos direitos da liberdade, ou uma sua qualidade, ou a sua exteriorização, ou o seu âmbito de validade. Pouco ou nada tem que ver com a ideia de justiça ou de utilidade econômica. Está inteiramente superada, no constitucionalismo contemporâneo, salvo no Brasil, a orientação positivista segundo a qual a imunidade seria proibição imanente à própria Constituição ou autolimitação do poder tributário (vide p. 73). Mas o STF que aderiria à tese positivista de que a imunidade é qualquer não-incidência constitucional qualificada, já procura estabelecer a vinculação com os direitos humanos, donde resulta a impossibilidade de revogação da imunidade, até mesmo por emenda constitucional, como ocorreu com o IPMF (ADIN 939-7, Rel. Min. Sidney Sanches, RTJ 151/755).

Embora alguns autores entendam que há pouca relevância prática na distinção das imunidades embasadas em princípios fundamentais daquelas que se originam de princípios econômicos e tributários, é esta diferença que possibilita evidenciar a caracterização das verdadeiras imunidades tributárias como cláusulas pétreas.

Regina Helena Costa¹³ leciona que, enquanto:

[...] os princípios são diretrizes positivas, norteadoras do adequado exercício da competência tributária, as imunidades encerram preceitos negativos, demarcando a própria competência tributária, impedindo seu exercício em relação a determinadas pessoas, bens e situações.

Sob este enfoque, portanto, e adotando-se o entendimento do Professor Ricardo Lobo Torres e de João Marcelo Rocha¹⁴, pode-se concluir que algumas imunidades podem ser suprimidas – aquelas que não se baseiam em direitos fundamentais. Dentre elas, podem ser mencionadas: a imunidade do IPI sobre produtos destinados ao exterior e do ICMS para operações que destinem ao exterior produtos industrializados, excluídos os semi-elaborados definidos em lei complementar – previsão contida no artigo 155, §2.º, inc. X, alínea a, da Constituição Federal; a imunidade do ISS das exportações de serviços para o exterior, definida por lei complementar, segundo o artigo 156, §

13 COSTA, Regina Helena. *Imunidades Tributárias*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 95.

14 ROCHA, op. cit, p. 178.

3º, inc. II, da Constituição Federal; a imunidade do ICMS sobre o ouro, quando definido como ativo financeiro, conforme dispõe o artigo 155, § 2º, inc. X, alínea *c*, da Constituição Federal; etc.¹⁵

As imunidades previstas no artigo 150, inciso VI, da Constituição Federal, por sua vez, estão diretamente relacionadas com os direitos fundamentais e, por isso, são consideradas cláusulas pétreas.

Vejamos, então, o que estabelece o citado dispositivo, *in verbis*:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

VI – instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

templos de qualquer culto;

patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

Nas alíneas *a*, *b* e *c*, as imunidades são subjetivas, ou seja, se referem à pessoa do contribuinte. Os contribuintes estarão imunes aos impostos que vierem a incidir sobre as atividades por eles desenvolvidas no cumprimento de seus misteres.¹⁶

Na alínea *d*, a imunidade é objetiva, pois não importa quem é o contribuinte, mas sim, a operação praticada. A imunidade em foco não está vinculada ao sujeito passivo propriamente, mas ao fato gerador.¹⁷

15 Ibid., p. 179.

16 ROCHA, op. cit., p. 184 e 192/201.

17 Ibidem, p. 185 e 202.

Importa ressaltar, ainda, sobre o tema das imunidades, que o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que as imunidades previstas no artigo 150, inciso VI, da Constituição Federal, alcançam apenas os impostos, não se estendendo a outras espécies tributárias.¹⁸

Feitas estas considerações, passa-se ao exame da Imunidade Recíproca, prevista no artigo 150, inciso VI, *a*, da Constituição Federal.

3 IMUNIDADE RECÍPROCA

3.1 HISTÓRICO

A origem histórica da imunidade recíproca se deu com a Federação americana. No caso *McCulloch vs. Maryland*, em 1819, cujo relator fora o Juiz Marshall, a Suprema Corte americana decidiu pela impossibilidade de incidência de impostos estaduais sobre as operações realizadas por banco pertencente à Federação, sob o fundamento de que a referida instituição financeira, como braço do Estado, representava instrumento de ação do governo federal e não era dotada somente de características e funções regulares de estabelecimento bancário comum.¹⁹

O Judiciário norte-americano, a partir deste julgamento, seguindo o posicionamento do Juiz Marshall, deixou assentado o entendimento de que o poder de tributar se traduz em um poder de destruir (*“the power to tax involves the power to destroy”*). Se o poder de tributar é o poder de

18 Entre outras decisões, veja-se: RE 141715-3/PE – Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 25.08.95; e RE 253394/SP – Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 11.04.2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

19 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *McCulloch v. Maryland* (1819). Landmark cases / Supreme Court. Disponível em: <<http://www.landmarkcases.org/mcculloch/home.html>>. Acesso em 07/12/2013. “[...] Although, among the enumerated powers of government, we do not find the word ‘bank’ or ‘incorporation’, we find the great powers to lay and collect taxes; to borrow money; to regulate commerce; to declare and conduct a war; and to raise and support armies and navies [...]. But it may with great reason be contended, that a government, entrusted with such ample powers [...] must also be entrusted with ample means for their execution. The power being given, it is the interest of the nation to facilitate its execution [...].” — Chief Justice John Marshall. (Tradução livre: “Embora, entre os poderes enumerados do governo, nós não encontremos a palavra ‘banco’ ou ‘incorporação’, achamos amplos poderes para estabelecer e cobrar impostos, para pedir dinheiro emprestado, para regular o comércio, para declarar e conduzir uma guerra; e para levantar e apoiar exércitos e marinhas [...]. Mas pode ser afirmado, com grande razão, que a um governo encarregado de tão amplos poderes [...] também devem ser confiados amplos meios para a sua execução. O poder dado é de interesse da nação, a fim de facilitar a sua execução [...].”)

destruir, então, a vontade do povo de um Estado americano não poderia dilapidar o patrimônio do povo dos Estados Unidos da América.²⁰

Após este julgado histórico, houve evolução na jurisprudência da Suprema Corte. A imunidade inicialmente incidente sobre o patrimônio dos Estados Unidos da América acabou sendo aplicada, também, ao patrimônio de cada um dos Estados Federados, com a mesma reciprocidade e extensão de conteúdo – especialmente após o caso *Collector vs. Day*.²¹

No Brasil, a Constituição de 1891, bastante inspirada na Constituição americana, acabou positivando o entendimento da Suprema Corte sobre a matéria de forma bem ampla, alcançando não só o patrimônio, mas também a renda e os serviços de todos os entes políticos.²²

As Constituições brasileiras posteriores reproduziram o disposto na Constituição de 1891 quanto à imunidade recíproca. O significado do instituto, no entanto, passou a ser questionado, especialmente quando colocado em confronto com outros fatores norteadores da ordem constitucional brasileira, tais como a livre iniciativa, a atuação do Estado na economia e sua intervenção no domínio econômico.²³

A Constituição Federal de 1988 dispôs sobre o tema sem que fosse estabelecida conexão expressa com a livre iniciativa ou com a livre concorrência – princípios referidos, na verdade, em outro Capítulo da Carta Magna.

20 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *McCulloch v. Maryland* (1819). Landmark cases / Supreme Court. Disponível em: <<http://www.landmarkcases.org/mcculloch/home.html>>. Acesso em: 07 dez. 2013.

21 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Collector vs. Day*. Landmark cases / Supreme Court. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/78/113/>>. Acesso em: 07 dez. 2013.

22 TORRES, op. cit., p. 63.

23 A Constituição de 1946, por exemplo, assim dispunha sobre a referida imunidade, in verbis:

Art. 31. A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado:

[...]

V – lançar impostos sobre:

a) bens, rendas e serviços uns dos outros, sem prejuízo da tributação dos serviços públicos concedidos, observado o disposto no parágrafo único deste artigo;

[...]

Parágrafo único. Os serviços públicos concedidos, não gozam de isenção tributária, salvo quando estabelecida pelo Poder competente ou quando a União a instituir, em lei especial, relativamente aos próprios serviços, tendo em vista o interesse comum.

3.2 CONCEITO DE IMUNIDADE RECÍPROCA E SUA RELAÇÃO COM O FEDERALISMO

O artigo 150, inciso VI, alínea *a*, da Constituição Federal define a imunidade recíproca como a vedação imposta à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços uns dos outros.

A doutrina brasileira se debruça sobre o assunto, buscando estabelecer conceito adequado de imunidade recíproca, compatível com a sistemática constitucional vigente.

O Professor Ricardo Lobo Torres²⁴ ensina que

A imunidade recíproca é a que protege as pessoas jurídicas de direito público umas contra as outras, no que concerne à incidência dos impostos. A União não pode cobrar impostos dos Estados e Municípios, sendo verdadeira a recíproca: nem os Estados, nem os Municípios podem exigir impostos da União ou uns dos outros.

[...]

O fundamento da imunidade recíproca é a liberdade, sendo-lhe estranhas as considerações de justiça ou utilidade. Os entes públicos não são imunes por insuficiência de capacidade contributiva ou pela inutilidade das incidências mútuas, senão que gozam da proteção constitucional em homenagem aos direitos fundamentais dos cidadãos, que seriam feridos com o enfraquecimento do federalismo e da separação vertical dos poderes do Estado.

Já o Professor Paulo de Barros Carvalho²⁵ leciona que:

A imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, a, da Constituição é uma decorrência pronta e imediata do postulado da isonomia dos entes constitucionais, sustentado pela estrutura federativa do Estado brasileiro e pela autonomia dos Municípios. Na verdade, encerraria imensa contradição imaginar o princípio da paridade jurídica daquelas entidades e, simultaneamente, conceder pudessem elas exercer suas competências impositivas sobre o patrimônio, a renda e os serviços, umas com relação

²⁴ TORRES, op. cit., p. 63.

²⁵ CARVALHO, op. cit., p. 185.

às outras. Entendemos, na linha do pensamento de Francisco Campos, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Geraldo Ataliba, que, se não houvesse disposição expressa nesse sentido, estaríamos forçados a admitir o princípio da imunidade recíproca, como corolário indispensável da conjugação do esquema federativo de Estado com a diretriz da autonomia municipal. Continuará a imunidade, ainda que implícita, com o mesmo vigor que a formulação expressa lhe outorgou.

É em nome do cânone da supremacia do interesse público ao do particular que a atividade de administração tributária ganha foros de efetividade prática. E não poderíamos compreender como, debaixo dessa mesma linha diretiva, uma pessoa jurídica de direito público, munida de personalidade política e autonomia, pelos dizeres explícitos da Constituição, viesse a submeter-se aos poderes de fiscalização e de controle, que são ínsitos ao desempenho daquele tipo de atividade.

Márcio Pestana²⁶, por sua vez, complementa os ensinamentos transcritos, *in verbis*:

Eis mais um desdobramento do princípio federativo adotado pelo país, verdadeiro sobreprincípio no instante em que a Carta Constitucional impede, por meio do que se designa cláusula pétrea, a apresentação de emendas tendentes a abolir essa forma federativa de Estado, conforme expressão contida no §4.º, do art. 60, da CF.

Prevalece na nossa ordem constitucional a isonomia entre as pessoas políticas de direito constitucional interno, corolário do regime federativo brasileiro; não se cogita de distribuição hierárquica entre essas pessoas, mas, sim, de competências específicas outorgadas pela Carta Brasileira.

E, igualmente, de incompetências. No caso, é de inequívoca clareza que a Carta Constitucional expressamente fixa a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para instituir impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços uns dos outros, representando esse enunciado, pela consistência axiológica que o impregna, o princípio da imunidade recíproca.

Observa-se que a doutrina brasileira – e no seu esteio, a Jurisprudência dos Tribunais Superiores, como se verá – conceitua a

²⁶ PESTANA, Márcio. *O Princípio da Imunidade Tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 82.

imunidade recíproca relacionando-a diretamente com os princípios da liberdade, da isonomia e, principalmente com o Pacto Federativo.

Sobre o Federalismo, este teve sua origem com a Constituição Americana de 1787 e só passou a ser adotado no Brasil em 1889, com a Proclamação da República²⁷.

O federalismo consiste, segundo o Professor José Affonso da Silva²⁸, “na união de coletividades regionais autônomas, que a doutrina chama de Estados Federados (nome adotado pela Constituição, cap. III, do Tít. III), Estados-membros ou simplesmente Estados (muito usado na Constituição)”.

O Professor Dalmo de Abreu Dallari²⁹ destaca, ainda, que “os Estados que ingressam na federação perdem sua soberania no momento mesmo do ingresso, preservando, contudo, uma autonomia política limitada”.

Ricardo Lodi Ribeiro³⁰, suplementando os ensinamentos transcritos, afirma que

A despeito da dificuldade de sua conceituação, é certo que o federalismo se fundamenta na descentralização do poder, permitindo a democratização das decisões que passam a ser tomadas numa esfera mais próxima do cidadão que, com isso, tem maiores possibilidades de fiscalizar, controlar e influir nas decisões estatais.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1.º, ao estabelecer a forma federativa de Estado, concebeu a Federação brasileira de maneira tridimensional, como a união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e a elevou à categoria de cláusula pétrea, no seu artigo 60, §4.º, inciso I.

É consenso na doutrina que a caracterização do Federalismo como forma de Estado exige que a Constituição estabeleça alguns princípios, tais como: a indissolubilidade do vínculo federativo; a pluralidade dos entes constitutivos; a soberania da União; a autonomia constitucional e

27 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 1999. p. 103.

28 Ibid., p. 103/104.

29 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 227.

30 RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Federalismo Fiscal e Reforma Tributária*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

federativa dos Estados; a repartição constitucional das competências; a intervenção federal nos Estados; a iniciativa dos poderes estaduais para propor alteração na Constituição Federal; o poder judiciário estadual distinto em sua organização e competência do poder judiciário federal; e, ainda, a competência tributária da União e dos Estados, observada a particularização dos tributos de cada um deles - dependendo, é claro, do amadurecimento da experiência federal.³¹

Sobre a autonomia dos Estados e Municípios, o Professor Alexandre de Moraes³² elenca três características: a auto-organização e normatização própria; o autogoverno; e a auto-administração.

A auto-administração corresponde à capacidade conferida aos entes federados para exercerem suas competências administrativas, tributárias e legislativas, dentro dos limites estabelecidos na Constituição Federal.

Ricardo Lodi Ribeiro³³, ao discorrer sobre a autonomia dos entes federados e sua relação com o federalismo fiscal, conclui, *in verbis*:

[...] a autonomia das entidades periféricas da Federação pressupõe a auto-administração, ou seja, o livre exercício das competências conferidas pela Constituição.

Nunca se pode perder de vista que a auto-administração depende, obviamente, de recursos financeiros para fazer frente aos misteres constitucionalmente conferidos a cada um dos entes federativos. Para garantir a possibilidade de cada um deles cumprir os objetivos impostos pela Constituição Federal, é preciso que haja uma adequação dos recursos repartidos a essas atividades administrativas que lhe foram confiadas.

O descompasso entre as atribuições materiais e as receitas tributárias gera uma sobrecarga comprometedora da auto-administração, e em consequência, da autonomia federativa. A Constituição de 1988 contribuiu acentuadamente para a superação desse descompasso, equilibrando razoavelmente as receitas e despesas de União, Estados e Municípios.

31 HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 483.

32 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 272.

33 RIBEIRO, Ricardo Lodi. op. cit. Acesso em: 16 nov. 2013.

Porém, não basta a simples atribuição de recursos aos entes periféricos da Federação. É preciso garantir um mínimo de competências tributárias próprias para garantir a sobrevivência da Federação [...].

Convém observar, de forma complementar ao entendimento transcrito e, ainda, fazendo-se referência ao posicionamento do Professor Alexandre de Moraes³⁴, que para a manutenção da Federação, além da garantia de um mínimo de competências tributárias aos entes federados, visando a viabilizar a sua auto-administração, necessário se faz, também, a preservação do patrimônio, da renda e dos serviços de tais entes políticos, ante ao poder de tributar uns dos outros.

Neste diapasão, tem-se o reconhecimento de que a imunidade recíproca, como expressão do Federalismo brasileiro, não pode ser suprimida da Constituição Federal, pois é considerada, também, cláusula pétrea, amparada pelo artigo 60, §4.º, inciso I, da Carta Magna.³⁵

3.3 O ARTIGO 150, §2.º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Como dito anteriormente, a imunidade recíproca constitui imunidade de índole subjetiva – ou seja, está relacionada diretamente com os entes políticos³⁶.

A imunidade recíproca se estende, no entanto, às autarquias e fundações mantidas pelo Poder Público, conforme disposição expressa do parágrafo 2.º, do artigo 150, da Constituição Federal, *verbis*:

§ 2.º A vedação do inciso VI, *a*, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere

34 MORAES, op. cit., p. 792. Sobre o tema, destaca o constitucionalista, in verbis: “no intuito de assegurar a permanência do equilíbrio no Pacto Federativo brasileiro, a Constituição repetiu tradicional regra impeditiva de cobrança recíproca de impostos entre os entes federativos”.

35 Na ADI 2024-2/DF, o Supremo Tribunal Federal assim concluiu sobre o Federalismo, in verbis: “[...] 1. A ‘forma federativa de Estado’ – elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República – não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, §4.º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege. [...] (ADI 2024-2/DF, STF – Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.06.2007). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

36 ROCHA, op. cit., p. 192.

ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

O fundamento da imunidade recíproca, neste caso, segundo José Jayme de Macedo Oliveira,³⁷ “justifica-se [...] diante da evidência de tais pessoas jurídicas de direito público não disporem de capacidade contributiva, na medida em que suas riquezas destinam-se a fins públicos”.

Na vigência da Constituição de 1946, o Supremo Tribunal Federal se deparou com alguns casos relacionados à matéria e, tendo em vista a ausência de disposição expressa a respeito, editou dois enunciados sobre o tema: as Súmulas 73³⁸ e 76³⁹.

Na ordem constitucional vigente, esta questão foi definitivamente superada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual trouxe disciplina expressa sobre o assunto, no artigo 150, § 2º.

O preceito constante do dispositivo referido é aplicado a todos os impostos sobre o patrimônio, à renda e aos serviços vinculados às finalidades essenciais das autarquias e fundações, ou às delas decorrentes.⁴⁰⁻⁴¹

37 OLIVEIRA, José Jayme de Macedo. *Tributos Estaduais*: comentários, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001. p. 90.

38 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula 73: A imunidade das autarquias, implicitamente contida no art. 31, V, “a”, da Constituição Federal abrange tributos estaduais e municipais. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

39 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula 76: As sociedades de economia mista não estão protegidas pela imunidade fiscal do art. 31, V, “a”, da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

40 RE 203.839-3/SP, STF – Segunda Turma – Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 02.05.97. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

41 “É aplicável a imunidade tributária recíproca às autarquias e empresas públicas que prestem inequívoco serviço público, desde que, entre outros requisitos constitucionais e legais não distribuam lucros ou resultados direta ou indiretamente a particulares, ou tenham por objetivo principal conceder acréscimo patrimonial ao poder público (ausência de capacidade contributiva) e não desempenhem atividade econômica, de modo a conferir vantagem não extensível às empresas privadas (livre iniciativa e concorrência). O Serviço Autônomo de Água e Esgoto é imune à tributação por impostos (art. 150, VI, a e § 2º e § 3º da Constituição). A cobrança de tarifas, isoladamente considerada, não altera a conclusão.” (RE 399.307-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 16-3-2010, Segunda Turma, DJE de 30-4-2010.) No mesmo sentido: RE 631.309-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 27-3-2012, Segunda Turma, DJE de 26-4-2012; RE 672.187-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 27-3-2012, Segunda Turma, DJE de 23-4-2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

No que concerne a incidência do IPTU⁴² sobre os imóveis de autarquias e fundações que estivessem locados a terceiros, no julgamento do AI 463.910-AgR⁴³, o STF entendeu extensível a aplicação da Súmula 724⁴⁴, utilizando-se do mesmo entendimento que dispensa quaisquer discussões quanto à destinação da renda obtida com o aluguel de imóvel de partidos políticos, entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei.

Mas não é só. A questão da aplicação do artigo 150, § 2º, da Constituição ganha maior complexidade quando relacionada a empresas públicas e sociedades de economia mista. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que a elas não se estende a imunidade recíproca constante do artigo 150, VI, *a*, da Constituição Federal⁴⁵.

O fundamento precípuo desta negativa, em verdade, está na impossibilidade de aplicação da referida imunidade quando houver evidente escopo lucrativo, seja pelo desempenho de atividade econômica eminentemente privada, seja pela existência de contraprestação paga pelo usuário de serviço público prestado indiretamente – disposição expressa do §3.º do artigo 150, da Constituição Federal e que será comentado na próxima seção.

Já quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista, embora o STF tenha editado a Súmula 76 – já mencionada anteriormente – em algumas oportunidades, o Tribunal se manifestou favorável à extensão da imunidade tributária recíproca àquelas que prestem serviços públicos.

42 Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, previsto no artigo 156, I, da Constituição Federal de 1988.

43 AI 463910-AgR, STF – Primeira Turma – Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJ 08.09.2006. Disponível in: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em :16 nov. 2013.

44 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula 724: Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, c, da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades. – Aprovada em Sessão Plenária de 26.11.2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

45 “Imunidade fiscal com base no disposto no art. 150, VI, a, e seu parágrafo 2º. Natureza jurídica do Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul–BRDE. (...) No mérito, esta Corte já firmou o entendimento (assim, no RE 120.932 e na ADI 175) de que o Banco-autor não tem a natureza jurídica de autarquia, mas é, sim, empresa com personalidade jurídica de direito privado. Consequentemente, não goza ele da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, a, e seu parágrafo 2º, da atual Constituição, não fazendo jus, portanto, à pretendida declaração de inexistência de relação jurídico-tributária resultante dessa imunidade.” (ACO 503, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 25-10-2001, Plenário, DJ de 5-9-2003). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

Pode-se citar como paradigma desta evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o RE 407.099/RS⁴⁶ – em que o STF reconheceu à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) o direito à imunidade tributária recíproca, prevista no art. 150, inciso VI, alínea *a*, da Constituição, combinado com o §2.º desse artigo, sob o fundamento de que a atividade dessa empresa pública constitui serviço de prestação obrigatória pelo Estado. No mesmo sentido, a decisão no RE 399.307-AgR.⁴⁷

As referidas decisões, quando estendem a imunidade recíproca às empresas públicas e sociedades de economia mista, mencionam que o serviço público que a justifica é de prestação obrigatória pelo Estado – aqueles abrangidos pelo artigo 175⁴⁸ da Constituição Federal, não fazendo quaisquer referências à prestação direta pelo poder público propriamente.

Estas mesmas decisões excluem peremptoriamente da referida imunidade, as empresas públicas e sociedades de economia mista que tenham

46 “As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: CF, art. 150, VI, a.” (RE 407.099, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 22-6-2004, Segunda Turma, DJ de 6-8-2004.) No mesmo sentido: ACO 789, Rel. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, julgamento em 1º-9-2010, Plenário, DJE de 15-10-2010; RE 443.648-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 20-4-2010, Segunda Turma, DJE de 28-5-2010; ACO 803-TAR-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-4-2008, Plenário, DJE de 27-9-2011; ACO 811-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 26-4-2007, Plenário, DJ de 14-12-2007. Vide: RE 601.392, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, julgamento em 28-2-2013, Plenário, DJE de 5-6-2013, com repercussão geral. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

47 “É aplicável a imunidade tributária recíproca às autarquias e empresas públicas que prestem inequívoco serviço público, desde que, entre outros requisitos constitucionais e legais não distribuam lucros ou resultados direta ou indiretamente a particulares, ou tenham por objetivo principal conceder acréscimo patrimonial ao poder público (ausência de capacidade contributiva) e não desempenhem atividade econômica, de modo a conferir vantagem não extensível às empresas privadas (livre iniciativa e concorrência). O Serviço Autônomo de Água e Esgoto é imune à tributação por impostos (art. 150, VI, a e § 2º e § 3º da Constituição). A cobrança de tarifas, isoladamente considerada, não altera a conclusão.” (RE 399.307-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 16-3-2010, Segunda Turma, DJE de 30-4-2010.) No mesmo sentido: RE 672.187-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 27-3-2012, Segunda Turma, DJE de 23-4-2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

48 Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.

suas atividades enquadradas no artigo 173⁴⁹, da Constituição Federal, por evidente afronta aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

Ante a relação estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal entre o artigo 175, da Constituição Federal e a imunidade tributária recíproca, alguns juristas passaram a defender a possibilidade de estender a referida imunidade, também, às empresas privadas concessionárias e permissionárias de serviços públicos. Outros, no entanto, discordam desse entendimento, com fundamento no artigo 150, §3.º, da Constituição Federal. A questão passa obrigatoriamente pela exigência do pagamento de tarifas públicas pelos serviços⁵⁰ – assunto abordado a seguir.

3. 4 O ARTIGO 150, §3.º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O § 3.º, do artigo 150, da Constituição Federal prevê, *in verbis*:

§ 3.º As vedações do inciso VI, *a*, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

49 Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

[...]

§2.º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

[...]

50 “Há quem sustente que quando o Estado presta serviço público, se quiser que tais serviços sejam remunerados, somente poderá fazê-lo mediante taxas (Geraldo Ataliba, ‘Sistema Trib. na Constituição’, Rev. de Dir. Trib., 51/140; Roque Carrazza, ob. cit., p. 247). Não vamos a tanto, não obstante reconhecermos que são poderosos e científicos os argumentos de Ataliba e de Carrazza. Ficamos na linha da lição de Sacha Calmon Navarro Coelho, que entende possível a cobrança de preços pela prestação de serviço público. Sacha argumenta com o § 3º do art. 150 da Constituição, do qual deflui que ‘o Estado, além das atividades econômicas exercíveis em lide concorrencial pode, mediante instrumentalidade, prestar serviços públicos mediante contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelos usuários’, conclusão que se completa da leitura do que está disposto no art. 175, parágrafo único, III, da Lei Fundamental. Por isso, acrescenta o magistrado e professor, que ‘só resta mesmo editar a lei requerida pela Constituição, necessária a uma segura política tarifária, em prol dos usuários.’ (Sacha Calmon Navarro Coelho, ‘Comentários à Const. de 1988 – Sistema Tributário’, Forense, 1990, p. 56-57).” (ADI 447, Rel. Min. Octavio Gallotti, voto do Min. Carlos Velloso, julgamento em 5-6-1991, Plenário, DJ de 5-3-1993). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 16 nov. 2013.

Sobre este dispositivo, o Professor Hugo de Brito Machado⁵¹ explica, *in verbis*:

Assim, tem-se pelo menos duas situações nas quais o patrimônio, a renda e os serviços das entidades públicas não são imunes, a saber: uma, quando relacionados com a exploração de atividades econômicas; e outra, quando relacionados a atividades em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário.

É plenamente justificável a exclusão da imunidade quando o patrimônio, a renda e o serviço estejam ligados a atividade econômica regulada pelas normas aplicáveis às empresas privadas. A imunidade implicaria tratamento privilegiado, contrário ao princípio da liberdade de iniciativa. Ocorre que também não há imunidade quando haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário. Isto quer dizer que um serviço, mesmo não considerado atividade econômica, não será imune se houver cobrança de contraprestação, ou de preço, ou de tarifa. Podem ser tributados pelos Municípios, por exemplo, os serviços de fornecimento de água e de esgoto prestados pelos Estados.

Observa-se que do dispositivo em comento, extraem-se duas vedações à aplicação do princípio da Imunidade Recíproca. A primeira é a de que a referida imunidade não se aplica ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com a exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados – em consonância com o § 2.º, do artigo 173, da Constituição – já comentado, que impõe vedação às empresas públicas e sociedades de economia mista ao gozo de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. Essa norma, portanto, tem por escopo garantir a observância ao interesse público sem ofender os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, previstos no artigo 170, *caput*, inciso IV e parágrafo único, da Constituição Federal.⁵²⁻⁵³

A segunda vedação é a de que a imunidade recíproca não se aplica quando houver contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário. O fundamento aqui, em verdade, seria o mesmo da conclusão anterior: o objetivo da imunidade é garantir plena eficácia aos instrumentos estatais voltados para a consecução de suas atividades precípuas e de seus objetivos, no que concerne ao atendimento do

51 MACHADO, op. cit., p. 283/284.

52 MACHADO, op. cit., p. 283/284.

53 No mesmo sentido: ROCHA, op. cit., p. 192/194.

interesse público. O que escapa ao âmbito de tais objetivos e alcança cunho eminentemente privado não poderia ser imunizado, ou estar-se-ia contrariando, como já demonstrado, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, de *status* constitucional.⁵⁴⁻⁵⁵

Sobre o assunto, vejamos o posicionamento do Professor Roque Antônio Carrazza⁵⁶, *in verbis*:

[...] quando a pessoa política desempenha atividades tipicamente privadas, o princípio da imunidade não a beneficia. Ele só alcança quando desempenha suas funções típicas (atividades públicas, isto é, estatais propriamente ditas).

A imunidade também não beneficia as pessoas políticas enquanto exercem atividades econômicas, mediante contraprestação ou recebimento de preços ou tarifas.

Invertendo o raciocínio, podemos afirmar que as pessoas políticas são imunes quando exercem atividades econômicas sem contrapartida ou pagamento de preços ou tarifas pelo beneficiário.

É que, nestes casos, as exigências fiscais mutilariam, ainda que em parte, a renda ou o patrimônio destas pessoas, embaraçando o cumprimento de suas atividades públicas essenciais. O desempenho destas atividades econômicas corresponde à prestação de serviços públicos.

Logicamente, não seria adequado cogitar, portanto, de imunidade das atividades desenvolvidas por empresas privadas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos, mesmo aquelas abrangidas pelo artigo 175 da Constituição Federal. A própria cobrança de preços

54 MACHADO, op. cit., p. 283/284. E complementa: "A explicitação relativa ao promitente comprador de imóveis, que não é novidade, faz-se necessária para afastar divergências. Houve quem sustentasse que o imóvel objeto de promessa de compra e venda, continuando como propriedade do promitente vendedor, integrando, pois, o patrimônio da entidade imune, não podia ser tributado. Mas a tese na verdade era improcedente. Os efeitos da promessa de compra e venda no Direito Tributário não são nem poderiam ser os mesmos do Direito Civil. O imóvel objeto de promessa de compra e venda na realidade sai do patrimônio do promitente vendedor e se integra no patrimônio do promitente comprador, se não como um bem, juridicamente considerado, pelo menos como expressão econômica."

55 ROCHA, op. cit., p. 194.

56 CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 18. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 638.

ou tarifas, segundo o Professor Hugo de Brito Machado, qualifica a atividade como de natureza econômica.⁵⁷

Este posicionamento, no entanto, não é unânime na doutrina e na Jurisprudência pátrias – como já mencionado neste trabalho. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que a imunidade pode ser estendida às empresas públicas e às sociedades de economia mista que executem serviços públicos próprios do Estado, por delegação.⁵⁸

Ainda, dando continuidade à análise do §3.º, do artigo 150, da Constituição Federal, outra conclusão a ser extraída do referido dispositivo é aquela concernente ao promitente comprador de imóvel pertencente ao ente público.

Inicialmente, o STF se posicionava pela imunidade na hipótese. Em verdade, sobre a matéria chegou a ser editada a Súmula nº 74 pelo Tribunal: o imóvel transcrito em nome da autarquia, embora objeto de promessa de compra e venda a particulares, continua imune de impostos locais.⁵⁹ Posteriormente, o entendimento do Supremo quanto ao tema sofreu evolução, dirimindo-se eventuais dúvidas ainda existentes quanto a eventual tributação *in casu*. Trata-se da edição da Súmula nº 583: O promitente comprador de imóvel residencial transcrito em nome de autarquia é contribuinte do imposto predial territorial urbano.⁶⁰

É claro que, com o exposto tratamento dado à matéria pelo artigo 150, § 3º, da Constituição Federal, não restam mais dúvidas de que não há imunidade, na hipótese.

3.5 O ENTE PÚBLICO COMO CONTRIBUINTE DE FATO

Como as outras espécies de imunidade elencadas no artigo 150, inciso VI, da Constituição Federal, a imunidade tributária recíproca está adstrita a impostos, não abrangendo outros tributos. O dispositivo

57 MACHADO, op. cit., p. 284.

58 Vide Nota nº 46 que trata do posicionamento do STF sobre o tema. Vale indicar, de todo modo, o RE 407.099/RS e o RE 399.307-AgR. Neste último, o STF concluiu que o serviço autônomo de água e esgoto é imune à tributação por impostos; e que a cobrança de tarifas por si só, não justifica entendimento contrário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

59 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

60 Ibidem. Editada em 15/12/1976 - DJ de 3/1/1977, p. 6; DJ de 4/1/1977, p. 38; DJ de 5/1/1977. p. 62.

constitucional é claro e o tema está consolidado na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.⁶¹⁻⁶²

A referida imunidade abrange o patrimônio, a renda e os serviços dos entes da federação e de suas autarquias e fundações, mas ela não abrange os impostos incidentes sobre a produção e a circulação de riquezas – o IPI⁶³ e o ICMS⁶⁴. Tais impostos não estão compreendidos na garantia constitucional, especialmente quando o ente público figurar como contribuinte de fato.⁶⁵

Para o Professor Paulo de Barros Carvalho⁶⁶:

Problema surge no instante em que se traz ao debate a aplicabilidade da regra que imuniza o imposto cujo encargo econômico seja transferido a terceiros, como no IPI e no ICMS. Predomina a orientação no sentido de que tais fatos não seriam alcançados pela imunidade, uma vez que os efeitos econômicos iriam beneficiar elementos estranhos ao Poder Público, refugindo do espírito de providência constitucional. A relação jurídica se instala entre sujeito pretensor e sujeito devedor, sem que haja qualquer participação integrativa dos terceiros beneficiados. E a pessoa jurídica de direito constitucional interno não pode ocupar essa posição, no setor das exigências tributárias. A tese foi brilhantemente sustentada pelo saudoso Min. Bilac Pinto, em memoráveis acórdãos do Supremo Tribunal Federal. E a formulação teórica não pode ficar conspurcada pela contingência de a entidade tributante, comparecendo como contribuinte de fato, ter de arcar com o peso da exação, pois aquilo que desembolsa não é tributo, na lídima expressão de seu perfil jurídico.

O Professor Hugo de Brito Machado,⁶⁷ por sua vez, leciona, *in verbis*:

61 Assim: ADI 2.024-2/DF, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, DJ 03.05.2007; AI-AgR 458.856/SP, Rel. Min. Eros Grau, 1.ª T., DJ 20.04.2007; RE 378.144/PR, Rel. Min. Eros Grau, 1.ª T., DJ 22.04.2005, entre outros. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

62 Há, todavia, doutrinadores que se contrapõem a essa tese, v.: CARVALHO, op. cit., p. 175/178; MACHADO, op. cit., p. 282; TORRES, op. cit., p. 62; ROCHA, op. cit., p. 179, entre outros.

63 Imposto sobre produtos industrializados, previsto no artigo 153, IV, da Constituição Federal de 1988.

64 Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior, previsto no artigo 155, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

65 TORRES, op. cit., p. 64.

66 CARVALHO, op. cit., p. 185/186.

67 MACHADO, op. cit., p. 284/285.

O argumento de que o imposto sobre produtos industrializados (IPI) assim como o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias (ICMS) não incidem na saída de mercadorias que o particular (industrial, comerciante ou produtor) vende ao Poder Público, porque o ônus financeiro respectivo recai sobre este, não tem qualquer fundamento jurídico. Pode ser válido no âmbito da Ciência das Finanças. Não no Direito Tributário. A relação tributária instaura-se entre o industrial, ou comerciante, que vende, e por isto assume a condição de contribuinte, e a Fazenda Pública, ou fisco, credor do tributo. Entre o Estado comprador da mercadoria e o industrial, ou comerciante, que a fornece, instaura-se uma relação jurídica inteiramente diversa, de natureza contratual. O Estado comprador paga simplesmente o preço da mercadoria adquirida. Não o tributo. Este pode estar incluído no preço, mas neste também está incluído o salário dos empregados do industrial, ou comerciante, e nem por isto se pode dizer que há no caso pagamento de salários. Tal inclusão pode ocorrer, ou não. É circunstancial e independe de qualquer norma jurídica. Em última análise, no preço de um produto poderão estar incluídos todos os seus custos, mas isto não tem relevância para o Direito, no pertinente à questão de saber quem paga tais custos.

[...]

É lamentável a confusão que se tem feito em torno da questão de saber quem, do ponto de vista jurídico, paga o imposto, especialmente em se tratando de repetição do indébito tributário, situação na qual, em face de interpretação inadequada do art. 166 do Código Tributário Nacional, tem sido atribuída relevância jurídica ao fenômeno da repercussão, condicionando a repetição à prova de sua inoccorrência, ou de uma praticamente inviável autorização dada por aquele que teria suportado o ônus financeiro do tributo indevido.

O Supremo Tribunal Federal, na ordem constitucional anterior, assentou o entendimento de que não há que se falar em imunidade, qualquer que seja ela, quando o ente público figurar como contribuinte de fato. A título de exemplo, vale transcrever decisão do STF quanto ao tema, *in verbis*:

A jurisprudência do Supremo firmou-se no sentido de que a imunidade de que trata o art. 150, VI, a, da CF/1988, somente se aplica a imposto incidente sobre serviço, patrimônio ou renda do próprio Município. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que o Município não é contribuinte de direito do ICMS, descabendo confundi-lo com a figura do contribuinte de fato e a imunidade recíproca não beneficia

o contribuinte de fato. (AI 671.412-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 1º-4-2008, Segunda Turma, DJE de 25-4-2008.)⁶⁸

O enunciado da Súmula 591⁶⁹, editado sob a ordem constitucional anterior, embora ainda vigente, informa que “a imunidade ou a isenção tributária do comprador não se estende ao produtor, contribuinte do Imposto sobre Produtos Industrializados”.

Logo, não restam dúvidas de que, nos casos em que o ente público figurar como contribuinte de fato, não há que se falar em imunidade recíproca.

4 CONCLUSÃO

A exposição apresentada no presente trabalho objetivou auxiliar a compreensão da imunidade tributária recíproca, e permitiu que se extraíssem importantes conclusões. Por óbvio, o assunto abordado merece amplo e profundo debate doutrinário e jurisprudencial – o qual foi apenas delineado aqui.

Todavia, como se pode notar, a imunidade tributária recíproca tem sua origem no direito constitucional norte-americano, a partir de uma série de decisões da Suprema Corte, fundadas na ideia de que um ente federado não pode impor seu poder para instituir tributos sobre outro, pois, a vontade do povo de um estado não poderia dilapidar o patrimônio de toda a nação.

O entendimento de que “o poder de destruir é inerente ao poder de tributar” foi superado, mas a imunidade recíproca – ou intergovernamental – foi mantida nos Estados Unidos e seus fundamentos influenciaram o constitucionalismo brasileiro.

As Constituições Federais do Brasil dispuseram sobre a imunidade recíproca, a qual constitui decorrência lógica do Federalismo. A este princípio, a Constituição de 1988 garantiu o caráter de cláusula pétrea, impossibilitando qualquer redução significativa de seu conteúdo pelo constituinte derivado.

68 No mesmo sentido: AI 736.607-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 16-8-2011, Segunda Turma, DJE de 19-10-2011; AI 518.325-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 6-4-2010, Segunda Turma, DJE de 30-4-2010; AI 574.042-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 6-10-2009, Segunda Turma, DJE de 29-10-2009; AI 634.050-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 23-6-2009, Primeira Turma, DJE de 14-8-2009. Vide: AI 518.405-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 6-4-2010, Segunda Turma, DJE de 30-4-2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

69 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Aprovação em Sessão Plenária de 15.12.1976. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

A imunidade constante do artigo 150, inciso VI, alínea *a* da Constituição Federal é aplicada apenas aos impostos. Com relação a outras espécies tributárias poderá haver, apenas, isenção por parte do ente político. Destaque-se que a referida imunidade incide apenas sobre os impostos relativos ao patrimônio, à renda e aos serviços dos entes políticos.

Com relação aos outros impostos, tais como o ICMS e o IPI, em que o ente público venha a figurar como contribuinte de fato, não há que se falar em imunidade recíproca.

Além disso, a imunidade recíproca não se limita a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Ela alcança, também, as autarquias e fundações públicas, de acordo com o disposto no §2.º do artigo referido, quanto ao patrimônio, à renda e aos serviços das mesmas, vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes.

Em decisões recentes, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a imunidade recíproca também se aplica – por analogia ao mencionado §2.º – às empresas públicas e sociedades de economia mista que executem serviços públicos próprios do Estado, por delegação. Foi com o julgamento do RE 407.099/RS que o Supremo deixou assentado este posicionamento, que tem servido de parâmetro para outros casos similares.

As empresas públicas e sociedades de economia mista que tenham suas atividades albergadas pelo artigo 173 da Constituição Federal, porém, não poderão se beneficiar da imunidade recíproca, ou haveria ofensa aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, que têm *status* constitucional.

No que concerne às empresas privadas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, tem-se que o § 3.º do artigo 150, da Constituição Federal exclui expressamente a referida imunidade sobre o patrimônio, a renda e os serviços, decorrentes de exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário – tendo em vista que a própria cobrança de tarifas está diretamente associada à natureza econômica das atividades em evidência. Eventuais exceções a este entendimento tem se verificado em decisões recentes do STF – as quais foram indicadas no curso deste trabalho.

Ainda, foram feitos apontamentos especiais a respeito da aplicação da imunidade recíproca em relação ao IPTU; e, em relação ao promitente comprador de imóvel residencial pertencente a ente público.

De todo o exposto, verifica-se que a disciplina conferida à Imunidade Tributária Recíproca encontra amparo no Pacto Federativo e, conseqüentemente, na isonomia existente entre os entes políticos e na autonomia que lhes é assegurada pela Constituição Federal. Reflexamente, portanto, tem-se garantida, também, a observância aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, previstos no artigo 170, *caput* e inciso IV, da Carta Magna.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Constituição Federal de 1946*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 ago. 2013.

_____. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 ago. 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Jurisprudência e Comentários à Constituição*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 18. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Tributo e Segurança Jurídica. In: LEITE, George Salomão (coord.). *Dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COSTA, Regina Helena. *Imunidades Tributárias*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *McCulloch v. Maryland (1819)*. *Landmark cases / Supreme Court*. Disponível em: <<http://www.landmarkcases.org/mcculloch/home.html>>. Acesso em: 07 dez. 2013.

_____. *Collector vs. Day*. Landmark cases/Supreme Court. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/78/113/>>. Acesso em: 07 dez. 2013.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 16. ed. 2. reimpressão, São Paulo: Atlas, 2007.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

LOPES, Mauro Luís Rocha. *Processo Judicial Tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 26. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

OLIVEIRA, José Jayme de Macedo. *Tributos Estaduais: comentários, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

PESTANA, Márcio. *O Princípio da Imunidade Tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Federalismo Fiscal e Reforma Tributária*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

ROCHA, João Marcelo. *Direito Tributário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 1999.

SOUSA, Ercias Rodrigues. *As imunidades tributárias na Constituição Federal*. Curitiba: Juruá, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

JUDICIÁRIO QUE APRENDE: UM MODELO PARA A GESTÃO EFICIENTE DO PROCESSO

JUDICIARY LEARNING: A MODEL FOR EFFICIENT MANAGEMENT OF THE PROCESS

Antonio Róger Pereira de Aguiar¹
Assessor Judiciário

SUMÁRIO: Introdução; 1 Contextualização; 2 Relatividade da ideia de celeridade; 3 Relatividade da ideia de morosidade; 4 Etimologia da expressão “morosidade”; 5 Síndrome do Abandono do processo; 6 A nova exegese do princípio da razoável duração do processo; 7 A Organização que Aprende; 8 Conclusão; Referências.

¹ Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB (Conceito Capes 5), Pós-Graduado em Filosofia Existencialista, pela Universidade Católica de Brasília – UCB. É bacharel em Direito e Administração, ambos pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. É professor de Graduação de Direito e Administração do Centro Universitário IESB. É professor de Pós-Graduação em Hermenêutica Jurídica e Didática do Ensino Superior do Instituto dos Magistrados – IMAG. Atua como Assessor Judiciário de Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

RESUMO: O objetivo deste artigo concentra-se na compreensão do princípio da razoável duração do processo não como problema centralizado na velocidade de tramitação do feito judicial; antes, problema convergente para a gestão do serviço judicial. A celeridade processual é consectário da adoção, pelos órgãos judiciários, de técnicas e métodos de administração profissional do processo. Algumas escolas administrativas ensinam o melhor manejo de recursos; outras, a logística do conhecimento. Os modelos gerenciais voltados para pessoas e suas capacidades permanentes de ensino-aprendizagem, desde que coletivos, constituem-se práxis adequadas para o enfrentamento do acúmulo de feitos nos tribunais. Nesse contexto, propõe-se a adoção das ideias contidas na chamada “Organização que Aprende”, como antídoto à “síndrome do abandono do processo”. Busca-se a sustentabilidade da gestão profissional do serviço judiciário, pois cada agente é chamado à responsabilidade na permanente construção cognitiva de soluções para as vicissitudes do Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucional. Processual Civil. Razoável Duração do Processo. Dilações Indevidas. Celeridade. Gestão. Aprendizagem Organizacional.

ABSTRACT: The purpose of this article is on the quest for understanding the principle of reasonable duration of the process. This principle is not a speed problem of judicial proceedings. The problem is the administration of the judicial service. The procedural speed is a result of adoption of techniques and methods of administration of the process. The Judiciary should practice these techniques and methods. There are administrative schools teach the best use of resources. Other schools teach the use of knowledge. The management models focused on people and their collective capacities permanent teaching-learning practices are appropriate for the agents face the large amount of cases in the courts. In this context, it is proposed to adopt the ideas of the “Learning Organization” as a remedy of “abandonment of the process”. We seek sustainability of professional management of the judicial service because each agent is called to account in the construction of solutions to the problems of the Judiciary.

KEYWORDS: Constitutional. Civil Procedure. Reasonable Length of Procedure. Delays Undue. Celerity. Management. Organizational Learning.

INTRODUÇÃO

Trata-se de buscar a compreensão do princípio fundamental da razoável duração do processo, sua interpretação e aplicação no âmbito nos órgãos judiciais, principalmente no que toca ao enfrentamento do problema decorrente do acúmulo de feitos nos tribunais.

A problemática da duração do processo centra-se na gestão do serviço processual e não na sua *velocidade* de tramitação. A celeridade processual será idealmente alcançada como consequência do manejo de conhecimentos específicos de técnicas e métodos das Escolas de Administração, em especial, naquela que estuda o aprendizado organizacional.

O gerenciamento de insumos (patrimônios, finanças, orçamentos) tem sua importância nesse contexto. No entanto, propõe-se a adoção de ideias contidas num passo adiante: logística da inteligência institucional, por meio de tecnologias de ensino-aprendizagem das equipes de trabalhos lideradas pelos órgãos jurisdicionais, na vertente cognitivo-construtivista. É nova cultura organizacional, denominada: “Organização que Aprende”, a qual envolve a “[...]” transição das organizações tradicionais, baseadas em recursos [insumos], para organizações baseadas no conhecimento, nas quais a criação desse conhecimento é a fonte de inovações contínuas “[...]”.²

Nesse sentido, Juarez de Freitas³ traz importante contribuição. Veja-se:

Já o emergente paradigma – que conta, há bom tempo, com o apoio da melhor doutrina administrativista –, precisa ver ampliada a força da sua aderência fática. Trata-se do *paradigma da racionalidade dialógica, pluralista e democrática*, com plasticidade adaptativa acoplada às exigências de *fundamentação consistente e endereçada ao cumprimento coerente e coeso das metas superiores da Constituição*. Metas que não se confundem com o simplista e assimétrico crescimento econômico, mas supõem políticas públicas racionalmente propiciatórias do bem-estar físico e psíquico da população.

2 MEIRELES, Manoel; PAIXÃO, Marisa Regina. *Teorias da administração: clássicas e modernas*. São Paulo: Futura, 2003. p. 310. Costa percebe a chamada aprendizagem organizacional como uma nova cultura das organizações (COSTA, Moisés. *Características essenciais de uma organização que aprende*. 2007. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/tecnologia/caracteristicas-essencias-de-uma-organizacao-que-aprende/14511>>. Acesso em: 2 maio 2014).

3 FREITAS, Juarez de. Direito fundamental à boa administração pública e a constitucionalização das relações administrativas brasileiras. In: *Interesse Público*, ano 12, n. 60, mar./abr. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 14.

Por sua vez, Richard Daft⁴ descreve as “Organizações que Aprendem” da seguinte forma:

Modelo de abordagem original de Senge e que tem funcionado muito bem. O conceito de organização que aprende tem evoluído com a descrição das características da própria organização. Não há uma única visão sobre com o que esse tipo de organização se assemelha. A organização que aprende é, na verdade, uma atitude ou uma filosofia do que a organização pode tornar-se.

A organização que aprende pode ser definida como aquela em que todos [os seus membros] estão engajados na identificação e solução de problemas, permitindo à organização continuamente experimentar a mudança e melhorar, aumentando, assim, sua capacidade de crescer, aprender e atingir seu propósito. A ideia essencial é a solução de problemas, em contraste com a organização tradicional projetada somente para a mera eficiência. Na organização que aprende, todos os empregados se preocupam com os problemas, como a identificação das necessidades específicas dos clientes. Os empregados também resolvem problemas [...].

Meireles⁵ caracteriza as organizações que aprendem como sendo a capacidade de seus agentes em detectar erros, desvios, disfunções, excessos, incidentes críticos, corrigindo-os ou adequando-os a novos cenários, absorvendo lições dessa vivência, incorporando-se o conhecimento decorrente disso a normas, estratégias e métodos de trabalho.

Esse mesmo autor lembra que as organizações são feitas de pessoas e são elas que aprendem. São os indivíduos a fonte de mudanças das organizações.⁶ Crainer⁷, ao descrever as análises administrativas de Tom Peters para a ciência da Administração, assevera que, a partir dos anos

4 DAFT, Richard I. *Administração*. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1999. p. 455-456.

5 MEIRELES; PAIXÃO, op. cit., p. 309.

6 MEIRELES; PAIXÃO, op. cit., p. 309 e 313. Ademais, a chamada “Organização que Aprende” é também conhecida como o modelo informacional de gestão, onde o homo economicus do modelo industrial é substituído pelo homem que aprende. Mota e Vasconcelos reconhecem, nesse sentido, o conceito de “homem complexo”, consoante os fundamentos das teorias de motivação e liderança, baseadas em Herzberg (MOTA, Fernando C. Prestes; VASCONCELOS, Isabella F. Gouveia. *Teoria geral da administração*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002. p. 339).

7 CRAINER, Stuart. *Grandes pensadores da administração*. São Paulo: Futura, 2000. p. 125. Inclusive, a ciência administrativa vem dizendo que o novo referencial de gestão com qualidade está nos processos participativos das pessoas que compõem uma organização. É a construção de uma nova axiologia cultural, onde cada funcionário de uma organização é chamado para participar da formação coletiva da consciência da responsabilização de seus atos no todo organizacional. Nesse sentido, confronte-se: BOSQUETTI, M. A.; ALBUQUERQUE, L. G.

90, entram no centro de estudos e pesquisas do palco gerencial as pessoas (administração do conhecimento), sai o foco só no processo (administração de insumos). Daft⁸, nessa linha, dispõe ser a Organização que Aprende como aquela estabelecida horizontalmente e em rede, criando-se a cultura organizacional orientada para pessoas e suas capacidades de produzir conhecimento para a equipe e para a instituição onde atuam.

Lucas Furtado⁹ afirma que a eficiência deve ser valor totalmente incorporado no agente público, sendo seu instrumento de trabalho. Nesse sentido, inclusive:

A eficiência, que foi levada pela Constituição Federal à categoria de princípio geral da Administração Pública, é um dos aspectos da *economicidade*. Esta, além da eficiência, compreende a eficácia e a efetividade. Temos, portanto, que economicidade é gênero do qual a eficiência, a eficácia e a efetividade são suas manifestações.

Diante da conjuntura de acúmulo de feitos nos tribunais¹⁰, é urgente aos agentes que trabalham no respectivo serviço público a aquisição de novas habilidades: ação em equipe, magistrado líder, compartilhamento intenso de informações¹¹, capacidade de aprendizagem e ensino não só individual, antes, de forma coletiva. A materialização do princípio constitucional da eficiência será constituída a partir de processos cognitivos de aprendizagem organizacional.

Gestão estratégica de pessoas: visão do RH x visão dos clientes. In: *Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação em Administração*, 2005, Brasília. Anais. Brasília: ANPAD, 2005. p. 9-11.

8 DAFT, op. cit., p. 457.

9 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 112. Alexandre de Moraes intercala a razoável duração do processo ao devido processo legal e à eficiência. Veja-se: “Essas previsões – razoável duração do processo e celeridade processual –, em nosso entender, já estavam contempladas no texto constitucional, seja na consagração do princípio do devido processo legal, seja na previsão do princípio da eficiência aplicável à Administração Pública (CF, art. 37, caput). Os processos administrativos e judiciais devem garantir todos os direitos às partes, sem, contudo, esquecer da necessidade de desburocratização de seus procedimentos e na busca de qualidade e máxima eficácia de suas decisões.” (MORAIS, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 402).

10 Costa assevera que a conjuntura em que uma organização é inserida constitui importante estímulo para a promoção do aprendizado organizacional, como se verá nesta pesquisa (COSTA, op. cit.).

11 As novas tecnologias intelectuais amplificam as várias funções cognitivas do ser humano. O compartilhamento de informações é gigantesco, potencializando-se a inteligência coletiva. O saber-fluxo e o trabalho-transação de conhecimento mudam radicalmente a forma de trabalho nas organizações (LÉVY, Pierre. *As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática*. São Paulo: Editora, 1993. p. 34).

Segundo Kim D. O.¹², a organização é influenciada pela aprendizagem em procedimento individualizado, porém, o processo grupal de incorporação de conhecimento é mais complexo, dinâmico e efetivo do que uma simples ampliação da capacidade individual dos membros pertencentes às equipes dentro da organização.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO

Veja-se da seguinte notícia, a qual demonstra o cenário em discussão, *verbis*:

O judiciário funciona hoje como há cem anos atrás¹³ [*sic*], é como se nada houvesse mudado no universo”. O diagnóstico é da socióloga Maria Tereza Sadek, professora da USP, para quem o principal problema do Judiciário não está na infraestrutura física, mas sim na gestão. “Computador quando tem, na maior parte, é máquina de escrever”, afirma a pesquisadora, que utilizou os dados do levantamento Justiça em Números, do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), e correlacionou com índices socioeconômicos para explicar a morosidade na Justiça.

Eles trabalham com cartórios que antigamente recebiam vinte processos. Hoje recebem 2.000, então não pode trabalhar de forma igual”, pontua Maria Tereza. Ela observa que a disponibilidade de informações sobre o Poder Judiciário do Brasil supera a média da América Latina. Porém, mesmo sendo uma realidade melhor do

12 KIM, D. O Elo entre a Aprendizagem Individual e a Aprendizagem Organizacional. In: KLEIN, David A. (org.). *A gestão estratégica do capital intelectual: recursos para a economia baseada em conhecimento*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1998. p. 61-92.

13 Chiavenato afirma que a Escola Clássica, do início do Século XX, também chamada de Administração Científica, “restringiu-se às tarefas e aos fatores diretamente relacionados ao cargo e à função do operário. Embora a organização seja constituída de pessoas, deu-se pouca atenção ao elemento humano e concebeu-se a organização como uma máquina. [...] A principal ferramenta da Administração Científica foi o estudo dos tempos e movimentos.” (CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 52). Nesse mesmo sentido, Katz e Kahn ao descreverem a chamada Escola Científica da Administração como mecanicista e reducionista, isso porque entendia a organização como um arranjo rígido e estático de peças. O humano era uma dessas peças, daí a expressão funcionário, pois o agente tinha apenas que funcionar no contexto da organização, realizando atividades repetitivas sem qualquer senso crítico (KATZ, Daniel; KAHN, Robert L. *Psicologia social das organizações*. São Paulo: Atlas, 1970. p. 92). NOTA: segundo Chiavenato, a Escola Científica leva esse nome porque seu idealizador, Frederick Winslow Taylor pretendia incorporar o método científico ao estudo das organizações. Conforme esse autor, “Para Taylor, a Administração deve ser tratada cientificamente, não empiricamente. A improvisação deve ceder lugar ao planejamento e o empirismo à ciência: a Ciência da Administração”. (CHIAVENATO, op. cit., p. 43).

que antes, o sistema de informações ainda apresenta uma série de deficiências, como dados inconsistentes.

Neste ano, durante as correições que vem realizando pelo país, o CNJ identificou cerca de 5 milhões de processos que já haviam sido julgados, mas que não tinham sido baixados, e ainda constavam como processos pendentes de julgamento. “O CNJ está provocando uma revolução total nessa questão”, diz a pesquisadora ao ressaltar a atuação do conselho nas correições, quando são inspecionados os Tribunais.

Ao explicar a morosidade do Judiciário, a professora apontou que não há relação entre a estrutura — o número de computadores, carros, magistrados — com a lentidão no julgamento dos processos. Para Maria Tereza, é preciso uma gestão racionalizada da Justiça [...].

[...]

Ainda segundo a análise, os índices da pesquisa sugerem que não é automática a correlação entre carga de trabalho e taxa de congestionamento, pois o decréscimo na taxa de congestionamento não guarda relação direta com o aumento ou, ao contrário, com a diminuição na carga de trabalho. [...].

A partir desse estudo, nenhum dos fatores internos explica a taxa de congestionamento, o que nos leva a seguinte conclusão: o desempenho do Judiciário depende exclusivamente da gestão, da administração interna”, diz a pesquisadora. “De nada adianta mais daquilo que já se tem: mais juízes, mais funcionários, mais computadores, mais mesas, mais carros, mais salas. Sem o planejamento interno, sem uma administração adequada, sem recursos alocados de forma que responda a um mínimo de racionalidade, o judiciário não escapa dessa situação de congestionamento”, completa Maria Tereza.

Para a pesquisadora, “a variável fundamental é organização”. Ela sugere “uma administração interna que rompa com o modelo atual, que é o mesmo desde a criação do poder Judiciário.”¹⁴

14 Entrevista concedida por Maria Tereza Sadek, in: GHIRELLO, Mariana (entrevistadora). Justiça funciona como há 100 anos. *Última Instância*. UOL, 2009. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/43735/justica+funciona+como+ha+100+anos+afirma+maria+tereza+sadek.shtml>>. Acesso em: 9 jul. 2013.

Maria Tereza Sadek¹⁵ reforça, em artigo publicado no Consultor Jurídico, não ser o problema do Judiciário a carga de trabalho ou falta de computadores, número insuficiente de servidores, orçamento. O grande problema está na gestão.¹⁶

A descrição de Sadek demonstra exatamente o Judiciário como uma organização que *ainda não aprendeu* com as abordagens acadêmicas e profissionais de administração que se seguiram à Revolução Industrial.¹⁷ Um Judiciário que opera, quase da mesma forma, há quase um Século, demonstra claramente ser carecedor de nova cultura organizacional, voltada para as exigências dos tempos hodiernos. “Não é justo fingir que as coisas marcham magnificamente.”¹⁸ Ademais, Carvalho Filho¹⁹ registra que a sociedade está literalmente *cansada* em face da “[...] imperdoável e inaceitável demora na solução dos problemas deduzidos em feitos judiciais e administrativos”²⁰.

O Judiciário precisa aprender a aprender. O princípio da razoável duração do processo deixa isso bem claro. Como já foi dito acima, não se trata apenas de fazer o processo andar mais rápido; antes, trata-se de fazer

15 SADEK, Maria Tereza. Má administração de tribunais prejudica Judiciário. *Consultor Jurídico*. São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-out-29/ma-administracao-tribunais-maior-causa-morosidade>>. Acesso em: 9 jul. 2013.

16 Ibidem.

17 Com base nas observações de Sadek, o Judiciário parou na escola taylorista. Nesse sentido, observe-se o seguinte: “A importância conferida à aprendizagem organizacional no contexto da teoria das organizações não foi sempre tão grande quanto hoje em dia. Nas primeiras décadas do século XX, os gerentes, seguindo a concepção taylorista, dividiam o trabalho em tarefas específicas e cada operário, na linha de montagem, especializava-se em uma tarefa, não tendo uma visão global do processo de produção e não participando da concepção do próprio trabalho, uma vez que seguia as orientações dos engenheiros responsáveis pela concepção do processo produtivo. A qualificação profissional acima de certo nível era vista como prejudicial, dentro de um sistema em que os operários executavam tarefas mecanizadas e metódicas. Dessa forma, a mão-de-obra era treinada para executar as tarefas específicas que lhes eram designadas. Nos anos 40, Georges Friedmann mostrava como a racionalização taylorista do trabalho prejudicava a aprendizagem nas organizações e como os indivíduos eram limitados por esse sistema no desenvolvimento de suas habilidades.” (MOTA; VASCONCELOS, op. cit., p. 332).

18 FREITAS, op. cit., p. 13. Esse mesmo autor assevera importar abrir-se ao novo. Nesse sentido, “Essencial pensar e agir de ordem a produzir relações administrativas aptas a cumprir funções que não são obviamente as dos séculos XIX e XX. Funções evolutivas de propiciar, preventivamente de preferência, o mais pleno desenvolvimento humano, no universo desafiador da interconectividade. Não se deve perder a oportunidade de avançar: o novo ciclo da constitucionalização efetiva das relações brasileiras de administração pública é perfeitamente possível. Mais do que isso, inadiável. É altamente satisfatório contribuir para a sua intensa afirmação no mundo real.” (FREITAS, op. cit., p. 24).

19 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal: comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 63.

20 Ibidem.

a organização pensar de forma integral, com mais senso de autocrítica, buscando aprender mais: “Impende evoluir das relações de administração entendidas de modo fragmentário para uma compreensão maximizadora do primado da rede dos direitos fundamentais”²¹.

2 RELATIVIDADE DA IDEIA DE CELERIDADE

A presente pesquisa pretende demonstrar que a ideia de lento/rápido do serviço judicial apresentado às partes é elemento complexo: não existe uma relação biunívoca exata que possa traduzir o simplório sentimento popular de prestação jurisdicional rápida com efetivação do senso de justiça. Isso quer dizer que a célere prestação jurisdicional nem sempre corresponde a um processo com qualidade e segurança jurídica. Quando se fala que a justiça é morosa, há diante dessa expressão dois conceitos indeterminados: justiça e moroso. A *justiça* é ideia metafísica. Segundo Carvalho Filho²², moroso é sentimento, expresso no momento em que se extrapolam os limites da tolerância. O problema é que todos esses conceitos são preconcebidos a partir de uma percepção subjetiva.

A ligeireza do serviço, por si só, não deve ser o foco do princípio fundamental da razoável duração do processo, sendo, sim, alcançada, de forma subsidiária, isto é: a gestão de excelência gera, naturalmente, a celeridade processual e não o contrário. A boa administração do processo produz um sentimento de segurança nas pessoas.

Inclusive, na visão da própria doutrina jurídica, o caso resolvido rapidamente não garante a mais adequada solução ao chamado Direito Justo²³. Cada situação submetida ao Judiciário tem variáveis as quais não são controladas pelos órgãos jurisdicionais, como exemplo: é direito subjetivo e dispositivo das partes a impetração de recursos. Não é o

21 FREITAS, op. cit., p. 19.

22 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 63.

23 Castro define o devido processo legal como sendo o postulado genérico da legalidade a obrigar o Poder Público à prática do que chama de “direito justo”, cujo termo é assim definido: “[...] conjunto de valores incorporados à ordem jurídica democrática segundo a evolução do sentimento constitucional quanto à organização do convívio social.”. Ademais, esse mesmo autor defende que o ideal supremo de justiça não pode ser materializado senão sob o cumprimento efetivo da razoável duração do processo. Assim sendo, o devido processo legal não será completo se ausente a observância da razoável duração do processo. Este princípio é superveniente daquele, imputando-lhe corpo material a subsidiar seu cumprimento integral. Essa importante associação entre o devido processo legal e a razoável duração do processo não finaliza a ideia de que a prestação jurisdicional deva ser prestada de forma simplesmente rápida. Direito justo não é isso. (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 141.)

Judiciário que controla isso. Uma causa pode demorar mais ou menos em relação a outra a depender dos recursos interpostos, incidentes suscitados pelas partes etc.

Assim como celeridade processual não significa prestação jurisdicional rápida e eficiente, a morosidade da resposta da jurisdição em face das demandas a ela apresentadas não significa *necessariamente* prestação jurisdicional lenta e ineficiente.²⁴

Então, a razoável duração do processo não se mede somente pela passagem das horas, dias, meses e anos. Como se verá, o tempo do processo não será encontrado numericamente, pois o referido princípio fundamental deve ser definido por meio de ações de gestão do serviço processual. Assim sendo, a razoável duração do processo não é um dado convergente prioritariamente em elementos quantitativos (mera celeridade, velocidade, rapidez). O foco deve estar em elementos qualitativos (gestão do conhecimento).

O que está sob o controle direto e imediato do órgão judiciário está dentro dele mesmo: a sua equipe de trabalho. Não se propõe aqui atitude passiva diante de baixos investimentos em estrutura ou insumos de toda ordem; antes, é urgente se pensar numa forma pragmática e sustentável de reduzir o acúmulo de processos nas mesas, prateleiras e salas dos servidores e juízes.

Primeiro passo: necessário se faz desconstruir a ideia de se mensurar a eficiência do serviço judiciário exclusivamente pelo mero transcurso de tempo do processo. Não existe uma medida certa para isso. O tempo ideal do processo é fator superveniente à intendência ideal do serviço, por meio da equipe que realiza tal labor.²⁵

A seguir é necessário caracterizar a Síndrome do Abandono do Processo como ausência de práticas profissionais de gestão do serviço

24 Vladimir Vitovsk defende ser a produtividade do juiz federal uma questão de sopesamento dos atos de gestão do processo e não unicamente um dado quantitativo centrado apenas na ideia de rápido ou demorado (VITOVSKY, Vladimir Santos. *A morosidade e suas vicissitudes*: desafios para a avaliação da produtividade do juiz federal. Administração da Justiça Federal: concurso de monografias. Centro de Estudos Judiciários: Conselho da Justiça Federal, 2004. p. 193-194).

25 Tanto assim que a doutrina prefere entender a razoável duração do processo não como sendo o princípio da celeridade processual e sim como princípio da tempestividade do processo, pois a prestação jurisdicional deve ser realizada no tempo ideal, cuja significação não se expressa quantitativamente, mas qualitativamente. Nesse sentido, confira: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011. p. 60. v. I.

judiciário. Esse estado de fato, se ocorrente em algum órgão jurisdicional, viola o dever de agir especificamente para se alcançar alto padrão de administração sustentável do serviço judiciário, dever esse contido intrinsecamente na ideia essencial da razoável duração do processo.

Conclui-se pela existência de nova exegese para o supracitado princípio fundamental: o dever de imediato manejo de conhecimento e inteligência institucionais, com o escopo de se promover a realização de trabalho convergente ao alcance de alto padrão de efetividade.

3 RELATIVIDADE DA IDEIA DE MOROSIDADE

Rápido e lento são ideias no contexto de movimento e todo movimento é relativo²⁶.

A mensuração da velocidade de um movimento depende da adoção de ponto referencial²⁷. Para as ciências naturais, na percepção de Serway, a necessidade de se estabelecer ponto de orientação, com o objetivo de analisar a dinâmica dos corpos e suas atividades, está contida no denominado Princípio da Relatividade Newtoniana.

Só se pode afirmar, por exemplo, que um veículo está a 100 km/h (cem quilômetros por hora) se tal velocidade tiver um ponto referencial. É somente por meio da demarcação de sistema de referência que se compreendem conceitos como rápido e lento, espaço e tempo, célere, moroso.²⁸

A velocidade de um veículo a 100 km/h é rápida ou lenta? Depende do referencial adotado. Para uma aeronave de grande porte, tal velocidade é lenta, colocando, inclusive, em risco a estabilidade do aparelho aéreo, se estiver voando. Por sua vez, para uma bicicleta, é velocidade alta, colocando em risco a segurança do condutor em movimento.

Se a ideia de celeridade do processo estiver *somente* associada à velocidade da prestação jurisdicional, é necessária a visualização de seu referencial. Existe? Nicolitt, inclusive, faz importante alerta no sentido de que alguns ordenamentos estrangeiros vêm interpretando a razoável duração do processo de forma totalmente arbitrária, “[...] sem que haja

26 SERWAY, Raymond A. Princípios de física. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2004, p. 282.

27 Ibidem, p. 282.

28 Ibidem.

ao menos alguns parâmetros ou critérios que sirvam como pontos de referência.”²⁹.

É preocupante quando o próprio Judiciário divulga imagem da lentidão de suas próprias atividades. Será que o Judiciário é lento mesmo? É lento em relação a quê? A quem? É lento em relação aos excessos? Qual o referencial? Pretende-se, mesmo, a celeridade como sinônimo de mera rapidez da tramitação processual? Como mensurar isso?

Como exemplo, Eliana Calmon³⁰ faz interessante declaração a respeito da morosidade da justiça. Veja-se:

A morosidade da Justiça, problema que não é apenas brasileiro, mas de todo o mundo, mais se acentua nos países da *civil law*, especialmente quando a sociedade emerge para um regime democrático e encontra grande desordem nos diversos segmentos sociais.

Refiro-me, especificamente, à situação do Judiciário brasileiro, nos últimos dez anos, quando tivemos um significativo agravamento da qualidade da prestação jurisdicional.

Coincidentemente, a crise acompanha a vigência da CF/88. E não se pode ter dúvida de que a “Constituição Cidadã”, outorgando com largueza direitos sociais, ampliando os direitos individuais, explicitando os direitos e interesses difusos e coletivos, deixou o Poder Judiciário desguarnecido, ao tempo em que sinalizou para ele como desaguadouro das LESÕES ou AMEAÇAS DE LESÃO a direito ou interesse, na busca de recomposição.

Esta a origem política da desordem do Poder Judiciário que, na atualidade, se encontra insuficiente, fragilizado e defasado para enfrentar a tarefa que lhe foi outorgada pelo Constituinte de 88, sem dele merecer, em contrapartida, a mudança estrutural que se faz indispensável.

A demora na prestação jurisdicional levou os advogados a buscarem solução processual e, no processo cautelar, ingenuamente estruturado no Código de Buzaid, encontraram a saída para as urgências: as

29 NICOLITT, André Luiz. *A duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 34-35.

30 CALMON, Eliana. Tutelas de urgência. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, v. 11, D. 2, p. 99-241, jul./dez. 1999 – 159. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/publicacao seriada/index.php/informativo/article/viewFile/276/270>>. Acesso em: 22 abr. 2014.

liminares acautelatórias para aguardar-se a demorada sentença, sem correr o risco da imprestabilidade da atuação estatal. Esta foi a solução para atender aos direitos instantâneos.

Do excerto supracitado, há duas conclusões possíveis: 1ª *em relação* à novel democracia instalada pela ordem constitucional de 1988, o Judiciário é lento; 2ª *em relação* às tutelas de urgência instituídas no Código de Buzaid, o Judiciário é rápido.

O desenho institucional da democracia, a partir de 1988, poderia ser interpretado como sendo uma das causas da *morosidade da justiça* ao passo em que as tutelas de urgência direcionam a busca pelo anseio de um Judiciário *célere*.

Mas, o problema em questão não está exatamente na democracia. É preciso uma reflexão sistemática a respeito. Ao que parece, na verdade, não existe um referencial seguro para a suposta definição da velocidade do processo. Nesse sentido, Hoffman³¹ afirma, com propriedade: “[...] soanos estranho, por exemplo, ouvir a utilização da frase ‘processo mais ou menos democrático’, porquanto ‘democracia’ é um desses conceitos que não admitem gradações, ponderações ou quantificações, uma vez que devem ser respeitados de modo integral ou simplesmente não existem.”

Então, é preciso construir referencial objetivo direcionado para a obrigação de fazer gestão profissional do serviço judiciário. Fala-se, na doutrina jurídica, em tempo ideal do processo, vedação do excesso, processo justo³², mas não exatamente e *exclusivamente* rapidez ou morosidade.

31 HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 67. Esse mesmo autor continua, dizendo o seguinte, pois vale a pena destacar: “Democracia ainda é o melhor regime, apesar de todas as suas limitações, imperfeições e contradições, pois o poder deve pertencer ao povo, com ampla liberdade de ação e pensamento, de oportunidades e responsabilidades. Destarte, não pode o ‘processo ser mais ou menos democrático’, já que nele devem ser observados, sem exceção, todos os princípios a ele inerentes, tais como o do juiz natural e imparcial, o tratamento igualitário das partes, o contraditório, o amplo direito de defesa, a publicidade que permita o controle da comunidade, a realização de provas o veto ao uso daquelas obtidas de formas ilegais, sendo o processo desenvolvido na forma da lei pré-constituída, garantindo-se o duplo grau de jurisdição e com término em prazo razoável, enfim, um justo processo.” (id. ib.).

32 CÂMARA, op. cit., p. 58. Exatamente no mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador/BA: JusPodivm, 2008. p. 41-44. v. I. Ainda, precedentes do STF confirmam ser o julgamento sem demora excessiva ou dilações indevidas prerrogativa a ser preservada, pois o art. 5º, LXXVIII, da CR é válido e eficaz, refletindo uma espécie de pacto de Estado, no sentido de se construir o Judiciário mais *célere* e republicano (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *MI 715/DF*. Rel. Min. Celso de Melo, decisão em 25.02.2005).

Para amparar a ideia em tela, é importante a feitura de análise etimológica e uma breve construção de campo semântico da palavra “morosidade”.

4 ETIMOLOGIA DA EXPRESSÃO “MOROSIDADE”

Segundo o Novo Dicionário Universal da Língua Portuguesa, a Etimologia é parte da ciência que se ocupa em estudar a origem e a formação das palavras.³³

Nesse ângulo, Cunha³⁴ afirma que o termo “morosidade” foi registrado pela primeira vez em 1813. É palavra adaptada do francês, *morosité*. Sua origem é do latim *mōrōsītā-ātis*. Morosidade é substantivo derivado do adjetivo moroso, com raízes nas ideias de alguém ou algo lento, demorado, frouxo, sem compromisso. Primeiro, no uso da linguagem, surgiu o adjetivo moroso e, depois, o substantivo morosidade.³⁵

Bechara³⁶, ao estudar o processo de formação das palavras, diz que ocorre derivação própria, também chamada de derivação sufixal, a circunstância em que um termo é originalmente adjetivo³⁷ e, pelo uso da linguagem e dos processos de comunicação, transmuda-se subsequentemente em substantivo³⁸.

Bechara³⁹ continua, ensinando que o sufixo “-dade” denota a transformação de um adjetivo em substantivo. Tal como ocorre com “digno” (adjetivo) e “dignidade” (substantivo), também com “moroso” (adjetivo) e “morosidade” (substantivo.)

33 *Novo dicionário Universal da Língua Portuguesa conforme acordo ortográfico*. São Paulo: Texto Editores, 2008. p. 701.

34 CUNHA, Antonio Geraldo da. *Dicionário etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991. p. 533.

35 *Ibidem*.

36 BECHARA, Evanildo. *Moderna gramática portuguesa*. 37. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. p. 357-359.

37 “Adjetivo é a classe de lexema que se caracteriza por constituir a delimitação, isto é, por caracterizar as possibilidades designativas do substantivo, orientando delimitativamente a referência de uma parte ou a um aspecto do denotado.” (BECHARA, op. cit., p. 142).

38 “Substantivo é a classe de lexema que se caracteriza por significar o que convencionalmente chamamos objetos substantivos, isto é, em primeiro lugar, substâncias (homem, casa, livro) e, em segundo lugar, quaisquer outros objetos mentalmente apreendidos como substâncias, quais sejam qualidades (bondade, brancura), estados (saúde, doença), processos (chegada, entrega, aceitação).” (BECHARA, op. cit., p. 112).

39 BECHARA, op. cit., p. 357-359.

O Novo Dicionário Universal da Língua Portuguesa registra ser a “morosidade” um substantivo feminino derivado da qualidade do que é moroso (derivação sufixal). É “lentidão, detença, vagar”. Por sua vez, moroso é adjetivo do que ou de quem “atua ou procede com lentidão, vagaroso, que leva tempo para fazer”⁴⁰. Borba⁴¹ diz ser o termo “morosidade” substantivo abstrato de estado.

Num processo dialético, Fernandes⁴² assevera ser antônimo de moroso a pressa, a prontidão. Houaiss⁴³ caminha no mesmo sentido: morosidade é “delonga, demora, lentidão, lerdeza, tardança, vagar”, cujo antônimo é “agilidade, pressa, prontidão, rapidez, alta velocidade”.

Defende-se neste excerto que a morosidade do Judiciário não é uma questão do “ser”, antes, do “fazer”. A problemática deve ser direcionada para uma crítica mais afastada da mera medição do tempo do processo, convergindo as análises da metodologia da práxis dos atos processuais. Nesse sentido, maior possibilidade de resultados satisfatórios encontra-se na perspectiva do processo como um problema de gestão.⁴⁴

Ademais, como visto no campo semântico citado acima, o contrário de moroso é o rápido. A doutrina não deseja esse último tipo de justiça. Deve ser acentuado: o processo célere não quer dizer *necessariamente* um processo rápido apenas no quesito velocidade.⁴⁵

Mediante o quadro exposto, no campo das significações da linguagem e conforme a lógica gramatical da expressão em tela, não se deve estabelecer uma imagem mental de lentidão da justiça alinhada à pura e simples ideia de velocidade da prestação jurisdicional. Não deve ser esse o referencial. É claro que a razoável duração do processo veda excessos, no entanto, não determina a pressa.

40 Novo dicionário Universal da Língua Portuguesa conforme acordo ortográfico, op. cit., p. 1087.

41 BORBA, Francisco S. *Dicionário de usos do Português do Brasil*. São Paulo: Ática, 2002. p. 1063.

42 FERNANDES, Francisco. *Dicionário de sinônimos e antônimos da língua portuguesa*. 32. ed. São Paulo: Globo, 1991. p. 618.

43 HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss de sinônimos e antônimos da língua portuguesa*. Instituto Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003. p. 457.

44 Inclusive, Vladimir Vitovsky assevera que “[...] dentro do próprio Poder Judiciário há preocupação em se buscar um modelo de administração da Justiça que consiga eliminar os principais entraves da prestação jurisdicional [...]”. (VITOVSKY, op. cit., p. 191).

45 CÂMARA, op. cit., p. 58.

À guisa de uma conclusão parcial, morosidade da justiça não quer dizer, de plano e isoladamente, justiça lenta e sim justiça bastante desconhecedora quanto a métodos e técnicas de gestão profissional do processo e do seu serviço. Onde se lê: “a morosidade da justiça”; leia-se: “a não gestão da justiça”, no sentido de ausência de conhecimento pragmático a ensejar a administração sustentável do serviço processual.

5 SÍNDROME DO ABANDONO DO PROCESSO

Pretende-se, a partir deste excerto, a proposição do estabelecimento de referencial objetivo ao problema da morosidade da Justiça. A questão não é a de se saber o tempo do processo, até porque o Judiciário, por si só, não tem domínio total sobre tal variável.

Como visto, os órgãos judiciários, na atividade jurídica, *no geral*, são desconhecedores de técnicas e métodos profissionais de administração, suas escolas mais modernas, suas ideias. Essa constatação pode ser denominada de “síndrome do abandono do processo”. É expressão neoparadigmática e que pode dirigir a exegese jurídica para a compreensão do alcance e do sentido do princípio da razoável duração do processo.

O processo judicial não é entidade; não tem autogestão. As leis processuais não têm o escopo de garantir o manejo adequado dos insumos (recursos humanos, recursos financeiros, práticas administrativas) sem qualquer interferência planejada dos agentes públicos. A síndrome do abandono do processo é a crença de que os autos judiciais têm capacidade de organização por si mesmos, como se fossem seres capazes de praticar rotinas, fluxos, movimentos, trâmites da melhor forma possível e, por isso, os sujeitos que trabalham com o processo não devem ter a preocupação de fazer sua gestão. Preocupe-se, *isoladamente*, caso a caso, no estrito cumprimento das regras processuais, esquecendo-se do acervo processual como um todo.

Os agentes públicos, servidores, magistrados, órgãos essenciais à jurisdição, *no geral*, têm o preconceito formado no sentido de se adotar a hipótese de que o processo poderá, somente em cumprimento às leis processuais, cumprir, com efetividade, sua missão de prestação jurisdicional o suficiente de satisfazer os interesses públicos, não prevendo a eventual falta de preparo técnico-profissional-administrativo dos agentes públicos para o incremento de demanda do serviço judiciário.

Inclusive, Vladimir Vitovsky⁴⁶ defende ser o papel social do juiz aquele além do mero ato de julgar: a responsabilidade do magistrado é também definida pelos passos dados para a condução dos feitos processuais com a qualidade advinda da implementação de práticas de administração do processo.

Esse autor afirma categoricamente o seguinte: “Com efeito, é aí onde deve atuar o juiz: na condução do processo. Deste modo, o juiz deve deslocar o foco de suas atenções para os passos do processo, definindo o seu papel com gestor do processo.”⁴⁷ Conclui dizendo que a produtividade do juiz deve ser analisada a partir da implementação de ações de gestão do processo.⁴⁸

A falta da prática profissional e técnicas de gestão do processo conduzem ao excesso de feitos processuais aguardando decisão. A demanda aumenta. O Judiciário, *no geral*, não adota sistematicamente práticas administrativas de gestão profissional do processo para responder a essa demanda. Há excesso de pendências e falta uma resposta para isso. Esse excesso e essa falta geram o desarrazoado, o desproporcional⁴⁹. Viola-se, nesse ponto, a duração razoável do processo.

Castro⁵⁰ concorda que o direito de acesso dos jurisdicionados não se reduz meramente à entrada das partes na Jurisdição. As deficiências endógenas do Poder Judiciário induzem os jurisdicionados ao descrédito popular quanto à atuação da Justiça. É urgente, nesse sentido, a estruturação de competências organizacionais, vale dizer, de um sistema organizado para a prática de atos de gestão do processo no âmbito da chamada organização judiciária que aprende.

Como visto, a síndrome do abandono do processo corresponde à ausência de práticas profissionais de gestão do processo e dos atos processuais. A partir da promulgação do princípio da razoável duração dos processos, os órgãos judiciais e os agentes administrativos têm a obrigação funcional e ética de praticarem métodos e procedimentos profissionais de gestão do processo e sua tramitação. A Lei Maior, nesse sentido, trouxe

46 VITOVSKY, op. cit., p. 174.

47 VITOVSKY, op. cit., p. 191. Inclusive, Castro a dinâmica da aprendizagem organizacional depende da disposição de seus líderes. No caso, o juiz é o líder da equipe que com ele trabalha (COSTA, op. cit.).

48 VITOVSKY, op. cit., p. 192.

49 CASTRO, op. cit., p. 199.

50 CASTRO, op. cit., p. 242-243. Exatamente no mesmo sentido: VITOVSKY, op. cit., p. 191.

para o âmbito da organização judiciária (e administrativa), o dever (*schuld*) de se pensar e de praticar a gestão (administração do processo), sob pena de responsabilidade dos agentes que vierem a se omitir nesse sentido (*haftung*). Nicolitt⁵¹ apóia essa ideia, afirmando ser cabível, a depender das circunstâncias, indenização em face de prejuízos causados ao cidadão pelo não cumprimento da razoável duração do processo, sendo certa, inclusive, a incidência da responsabilidade patrimonial do Estado.

A síndrome do abandono processual, ou seja, o desrespeito ou desprezo à determinação constitucional de se estabelecer *obrigatoriamente* um sistema de gestão processual, com bases profissionais, por si só, viola direitos fundamentais dos jurisdicionados.

6 A NOVA EXEGESE DO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A razoável duração do processo, na ótica de Carvalho Filho⁵², é princípio constitucional intimamente conectado aos princípios da eficiência, da efetividade e do poder-dever agir do poder público. Seu conceito jurídico é indeterminado. Sendo assim, é detentor de caráter plurissignificativo, “[...] podendo gerar juízos de valor diferentes por parte dos intérpretes e operadores do direito.”⁵³ Nessa linha, Gilmar Mendes⁵⁴ acrescenta que a razoável duração do processo é pretensão resultante de nova prescrição fundamental realizadora da proteção judicial efetiva, o que vem a materializar, de forma decisiva, a tutela da dignidade da pessoa humana, sob pena de transformar o próprio ser humano em objeto dos processos estatais.

Ademais, Carvalho Filho⁵⁵ continua, asseverando ser a razoável duração do processo como corolário do princípio do acesso à justiça e este, por sua vez, chama o Estado e a sociedade para observarem o princípio da efetividade: “[...] de nada adianta o processo se não for efetivo no que toca aos resultados que se pretende alcançar.”⁵⁶

51 NICOLITT, op. cit., p. 93-115.

52 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 63.

53 Id. ib.

54 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 500.

55 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 63.

56 Ibidem.

Hoffman⁵⁷ ensina ter sido a razoável duração do processo uma garantia constitucional vazia no momento de sua criação, quando da edição da EC 45, em 2004. É de se esperar, no entanto, que o sentido exegético dos conteúdos normativos possam evoluir. Nesse sentido, o princípio fundamental da razoável duração do processo veio para mudar o diagnóstico já citado: é o *antídoto* à síndrome do abandono processual. Propugna-se pela gestão profissional, responsável e sustentável do processo e do serviço judiciário.

A mensagem que esse princípio traz não é de criar obrigação aos órgãos judiciais e aos agentes administrativos tão-somente quanto ao mero aumento na velocidade da produção dos atos processuais e na produção de decisões. O referencial não é precipuamente tempo e velocidade. O referencial é outro: criou-se a obrigação de fazer gestão do processo. Tempo menor de espera e velocidade maior de tramitação são meras consequências da melhor composição dos fatores de produtividade dos órgãos jurisdicionais. Essa é a exegese ideal do referido princípio fundamental disposto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República.

A prestação jurisdicional efetiva é aquela que pratica atos de gestão do processo. Se houver administração profissional do processo com excelência, haverá uma prestação jurisdicional no tempo ideal, sem dilações indevidas, sem excessos injustificados. Não se deve fazer análise do tempo cronológico do processo em si, de forma isolada. Não deve haver uma preocupação quanto à mera velocidade da prestação jurisdicional: lenta, rápida. Não é o caso. Ser lento é ser ineficiente? Ser rápido é ser eficiente? Não é essa a análise. Nunca se chegará a um consenso, nesse sentido.

O que precisa ser definido são métodos, técnicas e procedimentos de gestão profissional de forma ética e sustentável do processo. Somente com administração de qualidade será possível observar, cumprir, a razoável duração do processo.

7 A ORGANIZAÇÃO QUE APRENDE

Não se pretende fazer rol de sugestões para alteração das leis processuais. É necessário sim modernizar tais normas, mas essa atividade

57 HOFFMAN, op. cit., p. 98. Carvalho Filho segue na mesma linha ao afirmar que o conteúdo o princípio da razoável duração do processo não tem inteira exatidão (CARVALHO FILHO, op. cit., p. 63).

tem seu foro adequado. Ademais, não é intenção do presente excerto discorrer sobre as diversas Escolas da Administração. Existem várias. Nossa proposição consiste no estudo dos elementos básicos do modelo de aprendizagem organizacional.

Vladimir Vitovsky⁵⁸ assevera que a Justiça é uma organização e, como tal, é composta de variáveis: estrutura, pessoal, informação. É necessário que o órgão jurisdicional promova a coordenação dessas variáveis, com o objetivo de se buscar a efetividade da prestação do trabalho judiciário.

Um dos métodos de gestão do processo citados por esse autor é o Levantamento dos Incidentes Críticos. É uma técnica de gestão da produção de processo: por meio desse procedimento gerencial, identificam-se as áreas das práticas processuais em que não há uma preocupação de se fazer a gestão do processo⁵⁹, a fim de que se possa promover interferências necessárias para desamarrar a marcha processual.⁶⁰

Essa sugestão ajuda. Pode identificar, no particular, o nó quanto ao progresso do serviço processual, mas não diz o que fazer com tal constatação. A doutrina gerencial denomina a técnica de Vitovsky como aprendizagem em circuito simples: “[...] baseia-se na detecção do erro e na sua correção, preservando-se, no entanto, os pressupostos do sistema operacional, ou seja, os valores de base que inspiram o funcionamento do sistema”.⁶¹ É preciso avançar: ter capacidade de aprender com os erros, ensinar soluções, questionar valores.⁶²

A doutrina gerencial afirma a aprendizagem organizacional como sendo a aprendizagem em circuito duplo: não se pode contentar na identificação de disfunções gerenciais; antes, questionam-se valores

58 VITOVSKY, op. cit., p. 174. Maximiliano afirma que “a noção de que as organizações são (ou devem ser) sistemas de aprendizagem foi explorada por diversos autores. Cyert e March, Argyris e Senge são os principais [...]” (MAXIMILIANO, Antonio Cesar Amaru. *Teoria geral da administração: da revolução urbana à revolução digital*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 403).

59 É justamente nessas áreas que ocorre o abandono do processo.

60 VITOVSKY, op. cit., p. 175-176.

61 MOTA; VASCONCELOS, op. cit., p. 341.

62 Inclusive, para Moisés Costa, a “[...] organização que aprende tem como característica a capacidade de questionar cultura e valores, bem como mudar comportamentos, estimulando a experimentação e o aprendizado por meio da correção e do erro: ser flexível e utilizar a capacidade criativa de seus colaboradores, compartilhando os insights, experiências e informações individuais, tornando-as coletivas.” (COSTA, op. cit.).

da cultura organizacional, os quais possam ser a causa mais distante e profunda dos problemas levantados. Assim, a organização explora contextos, para buscar reconfigurar o sistema de práticas, procedimentos, processos, atos.⁶³

É muito mais do que fazer reuniões para discussão de problemas, as quais podem até ser realizadas, mas com o compromisso de todos de que elas não finalizam com a dispersão do grupo. Os agentes devem dialogar com a sua equipe continuamente, fazendo pesquisas a respeito das causas axiológicas dos problemas-objeto de seus trabalhos. A aprendizagem organizacional é muito mais do que um *banco de boas práticas*⁶⁴; é aprendizado *contínuo*, é o uso de criatividade para inovação *permanente*.

Mas esse aprendizado não deve ser somente individual, antes, também da própria equipe que trabalha diretamente com o feito judicial e, em seguida, da organização como um todo, atingindo-se o nível institucional. Costa subsidia essa ideia ao discorrer a respeito do aprendizado organizacional da seguinte forma: “[...] o aprendizado organizacional se dá primeiramente pelo indivíduo, pela sua busca incessante ao conhecimento e disposição de obter e compartilhar, tendo uma visão de equipe e prezando pelo bom relacionamento e, assim, teremos uma ótima equipe [...]”⁶⁵. A equipe ótima é a base da organização que aprende.⁶⁶

Ao corroborar a tese em questão, Costa⁶⁷ defende ser do indivíduo a responsabilidade pela busca do conhecimento. Ademais, são as pessoas que fazem a ambiência propícia à criação do conhecimento, pois os sistemas organizacionais apenas auxiliam a formulação desse contexto. A aprendizagem organizacional ocorre precipuamente no indivíduo e, supervenientemente, em equipe, levando a uma nova composição da própria cultura organizacional.

63 MOTA; VASCONCELOS, op. cit., p. 343.

64 “A busca do conhecimento não vem de copiar as melhores práticas, mas sim de inovar. Conclui-se que as organizações que aprendem possuem características que desenvolvem um ambiente adequado à criação e à gestão do conhecimento. Que cada membro tem sua fatia de responsabilidade na criação deste ambiente de aprendizado, independente de seu nível hierárquico, pois todo o grupo deve andar junto e para o mesmo caminho.” (COSTA, op. cit.). É claro que o banco de boas práticas tem seu valor, mas é muito pouco diante dos grandes problemas que reclamam resposta do Judiciário. O banco de boas práticas são condutas ou procedimentos isolados e que configuram mera sugestão para os demais órgãos do Judiciário.

65 COSTA, op. cit.

66 Ibidem.

67 Ibidem.

A transposição do perfil individual de estudos e aprendizagem para a forma grupal do saber ocorre pela formação de rotinas de compartilhamento intenso do conhecimento. A aprendizagem individual dificilmente é repassada para a equipe de forma *automática*. É preciso um trabalho consciente, planejado, técnico, profissional para isso.⁶⁸

Nesse modelo de gestão, exige-se intensa interação entre os membros da equipe, bem como, entre várias equipes. A produção do conhecimento dependerá de parcerias ou de relação de orientação ou de habilidade de aprender-ensinar-aprender. Cria-se uma rede de relacionamentos. Quanto mais compartilhamento de informações, melhor. Esse processo propicia a transferência tecnológica e metodológica de boas práticas, gerando alto desempenho à energia organizacional.⁶⁹

Como dito, só um banco de boas práticas não induz a organização a nova cultura organizacional. Apenas para utilizar a ideia contida no termo “banco”, analogicamente, uma instituição financeira que apenas fizesse depósitos de valores monetários certamente não subsistiria. Os valores depositados no banco são investidos pela instituição, vale dizer, a organização financeira movimenta esses valores. O mesmo, *mutatis mutandis*, deve fazer a organização que aprende. Confronte-se: “[...] mercê da plena consciência de que águas paradas não são salutares, o melhor é assumir, desde logo, o dever de realizar a troca de boa parte das pressuposições sobre gestão pública, o seu papel e o seu futuro”⁷⁰.

Na ótica de Moisés Costa⁷¹, convém destacar o seguinte, *verbis*:

Uma ótima ferramenta para o crescimento individual é o *feedback*, e é de grande importância nas organizações voltadas ao aprendizado, pois um retorno do que está sendo feito a cada grupo e indivíduo é uma forma de conhecer a si mesmo, através do ponto de vista de seus colegas. Com esses diálogos, o grupo tende a um crescimento positivo, pois o indivíduo estará constantemente buscando o domínio pessoal e consequentemente favorecendo a organização, construindo idéias e modificando seus modelos mentais.

68 COSTA, op. cit.

69 MEIRELES; PAIXÃO, op. cit., p. 309.

70 FREITAS, op. cit., p. 14.

71 COSTA, op. cit.

Como se vê, informações, problemas e soluções devem ser aprendidas por todos da *mesma* equipe, bem como por outras equipes e demais organizações e instituições. Veja-se que não é mera passagem de dados, é aprendizagem deles. As soluções não devem ser só propostas para a equipe, mas ensinadas a todos. Nessa linha, Juarez de Freitas⁷² ensina que diante da chamada “má administração”, esse cenário precisa ser alterado. Mas isso só vai ser alcançado mediante maciça adesão dos servidores públicos.

O procedimento não finaliza aí: os resultados devem ser verificados, é preciso divulgar novos dados, adaptar a equipe e as organizações a novos cenários e contextos, fazer *feedback*. A equipe deve produzir conhecimento consolidado de suas práticas, compartilhando-as com outras equipes da mesma organização, promovendo grandes diálogos, debates, enfrentamentos, ajustes, críticas. As organizações também devem interagir umas com as outras, num processo intenso de comunicação social global. Nesse sentido, Juarez de Freitas⁷³ assevera que:

[...] atitude *proativa*, segundo a qual deve admitir que, embora sem completude cabal, o *sistema administrativista é completável dialeticamente por seus intérpretes e operadores*, com o tópico acréscimo das soluções úteis à expansão evolutiva da direta aplicabilidade dos direitos fundamentais (CF, art. 5º, par. 1º). [...] Nunca é demais frisar que *decorre diretamente da Constituição o direito fundamental à boa administração pública, independentemente das pontuais lacunas de regulamentação*.

Então, na prática, os órgãos judiciais, sob a ótica gerencial, podem ser percebidos como uma equipe de trabalho. Na primeira instância, isso inclui o juiz e os agentes da Secretaria; nos tribunais, o Desembargador ou Ministro e seu gabinete. Devem ser criados procedimentos de interação constante das equipes.

Hodiernamente, isso é factível por meio das redes sociais, com a utilização de ferramentas, como, por exemplo, o email em grupo ou outras formas de diálogo em rede. Por óbvio, o espaço não deve ser usado para mero “bate-papo”. O indivíduo é chamado para a consciência do processo global do trabalho, aprendendo com seus colegas os problemas deles, bem como ensinando a todos suas soluções. Ademais, o indivíduo é

72 FREITAS, op. cit., p. 14.

73 FREITAS, op. cit., p. 21.

chamado para interagir, no mesmo procedimento, relativamente a outra equipe do mesmo fórum (outra Vara, por exemplo, ou outro gabinete do mesmo Tribunal), bem assim a outra organização (Varas e Tribunais diferentes), superando-se o modelo isolado (podendo ser comparado ao modelo feudal de interação social), visto ainda no Judiciário brasileiro.

No entendimento de Motta e Vasconcelos⁷⁴, o modelo de aprendizagem organizacional tem as seguintes características: superação da fragmentação da organização do trabalho do modelo taylorista; trabalho individual sempre diante da visão do todo organizacional⁷⁵; foco no conjunto e não no ato isolado; valorização do desenvolvimento do indivíduo quando há transmissão de conhecimento para a equipe de trabalho e para a organização institucional; valorização da autonomia dos agentes quando em operação do trabalho em equipe de alto padrão cognitivo; indivíduo menos dependente da comunidade organizacional, sendo mais colaborativo, contributivo, participativo; maior responsabilização os agentes; descentralização administrativa; questionamento contínuo de padrões cognitivos e técnicas organizacionais predominantes no sistema institucional; acumulação de conhecimento.⁷⁶

Richard Daft⁷⁷, baseado no conceito original de Senge, assevera que a “Organização que Aprende” é fundada em cinco disciplinas, *verbis*:

Sistemas de pensamento. Todos os empregados devem compreender como a empresa realmente funciona e ter o quadro completo em suas mentes, assim como um quadro de seu próprio trabalho e departamento. Isso permite a cada pessoa atuar de forma a apoiar a empresa por inteiro.

Visão compartilhada. A organização deve desenvolver um propósito e um comportamento comuns, assim como um plano conjunto no qual todos devem estar em acordo.

Desafio dos modelos mentais. Isso significa questionar as formas de pensamento atuais e descobrir as pressuposições mais profundas que afastam as pessoas de adotarem novos comportamentos. As pessoas

74 MOTA; VASCONCELOS, op. cit., p. 332-355.

75 Daft diz que “Os empregados trabalham dentro de uma visão conjunta, e as diferentes partes da organização estão se adaptando e contribuindo para a missão da empresa.” (DAFT, op. cit., p. 457).

76 MOTA; VASCONCELOS, op. cit., idem.

77 DAFT, op. cit., p. 455-456.

estão frequentemente enraizadas com os antigos paradigmas e não compreendem isso.

Equipe de aprendizagem. As pessoas trabalham para auxiliar o sucesso do grupo e trabalham coletivamente para atingir a visão conjunta em vez das metas individuais.

Maestria pessoal. Os empregados conhecem o trabalho, as pessoas e os processos pelos quais são responsáveis em um nível de profundidade elevado; elas se envolvem com o trabalho, em vez de serem indiferentes.

Maximiniano⁷⁸ assevera que a educação continuada para a procura ininterrupta de soluções favorece o processo de aprendizagem organizacional. Para tanto, os agentes pertencentes à organização devem assimilar uma nova competência: capacidade ininterrupta de aprender e ensinar não mais numa evolução vista individualmente, mas de forma coletiva. A aprendizagem depende do comportamento participativo dos gerentes (gestores).

Essas novas habilidades são propícias para a criação de um ambiente de resolução de problemas. Não se trata, é claro, de resolução definitiva de problemas, mas de capacidade de adaptação às constantes mudanças de cenários do mundo moderno. Então, para lidar com mudanças contínuas, as organizações devem estar em contínuo processo de aprendizagem⁷⁹. Seus agentes devem aprender soluções com as vivências de seus problemas, ensinando-as à memória das organizações.⁸⁰

A organização que aprende deve buscar superar entraves à efetividade do processo, tais como, dentre outros: dificuldades da

78 MAXIMINIANO, op. cit., p. 404.

79 Juarez de Freitas apóia a construção de novo modelo organizacional, baseado em atitudes de contínua legitimação. Para ele, toda relação administrativa é projeto que deve ser constantemente aperfeiçoado (FREITAS, op. cit., p. 23). Assim sendo, entendo que a razoável duração do processo corresponde à ininterruptibilidade do procedimento de aperfeiçoamento do processo. Esse aperfeiçoamento corresponde ao desenvolvimento de capacidade de adaptação às novas demandas sociais, o que será obtido por meio de caminhos cognitivos, pelas trilhas da aprendizagem organizacional.

80 MAXIMINIANO, op. cit., idem. Para subsidiar juridicamente essa ideia, Juarez de Freitas afirma que os agentes públicos devem cultivar atitude de abertura de mentalidade para o surgimento de novos princípios e direitos fundamentais, em especial relativamente àqueles os quais respondem às sofisticadas e complexas emergências regulatórias da modernidade. (FREITAS, op. cit., p. 23).

comunicação⁸¹; ambiguidade causal⁸²; falta de motivação; necessidade de gerar confiança entre os membros da equipe; falta da capacidade de absorção do conhecimento, bem como de retê-lo.⁸³

8 CONCLUSÃO

Deve ser bem fixada a noção de que a razoável duração do processo não é mera questão relativa à velocidade da tramitação processual, até porque, como visto, *impossível* definir, com segurança e objetividade, um sistema referencial para medir a *rapidez* ou *lentidão* da prática de serviços processuais, salvo a ocorrência de exageros.

A celeridade processual não fica desprezada, antes, configura-se como consectário das práticas gerenciais de alto padrão cognitivo. É claro que os recursos financeiros e patrimoniais devem ser gerenciados. Mas, na linha evolutiva das práticas de gestão profissional das instituições, a Escola da “Organização que Aprende” contribuirá para a redução do acúmulo exagerado de processos em tramitação no Judiciário e, conseqüentemente, promovendo-se a chamada celeridade processual. Cumpre-se, assim, o preceito fundamental do princípio constitucional da razoável duração do processo. Inclusive, “A releitura das rotinas administrativas à base do primado substancial da Constituição implica consagrar um novo estilo cognitivo e decisório, superada a força inercial do vetusto paradigma ora reinante”⁸⁴.

A “Organização que Aprende” propicia aumento potencial do “cérebro institucional”.⁸⁵ Nessa ambiência, cada agente do Judiciário (magistrados, servidores, estagiários, terceirizados) participa de todas as atividades do pensamento, incluindo-se o próprio planejamento estratégico, caminhando-se, com segurança, até o nível operacional. Continua Daft, concluindo que são reduzidas as distâncias gerenciais entre agentes de diferentes departamentos ou entre o topo e a base da hierarquia, com grandes vantagens para a organização como um todo.⁸⁶

81 O mesmo autor afirma que o sucesso da produção do conhecimento em equipes que aprendem e, portanto, organizações que aprendem, depende da eficácia dos processos de comunicação entre transmissor e receptor (MEIRELES; PAIXÃO, op. cit., p. 312).

82 O autor define ambiguidade causal como sendo “resultado da incompreensão do novo contexto no qual o conhecimento está sendo aplicado. São as dificuldades em replicar esse conhecimento para um novo contexto” (MEIRELES, Manoel; PAIXÃO, Marisa Regina. Op. cit., p. 311).

83 MEIRELES; PAIXÃO, op. cit., p. 309.

84 FREITAS, op. cit., p. 24.

85 DAFT, op. cit., p. 457.

86 Ibidem.

Segundo esse mesmo autor, “Todos se comunicam e trabalham juntos, criando uma enorme inteligência e flexibilidade para lidar com o ambiente que muda rapidamente”⁸⁷.

A razoável duração do processo corresponde à formulação de antídoto à síndrome do abandono do processo, por meio da adoção do modelo gerencial da “Organização que Aprende”. É a gestão *sustentável* do próprio Judiciário, porque *continuada* e capaz de se adaptar, com efetividade, a mudança de demandas, de cenários, de contextos, de exigências.

Longe de se comparar o Judiciário às empresas, os jurisdicionados aos clientes e os agentes públicos aos funcionários privados. Mas, o Judiciário *pode aprender* com isso tudo. Precisamos formar o consenso de que o Judiciário precisa de gestão do conhecimento. O Judiciário deve continuar sua evolução institucional, agora formulando uma reação em face do problema do acúmulo exagerado e desarrazoado de feitos em alguns órgãos judiciais. Precisa-se urgente de uma resposta e seria uma irresponsabilidade de nossa parte ficar esperando por ela de forma passiva.

A formulação dessa resposta é não ato individual, antes um processo coletivo. É a *coletivização* da gestão. É a *horizontalização* da organização. É a *informativização* do conhecimento. É a *redifusão* do Judiciário. É a chamar todos os agentes envolvidos nisso tudo à grande responsabilidade social para a concretização da eficiência do Estado e afirmação de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

A) TRABALHOS CIENTÍFICOS (LIVROS):

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011. v. I.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal: comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

87 DAFT, op. cit.

- CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CRAINER, Stuart. *Grandes pensadores da administração*. São Paulo: Futura, 2000.
- DAFT, Richard I. *Administração*. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1999.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador/BA: JusPodivm, 2008. v. I.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- KATZ, Daniel; KAHN, Robert L. *Psicologia social das organizações*. São Paulo: Atlas, 1970.
- LÉVY, Pierre. *As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática*. São Paulo: 34, 1993.
- MAXIMINIANO, Antonio Cesar Amaru. *Teoria geral da administração: da revolução urbana à revolução digital*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MEIRELES, Manoel; PAIXÃO, Marisa Regina. *Teorias da administração: clássicas e modernas*. São Paulo: Futura, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MORAIS, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MOTA, Fernando C. Prestes; VASCONCELOS, Isabella F. Gouveia. *Teoria geral da administração*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.
- NICOLITT, André Luiz. *A duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SERWAY, Raymond A. *Princípios de física*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2004.

B) TRABALHOS CIENTÍFICOS (ARTIGOS):

BOSQUETTI, M. A.; ALBUQUERQUE, L. G. Gestão estratégica de pessoas: visão do RH x visão dos clientes. In: *Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação em Administração*, 2005, Brasília. Anais. Brasília: ANPAD, 2005.

CALMON, Eliana. Tutelas de urgência. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, v. 11, D. 2, p. 99-241, JuI./Dez. 1999 – 159. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/publicacao seriada/index.php/informativo/article/viewFile/276/270>>. Acesso em: 22 abr. 2014.

COSTA, Moisés. *Características essenciais de uma organização que aprende*. 2007. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/tecnologia/caracteristicas-essencias-de-uma-organizacao-que-aprende/14511>>. Acesso em: 2 maio 2014.

FREITAS, Juarez de. Direito fundamental à boa administração pública e a constitucionalização das relações administrativas brasileiras. In: *Interesse Público*, ano 12, n. 60, mar./abr. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

KIM, D. O Elo entre a Aprendizagem Individual e a Aprendizagem Organizacional. In: KLEIN, David A. (org.). *A gestão estratégica do capital intelectual: recursos para a economia baseada em conhecimento*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1998.

SADEK, Maria Tereza. Má administração de tribunais prejudica Judiciário. *Consultor Jurídico*. São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-out-29/ma-administracao-tribunais-maior-cao-morosidade>>. Acesso em: 9 jul. 2013.

VITOVSKY, Vladimir Santos. *A morosidade e suas vicissitudes: desafios para a avaliação da produtividade do juiz federal*. Administração da Justiça Federal: concurso de monografias. Centro de Estudos Judiciários: Conselho da Justiça Federal, 2004.

C) DICIONÁRIOS E GRAMÁTICAS:

BECHARA, Evanildo. *Moderna gramática portuguesa*. 37. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BORBA, Francisco S. *Dicionário de usos do Português do Brasil*. São Paulo: Ática, 2002.

CUNHA, Antonio Geraldo da. *Dicionário etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

FERNANDES, Francisco. *Dicionário de sinônimos e antônimos da língua portuguesa*. 32. ed. São Paulo: Globo, 1991.

HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss de sinônimos e antônimos da língua portuguesa*. Instituto Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.

Novo dicionário Universal da Língua Portuguesa conforme acordo ortográfico. São Paulo: Texto Editores, 2008.

D) ENTREVISTA:

Entrevista concedida por Maria Tereza Sadek, in: GHIRELLO, Mariana (entrevistadora). Justiça funciona como há 100 anos. *Última Instância*. UOL, 2009. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/43735/justica+funciona+como+ha+100+anos+afirma+maria+tereza+sadek.shtml>>. Acesso em: 9 jul. 2013.

E) JURISPRUDÊNCIA:

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *MI 715/DF*. Rel. Min. Celso de Melo, decisão em 25.02.2005.

A EVOLUÇÃO DA CONCILIAÇÃO NA PROCURADORIA-GERAL DA UNIÃO

*THE EVOLUTION OF RECONCILIATION IN THE ATTORNEY
GENERAL OF THE UNION*

Carlos Eduardo Dantas de Oliveira Lima

*Advogado da União. Subprocurador Regional da União na 5ª Região. Especialista
em Direito Público e em Direito Administrativo pela UFPE*

SUMÁRIO: 1 A conciliação como meio eficaz para a solução da crise do Poder Judiciário; 2 A litigiosidade do Poder Público; 3 A disciplina normativa da conciliação na Procuradoria-Geral da União. 3.1 Lei nº 9.469/97; 3.2 Ordem de Serviço PGU nº 26/2008; 3.3 Portaria AGU nº 990/2009; 3.4 Ordem de Serviço PGU nº 13/2009; 3.5 Ordem de Serviço PGU Nº 14/2009; 3.6 Ordem de Serviço PGU Nº 18/2011; 3.7 Portaria PGU nº 02/2012—As Centrais de Negociação; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: O trabalho tem por objeto a análise das normas jurídicas que disciplinam a conciliação no âmbito da Procuradoria-Geral da União. Apesar da existência de regramento disciplinador, ainda hoje não se observa uma rotina conciliatória por parte dos Advogados da União, principalmente nas demandas em que a União figure na qualidade de ré. Tal tema é de grande relevância jurídica, pois os esforços empreendidos pelo Poder Judiciário para a redução da litigiosidade, por intermédio da conciliação, não terão o resultado esperado sem a efetiva participação de um de seus maiores litigantes: a União. O que se pretende no presente estudo é a identificação das principais dificuldades para a implementação dessa prática.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil. Conciliação. Procuradoria-Geral da União. Dificuldades.

ABSTRACT: The objective of the present work is to analyze the juridical norms which regulate the conciliation in the scope of the Office of the Prosecutor-General of the Union. Regardless the existence of a disciplinary code, it is still not possible to perceive a conciliatory routine followed by the Attorneys of the Union, especially on the demands whose defendant is the Union. Such a theme has a great juridical relevance, since the efforts undertaken by the Judiciary to reduce the litigation, by means of the conciliation, will not present the expected results without an effective participation of one of its biggest litigants: the Union. The identification of the main difficulties in implementing such juridical norms is the main goal of this work.

KEYWORDS: Procedural Civil Law. Conciliation. Office of the Prosecutor-General of the Union. Difficulties.

1 A CONCILIAÇÃO COMO MEIO EFICAZ PARA A SOLUÇÃO DA CRISE DO PODER JUDICIÁRIO

Não é de hoje que se fala em crise do Poder Judiciário. Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em sua conhecida obra *Acesso à Justiça*, já se manifestavam sobre ela nos idos de 1976. Essa parece ser a opinião também de José Roberto dos Santos Bedaque, manifestada em estudo mais recente, tendo já como pano de fundo o atual contexto:

Inúmeras são as dificuldades enfrentadas por quem se dispõe a pleitear a tutela jurisdicional do Estado, na tentativa de obter proteção a um direito lesado ou ameaçado. A Justiça está em crise, não só no Brasil, como na maioria dos países. E crise na Justiça implica, necessariamente, Crise de Justiça. Os fatores que contribuem para esse estado de verdadeira calamidade podem ser resumidos basicamente na exagerada demora e no alto custo do processo.¹

Como uma das formas de superar tal crise, a comunidade jurídica parece ser unânime em reconhecer a importância da conciliação. A título de exemplo, confira-se a opinião de Ada Pellegrini Grinover:

Não há dúvida de que o renascer das vias conciliativas é devido, em grande parte, à crise da Justiça.

É sabido que ao extraordinário progresso científico do direito processual não correspondeu o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da Justiça.

A morosidade dos processos, seu custo, a burocratização na gestão dos processos, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz que nem sempre lança mão dos poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários²

1 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência* (tentativas de sistematização). São Paulo: Malheiros, 1998. p. 28 - 29.

2 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os fundamentos da justiça conciliativa*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimento-pela-conciliacao/arquivos/cnj_%20portal_artigo_%20ada_mediacao_%20e_%20conciliacao_fundamentos1.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2012.

Firme no propósito de superar essa crise e na esteira da conclusão acima destacada, de há muito o Estado brasileiro vem empreendendo esforços no sentido de estimular a prática conciliatória por parte dos operadores jurídicos. Um dos objetivos do 1º Pacto Republicano, assinado em dezembro de 2004 pelos chefes dos três poderes da República, reafirmado, inclusive, pelo 2º Pacto, datado de dezembro de 2009, é, justamente, “*fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados a maior pacificação social e menor judicialização*”.

Aliás, até mesmo antes disso, em abril de 2003, foi criada no âmbito do Ministério da Justiça, a Secretaria de Reforma do Judiciário, cuja uma das metas, nos termos do art. 24, inciso I, do Decreto nº 4.991, de 18 de fevereiro de 2004, é formular, promover, supervisionar e coordenar os processos de modernização da administração da justiça brasileira, dentre os quais, inegavelmente, se inclui a conciliação.

Diversas alterações legislativas se sucederam, objetivando, também, permitir o incremento da prática conciliatória. Cite-se com exemplos as Leis nº 8.952/94, que alterou o CPC para introduzir, no procedimento ordinário, a audiência de conciliação obrigatória, e nº 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, para o processo e julgamento das causas de menor complexidade e das infrações de menor potencial ofensivo.

Mais recentemente, após a criação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, é nítida a intenção de institucionalizar a conciliação como prática cotidiana na administração da justiça, tendo esse órgão, inclusive, adotado resolução (Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010), na qual disciplina a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Tal ato normativo, aliás, é expresso ao estabelecer a obrigatoriedade dos órgãos judiciais em oferecer soluções conciliatórias. Senão vejamos:

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Diversos outros dispositivos também podem ser citados como prova da eleição da conciliação como prática a ser observada no âmbito da justiça brasileira, tais como os artigos 4º, 6º, incisos III e VIII, 7º, 12, dentre outros.

A Advocacia-Geral da União - AGU, outrossim, atentou para tal realidade e criou, pelo Ato Regimental nº 5, de 27 de setembro de 2007, a Câmara de Conciliação e Arbitragem Federal (CCAF) a qual, de acordo com o Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, tem por objeto dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios.

Dessa forma, inegável que a conciliação foi erigida como política prioritária não só no âmbito do Poder Judiciário, mas do Estado brasileiro como um todo. Como dito acima, de fato, a via conciliatória é instrumento fundamental para a redução da litigiosidade e para a solução rápida dos conflitos, que, como se sabe, é um dos fatores incrementadores da crise do Poder Judiciário.

Além do que, como bem destaca Ada Pellegrini Grinover³, não é só esse fundamento, dito por ela funcional, que justifica a adoção da via conciliatória como meio de resolução de conflitos. Há ainda que se considerar os fundamentos social e político:

Releva, assim, o fundamento social das vias conciliativas, consistente na sua função de pacificação social. Esta, via de regra, não é alcançada pela sentença, que se limita a ditar autoritativamente a regra para o caso concreto, e que, na grande

maioria dos casos, não é aceita de bom grado pelo vencido, o qual contra ela costuma insurgir-se com todos os meios na execução.

3 GRINOVER, op. cit.

[...]

Vistos, assim, os fundamentos funcional e social das vias conciliativas, passa-se a examinar a terceira dimensão da conciliação, baseada em seu fundamento político.

Trata-se de adentrar, agora, o aspecto da participação popular na administração da justiça, pela colaboração do corpo social nos procedimentos de mediação e conciliação.

Dessa forma, ante todo o exposto, forçoso concluir pela importância da conciliação como meio eficaz para a superação da chamada crise do Poder Judiciário, bem como dos enormes esforços que vem sendo empreendidos pelo Estado brasileiro nesse sentido.

Contudo, é importante destacar que tal movimento ainda hoje se encontra muito concentrado em iniciativas como a “Semana Nacional de Conciliação” e os “Mutirões de Conciliação do CNJ”, não alcançando ainda o objetivo de tornar a conciliação uma prática cotidiana, estágio no qual, de fato, se terá um Poder Judiciário mais eficiente.

Entretanto, há que se registrar, que tal objetivo só será efetivamente alcançado com a participação do poder público nesse processo. Como se sabe, pela extensão de sua competência e pela complexidade de sua estrutura organizacional, os entes públicos figuram entre os maiores litigantes no Poder Judiciário.

2 A LITIGIOSIDADE DO PODER PÚBLICO.

Como bem destacado acima, é inegável que, desde muito tempo, o Poder Judiciário em todo o mundo vive uma grave crise, que acaba por atingir, inclusive, sua credibilidade e legitimidade perante a sociedade. E o Brasil, como não poderia deixar de ser, não foge a essa regra.

A bem da verdade, a crise em nosso país é até mais exacerbada do que em outras nações, sobretudo em face da nossa “cultura de litigiosidade”. De fato, é traço marcante de nossa sociedade, a resolução de conflitos mediante a submissão deles à apreciação do Poder Judiciário, em detrimento de outras formas, dentre as quais se incluem

a conciliação. Em pesquisa nacional efetuada pela FGV Direito Rio com o IPESPE, em 2009, constatou-se que 1 em cada 5 brasileiros foi autor ou réu em 2008⁴.

Essa característica do nosso sistema, não passou despercebida pela doutrina mais abalizada. Para José Alcebíades de Oliveira Junior e Moacir Camargo Baggio⁵:

A questão da chamada *explosão de litigiosidade* e de um exponencial crescimento da demanda por prestação da atividade jurisdicional, vivenciada quotidianamente na sociedade contemporânea em transição, é tema recorrente na pauta de debates dos operadores do Direito. Assim também, a conseqüente retórica da necessidade de que se proponham medidas alternativas e racionalizadoras para o desafogo dos Tribunais - tudo se prestando, não raro, a motivar, inclusive, discursos políticos de ocasião.

Estão na ordem do dia, invariavelmente, discussões ligadas a essa temática, que parecem se repetir de maneira incansável, como a concernente à necessidade de incremento de celeridade da prestação jurisdicional, ou ainda, aquela pertinente aos limites de uma adequada, segura e efetiva atuação do Poder Judiciário na solução de disputas das mais variadas naturezas e graus de repercussão social.

No mesmo sentido, também reconhecendo a existência de uma cultura da litigiosidade:

O discurso institucional acerca da necessidade de se implementar essas políticas alternativas nos tribunais comumente adota a justificativa de que elas são imprescindíveis para acabar com a “cultura da litigiosidade”, vigente em nosso país. Verifica-se, portanto, uma crença do sistema de que as pessoas são demasiado litigiosas e que esta cultura é a causa do esgotamento dos tribunais. A assertiva deixa de considerar, por exemplo, a forma como o campo jurídico se constitui. Nele, toda regra tem exceção, quer dizer, para toda regra posta há sempre correntes doutrinárias com interpretações diversas. Isso leva as pessoas a acreditar que sempre poderão, em alguma instância judicial, encontrar algum julgador que acolha sua tese, de

4 GUIDI, Milza. *A Cultura da litigiosidade*. Disponível em: <<http://milzaguidi.blogspot.com.br/2010/10/cultura-da-litigiosidade.html>>. Acesso em: 13 jul. 2012.

5 OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; BAGGIO, Moacir Camargo. Jurisdição: da litigiosidade à mediação. *Revista Direitos Culturais*. v. 3. n 5. dez. 2008. p. 109/137.

modo que litigar, nesse sistema, é alimentá-lo, pois ele foi constituído de forma a sempre permitir teses necessariamente opostas para um mesmo dispositivo jurídico⁶.

Até mesmo a Min. Ellen Gracie, na época em que presidia o STF e o CNJ, reconheceu o fenômeno: “*ao implantar o Movimento pela Conciliação em agosto de 2006, o Conselho Nacional de Justiça teve por objetivo alterar a cultura da litigiosidade e promover a busca de soluções para os conflitos mediante a construção de acordos*”⁷. (sublinhou-se)

E tal fenômeno pode ser percebido também estatisticamente. Segundo dados do CNJ, colhidos no sistema “Justiça em Números”⁸, no ano de 2010, foram propostas, nas Justiças Estaduais, do Trabalho e Federal: 24.200.000,00 (vinte e quatro milhões e duzentos mil ações).

O relatório também demonstra que, no âmbito da Justiça Federal, por exemplo, o número de casos novos por Juiz, em 2010, foi de 1.706 processos. Somado às demandas já existentes e ainda em andamento, tem-se a média de 6.606 processos por Juiz Federal, no mesmo ano.

Inegável, portanto, que o fenômeno denominado “cultura da litigiosidade”, observado pelos observadores sociais e pelos cultores do direito, existe e é verdadeiro, consoante demonstram os dados do CNJ. Se é assim em relação à totalidade das demandas existentes, essa crise é muito mais exacerbada quando se trata de demandas que envolvam o Poder Público, em todas as suas esferas.

Seja por decorrência de sua estrutura burocrática ou pela estreita vinculação dos atos administrativos ao princípio da legalidade, o fato é que quando as pessoas possuem algum tipo de pretensão em desfavor do Estado, não costumam, na esmagadora maioria das vezes, tentar resolver a questão no âmbito administrativo, por intermédio do exercício do direito de petição (art. 5º, inciso XXXIV, da CRFB). Preferem, portanto, a solução da contenda na via

6 BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti; MELLO, Kátia Sento Sé. *Mediação e conciliação no Judiciário: dilemas e significados*. Dilemas. v. 4, N. 1, 2011. p. 97-122.

7 GRACIE, Ellen. Conversar faz a diferença. *Correio Braziliense – Brasília / DF*, Brasília, 03 de dezembro de 2007, Opinião. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&catid=74%3Aartigos&id=3509%3Aconversar-faz-diferen&Itemid=676>. Acesso em: 05 jul. 2012.

8 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2010/rel_justica_numeros_2010.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2012.

jurisdicional, exercendo o direito de acesso à justiça, preconizado no art. 5º, inciso XXXV, da CRFB.

Por outro lado, as demandas do Poder Público em desfavor do administrado, a maioria delas relativas à cobrança de algum crédito (execuções fiscais, ações de ressarcimento, execuções de título extrajudicial), em que pese terem uma fase prévia administrativa, quase sempre acabam desembocando no Judiciário, tendo em vista a o baixo sucesso alcançado nessa fase.

O fato é que o Poder Público é um dos maiores “clientes” do Poder Judiciário, seja na qualidade de autor, seja na de réu. E esse sentimento não passou despercebido pelos estudiosos mais atentos.

Esse, por exemplo, é o sentimento de Palhares Moreira Reis⁹:

Hoje em dia, quase 80% dos processos em tramitação no Supremo Tribunal Federal têm como uma das partes o Poder Público. E desses, quase 70% são causas em que um dos partícipes é a Administração Federal, direta ou indireta, discutindo, rediscutindo, recorrendo ou agravando sobre matérias de há muito debatidas, na maior parte das vezes com entendimento pacificado nos Tribunais Superiores, já presente na jurisprudência, evidenciando a repetitividade de questões idênticas, repisando sobre o mesmo tema. E, com relação a estes, a possibilidade de acordos é quase nula, pois que os representantes dos órgãos públicos têm um limitadíssimo poder de transigir.

Em artigo publicado no Jornal Folha de S. Paulo, Marcos da Costa¹⁰, Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional São Paulo - OAB/SP, ao comentar a lentidão da Justiça, verberou:

Também seria fundamental buscar reduzir a litigiosidade do próprio poder público. Segundo pesquisa do CNJ, os setores públicos federal, estaduais e municipais constituem partes em 51% das ações em tramitação na Justiça brasileira, 38% de responsabilidade da União

9 MOREIRA REIS, Antônio Carlos Palhares. *A litigiosidade precisa diminuir*. Disponível em: <http://www.rnpd.org.br/download/pdf/saudeempauta_02042009.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2012.

10 DA COSTA, Marcos. *As sequelas criadas pela lentidão da Justiça*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/1109876-tendenciasdebates-as-sequelas-criadas-pela-lentidao-da-justica.shtml>>. Acesso em: 17 jul. 2012.

Esse sentimento é corroborado também pelos dados do sistema “Justiça em Números”¹¹, organizado pelo CNJ.

Tomando-se por parâmetro a Justiça Federal que, nos termos do art. 109 da CRFB, tem a maioria de sua competência atrelada aos entes públicos federais, vê-se que a quantidade de demandas que envolvem o Poder Público federal é bastante elevada.

Somente em 2010 foram ajuizados, na primeira instância e nos juizados especiais, 2.282.601 (dois milhões, duzentos e oitenta e dois mil e seiscentos e um) novos processos, os quais, somados aos ainda pendentes, no montante de 6.345.559 (seis milhões, trezentos e quarenta e cinco mil e quinhentos e cinquenta e nove), totalizam a movimentação processual no ano em 8.631.160 (oito milhões, seiscentos e trinta e um mil e cento e sessenta) processos. Subtraindo-se, contudo, os feitos baixados (2.528.146 – dois milhões, quinhentos e vinte e oito mil e cento e quarenta e seis), tem-se o total de processos em trâmite no final de 2010 em 6.100,014 (seis milhões, cem mil), isso, repita-se, só na primeira instância e nos juizados especiais.

Na segunda instância, em que pese menores que os da primeira, os números são também relevantes. Foram propostas 426.440 (quatrocentos e vinte e seis mil e quatrocentos e quarenta) novas demandas, que se somam às 937.223 (novecentos mil, duzentos e vinte e três) já existentes. Subtraindo-se os baixados, da ordem de 423.034 (quatrocentos e vinte e três mil e trinta e quatro) processos, chega-se ao total remanescente de 940.629 (novecentos e quarenta mil, seiscentos e vinte e nove).

Isso sem somar as execuções fiscais, em relação as quais existiam, ainda em trânsito naquele ano, 3.221.844 (três milhões, duzentos e vinte mil, oitocentos e quarenta e quatro), bem como as demais execuções de título extrajudicial, no montante 129.557 (cento e vinte e nove mil, quinhentos e cinquenta e sete reais).

Somando-se tudo, tem-se o total de processos existentes na Justiça Federal, no final 2010, a saber, 10.392.044 (dez milhões, trezentos e noventa e dois mil e quarenta e quatro).

11 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2010/rel_justica_numeros_2010.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2012.

A alta litigiosidade do Poder Público também pode ser comprovada pelos dados extraídos do Sistema Integrado de Controle das Ações da União – SICAU (Indicadores de Desempenho – Cinco Mais e Cinco Menos), base de dados utilizada pela Advocacia-Geral da União para registro das demandas em que a União é parte. Apenas não constam nesse sistema as demandas de natureza fiscal, acompanhadas pela PGFN, registradas em sistema próprio.

Consoante o extrato “Indicadores de Desempenho – Cinco Mais e Cinco Menos”, existem hoje, cadastrados como ativos, 3.195.44 (três milhões, cento e noventa e cinco mil e quarenta e quatro) processos nas quais a União figura como parte.

Dessa forma, os dados acima apontados corroboram o sentimento da sociedade e da comunidade jurídica de que o Poder Público em geral, e em particular a União, são um dos maiores litigantes no Poder Judiciário, o que só confirma a tese ora defendida segundo a qual, para o sucesso do movimento conciliatório, é de fundamental importância a participação da advocacia pública nesse processo.

3 A DISCIPLINA NORMATIVA DA CONCILIAÇÃO NA PROCURADORIA-GERAL DA UNIÃO

Como dito e demonstrado no tópico 1, é de grande importância a efetivação da prática conciliatória como meio eficaz para a superação da chamada crise do Poder Judiciário. Nesse sentido, aliás, são enormes os esforços que vem sendo empreendidos pelo Poder Judiciário, e pelo Estado brasileiro como um todo, nesse sentido.

Todavia, em face da grande litigiosidade do Poder Público, qualquer esforço no sentido da redução das demandas judiciais pela via da conciliação não pode ter êxito sem a participação efetiva da PGU, órgão de representação judicial da União, nesse processo. Contudo, para o alcance desse objetivo, faz-se necessário que a prática de conciliação se torne rotina entre os Advogados da União, expediente para o qual se afigura imprescindível a eliminação das dificuldades atualmente existentes que impedem a efetivação dessa prática.

Apesar da existência de regramento disciplinador, ainda hoje não se observa uma rotina conciliatória por parte dos Advogados da União, principalmente nas demandas em que a União figure na

qualidade de ré. O presente capítulo tem por objeto, justamente, a análise das normas jurídicas que disciplinam a conciliação no âmbito da Procuradoria-Geral da União, com a finalidade de, ao final, identificar as principais dificuldades para a implementação dessa prática.

Como se sabe, o “Sistema AGU” é criação da CRFB de 1988, tendo sido efetivamente implantado com o advento da LC nº 73/93. Contudo, a primeira norma que ousou falar em conciliação na AGU foi a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, ainda hoje a lei básica regedora dessa questão, editada 4 anos após a criação da AGU.

Apenas por tal detalhe, já se vislumbra o quanto tal questão demorou a ser considerada relevante no âmbito da AGU. Se se considerar que já em 1994, com a Lei nº 8.952/94, instituiu-se a audiência de conciliação obrigatória no rito ordinário do CPC, tal demora no trato da matéria fica ainda mais evidente.

Contudo, como ela autorizava apenas o Advogado-Geral da União a celebrar acordos, foi de pouca aplicação prática no dia-a-dia dos que efetivamente atuam na representação judicial da União na maioria dos processos. Para estes, a regulamentação da questão tardou ainda mais, sendo possível apontar como primeira importante regulamentação da questão no âmbito da PGU, a Ordem de Serviço nº 26, de 22 de julho de 2008, a qual subdelegava aos Procuradores-Regionais e aos Procuradores-Chefes da União nos Estados a atribuição para celebrar acordos relativos a créditos da União inferiores a R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Ato normativo relativo a débitos e dando poderes aos próprios Advogados da União, só mesmo com o advento da Ordem de Serviço nº 13, de 9 de outubro de 2009, que, dentre outras disposições, autoriza a celebração de acordos nas causas de até 60 salários mínimos. Tal norma foi recentemente alterada pela Ordem de Serviço nº 18, de 07 de dezembro de 2011, que buscou retirar-lhe algumas imperfeições.

Ainda há que se mencionar a Ordem de Serviço nº 17, de 10 de novembro de 2009, aplicada exclusivamente a créditos decorrentes de condenação imputada pelo Tribunal de Contas da União – TCU.

Apenas por esse breve histórico já se dá pra concluir que o despertar da PGU para essa questão é fenômeno recente, datado do

final de 2009, pois só a partir da OS nº 13/2009 se tem instrumental normativo autorizador de uma prática mais efetiva por parte dos Advogados da União em relação à conciliação. A instituição de um órgão, com a atribuição de fomentar a conciliação, é obra muito mais recente, fruto da edição da Portaria PGU nº 02/2012.

Dito isso, passa-se a análise de cada uma dessas normas em separado.

3.1 LEI Nº 9.469/97

Como acima verberado, a primeira norma que ousou falar em conciliação na AGU foi a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, ainda hoje a lei básica regedora dessa questão.

Em sua redação original, tal lei estabelecia que o Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderiam autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$50.000,00 (cinquenta mil reais – art. 1º). Quando a causa envolvesse valores superiores a esse, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependia de prévia e expressa autorização do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estivesse afeto o assunto, no caso da União, ou da autoridade máxima da autarquia, da fundação ou da empresa pública (art. 1º, §1º).

Diversas críticas podem ser feitas a esse dispositivo. A primeira diz respeito ao valor de alçada para celebrações das avenças, muito baixo, ainda que no contexto do período em que foi editada a lei. De fato, considerando as regras de experiência comum, a maioria das demandas proposta em face do Poder Público supera esse valor, fato que reduzia bastante as possibilidades de conciliação.

Observe-se que, nesse contexto, a maioria das demandas em trâmite contra a União versavam sobre diferenças salariais decorrentes de planos econômicos e reestruturações de carreiras, os famigerados índices (28,86%, 3,17%, 84,32%, 47,94%), cujos valores, em quase 100% por centos dos casos, superavam a casa dos R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)

De mais a mais, a autorização só poderia ser concedida diretamente pelo Advogado-Geral da União, que é o chefe máximo da instituição.

Isso dificultava bastante a formalização dos acordos, pois o Advogado da União que atuava diretamente no processo, diante da possibilidade de celebração da avença, não possuía autonomia para realizá-la, tendo que requerer a suspensão do processo, e, em seguida, remeter a proposta ao gabinete do AGU.

É evidente que essa *via crucis* para a formalização de acordos levou aos Advogados da União que atuavam diretamente nos feitos a desprezarem essa possibilidade, não apresentando propostas de conciliação e, ainda mais, rejeitando de plano a proposta apresentada pela parte litigante, sem sequer remeter ao gabinete do AGU para análise. Isso não se deu em razão de falta de comprometimento do membro da AGU ou outra razão atribuível a ele, mas sim pela própria dinâmica da conciliação, a qual exige dos interlocutores poderes para a efetivação dos acordos.

E as dificuldades para a celebração de acordos na sistemática da redação original da Lei ^o 9.469/97 se afiguravam ainda mais evidente quando o valor da causa superava o limite dos R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Nesses casos, era necessária a autorização do Ministro de Estado ou do Secretário da Presidência da República ao qual o órgão interessado estava vinculado, o que tornava a conciliação ainda mais difícil.

Percebe-se, ainda, que tal norma sequer previa a possibilidade de delegação dessas atribuições, concentrando todo o poder para a celebração de acordos nas mãos das altas autoridades públicas mencionadas, as quais, contudo, se encontram muito distante das bases nas quais as demandas tramitavam inicialmente.

Além do mais, vedava expressamente a celebração de acordos sobre o patrimônio imobiliário da União (art. 1^o, §2^o).

Daí porque é de suma importância a alteração empreendida pela Medida Provisória n^o 449/2008, que alterou o *caput* do art. 1^o para permitir a delegação dessa competência. Isso porque, tal modificação permitiu a edição do primeiro ato de regulamentação interna da conciliação no âmbito da PGU, que foi a Ordem de Serviço n^o 26, de 22 de julho de 2008, a qual será melhor estudada no tópico seguinte.

É importante destacar que essa MP alterou a redação do art. 2^o da Lei n^o 9.469/97, para permitir a autorização de acordos pelo Procurador-Geral da União nas causas cujo valor não superasse R\$ 100.000,00 (cem

mil reais). Tal disciplina era absolutamente contraditória, pois enquanto o chefe máximo da instituição, o Advogado-Geral da União, só poderia autorizar a celebração de acordos até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), o PGU estava vinculado a valor de alçada maior.

Mas, as modificações mais importantes da Lei nº 9.469/97 ainda estavam por vir.

Em 27 de maio de 2009, como fruto da conversão da MP nº 449/2008, foi editada a Lei nº 11.941, que trouxe importantes mudanças, algumas sequer constantes do texto da MP. Tal norma manteve a possibilidade de delegação e alterou o limite de alçada dos acordos em relação ao Advogado-Geral da União para R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Para os valores acima desse limite, manteve a sistemática anterior, a qual já estabelecia a necessidade de autorização do Ministro de Estado ou do Secretário da Presidência da República ao qual o órgão interessado estava vinculado.

Além do mais, consolidou o disposto no art. 2º da Lei nº 9.469/97, *in verbis*:

Art. 2º O Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral Federal e os dirigentes máximos das empresas públicas federais e do Banco Central do Brasil poderão autorizar a realização de acordos, homologáveis pelo Juízo, nos autos do processo judicial, para o pagamento de débitos de valores não superiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), em parcelas mensais e sucessivas até o máximo de 30 (trinta).

Por fim, há que se registrar a recente modificação introduzida pela Medida Provisória nº 496/2010, convertida na Lei nº 12.348, de 15 de dezembro de 2010, que excluiu a vedação da celebração de acordos sobre o patrimônio imobiliário federal.

Enfim, em resumo, pode-se concluir que a atual disciplina legal da conciliação no âmbito da AGU, conferida pela Lei nº 9.469/97, permite a implementação de uma prática conciliatória efetiva pela PGU, pois autoriza a celebração de acordos de valor até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), sem qualquer interferência de outra autoridade administrativa fora da AGU, sendo que se a causa for inferior a R\$ 100.000,00, essa autorização pode ser concedida diretamente pelo PGU. Ainda há que se considerar que essas competências podem ser

delegadas, inclusive aos membros da AGU que atuam diretamente nos feitos.

Ou seja, instrumento legal para a implementação de uma prática conciliatória efetiva há. Tudo está a depender da regulamentação que será conferida internamente.

3.2 ORDEM DE SERVIÇO PGU Nº 26/2008

Com a alteração empreendida pela Medida Provisória nº 449/2008 no *caput* do art. 1º da Lei nº 9.469/69, para permitir a delegação de competência por parte do Advogado-Geral da União, bem como no art. 2º, o qual autorizou diretamente a celebração de acordos pelo Procurador-Geral da União nas causas cujo valor não superasse R\$ 100.000,00, permitiu-se a edição do primeiro ato de regulamentação interna da conciliação no âmbito da PGU, que foi a Ordem de Serviço nº 26, de 22 de julho de 2008.

Tal norma, em seus 11 artigos, subdelega aos Procuradores-Regionais e aos Procuradores-Chefes da União nos Estados, a realização para parcelamento de créditos da União quando a causa envolvesse valor inferior a R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Percebe-se, de plano, a timidez dessa regulamentação. De fato, a ora analisada Ordem de Serviço se restringe a créditos da União e ainda mais, só autoriza a celebração de um tipo de avença: o parcelamento.

Ou seja, na maioria das demandas em que a União era parte, na qual, como se sabe, o ente federal ostenta a qualidade de ré, restava ainda submetida a autorização para acordo ao Procurador-Geral da União e ao Advogado-Geral da União. De mais a mais, a única forma de avença permitida era o parcelamento integral do débito em 30 vezes (art. 2º, §2º, “e”), não prevendo tal norma sequer o desconto para pagamento à vista.

Percebe-se que essa regulamentação, o que é natural no início da alteração de qualquer rotina, é bastante tímida, mas revela a inexistência, naquele momento, de política institucional conciliatória por parte da PGU. Visava, na verdade, a melhoria da eficiência na recuperação de créditos da União inadimplidos por falta de condições financeiras dos devedores para pagamento à vista, sem qualquer

reconhecimento por parte do ente federal de obrigações perante os administrados.

Mas ela foi só o começo, logo viria a Ordem de Serviço PGU nº 13, de 09 de outubro de 2009, um verdadeiro avanço institucional.

3.3 PORTARIA AGU Nº 990/2009

Antes de adentarmos mais especificamente no objeto da OS PGU nº 13/2009, há que se registrar a existência do ato normativo em epígrafe, pois foi ele quem permitiu o avanço do trato da matéria no âmbito da PGU. Isso porque foi tal ato normativo que, por obra de seu art. 2º, delegou ao Procurador-Geral da União a competência prevista no art. 1º, *caput*, e §2º, da Lei nº 9.469/97, com a nova redação que lhes foram dadas pelas normas que lhes sucederam, a saber, a celebração de acordos cujo valor fosse inferior a R\$ 500.000,00.

Há que se destacar, ainda, que o art. 2º, §2º, da mencionada Portaria, permitiu expressamente, a subdelegação de tal competência, abrindo caminho para que a PGU concedesse poderes para a celebração de acordos aos seus órgãos de execução, bem como a seus membros, para a celebração de acordos. E foi o que efetivou a OS PGU nº 13/2009, a seguir analisada.

3.4 ORDEM DE SERVIÇO PGU Nº 13/2009

Como já se deixou assentado alhures, a Lei nº 9.469/97 concentrava os poderes para celebração de acordos em nome da União nas mãos do Advogado-Geral da União e, após modificações iniciadas pela MP nº 449/2008, também nas mãos do Procurador-Geral da União.

Contudo, para que haja uma política conciliatória eficaz, necessário se faz que tal poder seja atribuído a quem, de fato, atue inicialmente nas demandas, ou seja, aos órgãos de execução da PGU, bem como a seus membros (PRU's, PU's, PSU's e Advogados da União).

E foi o que fez o referido ato normativo, *in verbis*:

Art. 1º Os órgãos de execução da Procuradoria-Geral da União (PGU) ficam autorizados a realizar acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 500.000,00

(quinhentos mil reais), relativamente a créditos e débitos da União, observados os seguintes limites de alçada:

I - até 60 (sessenta) salários mínimos, pelos Advogados da União que atuam diretamente na causa;

II - até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), mediante prévia e expressa autorização dos Procuradores Seccionais ou dos Chefes de Escritório de Representação;

III - até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), mediante prévia e expressa autorização dos Procuradores Regionais da União ou dos Procuradores Chefes das Procuradorias da União nos Estados.

O avanço do mencionado ato normativo está no fato, primeiramente, de abarcar tanto créditos quanto a débitos da União, não sendo restrito com a OS PGU nº 26/2008. Como visto, esta última se limitava a créditos da União e, ainda mais, só autoriza a celebração de um tipo de avença: o parcelamento.

De fato, a OS PGU nº 13/2009 é cristalina ao mencionar que “*ficam autorizados a realizar acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), relativamente a créditos e débitos da União*”. Além do que, os diversos dispositivos que se seguem ao primeiro disciplinam a matéria sempre levando em conta a natureza do acordo, se para recebimento de crédito ou o reconhecimento do débito (art. 4º, inciso II e III).

Outro avanço dessa normatização foi a desconcentração de poderes para a autorização da celebração de acordo. Como se viu pela transcrição dos incisos de seu art. 1º, foi concedida autorização aos próprios Advogados da União para, *manu própria*, firmarem a avença quando o valor do acordo for até 60 (sessenta) salários mínimos.

De mais a mais, quando a causa for de até R\$ 100.000,00, cabe aos Procuradores-Chefes da União nos Estados, autoridade imediata a quem atua diretamente nas demandas, a autorização. Há que se destacar que, até esse momento, a autorização para celebração de acordos dessa monta, competia ao Procurador-Geral da União (art. 2º da Lei nº 9.469/97, com a alteração empreendida pela Medida Provisória nº 449/2008), autoridade cuja sede fica em Brasília/DF.

Por fim, para os acordos até R\$ 500.000,00, a autorização foi concedida ao Procurador-Regional da União, autoridade regional, cuja sede é a capital do estado em que localizado a sede do Tribunal Regional Federal na qual aos Advogados da União atuam¹². Trata-se, portanto, de autoridade muito mais próxima das bases do que o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da União.

Tais medidas abriram caminho para uma prática conciliatória efetiva. Isso porque, como se sabe, para que haja sucesso nesse intento, necessário se faz que tal poder seja atribuído a quem, de fato, atue diretamente no início das demandas, ou seja, aos órgãos de execução da PGU, bem como a seus membros. E foi isso que a OS PGU nº 13/2009 fez.

É possível destacar ainda, como aspecto positivo dessa disciplina, a possibilidade, atribuída por seu art. 4º, incisos II e III, de concessão e aceitação de redução nos valores dos acordos (descontos), o primeiro em caso de créditos e o segundo em caso de débitos. Eis o teor dos citados dispositivos:

Art. 4º Serão observadas as seguintes regras para ser firmado acordo ou transação:

[...]

II no caso de *débitos* da União, haver *redução de, no mínimo, 10% (dez por cento)* do valor estimado da condenação e se o autor da ação se responsabilizar pelos honorários de seu advogado e eventuais custas judiciais, aceitando ainda a incidência de juros de mora desde a citação válida no percentual máximo de 0,5% (meio por cento) ao mês, bem como o desconto dos impostos e das contribuições respectivas;

III no caso de *créditos* da União, a *redução levará em conta os critérios de administração e de cobrança*, bem como a exigência de que o réu da ação se responsabilize pelos honorários de seu advogado e eventuais custas judiciais;

Como se vê, os transcritos dispositivos atribuem poderes às autoridades referidas nos incisos do art. 1º, para concederem ou aceitarem descontos. Ou seja, é concedido à autoridade celebrante poderes para dispor, de acordo com certos parâmetros, sobre o crédito ou o débito.

12 A distribuição interna de competência da PGU segue, fielmente, a distribuição de competência do Poder Judiciário Federal.

Diz de acordo com certos parâmetros, pois em relação a débitos a disciplina do art. 4º, inciso II, limita o desconto a 10% do valor do débito, ficando o autor responsável pelo pagamento dos honorários de seus advogados, das custas judiciais, juros de mora de 0,5% ao mês, de demais descontos de tributos (impostos e contribuições).

Em relação a créditos, o desconto é ainda mais flexível, pois não se encontra sujeito a nenhum limite numérico, mas aos “*critérios de administração e cobrança*”. Tal expressão, que traduz inegável conceito jurídico indeterminado, concede ao Advogado da União margem para uma razoável redução do crédito, o que certamente estimulará a aceitação por parte do devedor.

Mas tal ato normativo não é isento totalmente de críticas. Há também aspectos nos quais poderiam ter avançado e não avançou, além de expedientes verdadeiramente contrários a uma política de estímulo a conciliação.

Uma das questões, inclusive de fundamental importância, é a inexistência de uma disciplina mais clara quanto às condições para a celebração de acordos. A OS PGU nº 13/2009, em seu art. 5º, remete o assunto para outra norma, a saber, incisos I e II e §§ 1º, 3º e 5º do art. 3º da Portaria AGU nº 109, de 30 de janeiro de 2007, editada para disciplinar a atuação da AGU nos Juizados Especiais Federais, que assim estabelece:

Art. 3º A transação ou a não interposição ou desistência de recurso poderá ocorrer quando:

I - houver *erro administrativo* reconhecido pela autoridade competente ou, quando verificável pela simples análise das provas e dos documentos que instruem a ação, pelo advogado ou procurador que atua no feito, mediante motivação adequada; e

II - *inexistir controvérsia quanto ao fato e ao direito aplicado*.

§ 1º A inexistência de controvérsia quanto ao fato deve ser verificável pelo advogado ou procurador que atua no feito pela simples análise das provas e dos documentos que instruem a ação, e a inexistência de controvérsia quanto ao direito aplicado deve ser reconhecida pelo órgão consultivo competente, mediante motivação adequada em qualquer das situações.

Tal norma, contudo, ao se referir a “transação” parece fazer menção ao reconhecimento do pedido, pois em seguida, dá o mesmo tratamento

a não interposição, bem como a desistência de recursos. Entretanto, a simples remissão feita pela OS ora em questão pode suscitar a dúvida quando ao condicionamento da conciliação aos restritos requisitos estabelecidos na Portaria do AGU, a saber: o erro administrativo e a inexistência de controvérsia sobre questões de fato e de direito.

Ou seja, além de não constar expressamente na norma as condições, o que a deixa, de fato, um pouco obscura, a referida norma dá margem a dúvidas quanto à necessidade ou não de observância desses dois requisitos.

Além do mais, o ato em análise trouxe, em seu art. 10, a odiosa previsão de obrigatoriedade de remissão do termo de acordo para a Corregedoria-Geral da AGU. Ora, com uma mão se deu poderes aos órgãos de execução e aos Advogados da União para a celebração de acordos, com a outra se estabeleceu a presunção de que praticariam algo errado, prevendo a obrigatoriedade a obrigatoriedade de envio do acordo para a Corregedoria.

Pois esses dois últimos aspectos percebe-se que a disciplina da conciliação na PGU ainda precisava avançar muito.

3.5 ORDEM DE SERVIÇO PGU N° 14/2009

A Ordem de Serviço PGU n° 14/2009 foi editada com a finalidade de disciplinar, exclusivamente, a celebração de acordos para parcelamento de créditos decorrentes de acórdãos do Tribunal de Contas da União - TCU. Ela autorizava, aos Advogados da União integrantes do grupo permanente de atuação pró-ativa da PGU, criado pela Portaria PGU n° 15, de 25 de setembro de 2008¹³, a celebração de avenças cujo valor não supere o montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Em que pese se restrinja aos créditos do TCU, esse norma trouxe importantes avanços.

Primeiramente, a elevação do valor para a celebração de acordo diretamente pelo Advogado da União, de R\$ 60.000,00, nos termos da OS n° 13/2009, para R\$ 100.000,00. Em segundo lugar, a existência de disciplina clara quanto aos critérios e condições do acordo, em seu art. 2º, estabelecendo, por exemplo, o número máximo de parcelas, o valor mínimo de cada parcela, os critérios de atualização, dentre outros. E, por

¹³ Tal grupo é formado por Advogados da União de cada unidade da PGU e atua, exclusivamente, nas ações de execução decorrentes de acórdãos do TCU, nas ações de improbidade e ações civis pública na qual a União é autora e nas ações de ressarcimento ao erário superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

fim, a inexistência de qualquer menção à necessidade de envio do termo à Corregedoria da AGU.

O sucesso alcançado pela PGU nas conciliações envolvendo esses créditos, parece ter inspirado a edição da Ordem de Serviço PGU nº 18, de 07 dezembro de 2011, que deu nova redação a diversos dispositivos da OS nº 13/2009.

3.6 ORDEM DE SERVIÇO PGU Nº 18/2011

Do que até agora foi exposto, conclui-se que a disciplina básica da conciliação no âmbito da AGU é conferida pela Lei nº 9.469/97. Internamente, especificamente no que tange à PGU, tal disciplina tem como norma geral a OS PGU nº 13/2009.

Como visto no item 4.4, tal norma foi responsável por possibilitar a celebração de acordos em caso de débitos da União, o que não era permitido pela OS PGU nº 26/2008, que se aplicava apenas a créditos. Além do mais, desconcentrou poderes para a celebração das avenças aos órgãos de execução da PGU, bem como a seus membros, permitindo, nas causas de valor até 60 salários mínimos, a celebração diretamente pelo Advogado da União que atua no feito.

Entretanto, como também demonstrado no referido tópico, tal norma ainda carecia de uma disciplina, primeiramente mais clara, e, em segundo plano, menos duvidosa, quanto às condições para a celebração de acordos. Ou seja, além de não constar expressamente na norma as condições, o que a deixa, de fato, um pouco obscura, a referida norma dá margem a dúvidas quanto à necessidade ou não de observância dos dois requisitos dos incisos I e II do art. 3º da Portaria AGU nº 109/2007: o erro administrativo e a inexistência de controvérsia jurídica e de fato.

E são justamente esses óbices que a OS PGU nº 18/2011 tenta superar.

Primeiramente, ela altera a redação do inciso II do art. 4º da OS PGU nº 13/2009, que era a norma que estabelecia, em caso de débitos, a possibilidade de redução do valor no patamar mínimo de 10%, que passa a contar com a seguinte redação:

Art. 4º

[...]

II - no caso de débitos da União, haver redução do valor estimado do pedido ou da condenação conforme juízo de probabilidade de êxito da União na demanda, de forma a demonstrar efetiva economicidade e redução de custos para o Erário, e aceitação, para fins de atualização monetária, de incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados na forma do artigo 1º-F, da Lei nº 9.494/1997, bem como do desconto dos impostos e das contribuições respectivas; (redação dada pela Ordem de Serviço n.º 18, de 07 de dezembro de 2011)

Como se vê, diferentemente da disciplina anterior, ao Advogado da União é concedido mais liberdade para a celebração de acordos para reconhecimento de débitos. Antes, ficava vinculado à redução de, no mínimo, 10% do valor da dívida. Agora, pode, contudo, conceder desconto menor, de acordo com o “*juízo de probabilidade de êxito da União na demanda, de forma a demonstrar efetiva economicidade e redução de custos para o Erário*”.

Mas o maior avanço dessa nova Ordem de Serviço foi a exaustiva regulamentação dos critérios para a celebração do ajuste, por intermédio da inclusão dos parágrafos 2º e 3º ao referido art. 4º, *in verbis*:

§ 2º Para fins do inciso II do caput, aplicar-se-á uma redução sobre o valor estimado do pedido ou da condenação, de acordo com a análise de *probabilidade de êxito da tese de defesa* da União no processo, mediante a avaliação do *melhor e do pior cenário possível*, ponderando-se cumulativamente os seguintes critérios:

I - perspectivas do caso concreto, das decisões judiciais e da fase processual em que se encontra a demanda;

II - as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, que detenham efeitos erga omnes;

III - as Súmulas e Orientações Jurisprudenciais dos Tribunais Superiores;

IV - a jurisprudência iterativa dos Tribunais da respectiva Região e dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal;

V - os Pareceres, as Súmulas e as Orientações Normativas do Advogado-Geral da União

§ 3º A análise sobre a viabilidade do acordo levará em conta ainda, quando possível:

I - a perspectiva média de duração do processo até que haja uma decisão definitiva de mérito, bem como de sua execução;
II - o custo de manutenção do processo judicial para a União, definido em ato próprio;

Como se vê, o texto do parágrafo 2º estabelece os dois parâmetros que devem ser utilizados na celebração da avença, a saber: a) a probabilidade de êxito na tese de defesa e b) o melhor e o pior cenário possível.

Além do mais, o § 3º estabelece os critérios que devem nortear a análise desses parâmetros, tais como as perspectivas do caso concreto, das decisões judiciais e da fase processual em que se encontra a demanda, a jurisprudência iterativa dos Tribunais da respectiva Região e dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal, dentre outros fatores.

Em que pese não ter havido a expressa revogação do art. 5º da OS PGU nº 13/2009, que remetia as condições para a celebração de acordos para os incisos I e II e §§ 1º, 3º e 5º do art. 3º da Portaria AGU nº 109/2007, parece ser o novel regramento estabelecido nos parágrafos 2º e 3º do art. 4º a atual disciplina da questão.

É que, em face das alterações empreendidas pela OS PGU nº 18/2011, o art. 5º perdeu sua total razão de ser. De fato, é evidente o seu esvaziamento ante o maior e melhor detalhamento ora estabelecido pelo art. 4º.

O que parece ter acontecido foi, tão-somente, o esquecimento de sua revogação expressa, o que não afasta, todavia, o reconhecimento de sua revogação tácita.

Dessa forma, a restrita disciplina da Portaria AGU nº 109/2007 deve ser aplicada, tão-somente, como estabelece seu texto, aos Juizados Especiais Federais – JEF's. Tal norma, aliás, em nossa opinião, ao se referir a “transação”, parece fazer menção ao reconhecimento do pedido, o

que não afasta a aplicação da OS PGU nº 13/2009, com a redação que lhe deu a OS PGU nº 18/2011, aos acordos celebrados no âmbito dos JEF's.

Por fim, há que se registrar a revogação do odioso art. 10 da OS nº 13/2009, o qual estabelecia a obrigatoriedade de remissão do termo de acordo à Corregedoria da AGU. De fato, essa singela modificação tem o condão de passar uma mensagem de estímulo a todos os membros da PGU, a de que a conciliação passou a ser de fato uma política institucional.

Sendo assim, com as alterações estabelecidas pela OS PGU nº 18/2011, o que se vê é, ainda que sem a revogação do art. 5º, uma disciplina mais clara e mais detalhada das condições para a celebração de acordos, concedendo aos órgãos de execução da PGU e a seus membros, instrumentos legais aptos à implementação de uma prática conciliatória efetiva. Isso é o que vem permitindo o sucesso da participação da PGU em parcerias como os “Mutirões de Conciliação” e a “Semana Nacional de Conciliação”, organizadas pelo CNJ.

3.7 PORTARIA PGU Nº 02/2012 - AS CENTRAIS DE NEGOCIAÇÃO

Outro importante passo na direção da consolidação de uma prática conciliatória específica foi a edição da Portaria PGU nº 02/2012, a qual criou as Centrais de Negociação.

De acordo com o art. 2º do referido ato normativo, as Centrais tem, dentre outros, o objetivo de “*fomentar o paradigma da alternativa eficiente e diferenciada de solução e de prevenção de conflitos no âmbito da Procuradoria-Geral da União e respectivos órgãos de execução*”. Além do mais, é sua atribuição “*coordenar as negociações tendentes à solução de conflitos envolvendo a União*”.

Como se vê, foram criados órgãos, com ramificações em todas as unidades da Federação¹⁴, responsáveis pela coordenação dos acordos no âmbito de cada unidade da PGU. Se as condições objetivas para a celebração de acordos já tinham sido satisfatoriamente fornecidas pela OS PGU nº 18/2011, faltava a criação de um órgão responsável por, todos os dias, estimular, criar metas e cobrar os resultados.

14 As Centrais de Negociação são compostas pela Central Nacional, com sede em Brasília, pelas Centrais Regionais, com sede nas cidades sede de TRF's, e pelas Centrais Locais, nas demais cidade onde há órgãos de execução da PGU.

Na prática, o trabalho das Centrais tem ido até mais além do que o delineado na Portaria em análise, que, como se viu, é o de fomentar e coordenar as ações voltadas à conciliação, tendo em vista que em alguns locais os acordos tem sido efetivamente celebrados nesse âmbito.

Nesse aspecto, aliás, reside a minha única crítica a essa iniciativa. A função das Centrais, como concebida, aliás, no âmbito do Grupo de Trabalho do qual partiu a redação da Portaria PGU nº 02/2012, era a de servir de órgão responsável pela coordenação, estímulo, pelo esclarecimento de dúvidas, dentre outros aspectos, em relação às conciliações. Sua concepção estava voltada para a transformação da cultura atualmente existente na advocacia pública em relação aos acordos.

Entretanto, como defendemos nesse trabalho, esse objetivo só será alcançado quando a conciliação for prática cotidiana de todos os Advogados da União, o que demanda o envolvimento de todos nesse projeto. Esperamos que essa *práxis*, não prevista na ideia original, não contamine o nobre propósito dessa iniciativa.

Mas o fato é que o trabalho das Centrais foi responsável, durante o ano de 2013, pela realização de 9.049 acordos. Por esse quantitativo e pelas cifras envolvidas, já se pode afirmar o sucesso da iniciativa e a sua importância como um verdadeiro divisor de águas para a efetivação da política conciliatória no âmbito da PGU.

Contudo, a despeito dessa iniciativa ser ainda bastante recente, entendemos que ela não será suficiente para se alçar a conciliação como uma prática cotidiana entre os Advogados da União. É de fato, um grande passo nessa direção, mas ainda há outros obstáculos que precisam ser eliminados. É o que veremos em seguida.

4 CONCLUSÕES

Como se viu, desde a primeira lei que ousou falar em conciliação na AGU (Lei nº 9.469/97) até uma disciplina normativa satisfatória no âmbito da PGU (OS PGU nº 18/2011, que modificou a OS PGU nº 13/2009), passaram-se quase 14 (catorze) anos. Da concentração de poderes nas mãos do AGU até a atribuição aos Advogados da União, da limitação a crédito até o alcance de débitos, da ausência de disciplina das condições para a celebração de acordos até sua efetiva regulamentação pela OS PGU nº 18/2011, foi um longo e tortuoso caminho, o qual gerou traumas e desconfianças.

E aqui apontamos a primeira dificuldade para a implementação de uma prática conciliatória efetiva. A ausência de uma consciência voltada para a conciliação por parte dos Advogados da União.

Necessário se faz, portanto, para a eliminação desse óbice, que a PGU estimule ainda mais essa prática por intermédio de congressos, simpósios, *workshops*, encontros, cursos, reuniões, assim como foi feito em relação ao grupo permanente de atuação pró-ativa, criado pela Portaria PGU nº 15/2008. Antes da criação desse grupo, também não era incomum a desconfiança dos membros da PGU quanto à possibilidade da União propor, de forma autônoma, ações de improbidade administrativa e ações civis públicas para a defesa de interesses metaindividuais.

Outro ponto que merece destaque é a multiplicidade de normas em relação ao assunto. Em que pese o avanço nesse aspecto representado pela OS PGU nº 18/2011, há que se registrar que existem vigentes ainda três normas internas. A Ordem de Serviço PGU nº 26/2008, restrita a créditos, a Ordem de Serviço PGU nº 14/2009, restrita a créditos decorrentes de acórdão do TCU e a Ordem de Serviço PGU nº 13/2009, norma geral, aplicada tanto a débitos quanto a créditos.

Em face de tanto, surgem dúvidas, em muitas situações, quanto à autoridade competente para celebrar os acordos ou quais as condições que devem ser observadas em dado contexto. Além do mais, essas incertezas só contribuem ainda mais para a ausência de consciência voltada para a conciliação apresentada acima.

Em nosso entendimento, seria de grande valia a unificação da regulamentação em um ato só, ainda que mantido o tratamento específico de algumas situações (como os créditos decorrentes de acórdão do TCU), pois tal fato, por si só, já representaria um avanço em matéria de clareza. É importante também destacar que, de nada adiantará essa unificação, se não for realizada de forma a eliminar eventuais contradições internas. É fundamental, portanto, uma uniformização da própria sistemática.

Outra questão também representa obstáculo ao estabelecimento de uma prática conciliatória efetiva. É que, nos termos do art. 3º, inciso V, da OS PGU nº 13/2009, com a redação que lhe foi conferida pelas OS PGU nº 18/2011, não se celebrará acordo *“quando o pedido ou a condenação forem ilíquidos e não for possível a elaboração dos cálculos pela Advocacia-Geral da União ou pela Administração Federal”*.

De fato, e não poderia ser diferente, para o estabelecimento de uma prática conciliatória efetiva, faz-se necessária, além da concessão de poderes para transigir ao Advogado da União que atua no primeiro momento no feito, o fornecimento das condições materiais para a apresentação ou a aceitação da proposta. E, nas causas em que envolve obrigação de pagar, afigura-se imprescindível que o Advogado da União saiba o quanto representa financeiramente o pedido da parte contrária.

Ocorre que nem sempre esse valor encontra-se expresso no pedido, fazendo-se necessária a elaboração de cálculos no primeiro momento em que couber a União falar nos autos.

Assim, para que haja a superação desse obstáculo, há que se incluir, dentre as tarefas do Departamento de Cálculos e Perícias da PGU – DCP/PGU, por intermédio de seus núcleos de cálculos nos Estados, a atribuição de quantificar o valor do pedido ilíquido já no momento da citação. Outrossim, seria interessante regulamentar em quais hipóteses esse cálculo seria feito pelos demais órgãos da Administração Federal, como prevê o art. 3º, inciso V, da OS PGU nº 13/2009.

Como se viu, nos últimos anos, o Estado brasileiro como um todo vem empreendendo diversos esforços no sentido de estimular a prática conciliatória com uma forma de solucionar a “crise do Poder Judiciário”. A escolha dessa via não se deu apenas por sua importância para a redução da litigiosidade e a rápida solução dos conflitos (fundamento funcional), mas também por ser o meio de resolução que melhor atende aos anseios de pacificação social (fundamento social), além de permitir a participação popular na administração da justiça (fundamento político).

Uma das razões para essa grave crise é a chamada “cultura da litigiosidade” que, seja por decorrência da estrutura burocrática da Administração ou pela estreita vinculação dos atos administrativos ao princípio da legalidade, se afigura ainda mais exacerbada quando se trata de demandas que envolvam o poder público, em todas as suas esferas. Como restou demonstrado com base nos dados do programa “Justiça em Números”, organizado pelo CNJ, existiam, na Justiça Federal, no final 2010, 10.392.044 (dez milhões, trezentos e noventa e dois mil e quarenta e quatro) processos em andamento. De acordo com o Sistema Integrado de Controle das Ações da União – SICAU, no início de 2012, existiam cadastrados como ativos 3.195.44 (três

milhões, cento e noventa e cinco mil e quarenta e quatro) processos nas quais a União figurava como parte.

Em face de tanto, qualquer esforço no sentido do estímulo à conciliação não pode ser alcançado com sucesso sem a efetiva participação do Poder Público nesse processo.

Dessa forma, destaque-se, quanto a esse aspecto, a importância da Procuradoria-Geral da União, órgão de representação judicial da União nas demandas de natureza não fiscal, pois, caso contrário, uma imensa gama de demandas estaria fora desse espectro, tais como as relativas a servidores, patrimônio, serviços públicos, além da cobrança de créditos não inscritos em dívida ativa.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Cecília Vescovi. *Burocracia, eficiência e modelo de gestão pública*. Revista do Serviço Público, v. 48, n. 3. set./dez. 2007.
- BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti; MELLO, Kátia Sento Sé. *Mediação e conciliação no Judiciário: dilemas e significados*. Dilemas. v. 4, n. 1, 2011.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativas de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BERTOLO, Patricia Batista. *A transação do interesse público e o dogma de sua indisponibilidade: uma abordagem teórica a partir das experiências iniciais da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal*. 2010. Monografia de Curso de Especialização. CEAD – UnB / EAGU.
- CAPPELLETTI, Mauro Cappelletti; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. traduzida por Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010.
- DA COSTA, Marcos. *As sequelas criadas pela lentidão da Justiça*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/1109876-tendenciasdebates-as-sequelas-criadas-pela-lentidao-da-justica.shtml>>. Acesso em: 17 jul. 2012.

GRACIE, Ellen. Conversar faz a diferença. *Correio Braziliense – Brasília / DF*, Brasília, 03 de dezembro de 2007, Opinião. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&catid=74%3Aartigos&id=3509%3Aconversar-faz-diferen&Itemid=676>.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os fundamentos da justiça conciliativa*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimento-pela-conciliacao/arquivos/cnj_%20portal_artigo_%20ada_mediacao_%20e_%20conciliacao_fundamentos1.pdf>. Acesso em 09 jul. 2012.

GUEDES, Jefferson Carús; HAUSCHILD, Mauro Luciano; COSTA, A. B.; SILVA, A. M.; SILVA, B. C.; ROCHA, Eduardo G.; MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de; TEMPERANI, P. B. *Nos Limites da história: a construção da Advocacia-Geral da União*. Brasília: Unip - Unafe, 2009. v. 1.

GUEDES, Jefferson Carus; MOESSA DE SOUZA, Luciane (Org). *Advocacia de Estado: questões Institucionais para a construção de um estado de justiça*. São Paulo: Fórum, 2009.

GUIDI, Milza. *A Cultura da litigiosidade*. Disponível em: <<http://milzaguidi.blogspot.com.br/2010/10/cultura-da-litigiosidade.html>>. Acesso em: 13 jul. 2012.

PAVANI, Sérgio Augusto Zampol. *A União em júízo*. São Paulo: MP, 2005. Sergio Augusto Zampol Pavani (Org.).

MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função jurisdicional no Contemporâneo Estado de Direito*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2009.

MOREIRA REIS, Antônio Carlos Palhares. *A litigiosidade precisa diminuir*. Disponível em: <http://www.rnpd.org.br/download/pdf/saudeempauta_02042009.pdf> Acesso em: 25 jul. 2012.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; BAGGIO, Moacir Camargo. *Jurisdição: da litigiosidade à mediação*. *Revista Direitos Culturais*. v. 3. n 5. dez. 2008.

WERLE. Vera Inês. *A conciliação no âmbito da Advocacia-Geral da União: o papel do conciliador e limites da sua atuação*. 2010. Monografia de Curso de Especialização. CEAD – UnB / EAGU.

**A CONDENAÇÃO EM SEDE DE AÇÃO
REGRESSIVA PREVIDENCIÁRIA AO
RESSARCIMENTO DE BENEFÍCIOS FUTUROS
DE ESPÉCIES DISTINTAS NÃO VIOLA O
PRINCÍPIO DA SENTENÇA CERTA**

***THE CONDEMNATION IN SOCIAL SECURITY REGRESSIVE ACTION
TO REMEDY THE FUTURE BENEFITS OF DIFFERENT SPECIES NOT
BREACH THE PRINCIPLE OF CERTAIN SENTENCE***

Cirlene Luiza Zimmermann

Procuradora Federal

Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul – UCS

SUMÁRIO: Introdução; 1 A ação regressiva previdenciária e seus pressupostos; 2 Requisitos do pedido e da decisão judicial; 3 Benefícios sucessivos futuros de espécies distintas: possibilidade de condenação em sede de ação regressiva previdenciária; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Ação regressiva previdenciária é aquela que tem por objeto o ressarcimento ao INSS de despesas previdenciárias determinadas pela ocorrência de atos ilícitos, sendo ressarcíveis os pagamentos relativos aos benefícios por incapacidade e de pensão por morte, bem como aqueles decorrentes do custeio do programa de reabilitação profissional. A ação regressiva acidentária está prevista no art. 120 da Lei nº 8.213/91, enquanto as demais encontram fundamento legal na regra geral da responsabilização civil do causador do dano, disposta nos arts. 186 e 927 do Código Civil. Não sendo possível determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ilícito, ou seja, todas as despesas que o INSS terá que arcar em decorrência dele, é lícito a formulação de pedido genérico na ação regressiva previdenciária, isto é, de condenação ao pagamento de todas as prestações sociais que foram ou vierem a ser concedidas em razão do ato ilícito, sem que isso importe em inépcia e consequente indeferimento da petição inicial, conforme autorização expressa do art. 286, II, do Código de Processo Civil (CPC). Sendo admitido o pedido genérico, não seria coerente a decisão que não o acolhesse sob o fundamento de que a sua procedência tornaria a sentença incerta, em afronta ao parágrafo único do art. 460 do CPC.

PALAVRAS-CHAVE: Ação Regressiva Previdenciária. Pedido Genérico. Benefícios. Espécies Distintas. Sentença Certa.

ABSTRACT: Social security regressive action is that which has the purpose of reimbursement to the INSS social security expenses determined by the occurrence of illegal acts, being reimbursable payments relating to disability benefits and death benefits, as well as those arising from the cost of the vocational rehabilitation program. The regressive action related accidents is provided for in art. 120 of Law No. 8.213/91, while the others are legal grounds in rule of civil liability of the tortfeasor, arranged in arts. 186 and 927 of the Civil Code. Is not possible to determine definitively the consequences of the illegal act, ie all expenses that the INSS will have to bear as a result it is lawful for the formulation of generic application in welfare regressive action, ie, the payment of condemnation of all the benefits that have been or will be granted on grounds of tort without causing a fumble and subsequent rejection of the application, as expressed permission of art. 286, II, of the Code of Civil Procedure (CPC). Being admitted the generic application, the decision is not consistent than the hosts on the grounds that its merits would make the sentence unclear, going against the sole paragraph of art. 460 of the CPC.

KEYWORDS: Social Security Regressive Action. Generic Application. Benefits. Different Species. Certain Sentence.

INTRODUÇÃO

A ação regressiva previdenciária é aquela que tem por objeto o ressarcimento ao INSS de despesas previdenciárias relativas ao pagamento de benefícios por incapacidade, pensão por morte e serviços de reabilitação profissional, determinadas pela ocorrência de atos ilícitos, tais como acidentes do trabalho, crimes de trânsito previstos no Código de Trânsito Brasileiro e outros ilícitos penais dolosos que resultem em lesão corporal, morte ou perturbação funcional.

O ajuizamento da ação regressiva exige o atendimento simultâneo de três pressupostos: cometimento de ato ilícito que vitime um segurado do INSS; implemento de uma ou mais prestações sociais (benefícios e/ou serviços); e culpa do causador do ato ilícito.

O objeto da ação regressiva previdenciária consiste no pedido de condenação do demandado ao ressarcimento de todas as prestações sociais (benefícios e/ou de serviços) implementadas pelo INSS em decorrência do ato ilícito, inclusive as vincendas, independentemente da espécie (auxílio-doença, auxílio-acidente, aposentadoria por invalidez ou pensão por morte).

Todavia, tal pedido tem sido rechaçado sob o fundamento de que a condenação ao pagamento de quaisquer outros benefícios ou serviços atrelados ao ato ilícito, futuramente concedidos, ainda que já reconhecida a responsabilidade do réu, implicaria em ignorar a certeza que deve ser conferida à decisão, porquanto alargaria seus efeitos a eventos incertos.

Diante disso, cumpre-nos analisar a validade do pedido genérico formulado nas ações regressivas previdenciárias e a possibilidade do seu acolhimento, sem que isso implique em tornar a sentença incerta e, conseqüentemente, nula.

1 A AÇÃO REGRESSIVA PREVIDENCIÁRIA E SEUS PRESSUPOSTOS

A ação de regresso é o instrumento jurídico disponibilizado àquele que suporta os ônus decorrentes de um dano causado ao direito de outrem, sem que tenha sido o seu causador, para reaver os prejuízos com os quais injustamente arcou de quem efetivamente ocasionou o agravo.¹

¹ ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. *A ação regressiva acidentária como instrumento de tutela do meio ambiente de trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 195.

A Portaria Conjunta PGF/PFE-INSS nº 06/2013, conceitua a ação regressiva previdenciária (ARP) como “ação que tenha por objeto o ressarcimento ao INSS de despesas previdenciárias determinadas pela ocorrência de atos ilícitos” (art. 2º), considerando-se despesas previdenciárias ressarcíveis as relativas ao pagamento, pelo INSS, de pensão por morte e de benefícios por incapacidade, bem como aquelas decorrentes do custeio do programa de reabilitação profissional (art. 3º). Os atos ilícitos que ensejam o ajuizamento de ação regressiva são os relacionados ao descumprimento de normas de saúde e segurança do trabalho que resultem em acidente do trabalho (ação regressiva acidentária); ao cometimento de crimes de trânsito na forma do Código de Trânsito Brasileiro (ação regressiva de trânsito); e ao cometimento de ilícitos penais dolosos que resultem em lesão corporal, morte ou perturbação funcional (art. 4º). Nessa última hipótese, enquadrando-se o ilícito em caso de violência doméstica e/ou familiar contra a mulher, nos termos da Lei nº 11.340/2006, convencionou-se denominar a ação como regressiva Maria da Penha.

A ação regressiva acidentária (ARA) está prevista no art. 120 da Lei nº 8.213/91, que assim dispõe: “nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis”. O art. 121 da Lei de Benefícios da Previdência Social prevê, ainda, que “o pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem”.

O art. 120 costuma ser tachado de inconstitucional pelos opositores das ações regressivas, todavia, a jurisprudência dos tribunais brasileiros trilha o caminho da constitucionalidade da ação regressiva acidentária. O TRF4 manifestou-se pela constitucionalidade do art. 120 da Lei nº 8.213/91, tendo em vista a EC nº 41/2003 ter acrescentado o § 10 ao art. 201 da CF/88, dispondo que a cobertura do risco de acidente do trabalho será atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado. Ademais, a constitucionalidade do direito de regresso restou reconhecida por esse Tribunal, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação Cível nº 1998.04.01.023654-8, decidindo a Corte Especial pela inexistência de incompatibilidade entre os arts. 120 da Lei nº 8.213/91 e 7º, XXVIII, da CF/88, por tratarem de prestações de natureza diversa e a título próprio². O TRF1 também rejeitou a preliminar de inconstitucionalidade do art. 120 da Lei nº

2 Decisão da Terceira Turma do TRF4 na Apelação Cível nº 200871040030559, relatada pelo Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, publicada no D.E. em 02/06/2010.

8.213/1991, visto que referida norma é compatível com os princípios fundamentais que norteiam a CF/88, não servindo para suscitar eventual inconstitucionalidade argumentos genéricos que não demonstram, de fato, a existência da alegada incompatibilidade entre o dispositivo legal e o texto da Lei Maior³. A constitucionalidade do dispositivo que instituiu a ARA foi reafirmada pelo TRF1 em outra decisão, na qual constou que a Constituição prevê, de fato, no art. 7º, XXVIII, o SAT, a cargo do empregador, sem excluir indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa, sendo que a ação regressiva com objetivo de ressarcimento à entidade securitária pelo que houver desembolsado em razão de acidente do trabalho ocorrido por culpa do empregador não está aí prevista, mas não há impedimento a que tal ressarcimento seja instituído por lei, dentro do chamado “espaço de conformação” que se reserva à legislação ordinária^{4, 5}.

A jurisprudência, aliás, tem acolhido a pretensão do INSS de ressarcir-se pela conduta ilegal que antecipa a necessidade de conceder-se um benefício previdenciário mesmo nos casos em que a incapacidade ou a morte não derivem de acidente do trabalho, tendo em vista a regra geral da responsabilização civil do causador do dano prevista nos arts. 186 e 927 do Código Civil6, os quais assim dispõem:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

O ajuizamento da ação regressiva exige o atendimento simultâneo de três pressupostos:

- a) ato ilícito (acidente do trabalho, de trânsito ou qualquer ato de violência que cause lesão corporal, morte ou perturbação funcional) que vitime um segurado do INSS;

3 Decisão da Sexta Turma do TRF1 na Apelação Cível nº 199938000301683, relatada pelo Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, publicada no e-DJF1 em 20/04/2010, p. 224.

4 Decisão da Quinta Turma do TRF1 na Apelação Cível nº 200401000003933, relatada pelo Desembargador Federal João Batista Moreira, publicada no e-DJF1 em 26/02/2010, p. 266.

5 ZIMMERMANN, op. cit., p. 155-156.

6 Decisão da Terceira Turma do TRF4 na Apelação Cível nº 5003167-53.2013.404.7107/RS, relatada pelo Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, data do julgamento: 05/02/2014.

- b) implemento de uma ou mais prestações sociais (benefícios e/ou serviços) pelo INSS;
- c) negligência quanto ao cumprimento e/ou fiscalização das normas relacionadas à saúde e à segurança do trabalho ou a assunção de riscos controláveis ou não inerentes ao trabalho pelo responsável pelo ambiente (ação regressiva acidentária)⁷; culpa do causador do acidente de trânsito, em razão do descumprimento de algum dispositivo previsto no Código de Trânsito Brasileiro; ou ação que cause morte ou lesão, decorrente da violação de algum dispositivo que caracterize conduta criminosa.

Com o ajuizamento da ação regressiva, a Autarquia Previdenciária busca o ressarcimento das despesas com o pagamento ou custeio das prestações sociais (benefícios e/ou serviços), a fim de preservar a integridade econômica e atuarial do Regime Geral de Previdência Social, que resta afetada diante da concessão precoce e extraordinária de prestações previdenciárias decorrentes de atos ilícitos.

Entretanto, além do caráter ressarcitório da ação regressiva, tem tido ampla repercussão e aceitação a sua função pedagógica, que preconiza a intenção de educar para evitar a reiteração da prática de atos ilícitos pelos mesmos ou por outros agentes. Nesse sentido, a doutrina:

Registre-se que defender a ARA como instrumento de tutela do MAT não importa em outorgar-lhe o papel de principal instrumento à disposição do Estado para cumprir o seu dever de atuar em prol do equilíbrio desse ambiente. A ARA trata-se de meio subsidiário, de caráter repressivo-preventivo, cuja utilização dependerá de um prévio descumprimento das normas de SST. Contudo, descumpridos tais deveres, sua propositura é impositiva, seja com o intuito de punir o responsável; seja com o de educar para evitar a reiteração.⁸

2 REQUISITOS DO PEDIDO E DA DECISÃO JUDICIAL

O pedido formulado em juízo deve ser certo ou determinado, sendo admitido, nas hipóteses elencadas nos incisos do art. 286 do CPC, elaborar pedido genérico. Assim, na eventualidade de não ser possível

7 ZIMMERMANN, op. cit., p. 160.

8 ZIMMERMANN, op. cit., p. 197.

determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ou do fato ilícito, é lícito ao autor formular pedido genérico, sem que isso importe em inépcia e consequente indeferimento da petição inicial.

Além de genérico, admite-se que os pedidos sejam alternativos ou sucessivos.

O pedido alternativo verifica-se nas hipóteses em que o devedor puder cumprir a obrigação de mais de um modo em razão da sua natureza (art. 288 do CPC). Mesmo que não tenha havido pedido alternativo por parte do autor, reconhecendo o juiz que há possibilidade legal ou contratual de cumprimento da obrigação de múltiplas formas, será garantido ao devedor o direito de escolher a forma de cumpri-la.

O pedido sucessivo é formulado com a finalidade de ser conhecido na eventualidade de o anterior não puder ser acolhido (art. 289 do CPC).

Sempre que a obrigação consistir em prestações periódicas (trato sucessivo), considerar-se-ão todas elas incluídas no pedido, mesmo que não haja declaração expressa do autor nesse sentido, nos termos do art. 290 do CPC.

Trata-se de um pedido implícito que precisa ser decidido pelo magistrado independentemente de requerimento, a fim de proferir uma decisão clara e completa. Na mesma espécie de pedido encontra-se o de condenação ao pagamento de atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas processuais e honorários de sucumbência (art. 404 do Código Civil e arts. 20 e 293 do CPC).

O art. 292 do CPC admite, ainda, a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão, desde que observados os seguintes requisitos: compatibilidade dos pedidos entre si (um não pode excluir o outro); competência do mesmo juízo para conhecê-los; e adequação do tipo de procedimento para todos os pedidos ou, na eventualidade de cada pedido corresponder a tipo diverso de procedimento, seja empregado, pelo autor, o procedimento ordinário.

A sentença, nos termos do art. 458 do CPC, é composta de três partes:

- a) o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

- b) os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
- c) o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

Assim, todos os pedidos (explícitos e implícitos) formulados pelo autor devem ser analisados pelo juiz na sentença, sendo proferida decisão pelo acolhimento ou rejeição.

Entretanto, em atenção ao princípio da congruência, não é permitido ao magistrado proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado, conforme orientação o art. 460, caput, do CPC. A lide deve ser decidida nos limites em que foi proposta, sendo defeso ao juiz conhecer de questões não suscitadas pelas partes e que não sejam de ordem pública, ou seja, que não admitem ser conhecidas de ofício, como seria o caso da prescrição⁹, sob pena de violar o disposto no art. 128 do CPC.

Segundo Didier Jr., o princípio da congruência é consequência do princípio do contraditório, pois as partes têm o direito de se manifestarem sobre tudo que possa interferir no conteúdo da decisão e, somente no tocante ao que foi demandado é que as partes puderam, efetivamente, manifestar-se.¹⁰

Assim, as sentenças que contrariam o princípio da congruência, extrapolando os limites da lide proposta, são nulas na parte em que excederem tais limites, seja no tocante ao deferimento de pedidos não formulados ou à consideração de fatos não deduzidos.

Dinamarco explica que “decidir nos limites da demanda proposta significa não ir *além* ou *fora* deles, nem ficar *aquém*”¹¹.

A decisão que vai além dos pedidos, é *ultra petita*; a que fica fora, é *extra petita*; enquanto a que fica *aquém*, é *cita petita*.

9 Art. 219. [...] § 5º do CPC. O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição. (Redação dada pela Lei nº 11.280, de 2006).

10 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. Salvador: JuzPodivm, 2007. p. 247.

11 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. v. 3, São Paulo: Malheiros, 2003. p. 274.

Didier Jr. explica que o julgamento ultra petita viola os princípios do contraditório e do devido processo legal, analisando e concedendo, respectivamente, além dos fatos e pedidos discutidos no processo, outros que não foram postos pelas partes. Pode, ainda, estender seus efeitos a sujeitos que não participaram da demanda. Já a decisão extra petita, que fere os mesmos princípios, analisa fatos não deduzidos e delibera sobre pedidos não formulados, deixando de analisar os pedidos, efetivamente, formulados, e de analisar os fatos, efetivamente, deduzidos; além de poder atingir sujeito que não fez parte da relação jurídica processual. A sentença citra petita, por sua vez, deixa de analisar fundamento relevante invocado pela parte, de decidir pedido formulado e/ou de se manifestar sobre os efeitos da decisão em relação a determinado sujeito da relação processual.¹²

A sentença, portanto, deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional, nos termos do parágrafo único do art. 460 do CPC. Tal determinação, todavia, não impede que a sentença crie ou acolha condição ou termo para a sua própria eficácia, cabendo ao credor provar que se realizou a condição ou que ocorreu o termo para executar a decisão, conforme preceitua o art. 572 do CPC.

Greco Filho explica que o fato de a sentença estabelecer alguma condição, impondo ao autor uma prestação para que possa executá-la, não a torna incerta: “a condenação é certa, mas a execução deve ser precedida de algum ato do credor”.¹³

Para Didier Jr., *certo* é o pronunciamento judicial quando ele, expressamente, *certifica* a *existência* ou a *inexistência* de um direito afirmado pela parte ou a *inviabilidade* de análise do pedido. É dever do juiz, portanto, firmar um *preceito*, definindo a norma jurídica para o caso concreto e, com isso, retirar as partes do estado de dúvida no qual se encontram¹⁴.

Negrão e Gouvêa referem jurisprudência que conclui ser inviável “proferir-se sentença condicional que determine a reparação de danos, caso, em liquidação, se apure que ocorreram” (RSTJ 135/305)¹⁵. Assim,

12 DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 248 e 251.

13 GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 17. ed. v. 2, São Paulo: Saraiva, 2006. p. 258.

14 DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 262.

15 NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 559.

é na fase de conhecimento do processo que se deve apurar a ocorrência dos danos, mesmo que a sua extensão somente seja apurada na fase de execução, em razão de determinada condição ou termo.

A sentença que declara o demandado culpado pelo cometimento de determinado ato ilícito e o condenado ao ressarcimento de todos os prejuízos que o referido ato ilícito causou ao demandante contém o atributo da certeza, que se relaciona ao plano de validade da decisão. Todavia, a eficácia dessa sentença poderá estar sujeita à comprovação, pelo autor, de uma condição ou termo, como, por exemplo, à demonstração dos prejuízos causados para fixar o valor da execução, especialmente nos casos de prestações de trato sucessivo.

Didier Jr. cita a condenação do beneficiário da justiça gratuita ao pagamento de custas e honorários advocatícios como exemplo de decisão certa que se sujeita a condição criada por ela mesma. Assim, a sentença certifica o direito de se exigir do beneficiário o pagamento daquelas quantias, mas a eficácia da condenação fica suspensa até que sobrevenha, nos próximos cinco anos, um evento futuro e incerto (incremento da fortuna do beneficiário): se vier, poderá o credor executá-lo; do contrário, perderá o direito ao crédito.¹⁶

O que não pode ser condicional é a certificação proferida pelo juiz, ou seja, o reconhecimento da existência ou da inexistência do direito deve ser conclusivo. Se houver direito a uma reparação, é porque houve o reconhecimento, que não pode depender de nenhuma outra condição ou termo, da responsabilidade pelo ato ilícito que causou danos, cujo montante restou comprovado até o ajuizamento da demanda, ainda que o valor total da condenação seja definido apenas na fase de liquidação, em razão dos prejuízos suportados pelo vencedor entre a data do ajuizamento da demanda e o trânsito em julgado ou, ainda, que continuem sendo suportados após a liquidação do julgado no caso de prestações periódicas.

Todavia, o princípio da congruência da decisão judicial permite ser mitigado por força do disposto no art. 462 do CPC, o qual autoriza o juiz a considerar, no momento de proferir a sentença, de ofício ou a requerimento da parte, quaisquer fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito que possam influenciar no julgamento da lide e sejam supervenientes à propositura da ação.

¹⁶ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 263-264.

Para Bueno, o art. 462 consagra o princípio segundo o qual a sentença deve refletir o estado de fato e de direito existente no momento do julgamento da lide, e não aquele que existia quando de sua propositura.¹⁷

Didier Jr. destaca que não são somente os fatos simples supervenientes que podem, ou devem, ser considerados pelo juiz no momento de julgar (a possibilidade de consideração desses fatos já está implícita no art. 131 do CPC), mas os fatos constitutivos do direito, isto é, fatos supervenientes que sejam relevantes ao acolhimento da demanda, independentemente de beneficiarem ao autor ou ao réu.¹⁸

Aliás, como bem esclarece o processualista, dizer que a previsão do art. 462 beneficia amplamente o réu, mas tem aplicação limitada em relação ao autor, trata-se de impor discriminação não prevista em lei. Além disso, fere o princípio da razoabilidade e da garantia da efetividade da jurisdição, “na medida em que impõe ao autor o ônus de ajuizar uma nova demanda para, só então, discutir o que, sem maiores prejuízos, poderia ser discutido numa demanda já instaurada”.¹⁹

Assim, permitir a discussão na ação em curso de um fato superveniente que influencia diretamente nos rumos da lide é adequado e necessário, especialmente por efetivar o princípio da economia processual. Nada justificaria o ajuizamento de nova demanda em tal situação, podendo até ser considerado litigante de má-fé aquele que o fizesse, já que, de certa maneira, estaria alterando a verdade dos fatos; ou ainda dar azo ao acolhimento de alegação de litispendência, por se repetir ação que está em curso; ou coisa julgada, por se repetir ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso.

Todavia, a aplicação do art. 462 impõe o atendimento a alguns pressupostos, tais como: a ocorrência dos fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito deve ser superveniente ou o seu conhecimento deve ser superveniente; o respeito ao contraditório e à ampla defesa; e a presença de prova dos fatos supervenientes nos autos, nos termos do art. 131 do CPC²⁰.

17 BUENO, Cássio Scarpinella. *Código de Processo Civil Interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004. p. 1421.

18 DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 280.

19 DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 281.

20 Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

3 BENEFÍCIOS SUCESSIVOS FUTUROS DE ESPÉCIES DISTINTAS: POSSIBILIDADE DE CONDENÇÃO EM SEDE DE AÇÃO REGRESSIVA PREVIDENCIÁRIA

O objeto da ação regressiva previdenciária consiste no pedido de condenação do demandado ao ressarcimento de todas as prestações sociais (benefícios e/ou de serviços) implementadas pelo INSS em decorrência do ato ilícito, inclusive as vincendas, independentemente da espécie (auxílio-doença, auxílio-acidente, aposentadoria por invalidez ou pensão por morte).

Assim, busca-se com a ação regressiva o ressarcimento de todas as despesas que o INSS teve e/ou terá em razão do ato ilícito, sendo que o montante do ressarcimento a ser requerido não se limita ao valor pago pelo INSS a título de benefícios (vencidos e vincendos), podendo abranger o total dos custos suportados pela autarquia, incluindo despesas com pessoal, uso de equipamentos etc., desde que devidamente comprovados e individualizados.²¹

Para Pulino, sendo públicos os recursos administrados pelo INSS, mais do que conveniente, mostra-se necessário que sejam ressarcidas todas e quaisquer despesas havidas a partir de acidentes para os quais concorreu a inobservância, pelas empresas, de seu dever jurídico. O pedido, portanto, deve alcançar a mais completa reparação dos danos sofridos pelo Instituto, mas, conforme ressaltado pelo próprio autor, somente aquilo que vier a ser efetivamente comprovado nos autos poderá ser restituído aos cofres do INSS.²² Dallegrave Neto manifesta-se no mesmo sentido, referindo que o pedido de ressarcimento da Previdência Social na ação regressivas acidentária envolve todas as despesas devidamente comprovadas que despendeu com o acidentado.²³

Especificamente quanto aos benefícios pagos mensalmente pelo INSS em razão do ato ilícito, a condenação na ação regressiva deve envolver a restituição das parcelas já liquidadas, atualizadas monetariamente e com incidência de juros de mora a contar da data do pagamento de cada

²¹ ZIMMERMANN, op. cit., p. 186.

²² PULINO, Daniel. Acidente do trabalho: ação regressiva contra as empresas negligentes quanto à segurança e à higiene do trabalho. *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, Brasília, v.3, n. 1, p. 64-81, abr./jun. 1996. p. 66-67, 78-79 e 81.

²³ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 190.

uma, e todas as que ainda vierem a ser pagas, enquanto o benefício estiver ativo²⁴, não sendo possível, conforme já decidido pelo Egrégio TRF4, limitar a condenação nas parcelas vincendas à determinada idade do segurado acidentado, sendo o ressarcimento devido enquanto perdurar o pagamento do benefício pelo INSS.²⁵

Todavia, essa questão precisa ser ampliada, a fim de se analisar se seria possível a condenação na ação regressiva previdenciária abranger benefícios sucessivos, inclusive de espécies distintas, concedidos ao segurado ou aos seus dependentes, mesmo que a concessão desses ainda não tenha se efetivado quando do ajuizamento da ação ou quando do seu julgamento. A princípio, se o fato gerador do benefício sucessivo for o mesmo ato ilícito, entende-se que não há óbice. Como exemplo, pode-se trazer o do segurado que está afastado do trabalho em razão do acidente do trabalho percebendo auxílio-doença, sendo a ação de regresso ajuizada enquanto tal benefício ainda está ativo, com pedido de ressarcimento das prestações já pagas e as que ainda vierem a ser pagas. Após o trânsito em julgado que julgou procedente tal ação, as lesões decorrentes do acidente se consolidam, resultando em sequelas que implicam redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia o segurado, motivo pelo qual o INSS lhe concede o benefício de auxílio-acidente. Nesse caso, entende-se que não há dúvida sobre a abrangência do direito de regresso, devendo esse novo benefício concedido integrar a condenação, pois decorrente do mesmo fato gerador. Ocorre que tal questão deverá constar da decisão, sob pena de impor nova discussão judicial a respeito, motivo pelo qual o INSS deve requerer a condenação do responsável ao pagamento de todas as despesas já efetuadas e todas as que ainda serão efetuadas, mesmo que a títulos distintos, desde que devidamente comprovadas.²⁶

Ainda, importa registrar que, cessados os benefícios concedidos em razão dos atos ilícitos por quaisquer das causas legais, cessa também o dever de ressarcir decorrente de eventual ação de regresso. Ocorre que esse benefício pode vir a ser restabelecido caso o segurado não consiga voltar ao trabalho de forma definitiva, em razão de uma recaída, por exemplo. Sabendo dessa possibilidade, o INSS deve incluí-la nos pedidos

24 ZIMMERMANN, op. cit., p. 186-187.

25 Decisão da Terceira Turma do TRF4 na Apelação Cível nº 199804010236548, relatada pela Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler, publicada no DJ em 02/07/2003, p. 599.

26 ZIMMERMANN, op. cit., p. 187-188.

da ação regressiva, de modo que haja decisão judicial a respeito e não seja necessária uma nova ação para definir a questão.²⁷

O fato é que a condenação em sede de ação regressiva pode abranger diversas despesas suportadas pela Autarquia Previdenciária, inclusive o pagamento de benefícios de espécies distintas ou da mesma espécie concedidos em épocas distintas, mas em razão do mesmo ato ilícito, além de serviços como a reabilitação profissional. De todo modo, todas essas questões devem constar do pedido da ação de regresso e da decisão, pois a ausência de referência obrigará nova discussão judicial.

Ao analisar embargos de declaração de opostos na ação regressiva nº 5002002-73.2010.404.7107/RS, em que postulada pela Autarquia Previdenciária a condenação do réu ao ressarcimento de benefícios sucessivos decorrentes do mesmo acidente do trabalho concedidos após o ajuizamento da demanda, bem como de “quaisquer outros benefícios ou serviços decorrentes do mesmo infortúnio que venham a ser concedidos à segurada vítima do infortúnio na fase de liquidação e enquanto estiver ativo o processo, desde que devidamente comprovado nos autos”, a Magistrada Lenise Kleinübing Gregol acolheu o pedido de incluir os benefícios concedidos à segurada antes do julgamento, mas negou o pedido de ressarcimento de benefícios futuros, ainda que decorrentes do mesmo infortúnio, assim fundamentando:

[...], considerando que a convicção do Juízo é no sentido de que a empresa foi responsável pelo acidente de trabalho que acabou por provocar lesões irreversíveis na trabalhadora, e sendo este o aspecto determinante da questão atinente ao dever de ressarcimento ao INSS dos valores pagos à segurada em decorrência do infortúnio, é cabível o acolhimento dos embargos de declaração opostos, inclusive como medida de economia processual, uma vez que não se está a rediscutir a matéria, mas sim, suprir omissão no julgado que atenda ao pedido elaborado pela Autarquia no item 2 da página 10 da inicial (evento 01).

[...]

Em que pese cabível a condenação da ré também no ressarcimento dos demais benefícios concedidos à segurada, comprovados pelo

²⁷ ZIMMERMANN, op. cit., p. 189.

INSS, descabe o pedido acima reproduzido, porquanto contrário ao que estabelece o art. 460, parágrafo único, do CPC: A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.

Acolher o pedido da Autarquia para condenar a requerida/embargada no pagamento de quaisquer outros benefícios ou serviços atrelados ao acidente do trabalho em voga, futuramente concedidos, implica ignorar a certeza que deve ser conferida à decisão, porquanto alargaria seus efeitos a eventos incertos.²⁸

Entretanto, a condenação ao ressarcimento de quaisquer outros benefícios ou serviços decorrentes do mesmo ato ilícito que venham a ser concedidos ao segurado vítima do infortúnio na fase de liquidação e enquanto estiver ativo o processo, desde que devidamente comprovados nos autos, não afasta a certeza da sentença, pois, diante de tal condenação, não haveria nenhuma incerteza para a ré, pelo contrário, restaria indubitável que todos os custos que o INSS teve ou viesse a ter em razão do infortúnio laboral por ela provocado (conforme reconhecido na sentença), teriam que ser por ela ressarcidos, de acordo com o apurado na fase de liquidação.

Ao julgar a apelação interposta pelo INSS, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região manteve a decisão, assim consignando:

Por fim, improcede o apelo do INSS quando requer a condenação da empresa ao pagamento da totalidade dos custos suportados em face da reabilitação da segurada, além daqueles relativos aos benefícios previdenciários já incluídos na condenação. Ora, não há nos autos qualquer comprovação de custos com tais procedimentos, logo, indevido o ressarcimento, sob pena de se estar proferindo decisão incerta.

[...]

Cabe salientar que o pedido de ressarcimento quanto ao benefício de auxílio-acidente (NB 94/546.017.740-1), que foi cessado temporariamente, já está incluído na condenação, como já explicitado

28 Embargos de Declaração em Ação Ordinária nº 5002002-73.2010.404.7107/RS. Disponível em: <https://eproc.jfrs.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=71137045458219950118000000002&evento=71137045458219950118000000001&key=d38287196ba3419e8324e7a0c57692ce780d0bed8edb45776a7881cffc383aa1>. Acesso em: 16 fev. 2014.

anteriormente, pois uma vez restabelecido estará abrangido pelos amparos decorrentes do mesmo fato.²⁹

Todavia, ao decidir a apelação interposta pela empresa ré no mesmo processo, a qual alegava tratar-se a decisão de primeira instância de sentença *ultra petita*, uma vez que, em julgamento de embargos declaratórios, teria imposto condenação ao ressarcimento em relação a benefícios concedidos após o ajuizamento da demanda, a Egrégia Corte entendeu por afastar a nulidade, pois, ao contrário do alegado, a condenação da empresa não desbordou dos limites da inicial, em que formulado o pedido de “procedência total dos pedidos desta ação para condenar a empresa ré no pagamento de todos os valores de benefícios que o INSS tiver pago até a data da liquidação”. Na sequência, assim explicitou:

Note-se que o pleito abrange qualquer benefício decorrente do acidente de trabalho, de modo que se o início ou transformação do benefício ocorreu posteriormente ao ajuizamento da demanda, não se pode afastar a responsabilidade do réu, uma vez que se tratam de benefícios correlatos, decorrentes do mesmo fato, do qual resultou o pagamento dos benefícios previdenciários de que se pretende o ressarcimento.

Assim, evidentemente contraditória a decisão colegiada, exceto que a negativa ao recurso do INSS tenha sido exclusivamente quanto à (im)possibilidade de ressarcimento dos custos com serviços como reabilitação profissional, já que não havia qualquer evidência no processo de que esses foram ou seriam ofertados ao segurado em questão.

Do contrário, salvo melhor juízo, não havia como entender que a sentença, efetivamente, não foi *ultra petita*, ou seja, não concedeu algo que não foi pedido, por considerar válido o pedido de ressarcimento de qualquer benefício decorrente do acidente de trabalho, ainda que esse tenha sido concedido após o ajuizamento da demanda, “uma vez que se tratam de benefícios correlatos, decorrentes do mesmo fato, do qual resultou o pagamento dos benefícios previdenciários de que se pretende o ressarcimento”, e, ao mesmo tempo, negar o pedido de ressarcimento de qualquer benefício decorrente do ato ilícito, ainda que esse tenha sido concedido após o ajuizamento da

29 Decisão da Terceira Turma do TRF4 na Apelação Cível nº 5002002-73.2010.404.7107/RS, relatada pela Juíza Federal Vânia Hack de Almeida, julgamento em 14/08/2013.

demanda, porque isso implicaria em sentença incerta, o que seria vedado pelo parágrafo único do art. 460 do CPC.

O reconhecimento de que não houve julgamento *ultra petita* foi correto, já que não houve violação aos princípios do contraditório e do devido processo legal, já que a requerida teve possibilidade de se manifestar sobre o pedido constante da petição inicial de ressarcimento de todo e qualquer benefício ou serviço prestado pelo INSS em decorrência do ato ilícito.

Não sendo possível determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ilícito, ou seja, todas as despesas que o INSS terá que arcar em decorrência dele, é lícito ao autor formular pedido genérico, isto é, de condenação ao pagamento de todas as prestações sociais que foram ou vierem a ser concedidas em razão do ato ilícito, sem que isso importe em inépcia e consequente indeferimento da petição inicial, conforme autorização expressa do art. 286, II, do CPC. Sendo admitido o pedido genérico, não seria coerente a decisão que não o acolhesse sob o fundamento de que a sua procedência tornaria a sentença incerta, em afronta ao parágrafo único do art. 460 do CPC.

Além disso, o art. 290 do CPC é claro ao prever que sempre que a obrigação consistir em prestações periódicas, como é o caso dos benefícios previdenciários, considerar-se-ão todas elas incluídas no pedido, mesmo que não haja declaração expressa do autor nesse sentido, devendo o juiz, obrigatoriamente, decidir a seu respeito. O fato de os benefícios previdenciários poderem ser concedidos sob distintas denominações e diferentes números não retira o trato sucessivo que lhes é característico.

O pedido de ressarcimento de todas as prestações sociais que foram ou vierem a ser concedidas em razão do ato ilícito pode ser cumulado com o de ressarcimento de um determinado benefício, nos termos do art. 292 do CPC, já que são compatíveis entre si. Na realidade, o pedido de ressarcimento de um benefício específico (identificado pelo seu número) está incluído no de ressarcimento de todas as despesas previdenciárias com as quais arcou ou arcará o INSS em razão do ato ilícito.

A sentença que acolhe o pedido de ressarcimento de todas as prestações sociais que foram ou vierem a ser concedidas pelo INSS em razão do ato ilícito é certa quanto ao objeto da condenação, estando, portanto, de acordo com o parágrafo único do art. 460 do CPC, apenas estabelecendo condição para sua eficácia, qual seja, a de que o INSS comprove todas

as despesas que realizou para poder executar a decisão, conforme preceitua o art. 572 do CPC.

No momento em que o juiz certifica a culpa do requerido pelo cometimento do ato ilícito que causou prejuízos ao INSS e reconhece a existência do direito da Autarquia de ser ressarcida está proferindo sentença certa. A responsabilidade pelo ato ilícito que causou danos é certa. O dever de ressarcir todos os prejuízos, representados por benefícios ou serviços prestados pelo INSS ao segurado ou aos seus dependentes em razão do ato ilícito, é certo. A única condição é que a Autarquia comprove a extensão desses danos quando da liquidação do julgado.

Registre-se que a inclusão nos autos da informação acerca da concessão de outros benefícios ou serviços ao segurado ou seus dependentes em razão do ato ilícito, no decorrer do processo de conhecimento, sequer pode ser considerado um fato modificativo do direito do INSS, já que o direito continua sendo o de ser ressarcido por todas as despesas previdenciárias a que o ato ilícito deu causa, não importando a espécie de benefício concedido.

Todavia, ainda que se considere que se trata de fato modificativo, o art. 462 do CPC, conforme já explicitado, admite que o juiz considere, no momento de proferir a sentença, de ofício ou a requerimento da parte, quaisquer fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito que possam influenciar no julgamento da lide e sejam supervenientes à propositura da ação.

Qualquer entendimento contrário ao direito do INSS de obter uma decisão que lhe garanta o ressarcimento de todas as despesas previdenciárias decorrentes do ato ilícito, apenas porque a não identificação dos benefícios concedidos pelo número tornaria a sentença incerta é, na realidade, uma afronta aos princípios da razoabilidade, da garantia da efetividade da jurisdição e da economia processual. Ora, impor ao INSS o ônus de ajuizar uma nova demanda apenas porque o número do benefício ou a espécie do benefício concedido ao segurado ou aos seus dependentes em razão do ato ilícito mudou, quando tal poderia ser discutido, sem absolutamente nenhum prejuízo, na demanda já instaurada, é irracional, inadequado e desnecessário.

Assim, reconhecida a culpa do réu pelo cometimento do ato ilícito que vitimou o segurado e o seu dever de ressarcir ao INSS os valores pagos em razão do benefício até então concedido, esse dever deve abranger todos as despesas previdenciárias decorrentes do infortúnio, independentemente da espécie ou do número pelo qual o benefício

é identificado nos sistemas da Autarquia, desde que efetivamente demonstradas na fase de liquidação e cumprimento da sentença.

4 CONCLUSÃO

O objeto do pedido formulado em sede de ação regressiva previdenciária é o ressarcimento de todas as despesas que o INSS teve e/ou terá em razão do ato ilícito que vitimou o segurado, seja com o custeio de serviços, como os de reabilitação profissional, seja com o pagamento de benefícios (vencidos e vincendos), independentemente da espécie (auxílio-doença, auxílio-acidente, aposentadoria por invalidez ou pensão por morte).

Todavia, existia dúvida quanto à possibilidade de a condenação na ação regressiva previdenciária abranger benefícios sucessivos futuros, da mesma ou de outra espécie, concedidos ao segurado ou aos seus dependentes, em decorrência do mesmo ato ilícito, nos casos em que a concessão desses ainda não estivesse efetivada quando do ajuizamento da ação ou quando do seu julgamento, sob pena de ignorar a certeza que deve ser conferida à sentença, em atenção ao parágrafo único do art. 460 do CPC.

Ocorre que, não sendo possível determinar quando do ajuizamento da ação regressiva previdenciária, de modo definitivo, as consequências do ato ilícito, ou seja, todas as despesas com as quais o INSS terá que arcar em decorrência dele, é autorizado, pelo art. 286, II, do CPC, a formulação de pedido genérico, isto é, de condenação ao pagamento de todas as prestações sociais que foram ou vierem a ser concedidas em razão do ato ilícito, sem que isso importe em inépcia e consequente indeferimento da petição inicial. E, sendo admitido o pedido genérico, não seria coerente a decisão que não o acolhesse sob o fundamento de que a sua procedência tornaria a sentença incerta.

Além disso, o art. 290 do CPC é claro ao prever que sempre que a obrigação consistir em prestações periódicas, como é o caso dos benefícios previdenciários, considerar-se-ão todas elas incluídas no pedido, mesmo que não haja declaração expressa do autor nesse sentido, devendo o juiz, obrigatoriamente, decidir a seu respeito. O fato de os benefícios previdenciários poderem ser concedidos sob distintas denominações e diferentes números não retira o trato sucessivo que lhes é característico.

Assim, no momento em que o juiz certifica a culpa do requerido pelo cometimento do ato ilícito que causou prejuízos ao INSS e reconhece a existência do direito da Autarquia de ser ressarcida, está proferindo sentença certa. A responsabilidade pelo ato ilícito que causou danos é certa. O dever de

ressarcir todos os prejuízos, representados por benefícios ou serviços prestados pelo INSS ao segurado ou aos seus dependentes em razão do ato ilícito, é certo. A única condição é que a Autarquia comprove a extensão desses danos quando da liquidação do julgado para conferir eficácia à sentença.

Qualquer entendimento contrário ao direito do INSS de obter uma decisão que lhe garanta o ressarcimento de todas as despesas previdenciárias decorrentes do ato ilícito, apenas porque a não identificação dos benefícios concedidos pelo número tornaria a sentença incerta é, na realidade, uma afronta aos princípios da razoabilidade, da garantia da efetividade da jurisdição e da economia processual. Ora, impor ao INSS o ônus de ajuizar uma nova demanda apenas porque o número do benefício ou a espécie do benefício concedido ao segurado em razão do ato ilícito mudou, quando tal poderia ser discutido, sem absolutamente nenhum prejuízo, na demanda já instaurada, é irracional, inadequado e desnecessário.

REFERÊNCIAS

BUENO, Cássio Scarpinella. *Código de Processo Civil Interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. Salvador: JuzPodivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. v. 3, São Paulo: Malheiros, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 17. ed. v. 2, São Paulo: Saraiva, 2006.

NEGRÃO, Theotônio, GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PULINO, Daniel. Acidente do trabalho: ação regressiva contra as empresas negligentes quanto à segurança e à higiene do trabalho. *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, Brasília, v. 3, n. 1, abr./jun. 1996.

ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. *A ação regressiva acidentária como instrumento de tutela do meio ambiente de trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

A JUSTIÇA ADMINISTRATIVA EM PERSPECTIVA COMPARADA

THE ADMINISTRATIVE JUSTICE IN COMPARATIVE PERSPECTIVE

Fabriccio Quixadá Steindorfer Proença
Advogado da União

SUMÁRIO: Introdução; 1 Justiça administrativa e modelos de jurisdição administrativa; 2 Origem da justiça administrativa: o Direito francês; 3. O Direito alemão; 4 O Direito italiano; 4.1 Breves considerações sobre o Direito romano; 4.2 A Itália; 5 O direito português; 6 O direito anglo-americano; 7 A justiça administrativa do Brasil; 7.1 A justiça especializada; 7.2 Tribunal Marítimo; 7.3 Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal; 8 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem por desiderato investigar a sistemática da justiça administrativa no Mundo e no Brasil. Para tanto, foi realizado um estudo comparativo entre os sistemas brasileiro, francês, italiano, alemão, português e anglo-americano. São abordados tópicos relevantes para a compreensão do tema apresentado, especialmente, a dualidade e a unicidade de jurisdição. Fez-se uso da análise legal e doutrinária no direito comparado, na busca do melhor entendimento dos desafios jurídicos e inerentes ao assunto.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Justiça Administrativa. Contencioso Administrativo. Jurisdição Una. Direito Comparado.

ABSTRACT: The present study aims to investigate the systematic of administrative justice in the World and in Brazil. Thus, a comparative study between the Brazilian, Anglo-American, French, Italian, German and Portuguese systems was conducted. We address topics relevant to the understanding of the theme presented, especially the duality and oneness of jurisdiction. Made use of the legal and doctrinal analysis in comparative law, in pursuit of better understanding of the legal and challenges inherent to the subject.

KEYWORDS: Administrative Law. Administrative Justice. Una Jurisdiction. Comparative Law.

INTRODUÇÃO

A pesquisa aqui apresentada pretende realizar um estudo comparado dos sistemas jurisdicionais unitário e dualista, com vistas a demonstrar as peculiaridades da jurisdição administrativa, especialmente no que concerne aos efeitos das decisões proferidas pelas cortes administrativas.

O tema assume especial importância, haja vista que pretende trazer elementos capazes de determinar as hipóteses em que a decisão proferida pelos órgãos de “contencioso administrativo” podem ou não ser revistas pelo Poder Judiciário nos países que adotam os sistemas dual e unitário.

Realizou-se pesquisa legal e doutrinária, com foco nas obras de Direito Comparado, Direito Administrativo e Direito Romano. A multidisciplinaridade inerente à matéria possibilitou o enfoque diversificado, abrindo caminho para um debate maior acerca do âmbito de aplicação das decisões proferidas pelos órgãos da Administração Pública.

1 JUSTIÇA ADMINISTRATIVA E MODELOS DE JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA

O termo “justiça administrativa” remonta à análise das duas palavras que compõem a expressão e que necessitam de melhor compreensão conceitual: a) “justiça”; e b) “administrativa”, havendo acepções de cunho formal e material que necessitam de maiores elucidações antes de adentrarmos no tema propriamente dito¹.

Conceituar justiça ou jurisdição respeita à questão de que o vocábulo encerra significados distintos. Araújo² assevera a existência de, pelo menos, quatro sentidos diferentes, em especial nos países latinos: a) âmbito territorial; b) sinônimo de competência; c) conjunto de poderes ou autoridade de determinado órgão do Poder Público; e d) função pública de dizer o direito, de distribuir a justiça.

O que aqui importa é a justiça como instituição estatal cuja atribuição primordial é a aplicação do Direito. Note-se que a Justiça como parte das funções inerentes ao Estado é una, não sendo possível, mesmo no caso do contencioso administrativo falar-se em uma atividade

1 GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 20-1.

2 ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.276.

jurisdicional completamente dissociada do Poder Judiciário, posto que, formalmente, sempre o será.

A definição de administração pública traz problemas similares, na medida em que o termo também encerra distintos sentidos, que consideram aspectos relevantes para o interesse dos administrados, especialmente na realização do desiderato maior do Estado: o bem estar comum.

Carvalho Filho relata os sentidos objetivo e subjetivo da Administração Pública: “o sentido objetivo, pois, da expressão, - que aqui deve ser grafada como iniciais minúsculas – deve consistir na própria atividade administrativa exercida pelo Estado por seus órgãos e agentes, caracterizando, enfim, a *função administrativa*”³.

Sobre o sentido subjetivo da expressão Administração Pública o autor contextualiza da seguinte forma:

A expressão pode também significar o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que tenham a incumbência de executar as atividades administrativas. Toma-se aqui em consideração o *sujeito* da função administrativa, ou seja, quem a exerce de fato. Para diferenciar esse sentido da noção anterior, deve a expressão conter as iniciais maiúsculas: Administração Pública⁴.

Aqui será tomada a expressão administração pública em seu sentido objetivo, significando o conjunto específico de funções do Estado realizadas no exercício da atividade estatal.

Quanto aos modelos de jurisdição administrativa, identificam-se dois de maior relevância: a) o modelo de jurisdição una (anglo-americano); e b) o modelo de jurisdição dualista (francês).

Na jurisdição unitária o Poder Judiciário guarda competência para a solução de litígios de toda natureza, inclusive aqueles em que há interesse direto da administração pública. É o modelo adotado pelo Brasil, por comando expresso do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal ao dispor que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

3 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 11.

4 *Ibidem*, p. 11-2.

O sistema da jurisdição dualista, de origem francesa, caracteriza-se “pela existência de Tribunais Administrativos ou órgãos assemelhados, a Administração, realmente, julga os litígios decorrentes de seus atos e relações com os administrados, emitindo decisões que, a exemplo do Poder Judiciário, também possuem autoridade de coisa julgada”⁵.

Em suma, nos países que adotam o sistema de jurisdição unitária, como é o caso do Brasil, apenas as decisões emanadas do Judiciário têm o condão de formar coisa julgada. Tribunais administrativos, mesmo quando existentes, sempre poderão ter suas decisões alteradas pelos juízes. No sistema dual, há uma cisão na função judicante, sendo que cabe ao contencioso administrativo resolver as matérias em que haja interesse da administração, sem possibilidade de revisão por órgão ou Tribunal estranho ao Poder Executivo.

2 ORIGEM DA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA: O DIREITO FRANCÊS

Como berço do Direito Administrativo e precursora de ideias e teorias revolucionárias na organização do Estado, a França foi igualmente importante na formação do conceito de “contencioso administrativo”. Expressão inúmeras vezes alvo de críticas, ante o aparente oxímoro que encerra.

A história do *Contentieux Administratif* remonta ao *Ancien Régime* com tribunais especializados em matérias administrativas e delegação direta do rei, mas foi com a Revolução Francesa que iniciou a assumir os contornos hodiernos, especialmente a partir da lei de 16-24 de agosto de 1790, que estatui a separação entre as funções judiciária e executiva no Título III, artigo 13, ao dispor que:

Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs ni citer devant eux, les administrateurs pour raison de leurs fonctions.

O sistema então inaugurado foi denominado de justiça administrativa retida, na qual o Conselho de Estado emitia pareceres meramente opinativos, vigorou até 1872, quando foi instalado o sistema da justiça delegada e o Conselho de Estado firmou-se como ente autônomo. Necessária a menção que, não obstante, em tese, o chefe do

⁵ ARAÚJO, op. cit., p.1.277.

executivo pudesse alterar o teor dos pareceres, não há registro de tal ocorrência durante o sistema de justiça delegada⁶.

A partir de 1872 o Conselho de Estado assumiu outra feição. Facchini Neto ressalta que:

Il passaggio della 'giustizia ritenuta' (ritenuta nelle mani del Ministro) alla 'giustizia delegata' è frutto di una conquista laboriosamente strappata alla teoria del ministro-giudice." Questo iter si conclude nel 1872, quando il Consiglio di Stato si afferma come giurisdizione autonoma. Infatti, la l. del 24 maggio 1872 proclama la natura giurisdizionale del *Conseil d'Etat*, affidandogli il ruolo di *juge de droit commun* in materia amministrativa.⁷

Até 1953 o Conselho de Estado era o único órgão da justiça administrativa. De lá para cá, a instituição passou por diversas remodelações que conduziram ao atual modelo, digno de confiança e respeitabilidade em todo o território francês. Naquele ano, houve uma remodelação do sistema com a criação de vinte e seis tribunais administrativos (1ª Instância) e extinção dos conselhos de prefeitura, sendo que, atualmente, existe um total de trinta e cinco tribunais administrativos, sendo vinte e sete em Paris⁸. Em 1987 foram criados cinco tribunais administrativos⁹ de apelação, sendo sete na atualidade¹⁰.

O Conselho de Estado tem o status mais elevado na organização do contencioso administrativo francês e, caso haja dúvida acerca da competência para julgar determinado caso em concreto, o conflito deverá ser dirimido pelo Tribunal de Conflitos que dá a última palavra em matéria de competência.

6 GUALAZZI, op. cit., p. 33.

7 R. Perrot, "Giudice collegiale e giudice unico...", cit., p. 390, e D. Amirante e F. Rosi, "La giustizia amministrativa in Francia", in: G. Recchia (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, (v. XXV del Trattato di diritto amministrativo), p. 136ss, Apud FACHINI NETO, obra ainda não publicada.

8 OLIVEIRA, António Cândido. A organização judiciária administrativa e fiscal. In: *temas e problemas de processo administrativo*. 2. ed. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2011. p. 25.

9 FACCHINI NETO, Eugênio. *Sistemi Giudiziari Comparati*. Stati Uniti, Francia e Italia. Obra não publicada.

10 OLIVEIRA, op. cit., p. 25.

É pertinente ainda a menção ao órgão de “auto-governo”¹¹, o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e das Cortes Administrativas de Apelação:

Tra le cui funzioni v'è quella di elaborare un quadro di progressione in carriera, sulla base del quale sono fatte le proposte di promozione. È anche dotato di ampi poteri in materia di organizzazione dei concorsi per l'assunzione, oltre che di funzioni di carattere disciplinare. Il consiglio è composto da giudici eletti dai loro pari, da rappresentanti dell'amministrazione e da tre membri laici, scelti dal Presidente della Repubblica, dal Presidente del Senato e dal Presidente dell'Assemblea Nazionale¹².

Assim, a dualidade de jurisdição na França assumiu caracteres inconfundíveis e, hoje, é indissociável da tradição do Direito Administrativo daquele país. Debbasch¹³ esclarece:

O contencioso administrativo engloba o conjunto de regras aplicáveis à solução jurisdicional dos litígios suscitados pela atividade administrativa [...]. O contencioso administrativo é um ramo particular do Direito Administrativo. Ele não comporta, pois, o estudo do fundo de Direito aplicável, a reiteração do conjunto de regras a que a administração está sujeita, mas unicamente o exame das regras relativas à organização da função jurisdicional e a seu exercício.

Portanto, todo o arcabouço que embasa o sistema de dualidade de jurisdição no mundo reflete a construção francesa, na medida em que a atividade judicante exercida no âmbito da própria administração imbricou-se no Direito Administrativo e dele não mais se dissociou. Adiante veremos o eco do sistema dual como hoje se posta na Alemanha, Itália e Portugal; bem como seu antagonista: o sistema unitário, de origem inglesa e hoje adotado no Brasil por disposição inserta no texto constitucional.

3 O DIREITO ALEMÃO

A Alemanha guarda uma longa história na tentativa de aprimorar as bases conceituais e metodológicas da justiça administrativa, que pareceu andar sempre atrelada à constituição do Estado de Direito.

11 OLIVEIRA, op. cit., p. 25.

12 FACCHINI NETO, op. cit.

13 Apud GUALAZZI, 1986. p. 110.

Citando Fleiner, Gualazzi¹⁴, em passagem necessária ao correto entendimento do tema, especificamente no que refere à problemática do surgimento da justiça administrativa e dos cuidados ineludíveis na sua construção, aponta que:

Na Alemanha, O Estado de Direito teve sua origem na aplicação das instituições de justiça à Administração. A Administração chegou a ser uma atividade submetida ao Direito. A realização do Direito Administrativo incumbe às autoridades administrativas; estas, porém, à diferença do Juiz, não adotam uma atitude imparcial em face do Direito; e como em todas as situações o funcionário administrativo há de representar o interesse público em face do cidadão, corre-se o perigo de que as leis sejam interpretadas de modo parcial e em favor do Estado. Este perigo não se obvia com a instituição de recursos administrativos, porque sempre são as mesmas autoridades administrativas que decidem. Por esta razão, erigido o Estado Constitucional, sentiu-se imediatamente a necessidade de instituir uma instância autônoma de proteção jurídica, na esfera do Direito Administrativo. A estes reparos de caráter objetivo, somam-se também considerações políticas contra o exercício exclusivo do Direito Administrativo pelas autoridades administrativas. As Cartas Constitucionais, ao distribuir as diversas funções públicas entre os diferentes órgãos do Estado, reservaram a Administração aos Soberanos, mas obrigando-os a uma colaboração com os Ministros, os quais se tornaram responsáveis ante as Cortes. Então, surgiu o temor de que as autoridades administrativas, dependentes da vontade do Soberano, pudessem exercer com parcialidade suas faculdades administrativas e interpretar o Direito Administrativo no interesse dos fins políticos do seu partido.

Na Alemanha, portanto, houve sempre uma preocupação maior de garantir a imparcialidade da justiça administrativa, isolando-a da vontade do Soberano e a cercando de garantias que a mantenha alijada da influência *interna corporis*.

A cronologia da evolução da justiça administrativa iniciou no Século XIX com a unificação do Estado alemão até a queda do segundo *Reich* em 1933. Ali, houve um período de pouca evolução institucional, marcado pelo Estado de Direito Democrático implementado pelo Partido

14 GUALAZZI, op. cit., p. 59.

Nacional Socialista no terceiro *Reich*, correspondente aos doze anos compreendidos entre 1933 e 1945.

Com a ocupação da Alemanha, no lado ocidental por franceses, norte-americanos e britânicos, houve grande diversidade de ideias sobre a justiça administrativa, destacando-se, no pedaço norte-americano, o projeto de lei de autoria de uma comissão de juristas presidida por Georg Jellinek que terminou por ser adotado em vários Estados em forma de lei.¹⁵

Forsthoff¹⁶ ressalta que “a característica comum da organização dos tribunais administrativos (na Alemanha) é a sua separação da Administração ativa. São única e exclusivamente tribunais. Não só estes, como tais, senão também seus membros titulares não podem ser chamados aos negócios da Administração”.

Dali para adiante, a justiça administrativa (mais justiça que administração) alemã experimentou grande evolução, sempre focada na ideia de independência e imparcialidade, o que fez com obtivesse grande reconhecimento em patamar internacional.

O Tribunal Administrativo Federal (Bundesverwaltungsgericht), com sede em Leipzig, um dos cinco supremos tribunais federais na Alemanha, é, nos dias de hoje, a mais alta corte em matéria administrativa. O sistema de justiça administrativa é atualmente composto de cinquenta e dois tribunais administrativos de primeira instância, dezesseis altas cortes administrativas com competência recursal e o Tribunal Administrativo Federal (no topo); contando com aproximadamente dois mil e quatrocentos juízes¹⁷.

4 O DIREITO ITALIANO

4.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO ROMANO

A preocupação com a dicotomia direito público e direito privado já existia entre os romanos, sendo que o primeiro tinha por finalidade a organização da república romana e o segundo o que diz respeito ao interesse dos particulares. Na lição de Justiniano¹⁸, “hujus studi duae sunt

15 GUALAZZI, op. cit, p. 62.

16 FORSTHOF, Ernst apud GUALAZZI, op. cit., p. 65-6.

17 Disponível em: <http://www.bverwg.de/informationen/english/federal_administrative_court.php>.

18 Apud CRETELLA JÚNIOR, 1993. p. 25.

positiones: publicum et privatum. Publicum jus est statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem”.

Na seara processual, não obstante a distinção entre o processo das *legis actiones*, o processo formular e o processo extraordinário, por seu turno, não havia, no direito romano, preocupação com a definição e um rito ou competência próprios para a instrução e julgamento dos assuntos de interesse do Estado.

No passar dos séculos, após a queda do império romano do ocidente em 476 d.C.; no qual ficava situado o atual território italiano, um pequeno apêndice de sua grandiosidade, e até a unificação da Itália no Século XIX, as diversas Regiões italianas trataram da justiça administrativa de forma diferente, por meio de inúmeros ordenamentos jurídicos.

4.2 A ITÁLIA

No período pré-unificação, a Itália experimentava uma rígida separação de poderes, excluindo o controle da atividade administrativa pelo judiciário. Na segunda metade do século XIX houve uma atenuação desse princípio com a publicação da Lei 2.248, de 20 de março de 1865. Na lição de Facchini Neto¹⁹:

Questa legge ha previsto che qualsiasi atto amministrativo che violasse un diritto soggettivo pubblico o privato dei cittadini, poteva essere sottomesso alla giurisdizione delle corti ordinarie. La tutela degli interessi legittimi, rimasti sprovvisti di protezione giurisdizionale, poteva essere cercata tramite i ricorsi amministrativi.

Una grave limitazione, però, rimaneva: l'autorità giudiziaria non poteva invalidare l'atto illegittimo. Il suo potere si limitava alla possibilità di condanna pecuniaria della pubblica amministrazione al risarcimento dei danni eventualmente arrecati.

A partir de 1889 a justiça administrativa toma uma nova feição, buscando proteger o legítimo interesse dos cidadãos que fossem violados por um ato administrativo. Nessa fase, pouco restou de competência à justiça comum. A Constituição atual, promulgada em 27 de dezembro

19 FACCHINI NETO, op. cit.

de 1947, dispõe sobre a justiça administrativa em diferentes dispositivos, especificamente nos artigos 100²⁰, 102, 103 e 113²¹.

Merece menção a criação, em 1971, dos tribunais administrativos regionais e, sobre a organização da justiça administrativa italiana na atualidade, complementa Fachini Neto²²:

Il sistema italiano in questo momento si compone di tribunali amministrativi regionali distribuiti sul territorio e un organo di vertice, il Consiglio di stato. Il reclutamento dei magistrati amministrativi è fatto attraverso concorsi pubblici di secondo grado, per partecipare ai quali è necessario far parte, a diverso titolo, dell'amministrazione dello stato, o aver svolto pratica legale. Metà dei posti di consigliere di stato è però riservato a persone nominate dal governo, anche senza possedere alcun requisito formale. Le promozioni avvengono nella maggior parte dei casi, e nella totalità delle posizioni più importanti, ad opera del governo.

Assim, a composição da justiça administrativa dá-se pelos tribunais administrativos regionais e pelo Conselho de Estado italiano. O provimento dos cargos dá-se por concurso público, no qual pode concorrer qualquer servidor da administração que detenha conhecimentos legais. Metade dos cargos do Conselho de Estado é reservada a nomeações do Governo.

5 O DIREITO PORTUGUÊS

Marcello Caetano²³ divisou a atividade administrativa, do ponto de vista processual, em processo gracioso e processo contencioso. Sua explanação é deveras ilustrativa:

O processo administrativo será contencioso quando disciplinar o funcionamento de um órgão independente com competência para

20 Art. 100 Il Consiglio di Stato e' organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione.

21 Art. 113 Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti. La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa.

22 FACCHINI NETO, op. cit.

23 CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 1. ed. brasileira. São Paulo: Forense, 1970. 2 vs. 1970. p. 1.178-9.

decidir, a instância dos interessados e com força de caso julgado, as contestações surgidas acerca da legalidade de actos jurídicos anteriormente praticados pela Administração.

Será gracioso quando disciplinar o funcionamento e actuação dos órgãos da Administração que para prosseguirem o interesses postos por lei a seu cargo devam praticar ou executar actos jurídicos.

O processo contencioso, portanto, decide o conflito posto que em entre as partes (particular e administração) com força de coisa julgada e tendo como órgão de maior hierarquia o Supremo Tribunal Administrativo, cuja competência consiste, basicamente, no conhecimento dos recursos de apelação e de agravo interpostos das sentenças e despacho dos auditores e dos recursos directos de anulação interpostos contra ato dos Ministros, Secretários de Estado, Subsecretários e agentes públicos que ajam por delegação expressa, nos casos permitidos em lei²⁴.

ém do Supremo Tribunal Administrativo e das Auditorias, há um sem número de órgãos om competência especializada para dirimir as questões apresentadas, ressaltando que não existe um Tribunal de Conflitos e que eventuais conflitos de competência são dirimidos pelos próprios Tribunais Administrativos²⁵.

De 1976 a 2002 diversos atos alteraram a feição da justiça administrativa portuguesa, integrando as auditorias administrativas ao Ministério da Justiça e mantendo os tribunais tributários e aduaneiros vinculados ao Ministério das Finanças. De mais relevante tem-se, em 1984, a publicação do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais – ETAF, que não sofreu alterações coma reforma constitucional de 1989.

Em 2002, por seu turno, Portugal experimentou a maior reforma já registrada na organização judiciário, administrativa e tributária, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2004. Oliveira²⁶ relata que:

A estrutura organizativa que temos hoje, depois das significativas alterações ao ETAF de 2002 introduzidas pela Lei n.o 107-D/2003, de 31 de Dezembro e da publicação da Portaria n.o 1418/2003, de 30 de Dezembro, passou a ser a seguinte:

24 CAETANO, op. cit., 1970, v. II, p 1.268.

25 GUALAZZI, op. cit., p. 75-6.

26 OLIVEIRA, op. cit., 35.

- i) 16 tribunais administrativos e fiscais (Braga, Porto, Penafiel, Mirandela, Viseu, Coimbra, Leiria, Lisboa, Loures, Sintra, Almada, Castelo Branco, Beja, Loule, Funchal, Ponta Delgada);
- ii) 2 tribunais centrais administrativos: Norte, com sede no Porto e Sul, com sede em Lisboa, ambos com 2 secções;
- iii) Supremo Tribunal Administrativo (Lisboa), com duas secções”.

Aos tribunais administrativos compete conhecer todos os conflitos do âmbito da jurisdição administrativa, à exceção daquela reservada aos tribunais superiores, sendo, nesse caso, competente a seção de contencioso do Superior Tribunal Administrativo.

6 O DIREITO ANGLO-AMERICANO

O sistema jurisdicional inglês, copiado com algumas adaptações nos países da *common law* e em diversos outros na América Latina (tais como Brasil, Chile e México) em razão da influência norte-americana, adotou a máxima *una lex, una jurisdictio*, cabendo ao Poder Judiciário a última palavra tanto em assuntos de natureza privada, como naqueles em que há a presença do interesse da administração pública.

Debbasch²⁷ faz um apanhado geral acerca do sistema inglês, ressaltando suas principais características:

O controle jurisdicional da Administração é entregue, na Inglaterra, aos tribunais de direito comum. A independência do magistrados e o recursos muito amplos que lhes oferece o sistema da *common law* explicam que não se tenha sentido a necessidade de jurisdição especializada. Este controle repousa na ficção de que os atos administrativos, depois de um processo, são quase jurisdicionais. O sistema de controle vinculado revela, entretanto, lacunas, quando um ato é tomado no exercício de um poder puramente administrativo. Por outro lado, o intervencionismo provocou uma dificuldade para o juiz de direito comum: a de adaptar-se a domínios muito técnicos. Eis por que surgiram jurisdições administrativas especializadas. A unidade do sistema jurisdicional fica, no entanto, íntegra. Estes tribunais são controlados graças ao jogo das vias de recurso pelas jurisdições de direito comum.

²⁷ Apud GUALAZZI, op. cit., p. 77.

É fato que até existem no sistema inglês tribunais ou cortes de natureza administrativa. Podendo, inclusive, ser denominados, algumas vezes, de tribunais administrativos. Entretanto, é certo que suas decisões, por mais especializadas que se apresentem, sempre podem ser revistas pelo Poder Judiciário por intermédio de diferentes remédios estatuídos ou não em lei.

O Direito norte-americano, por seu turno, trabalha com a perspectiva de uma função quase-judicial da Administração Pública. O procedimento administrativo é judiciariforme, sendo qualificado como atividade de natureza administrativa desenvolvida segundo a ótica de um procedimento judicial, seguindo princípios semelhantes com um juízo equitativo, distanciado das partes²⁸.

Sobre o sistema americano importa a menção à *Chevron Doctrine* e à *Hard Look Doctrine* em matéria administrativa. No primeiro caso, relata-se litígio instalado entre a Chevron (*International Oil Company*) e o Conselho de Defesa dos Recursos Naturais (órgão equivalente ao IBAMA) em que, em 1984, a Suprema Corte decidiu que o judiciário deve acatar as interpretações da agência quanto à sua área de atuação, à exceção daquelas visivelmente atentatórias ao estatuto legal²⁹.

A *Hard Look Doctrine* constitui-se em um princípio do direito administrativo norte-americano segundo o qual o judiciário deve assegurar-se de que as decisões proferidas pelas agências reguladoras foram proferidas segundo um olhar profundo nos fundamentos aplicáveis e que a justiça deve afastar decisões “arbitrárias” ou “caprichosas” com forma de disciplinar as decisões tomadas pelas agências³⁰.

O modelo de jurisdição una ou unitária teve grande receptividade, especialmente em países que sofreram influência política britânica ou norte-americana, como é o caso do Brasil, que adotou o modelo com relativo sucesso, sem se distanciar de suas tradições romanistas.

7 A JUSTIÇA ADMINISTRATIVA DO BRASIL

No Brasil, por comando constitucional contido no artigo 5º, inciso XXXV (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça

28 GUALAZZI, op. cit., p. 80.

29 Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/wex/chevron_deference>.

30 Disponível em: <<http://definitions.uslegal.com/h/hard-look-doctrine/>>.

a direito), adotou-se o sistema da jurisdição una. Conforme explanado no capítulo anterior, a opção deu-se por influência norte-americana e se tem mostrado exitosa mesmo em um país de tradição romanista.

Apesar de ser frequente o uso da expressão contencioso administrativo, não existe aqui uma justiça administrativa no sentido técnico da expressão, posto que todas as decisões proferidas no âmbito da administração pública podem ser levadas a conhecimento do Poder Judiciário (sistema unitário ou uno), que poderá alterar-lhe o teor de acordo com as normas vigentes.

Tratar-se-á, a seguir, dos meandros do sistema jurisdicional brasileiro, especialmente, a justiça especializada e dos órgãos incumbidos de exercer funções semelhantes à jurisdicional no Poder Executivo e no Poder Judiciário.

7.1 A JUSTIÇA ESPECIALIZADA

Como consequência do sistema *una lex, una jurisdictio* tem-se que a justiça deve tratar de todos os assuntos, inclusive daqueles afetos à administração pública. Isso gera de início um problema a ser enfrentado, qual seja, a necessidade de especialização dos juízes nos assuntos correlatos à administração.

Assim, o constituinte de 1988 preocupou-se em setorizar a Justiça. O artigo 92, estatui que são órgãos do Poder Judiciário:

- a) o Supremo Tribunal Federal;
- b) o Conselho Nacional de Justiça;
- c) o Superior Tribunal de Justiça;
- d) os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
- e) os Tribunais e Juízes do Trabalho;
- f) os Tribunais e Juízes Eleitorais;
- g) os Tribunais e Juízes Militares;
- h) os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Por não ser da ordem de abordagem do tema proposto, adentraremos na análise do que é pertinente, sob pena de fugir do nosso objetivo. Dessa forma, nos itens “d” (Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais) e “h” (Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios) percebe-se a aposição de um sistema voltado à solução das lides comuns (não especializadas) que, no entanto, terminaram por abarcar os assuntos de interesse da administração, ora de forma abrangente, como é o caso da Justiça Federal, ora em varas especializadas, como é o caso das varas da fazenda pública na Justiça Comum dos estados.

Nesse último caso, por comando inserto no artigo 125, §1º da Constituição, a respectiva Constituição estadual disporá sobre a competência do Tribunal de Justiça, que tem a prerrogativa de iniciativa para a propositura da lei de organização judiciária, a qual poderá dispor sobre a criação de varas especializadas da fazenda pública, para dirimir conflitos dessa natureza. Esse modelo tem sido amplamente adotado nas justiças estaduais, buscando uma melhora no provimento jurisdicional e possibilitando aos juízes um contato mais próximo com a matéria administrativa.

Quanto à Justiça Federal, cuja competência está estabelecida no artigo 109 da Constituição, resvala no tema aqui tratado o texto do inciso I, dispondo que compete aos juízes federais processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

Naquela esfera de competência, portanto, há expressa previsão constitucional (não de forma residual como ocorre na Justiça Comum dos estados) para processar e julgar os assuntos de interesse da Administração Pública federal, não havendo varas especializadas, mas uma Justiça especializada como um todo, com as exceções previstas na parte final do inciso supra transcrito.

7.2 TRIBUNAL MARÍTIMO

O Tribunal Marítimo - TM, na lógica do artigo 1º da Lei nº 2.180, de 5 de fevereiro de 1954 (Lei Orgânica do Tribunal Marítimo - LOTM), tem jurisdição em todo o território nacional, é órgão autônomo, auxiliar do Poder Judiciário, vinculado ao Ministério da Marinha (hoje Comando da Marinha, que é vinculado ao Ministério da Defesa) no que se refere ao provimento de pessoal militar e de recursos orçamentários para pessoal e material destinados ao seu

funcionamento, tem como atribuições julgar os acidentes e fatos da navegação marítima, fluvial e lacustre e as questões relacionadas com tal atividade, especificadas em lei.

A composição do TM é heterogênea, sendo sete juízes, dos quais três são militares da Marinha, dentre eles o Presidente, e quatro são civis, sendo dois bacharéis em direito, um especialista em armação de navios e navegação comercial e um Capitão de Longo Curso da Marinha Mercante.

A competência do Tribunal consiste em julgar os acidentes e fatos da navegação definindo-lhes a natureza e determinando-lhes as causas, circunstâncias e extensão, indicando os responsáveis e aplicando-lhes as penas estabelecidas em lei e propondo medidas preventivas e de segurança da navegação (art. 13).

A lei orgânica do TM trata minuciosamente do *iter* processual prevendo forma de instrução, decisão e recursos, o que confere às suas decisões uma natureza quase judicial. Entrementes, apesar de todas as garantias de uma decisão imparcial e condizente com os princípios norteadores do processo civil, as sentenças ali proferidas não geram coisa julgada, podendo o Poder Judiciário revê-las e alterá-las.

7.3 CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL

O Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, introduziu, na estrutura organizacional da Advocacia-Geral da União, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, cuja competência foi estatuída no seu artigo 18 e consiste em:

- a) avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia Geral da União;
- b) requisitar aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal informações para subsidiar sua atuação;
- c) dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios;

- d) buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos Ministros dos Tribunais Superiores e demais membros do Judiciário, ou por proposta dos órgãos de direção superior que atuam no contencioso judicial;
- e) promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos casos submetidos a procedimento conciliatório;
- f) propor, quando couber, ao Consultor-Geral da União o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação; e
- g) orientar e supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito das Consultorias Jurídicas nos Estados.

A função primordial da CCAF consiste em promover a conciliação entre os órgãos ou entidades da Administração Federal, ou entre esta e a Administração Pública dos Estados, Distrito Federal e Municípios, e, quando infrutífera a tentativa de conciliação, propor o arbitramento das controvérsias, judicializadas ou não, ao Consultor-Geral da União, nos casos de conflitos que envolvam exclusivamente entes da Administração Federal.

Inobstante não tratar-se propriamente de uma espécie de contencioso administrativo, a CCAF representou um avanço em termos de solução de conflitos entre entes públicos, com a grande vantagem de prevenir o ajuizamento de ações ou implicar na extinção daquelas já propostas, proporcionando economia de tempo e dinheiro para a administração.

Essa experiência ainda incipiente pode permitir, em um futuro próximo, a introdução de inovações no âmbito da resolução de conflitos entre particulares e a administração pública.

8 CONCLUSÃO

Na análise comparativa aqui tratada, verificou-se a presença de dois sistemas de jurisdição, guardadas algumas peculiaridades em cada país, sendo o primeiro o dual ou dualista (justiça administrativa), de origem francesa e adotado em diversos países da Europa continental, dos quais destacam-se Alemanha, Itália e Portugal. O contencioso administrativo caracteriza-se pela presença de dois patamares jurisdicionais:

- a) a justiça comum, destinada a julgar as lides ordinárias entre particulares;
- b) a justiça administrativa, desvinculada do Poder Judiciário, cuja função consiste em decidir as causas onde seja identificado o interesse do Estado, tendo suas decisões força de coisa julgada, não podendo ser alterada pelas cortes do Judiciário.

De origem inglesa, o sistema uno ou unitário de jurisdição caracteriza-se pelo monopólio na resolução das lides pelo Poder Judiciário, havendo ou não interesse da Administração Pública. Nesse sistema, adotado principalmente nos países da *common law* e tendo irradiado-se por diversos outros na América Latina, como México, Chile e Brasil, é comum a existência de órgãos de jurisdição administrativa. Entretanto, suas decisões não fazem coisa julgada, podendo ser revistas pelo Poder Judiciário.

No Brasil, ante a influência norte-americana, adotou-se o sistema uno de jurisdição (*una lex, una jurisdictio*) por comando constitucional expresso no artigo 5º, inciso XXXV, havendo varas especializadas em lides de interesse da Administração Pública na justiça comum dos Estados e na justiça federal. Identificam-se órgãos destinados à solução de litígios, como é o caso do Tribunal Marítimo e da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal que, seguindo o modelo unitário, poderão ter suas decisões revistas pela Justiça.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 1. ed. brasileira. São Paulo: Forense, 1970. 2 vs.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FACCHINI NETO, Eugênio. *Sistemi Giudiziari Comparati*. Stati Uniti, Francia e Italia. Obra não publicada.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

OLIVEIRA, António Cândido. A organização judiciária administrativa e fiscal. In: *temas e problemas de processo administrativo*. 2. ed. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2011.

PERLINGEIRO, Ricardo. A justiça administrativa brasileira comparada. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVI, n. 57, maio/ago. 2012.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. A justiça administrativa no direito comparado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 38, n. 152, out./dez. de 2001.

A APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL OBJETIVA: LIMITAÇÕES E A TEORIA DO RISCO INTEGRAL

THE APPLICATION OF THE OBJECTIVE ENVIRONMENTAL CIVIL LIABILITY: LIMITATIONS AND FULL RISK THEORY

Luiz Francisco Tavares da Silva Júnior

SUMÁRIO: Introdução; 1 Proteção do meio ambiente; 2 A responsabilidade civil ambiental; 3 A responsabilidade civil objetiva: normas aplicáveis; 4 A reparação civil do dano ambiental; 5 Pressupostos da responsabilidade civil objetiva; 5.1 A questão do dano ambiental; 5.2 A relação de causalidade; 6 Limitação proporcional ou parcial da responsabilidade civil ambiental; 6.1 A teoria do risco; 6.1.1 Risco Criado; 6.2 A limitação por concorrência de culpa e caso fortuito e força maior; 6.3 A questão da solidariedade; 7 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo trata sobre a responsabilidade civil ambiental sob uma análise fundada na corrente da sociedade de risco, contemplando aspectos atinentes ao caráter objetivo do instituto. De considerações atinentes à relação das atividades produtivas e os danos ao meio ambiente, analisa a teoria da responsabilidade civil ambiental a partir de seus pressupostos e busca discutir alguns posicionamentos de limitação, exclusão e a teoria do risco integral, procurando delimitar qual a resposta normativa ideal ao tema no direito brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil Ambiental. Objetiva. Dano. Poluição. Meio ambiente. Risco Integral. Reparação.

ABSTRACT: This article discuss about the environmental civil liability under an analysis founded in the current risk society theme, contemplating some aspects linked to the objective character of the civil institute. From considerations concerning the relationship of productive activities and the damage to the environment, it examine the theory os environmental liability from its principles and aim to discuss some placements of limitation, exclusion and the full risk theory, seeking to delimit which is the brazilian law ideal response to the theme.

KEYWORDS: Environmental Civil Liability. Objective. Damage. Pollution. Environment. Full Risk. Compensation.

INTRODUÇÃO

Não restam questões quanto à relevância do tema da responsabilidade civil ambiental. É instituto primário no que concernem quaisquer discussões que envolvam assuntos ambientais e, na verdade, da humanidade em sentido geral, essencialmente sobre tópicos de degradações de todas as ordens. Se há algo a ser positivamente avaliado nas últimas décadas dentro da vertente ambiental é a evolução jurídica, ética, moral e científica, dito em outras palavras, o progresso conceitual sobre o ser humano e a forma como ele se relaciona com o meio ao seu redor, com as demais vidas, a visão holística da sobrevivência e da qualidade de vida inter e intrageracional, a proteção de todos esses fatores.

De maneira ainda bastante rarefeita, os primeiros passos destas mudanças se deu com legislações esparsas de caráter protetivo espacialmente localizado e materialmente específico, por exemplo, no Brasil 1797, pela Carta régia de proteção a rios, nascentes e encostas, que passavam a ser declarados propriedade da Coroa, bem como em 1850 quando foi promulgada a Lei nº 601/1850, primeira Lei de Terras do Brasil, disciplinando a ocupação do solo e estabelecendo sanções para atividades predatórias¹, como o Smoke Nuisance Abatement (Metropolis) Act em 1853 e os Alkali Act de 1863 e de 1874 voltados ao controle de emissão de gases no Reino Unido da Grã-Bretanha².

À frente, o que se percebe numa análise histórica é um ponto de inflexão da visão meramente utilitarista propagada pelos movimentos progressistas industriais anteriores a uma propagação global de revisão dos modelos produtivos, das matrizes energéticas, da relação limitada entre o potencial de produção e de consumo com a existência de recursos ambientais, até uma consideração de valores quanto à vida propriamente dita. São claros referenciais do que ora se diz o primeiro relatório elaborado pelo Clube de Roma, em 1972, 'Os Limites para o Crescimento' (The Limits to Growth), dando luz a reconciliação sustentável entre produção e exploração de bens ambientais³, passando Declaração da Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente, Estocolmo 1972, que espraiou bases normativas de caráter ético-principlológico à proteção do meio ambiente,

1 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=97547>.

2 Disponível em: <<http://www.st-andrews.ac.uk/~dib2/atmos/control.html>>.

3 Disponível em: <<http://www.clubofrome.org/>>.

com consequente estabelecimento do PNUMA (Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente), e pelo relatório elaborado pela Comissão Brundtland⁴, Nosso Futuro Comum (Our Common Future), cujas linhas propositivas demonstravam dimensões absolutamente conhecidas relativas à proteção da humanidade e do meio ambiente, sendo porém ‘a voz’ que ecoou tais e tão óbvios enunciados como ‘um mundo onde a pobreza e a desigualdade são endêmicas estará sempre propenso à crises ecológicas, entre outras [...] O desenvolvimento sustentável requer que as sociedades atendam às necessidades humanas tanto pelo aumento do potencial produtivo como pela garantia de oportunidades iguais para todos’.

A partir de então, as atenções do mundo se voltaram à conscientização das inumeráveis questões humanitárias e ambientais, vinculadamente consideradas, que pudessem produzir condições sustentáveis de vida às presentes e futuras gerações, como propagados pela reunião RIO 92 e a Agenda 21, Kyoto 1997 e o seu Protocolo de metas de redução de emissões, Joanesburgo 2002 com a Declaração sobre o Desenvolvimento Sustentável, até a RIO + 20, cujos debates orientaram-se por pelo tema central da economia verde e a estrutura institucional no contexto do desenvolvimento sustentável e da erradicação da pobreza⁵.

Na mesma esteira segue a temática da responsabilidade civil ambiental, tendo sua construção atual ligada principalmente às novas teorias sociais do risco, e em paralelo às novas correntes civilistas que propuseram uma passagem da responsabilização civil subjetiva, apenas fundada nos fatos ilícitos e seus pressupostos, para o dever indenizatório objetivo, em casos de fatos lícitos. Criou-se a noção de absorção do risco inerente às atividades e fatos potencialmente perigosos, e os danos que a coletividade seria capaz de absorver, ou teria de absorver, mesmo sem haver uma conduta normativamente infratora. E é nessa corrente objetiva que o direito ambiental segue.

4 Pertinente descrever os eventos que envolvem a elaboração do relatório pela Comissão Brundtland. Sabe-se que em 1983, o Secretário-Geral da ONU convidou a médica Gro Harlem Brundtland, mestre em saúde pública e ex-Primeira Ministra da Noruega, para estabelecer e presidir a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. Brundtland foi uma escolha natural para este papel, à medida que sua visão da saúde ultrapassa as barreiras do mundo médico para os assuntos ambientais e de desenvolvimento humano. Em abril de 1987, a Comissão Brundtland, como ficou conhecida, publicou um relatório inovador, “Nosso Futuro Comum” – que traz o conceito de desenvolvimento sustentável para o discurso público. Informação disponível em: <<http://www.onu.org.br>>.

5 Disponível em: <http://www.rio20.gov.br/documentos/relatorio-rio-20/1.-relatorio-rio-20/at_download/relatorio_rio20.pdf>.

Em termos introdutórios, pode-se aferir que a responsabilidade civil ambiental está atrelada aos conceitos dos danos ambientais, e suas alarmantes consequências prejudiciais. Assevera Helita Custódio que os danos ambientais compreendem em seu conteúdo o dano ecológico (ora contempladas as degradação dos bens ambientais), o dano ao patrimônio cultural, o dano nuclear, e demais danos resultantes de quaisquer espécies de poluição. Efetiva, iminente ou potencialmente lesivos e ameaçadores à sadia qualidade de vida, as degradações produzidas ameaçam e lesam, direta ou indiretamente, a saúde ambiental, a saúde pública, a segurança e a paz, o trabalho, ao patrimônio, à cultura, ao lazer, enfim, ao bem estar da coletividade⁶. Como um dos substanciais elementos da responsabilidade civil, o dano ambiental amplia o campo dos danos ressarcíveis inerentes tanto à responsabilidade subjetiva como à responsabilidade objetiva, numa conjugação da teleologia jurídica de utilidade social e justiça jurisdicional.

Assim, torna-se patente que a noção geral da responsabilidade civil fundada em normas jurídicas de conteúdos gerais e especiais, de caráter preventivo e repressivo, tem finalidades plurais, desde a reparação do dano ambiental, buscando a preservação ou ao reestabelecimento da estrutura ecológica anterior e do equilíbrio social.

Como afirma Paulo Affonso Machado, é claramente um extremismo desnecessário inferir a ideia de que todas as intervenções no meio ambiente ocasionarão prejuízos individuais ou coletivos – seria a afirmação da antítese entre desenvolvimento e proteção ambiental, o que é frontalmente contrário às atuais correntes de sustentabilidade, às possibilidades de mudança e de inovações, ou como atribui o doutrinador, contemplaria que o estado adequado do meio ambiente é o imobilismo⁷. A análise a ser feita, então, refere-se à função do direito ambiental, em direcionar as atividades humanas, aprimorando limites, dispendo acerca dos comportamentos aceitáveis e defesos, com o objetivo de garantir que essas atividades não causem danos ao meio ambiente, impondo-se a responsabilização e as consequentes penalidades aos transgressores dessas normas⁸.

6 CUSTÓDIO, Helita Barreira. *Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente*. Campinas, SP: Millenium, 2006. p. 217.

7 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 17. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 349.

8 Cf. SILVA, Anderson Furlan da; FRACALLOSSI, William. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 500.

Por sua natureza, a atividade poluente culmina numa espécie de apropriação pelo poluidor dos direitos de outrem, vez que a degradação representa uma limitação do direito da coletividade em usufruir dos bens ambientais, de gozar de uma vida com qualidade e bem estar, de respirar a boa paz social, finalidade primária de qualquer indivíduo. Sob esse escopo, passa-se a análise das modalidades de reparação do dano ecológico, tratando desde os elementos preventivos inerentes aos riscos das atividades econômicas, passando pelo viés indenizatório, até a cessação e reparação, recuperação do meio ambiente.

1 PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

Começa-se trazendo ao trabalho a definição jurídica do bem protegido, o meio ambiente, delimitado por muitas normas, as quais reproduzem um conceito bastante semelhante. A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente é a norma primária de todas as definições jurídicas relacionadas ao meio ambiente, e é dela que se extrai, no art. 3º da Lei 6.938/81, que o meio ambiente abrange o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química, biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as formas. A adoção desse conceito significa a proteção de tudo o que permite, abriga e rege a vida, todos os processos naturais que se correlacionam para desenvolvimento de toda e qualquer forma de vida, e não apenas a vida humana. É a proteção, como dito inicialmente, de vida no sentido mais amplo possível, falando-se da tutela jurídica de todos os ecossistemas, dos bens que interagem e do homem, neles inseridos. É da mesma lei a conceituação de poluidor, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental (Lei 6.938/81, art. 3, IV).

Fazendo uma importante distinção conceitual sobre meio ambiente, Benjamin Hermann que o meio ambiente deve ser concebido como um bem distinto dos elementos que o compõe, ou seja, como um macrobem: 'o meio ambiente, embora como interesse (visto pelo prisma da legitimação para agir) seja uma categoria difusa, como macrobem jurídico é de natureza pública. Como bem – enxergado como verdadeira 'universitas corporalis' – é imaterial, não se confundindo com esta ou aquela coisa material (floresta, rio, mar, sítio histórico, espécie protegida, etc.) que o forma, manifestando-se ao revés como complexo de bens agregados que compõe a realidade ambiental (ver referência)⁹

9 BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. Função Ambiental. In: Antonio Herman Benjamin. *Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão*. p. 9-82. Disponível em: <<http://www.jdsupra.com/legalnews/funo-ambiental-antonio-herman-benjam-52164/>>.

O fundamento primário desta proteção, como é claro, advém da Constituição Federal, na redação de seu art. 225. Ao consagrar a proteção do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, classifica-o como bem de uso comum do povo. Essa classificação determina que esse direito pertence a todos, trazendo uma ideia de indisponibilidade, do fato que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como um todo, é insuscetível de apropriação. Do caráter indisponível dos bens ambientais advém a sua imprescritibilidade quanto à ocorrência de danos a esses bens. É nesse sentido também a disposição do artigo 3º da Lei 6.398/81, segundo o qual meio ambiente é definido como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

O conceito de responsabilidade ambiental tem seu fulcro na disposição do art. 225, § 3, da CF, conforme já aludido e colacionado, e infere a culminação de sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. O dispositivo constitucional, como se vê, reconhece três tipos de responsabilidade, independentes entre si - a administrativa, a criminal e a civil -, com as respectivas sanções legais, o que não é peculiaridade do dano ecológico, uma vez que qualquer dano a bem de interesse público pode gerar os três esferas de responsabilidade.

Pertinente ao escopo deste trabalho, temos que a responsabilidade civil ambiental está juridicamente relacionada a uma base principiológica que lhe dá sustentação e autonomia para assegurar que os sujeitos protegidos pelas sistema normativo - o meio ambiente com seus processos naturais e a coletividade e sua saudável qualidade de vida - tenham reparados seus interesses uma vez lesados de qualquer forma.

Diz Herman Benjamin sobre o primeiro deles, o princípio da precaução, que este responde à pergunta acerca da incerteza e da imprevisibilidade científica advinda da periculosidade ambiental de uma atividade¹⁰, e de qual será o papel dos agentes envolvidos - o ofensor, o Poder Público, a sociedade - nas situações de risco ou dano efetivo. E o viés-tema é a hipossuficiência da vítima, meio ambiente e coletividade. Ao afastar a necessidade de certeza e prova, ou seja, de inverter o ônus probatório, o princípio da precaução define que o titular da atividade, ainda que tome as providências legalmente

10 BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br> p. 20>.

exigíveis para sua conduta, toma para si a responsabilidade inerente ao risco científico-comercial da atividade econômica; dito de outra forma pelo citado doutrinador, impõe-se aos degradadores, efetivos e potenciais, 'o ônus de corroborar a inofensividade de sua atividade proposta', em especial nas situações em que o dano ambiental apresenta condições de larga escala, de difícil reparação ou mesmo de irreparabilidade¹¹.

É impor ao agente econômico que, além da obrigação de efetivar o princípio preventivo sobre uma atividade, de obrigatoriamente tomar medidas mitigatórias sobre os processos produtivos potencialmente poluentes, de definir processos otimizados que evitem degradações aos sítios vizinhos, há sim 'um dever genérico e abstrato de não degradação do meio ambiente', invertendo-se o regime civil da ilicitude, já que, nas bases da responsabilidade ambiental, prevalece uma presunção face ao risco, cabendo ao agente provar contrariamente.

Por sua vez, o princípio do poluidor-pagador propõe que o agente que degradar o meio ambiente, por ação ou omissão, deve assumir os custos de medidas mitigatórias e de reparação o dano causado, segundo as determinações legais cabíveis. É o princípio de internalização dos custos ambientais pela degradação, ou das externalidades negativas, obrigando uma política empresarial consciente, que reproduza a totalidade dos custos sociais e ambientais no próprio mercado, seja pelo uso dos bens ambientais, seja pelo seu esgotamento, seja pela danosidade, ou pelas medidas de controle e prevenção: tudo está inserido na atividade. E, claro, a obrigação de reparar e ressarcir.

O princípio da reparação integral dos danos ambientais igualmente tem papel importante no regime jurídico da responsabilidade civil ambiental, consagrado pelo compêndio infraconstitucional e emanado da própria sistemática constitucional. Por esse princípio, restam defesas todas as formas, legais ou constitucionais, de exclusão, modificação ou limitação da reparação ambiental, que deve produzir seus efeitos de forma integral, mais amplamente possível, de maneira a assegurar a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a coletividade, que deve ter resguardado seus interesses reparatórios.

Em continuidade, partindo da lição de Helita Custódio, considera-se responsabilidade civil, direta ou indireta, toda obrigação de reparar ao lesado o dano (material ou moral) resultante da violação de um dever de não lesar ninguém, quer por fato ou ato individual ou de outras pessoas, seja por

11 BENJAMIN, op. cit, p. 21.

vínculos legais ou familiares, ou por fato de guarda de objetos, advindos de culminações legais. Resulta que a noção de responsabilização ora tratada circunscreve os danos decorrentes tanto de qualquer conduta contrária ao direito - ação ou omissão dolosa ou culposa, configurando ato ilícito - como de conduta admitida em direito, mas causadora de dano reparável - ato lícito caracterizado pelo perigo ou risco -, de acordo com as circunstâncias de cada caso e as respectivas normas jurídicas previstas no Direito Positivo¹².

Essa característica objetiva da responsabilidade civil ambiental é seu ponto basilar, é o elemento que a difere das teorias tradicionais de responsabilidade e, apesar do arcabouço jurídico que sustenta esse postulado, é tema que ainda gera divergências quanto a sua aplicação, sua extensão e limites. E é ao que se passa a discutir.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA: NORMAS APLICÁVEIS

No plano infraconstitucional, o primeiro fundamento da responsabilidade civil ambiental advém da lei 6.938/81, a qual em seu artigo 4º, VII, dispõe que a PNMA visará à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos. Adiante, no artigo 14, § 1º, resta definida a responsabilidade objetiva em matéria ambiental, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade¹³.

Por sua vez, o art. 927, parágrafo único, do CC de 2002, dispõe que:

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Na primeira parte da norma, em matéria ambiental, já acima citados os termos determinados pela Lei 6.938/81, que instituiu a responsabilidade sem culpa. No tocante à segunda parte, quando se trata de atividades que imputem riscos ambientais, vê-se a aplicação principiológica do poluidor pagador e da reparação integral do dano.

¹² CUSTÓDIO, op. cit., p. 210-211

¹³ Complementa o dispositivo legal a competência do Ministério Público da União e dos Estados para proposição de ação de responsabilidade civil e criminal por danos ao meio ambiente, no caso da defesa de interesses coletivos, sem prejuízo de ações individuais para ressarcimentos subsequentes.

Quem cria o perigo, por ele é responsável. O que fez o legislador foi associar também a noção de perigo, risco, à ideia de dano, tratando-os sob uma mesma exegese de consequência, a saber, a reparação.

Assim, conclui-se que o direito ambiental busca abranger as duas funções da responsabilidade civil objetiva: a função preventiva – procurando, por meios eficazes, evitar o dano – e a função reparadora – tentando reconstituir e/ou indenizar os prejuízos ocorridos. A estrutura jurídica não mais aceita a desvalorização da responsabilidade preventiva, uma vez sabida o potencial danoso que uma degradação ambiental pode tomar, de possibilidades irreversíveis¹⁴. É dever fundamental o cuidado, a prevenção, obrigando os agentes responsáveis de atividades potencialmente poluidoras a encomendar estudos, fazer estimativas, realizar teste, apenas a citar alguns exemplos, com objetivo de eliminar as possibilidades de ocorrerem danos ambientais; implica, assim, a necessidade, em virtude dos riscos inerentes, tentar evitar preventiva e cautelosamente, eventos de efeitos imprevisíveis.

Importa observar que nem mesmo a obtenção de prévio licenciamento por parte do agente perante o Poder Público é capaz de afastar a responsabilidade do degradador na esfera civil. Conforme leciona Álvaro Luiz Mirra, uma atividade licenciada ou autorizada pela Administração Pública que, na prática, causar lesões ao meio ambiente e à coletividade será de qualquer visão uma atividade passível de responsabilização na esfera civil, contingenciando a cessação, a recuperação e a obrigação de indenizar¹⁵.

4 A REPARAÇÃO CIVIL DO DANO AMBIENTAL

Em continuidade, a aplicação ao dano ambiental do princípio da reparação integral do dano, sem qualquer exceção, bem como a ampliação dos efeitos da responsabilidade civil nessa matéria, que abrange não apenas a reparação propriamente dita do dano ao meio ambiente, como também a supressão do fato danoso à qualidade ambiental, obtendo-se a cessação definitiva da atividade causadora de degradação ambiental.

A ocorrência do dano ao meio ambiente significa que os deveres de precaução e prevenção não foram adotados ou não foram suficientes para evitar o dano. Disto, a sistemática do direito ambiental apresenta um novo tipo de comportamento ao efetivar-se a responsabilização jurídica do poluidor

14 MACHADO, op. cit., p. 351.

15 MIRRA Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil ambiental e cessação da atividade lesiva ao meio ambiente. In: Sandra Akemi Shimada Kishi (org.) *Desafios do direito ambiental no século XXI – estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*, p. 336.

dos bens ambientais. Álvaro Luiz Mirra acentua nesse sentido, corroborando com que aferimos nos princípios norteadores da responsabilidade ambiental, que é adotada no direito pátrio ‘um sistema que conjuga, ao mesmo tempo e necessariamente, responsabilidade objetiva e reparação integral’¹⁶. Essa orientação é a defendida por grande parte da doutrina, e aqui seguida, sendo entendida como decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público na proteção do meio ambiente, que impede a adoção de qualquer dispositivo que pretenda limites à reparação de danos ambientais. Quer-se dizer que no Direito brasileiro vigora a responsabilidade sem culpa, e indenização ilimitada, bem dito, equânime aos danos causados.

A responsabilidade no campo civil se concretiza com o cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer e no pagamento de condenação em dinheiro. Manifesta-se na aplicação desse valor em atividade ou obra de prevenção ou de reparação do prejuízo, e a indenização é um dos modos de recompor o prejuízo percebido. Há, entretanto, outras formas de reparação, nos casos em que a mera composição monetária não é satisfatória. Veja-se o lançamento de poluentes em rio, causando a morte dos peixes: é um grave dano ecológico, que não produz recomposição com a mera indenização monetária - considerando inclusive a dificuldade material em avaliar os prejuízos que um dano dessa natureza produz ao ecossistema e à coletividade que dela usufrui. Outro exemplo: a devastação de uma floresta ou uma área de proteção ambiental, requer a recomposição ou reconstituição, tanto quanto possível, da situação anterior (conforme determina a Lei 6.902/81, art. 9º, §2º).

Uma das penalidades passíveis de serem aplicadas nas ‘Áreas de Proteção Ambiental’ é a ‘obrigação de reposição e reconstituição’ (art. 9º, § 2º da Lei 6.938/81). A mesma lei, nos objetivos da política nacional, inseriu dois comportamentos a serem observados, a saber, a preservação e a restauração. E, além disso, o PNUMA prevê como um dos objetivos a ‘imposição ao poluidor e ao predador da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados’ (art. 4º, VII), ‘independentemente da existência de culpa’ (art. 14, § 1º).

A própria Constituição, por seu art. 225, §2º, impõe àquele que explore recursos minerais a obrigação de recuperar o meio ambiente degradado. São degradações em que uma indenização monetária do dano não produz os efeitos produtivos que a responsabilização ambiental demanda, exigindo-se a recomposição do bem ambiental em consonância com a solução técnica

16 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios fundamentais do direito ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. Ano I, São Paulo: RT, abr./jun. 1996. Disponível em: <<http://www.direitoambiental.adv.br/ambiental.qps/Ref/PAIA-6SRNQ8>>.

determinada pelo órgão público competente. E não se paga, no caso, uma indenização sem destino. Ao revés, como lembra Paulo Affonso Machado, a letra do artigo 13 da Lei 7,347/85 diz que 'havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados'¹⁷.

Sobre o tema, afirma Carlos Alberto de Salles:

Uma medida compensatória, consistente em substituição por equivalente em valor pecuniário, não cumpre a função de reconstituir a característica coletiva do bem. Constata-se não interessam remédios judiciais de simples compensação. Medidas desse teor transformam em dinheiro valores sociais de natureza diversa, que não encontram correspondência nos parâmetros de mercado. Para cumprir sua função nessa esfera, os mecanismos processuais devem ser compreendido e aplicados de maneira a conduzir à adoção de soluções capazes de impor condutas, de maneira a evitar o dano ou reconstruir o bem lesado¹⁸.

Francisco José Marques Sampaio defende que não é apenas a agressão à natureza que deve ser objeto de reparação, mas a privação, imposta à coletividade, do equilíbrio ecológico, do bem estar e da qualidade de vida, elementos constitucionalmente protegidos, proporcionados pelo bem ambiental lesado. Consequentemente, a reparação do dano ambiental deve compreender, no mesmo sentido, o período em que a coletividade ficará privada daquele bem e dos efeitos benéficos que ele produzia, por si mesmo e em decorrência de sua interação¹⁹.

Há uma distinção a ser feita. A supressão da atividade danosa, assim como tomada de procedimentos que cessem a omissão danosa, são providências autônomas, cujos objetivos passam por terminar a prática danosa, buscar uma reparação possível ou impedir o agravamento do dano ainda não reparado. Distingue-se ela da reparação do dano porque a reparação age diretamente sobre o dano; por sua vez, a supressão do fato danoso atua sobre a origem do dano, eliminando a fonte do prejuízo. Bem por isso, a supressão do fato danoso

17 MACHADO, op. cit., p. 364.

18 SALES, Carlos Alberto. Execução judicial em matéria ambiental. *Boletim Informativo da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo* 15/8-12, ano 2, out. 1998. In: MACHADO, op. cit., p. 364.

19 SAMPAIO, Francisco José Marques. *Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 107. In: MACHADO, op. cit., p. 364.

é providência autônoma que pode ser obtida independentemente da reparação do dano e, sobretudo, cumulativamente com a reparação²⁰.

5 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

José Aguiar Dias salienta que na literatura germânica, as tentativas de sistematizar a doutrina da responsabilidade civil objetiva, ou responsabilidade sem culpa, fundamentaram-se nos princípios: do interesse ativo, de acordo com o qual aquele que desenvolva uma atividade qualquer, em interesse próprio, deve sofrer as consequências que provenham do exercício dessa atividade; da prevenção, buscando afastar as dificuldades da prova e da insuficiência das regras processuais, não admitindo a exoneração da pessoa a qual se atribui a responsabilidade; da equidade ou do interesse preponderante, levando-se em conta a situação econômica das partes envolvidas; princípio de repartição do dano, fruto da ideia do sistema de indenização do dano pelo seguro; princípio do caráter perigoso do ato, tendo como base a criação de um perigo particular²¹.

Para averiguar a existência da responsabilidade civil objetiva é necessária a presença dos seguintes pressupostos: ação ou omissão, dano e relação de causalidade. Em termos operacionais, três são as dificuldades que se colocam para determinar a responsabilidade civil objetiva ambiental: a identificação dos responsáveis, a complexidade do nexo causal e as características do dano ambiental²².

5.1 A QUESTÃO DO DANO AMBIENTAL

A definição de dano ambiental, pela concepção interpretativa inerente ao Direito Ambiental, é sempre ampla e baseada na estrutura constitucional do bem de uso comum, ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida. Qualquer conduta, omissão ou risco advindo de uma atividade, ainda que legalmente dirigida, praticada por pessoa física ou jurídica, de direito público ou de direito privado, que perturbe esse caráter do meio ambiente, limite ou impeça o indivíduo ou a coletividade de usufruir dos bens ambientais, será considerado um dano, uma lesão ao meio ambiente e a quem diretamente por ele reclamar.

20 Cf. MIRRA, op. cit., p. 331-332.

21 DIAS, José Aguiar. Da responsabilidade civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. In: Solange Teles da Silva. *Responsabilidade Civil Ambiental*. In: Arlindo Philippi Jr. (ed.) Curso interdisciplinar de direito ambiental. p. 443-444.

22 Cf. SILVA, op. cit., p. 447.

O dano ambiental origina-se de um fato jurídico, de um ato lícito, pelo exercício de uma determinada atividade, ou de um ato ilícito. Álvaro Luiz Mirra assim o define:

Toda degradação do meio ambiente, incluindo os aspectos naturais, culturais e artificiais que permitem e condicionam a vida, visto como bem unitário, imaterial, coletivo e indivisível, e dos bens ambientais e seus elementos corpóreos e incorpóreos específicos que o compõem, caracterizadora da violação do direito difuso e fundamental de todos à sadia qualidade de vida em um ambiente ecologicamente equilibrado (ver referência)²³

Novamente traz a Lei 6.938/81 o conceito primário de dano ambiental, quando por seu artigo 3º, II e III, traz o conceito degradação e poluição, esta contida na definição legal da primeira, e das quais o conceito de dano é gênero. Diz o artigo citado que degradação da qualidade ambiental significa a alteração adversa das características do meio ambiente e que poluição é a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; afetem desfavoravelmente a biota; afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Temos então o postulado de que o dano indenizável terá origem nas modificações das propriedades dos elementos que constituem o limite de tolerabilidade em determinado lapso de tempo. Assim, o princípio do limite de tolerabilidade traz a ideia de um mecanismo de proteção do meio ambiente que possa proporcionar equilíbrio entre as atividades do homem e o respeito ao ecossistema. Todavia, os valores e parâmetros que podem indicar os limites de tolerabilidade não podem ser absolutos, em razão das incertezas científicas. O princípio da precaução resta como defesa em prol dessas incertezas²⁴.

Essa amplitude conceitual de mensuração do dano empregado na construção das normas ambientais se dá também da necessária consideração de muitas variáveis envolvidas, algumas delas de consequências incertas. E muito embora o legislador busque definir critérios mais certos e objetivos para a mensuração do dano, a sua aferição para determinar a imputação

23 MIRRA, Álvaro Luiz. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. In: SILVA, op. cit., p. 447.

24 Cf. SILVA, op. cit., 449.

de responsabilidades, caberá em última análise aos órgãos e entidades de fiscalização ambiental, sejam aqueles vinculados ao SISNAMA, seja ao Ministério Público no âmbito de suas atribuições.

Existe na doutrina uma classificação de duas concepções de dano ambiental, a saber, uma estrita, pelo qual o dano ambiental é analisado sob a ótica restrita do dano ecológico puro, cujas consequências são pertinentes apenas sobre os bens ambientais; e por sua vez, uma concepção ampla de dano ambiental, abrangendo o meio ambiente numa visão de todos os seus aspectos (naturais, artificiais, do trabalho e culturais), não estando adstrita apenas aos bens naturais²⁵.

No que tange a extensão dos efeitos, o dano ambiental é classificado como individual ou coletivo: o primeiro, sendo também denominado reflexo ou mediato, define-se pela lesão aos direitos e interesses do indivíduo em função dos distúrbios ambientais, ocorridos por exemplo na privação de uso ou gozo de determinado bem natural, ou a contaminação de área residencial vizinha; a segunda caracterização, coletiva, é o dano com potencial para provocar a alteração da qualidade de vida de um número indeterminado de pessoas considera o meio ambiente em si mesmo, não se reduzindo o dano e suas repercussões a nenhum conteúdo financeiro e possuindo natureza difusa, como nas palavras de Nestor Cafferata, em que *'la contaminación es itinerante, cambiante, se difumina en el tiempo e en El espacio, no tienen límites geográficos ni físicos, ni temporales ni personales'* com *'carater muchas veces retardatário, acumulativo'*²⁶.

Em vias reparatórias, o dano decorrente de atividade poluente tem como pressuposto básico a própria gravidade do acidente, ocasionando prejuízo patrimonial ou não patrimonial a outrem, independentemente de se tratar de risco permanente, periódico, ocasional ou relativo. Nessa esteira, faz-se a caracterização do dano ambiental segundo os critérios de: anormalidade, quanto à modificação das propriedades físicas e químicas dos elementos naturais que resultem na perda, total ou parcialmente, das suas propriedades de uso; periodicidade, critério que deverá ser visto com cautela, pois um dano ambiental não necessariamente requisita eventualidade para ser percebido, podendo ser aferido num único evento de degradação; gravidade, verificada quando restar ultrapassado o limite máximo de absorção de agressões que possuem os seres humanos e os

25 Cf. SILVA; FRACALOSSO, op. cit., p. 498.

26 CAFFERATTA, Nestor. *Daño ambiental*: regime legal a La luz de La Ley General Del Ambiente 25.675, p. 6. In: Anderson Furlan da Silva, op. cit., p. 498.

elementos naturais, limites estes verificados de forma subjetiva, quando da apreciação judicial de um dado caso, ou de forma objetiva, quando há valores referenciais determinados no sistema normativo. A doutrina refere também a duas concepções de dano ambiental. A concepção estrita, em que o dano ambiental se resume ao dano ecológico puro, aquele que afeta unicamente os recursos naturais. E a concepção ampla de dano ambiental, abarcando o meio ambiente em todos os seus aspectos (naturais, artificiais, do trabalho e culturais), não estando adstrita apenas aos bens naturais²⁷.

Há a possibilidade de aferição de danos morais provenientes de um dano ambiental. Seu fundamento está, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se à ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos. A base jurídica para esse entendimento veio a partir das alterações introduzidas pela lei 8.884/94, que por seu art.88, deu nova redação ao artigo 1º da Lei de Ação Civil Pública 7.347/85, o qual passou a vigorar sob a redação:

Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

1 - ao meio-ambiente.

Trata-se de um dano coletivo, causado à sociedade como um todo, derivado de uma agressão ao meio ambiente. Assim, toda vez que a ofensa ao meio ambiente configurar, além dos prejuízos de ordem patrimonial, uma diminuição da qualidade de vida da população, será passível a reparação por danos morais. Entretanto, como toda reparação civil, uma vez comprovados danos à personalidade, à intimidade, danos de caráter moral ao indivíduo lesado, igualmente é assegurado a este buscar em juízo a reparação dessa espécie de dano.

5.2 A RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

A relação de causalidade constitui requisito essencial do dever de reparar. Todavia, não há de se confundir nexos causal com imputabilidade, em vias que a relação de causalidade busca determinar os elementos objetivos, externos, consistentes na atividade ou na inatividade do sujeito e aleatórios do direito, enquanto a imputabilidade refere-se a um elemento subjetivo interno.

27 Cf. SILVA, Anderson Furlan Da, op. cit., 499.

Assim, não se verifica a existência de um vínculo entre a culpa e o dano sofrido, mas se deve identificar o vínculo entre o fato gerador do dano ou o risco - ou seja, a atividade desenvolvida por aquele que ocasionou o dano - e o dano propriamente dito. Na realidade, basta que se reconheça que o autor tenha praticado ato que se revele elemento potencial causador do dano. O nexo causal é difícil de ser delimitado, ainda mais quando inexistente um acidente, evento da origem do dano e este, ao contrário, manifesta-se de forma lenta e progressiva. O que se vê é que os fatores que dificultam a comprovação do nexo de causalidade são a distância entre a atividade origem do dano e a sua ocorrência; a multiplicidade de fontes; o fator tempo, pois muitas vezes o dano se manifesta após décadas; e finalmente a dúvida científica entre a atividade e os efeitos que produz no meio ambiente²⁸.

A prova da existência do nexo de causalidade do dano ambiental é realizada através da verificação de que o risco da atividade ou o vício contido na coisa tenha exercido uma influência causal decisiva na produção do resultado danoso. É necessária a presença da conexão causal, vale dizer, a relação de causa e efeito entre a atividade do agente e o dano dela advindo. Na prática, como já posicionamos, a relação objetiva da responsabilidade ambiental gera a inversão do ônus da prova, cabendo àquele que é considerado o poluidor provar que sua atividade não causou o dano que lhe é atribuído.

6 LIMITAÇÃO PROPORCIONAL OU PARCIAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

Ainda que advenha de uma orientação do sistema normativo brasileiro, que haja normas de direito internacional no mesmo sentido, o caráter objetivo da responsabilidade civil ambiental possui correntes divergentes quanto a amplitude e integralidade tanto da responsabilização em si quanto da reparação a ser procedida. É o que se passa a discutir.

6.1 A TEORIA DO RISCO

De acordo com Henri Lalou, a teoria da responsabilidade no sistema normativo francês se fundamenta na teoria do risco e não toma mais a base clássica subjetiva de culpa provada ou presumida. A estrutura jurídica da reparação contorna a teoria de que as atividades que criam um risco, seja individual ou coletivo, implica em responsabilidade ao agente do dano efetivo ou potencial, sem adentrar ao mérito da culpa. A teoria do risco, salienta o autor, parece justificar-se numa ideia de justiça: por sua atividade

²⁸ Cf. SILVA, Solange Teles da. op. cit., p. 455.

o homem pode obter proveito; é justo que, por reciprocidade, ele repare os danos decorrentes. *'Ubi emolumentum, ibi omus'*²⁹. A doutrinadora cita ainda Carbonnier; para quem a responsabilidade fundada no risco tem caráter objetivo, causal. Assim, baseia-se no nexo de causalidade objetivo originado do dano causado, bastando que o dano tenha liame material aos atos ou omissões do agente; conforme já atribuído anteriormente, a atividade produtiva, uma fonte de proveito mercantil, que traga em seu bojo riscos de produzir danos ao ambiente, a reparação dos danos que ela dá causa deve ser interpretada também como uma contrapartida dos proveitos subsequentes da atividade³⁰.

Nesse sentido, diz René Savatier que com o desenvolvimento da grande indústria moderna, tornou-se necessário reconhecer um outro princípio da responsabilidade: o risco ligado ao proveito. Aquele que faz trabalhar as forças gigantescas a seu benefício deve, em contrapartida, e em virtude de uma regra nova de justiça, estranha à antiga responsabilidade, fazer seus os danos e suportar as consequências prejudiciais da atividade que ele emprega³¹.

6.1.1 RISCO CRIADO

Pela teoria do risco criado, uma dada atividade desenvolvida que crie um perigo ao meio ambiente e à sociedade que a cerca, resulta na imputação do sujeito responsável pela tal atividade em reparar o dano que causar, salvo se provar que tomou as medidas necessárias a evitá-lo. Segundo entende Caio Mario da Silva Pereira, essa teoria é a que melhor se adapta às condições da vida social:

Se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro de conduta, e assim se configura a teoria do risco criado³²

Explica ainda que a teoria do risco criado amplia o conceito do risco-proveito, pois não se cogita se através do dano causado buscou-se

29 LALOU, Henri. *La responsabilité civile – principes élémentaires et applications pratiques*. Dalloz, Paris, 1928. n 42, p. 34. In: Helita Barreira Custódio, op. cit., p.227.

30 CARBONNAIRE, Jean. *Droit civile, Le biens et les obligations*. t. II. Presses Universitaires de France, Paris, 1957, p. 596. In: Helita Barreira Custódio, op. cit., p. 228.

31 SAVATIER, René. *Les métamorphoses économiques e sociales du droit civil d'aujourd'hui*. ed. de 1948. p. 187-188. In: Helita Barreira Custódio, op. cit., p. 229.

32 PEREIRA, Caio Mario da Silva. (atual. Gustavo Tepedino). *Responsabilidade civil: de acordo com a Constituição de 1988*. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 270.

um proveito ou uma vantagem qualquer para o agente; supõe-se que a atividade pode ser proveitosa para o responsável, mas não se subordina o dever de reparar ao pressuposto desta vantagem.

Nesse sentido, Krell levanta a questão acerca da possibilidade do instituto da responsabilidade civil ambiental no ordenamento brasileiro se fundamentar na teoria do risco-proveito, admitindo-se em alguns casos as excludentes de responsabilidade. Postula o jurista sobre casos em que o Estado contribui com o fato lesivo ambiental ao não exercer sua função fiscalizatória, emitindo licenças, permissões e autorizações a atividades que produzem ou potencialmente produzirão degradações. Conclui entendendo que o primeiro guardião dos interesses da coletividade como do bem difuso meio ambiente ainda é o Estado e não o cidadão e, portanto, seria injusto repassar a responsabilidade inteiramente ao particular, que legalmente exerce sua atividade econômica, que resta assegurado pela regularidade e licitude albergadas pela licença estatal³³.

O que se vê é que, partindo-se dessa corrente doutrinária, começa a ser traçado um caminho jurídico para admitir fatores de exclusão ou limitação da responsabilidade civil ambiental, como as situações de caso fortuito e a força maior, do fato criado pela própria vítima ou mesmo da intervenção de terceiro.

6.2 A LIMITAÇÃO POR CONCORRÊNCIA DE CULPA E CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

No âmbito civilista, há de se falar no princípio da concorrência de culpa da vítima, como se depreende novamente da lição de Caio Mário da Silva Pereira:

Ao apurar-se a responsabilidade, deve ser levada em consideração a parte com que a vítima contribuiu, e, na liquidação do dano, calcular-se-á proporcionalmente a participação de cada um, reduzindo em consequência o valor da indenização.³⁴

Na mesma esteira desse entendimento, figura-se que a culpa da vítima, sendo concorrente com a culpa do agente, atenua esta, uma vez

33 KRELL, Andreas Joachim. Concretização do dano ambiental - Algumas objeções à teoria do "risco integral". *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 35 n. 139 jul./set. 1998. p. 27.

Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/385/r139-02.pdf?sequence=4>

34 PEREIRA, op. cit., p. 83.

observado que a vítima também contribuiu resultado lesivo de forma culposa. Essa teoria de limitação da responsabilidade no âmbito civil, de caráter proporcional ou parcial, tem aplicação pontual, comprovada a existência do nexo causal entre o fato danoso e a conduta concorrente do terceiro lesado à do responsável. São casos em que se torna cabível a atenuação ou limitação proporcional ou parcialmente.

Ao se tratar da seara ambiental, Helita Custódio não aceita a adoção deste posicionamento inferindo que, não obstante algumas limitações legalmente prescritas, por princípio de ordem geral do Direito e da Justiça (CF, art. 5º, XXXV, e art. 37, § 6º), o lesado ou ofendido deve ser indenizado pela totalidade do dano, evidenciando que esta conclusão se aplica tanto aos casos de lesado diligente como aos casos em que o lesado, apesar de ter agido culposamente por negligência, imprudência ou imperícia, sem qualquer intenção de lesar, não assumiu nenhum desejo ou vontade de ser vítima³⁵.

Todavia, adverte a doutrinadora que essa conclusão não se aplica aos casos em que o lesado agiu dolosamente, com a demonstrada intenção de lesar ou de assumir a vontade de ser vítima, igualmente por princípios de origem geral integrantes do sistema jurídico. Não se admite em direito a generalização de circunstâncias inconfundíveis, como aquelas entre a conduta dolosa do lesado intencional ou que assume o risco de produzi-lo de qualquer forma ilicitamente tendenciosa e a conduta meramente culposa do lesado não intencional, que não busca o resultado danoso, tampouco assume o risco de produzi-lo, situações em que os danos não dependem de seu comportamento, nem a este se vinculam.

Sobre a exclusão da responsabilidade civil ambiental em casos de caso fortuito e força maior, Helita Custódio encontra na doutrina brasileira três posicionamentos diante da alegação do concurso de ocorrência dessas circunstâncias.

A primeira defende a exclusão da responsabilidade civil com base na inexistência do nexo causal. Funda-se na disposição do artigo 393 do Código Civil Brasileiro, o qual determina no *caput* que o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado e, em seu parágrafo único que o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

35 CUSTÓDIO, op. cit., p. 277.

Para Mário Moacyr Porto, apesar da importância hodierna em respeito a responsabilização dos danos ao meio ambiente, é necessário analisar que, para se caracterizar um caso de força maior, há como requisitos a imprevisibilidade, a irresistibilidade e a exterioridade (causa externa). Nesse sentido, verificado o dano causado, e este foi produzido exclusivamente por um fato da natureza, como uma tempestade, um abalo sísmico etc., resta manifestada força maior, excluindo o nexo causal entre o prejuízo e a ação ou omissão da pessoa a quem se atribui a responsabilidade pelo prejuízo. Salienta que se a pessoa demandada concorreu de qualquer modo para o dano, não caberá arguição de motivo de força maior³⁶.

Quanto a segunda corrente, admite a limitação da responsabilidade sobre uma parte do dano atribuída ao responsável pela atividade perigosa e excluindo a outra parte do dano atribuído à invocação do concurso de ocorrência de caso fortuito ou força maior, uma vez que só em parte se demonstra a existência do nexo causal referente ao dano ressarcível, excluindo-se qualquer relação de causalidade no tocante aos citados eventos.

Sobre a terceira via, esta se baseia na aplicação total da responsabilidade civil por danos ambientais, ainda que haja concurso dos casos de excepcionalidade em discussão. Na defesa dessa tese, destaca-se a posição de José Aguiar Dias, face debate sobre o artigo 393, CC, entendendo que não se deve olvidar que se discute interesses metaindividuais, o que exclui a aplicação dos esquemas tradicionais fundados na culpa ou na intenção do agente. Inundações, erosões, quedas de barreiras, escoamento de águas pluviais, a citar alguns exemplos de realidades naturais frequentes em grandes metrópoles, não podem ser base para defesa de forças da natureza e condições imprevisíveis, externas as possibilidades técnicas da atividade perigosa: 'considerar tais acontecimentos como caso fortuito ou força maior é absolver o homem dos seus crimes contra a conservação da natureza'.³⁷

É uma interpretação sistêmica dos inúmeros fundamentos do Direito Ambiental Brasileiro, constitucionalmente consolidados, agregado à compatibilização com os notórios e progressivos avanços científico-tecnológico-jurídicos, direta e indiretamente relacionados com os

36 PORTO, Mário Moacyr. *Temas de responsabilidade civil*, RT-SP, 1989, p. 181. In: Helita Barreira Custódio, op. cit., p. 302. O jurista comentado cita inclusive a questão das atividades potencialmente poluidoras sob o ângulo da responsabilidade respectiva no Código Civil Italiano, art. 2050, ou da guarda das coisas inanimadas prevista no Código Civil francês, art. 1384, al. 1, às quais o evento imprevisível, irresistível e externo exclui até mesmo a responsabilidade que resulta dos acidentes de energia nuclear.

37 DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. II, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 521. In: CUSTÓDIO, op. cit., p. 304.

princípios da previsibilidade ou da previsão (de atos ou fatos humanos ou da natureza potencialmente prejudiciais) e da prevenção ou da precaução (mediante a adoção de medidas antecipadamente acautelatórias e de efetivo desempenho de ações no sentido de impedir, evitar ou reduzir os riscos e danos ambientais previstos e acautelados tempestivamente.

Visando a efetivação de uma nova doutrina material e processual dos interesses difusos que responda melhor à realidade do mundo hodierno, demonstra Nelson Nery Junior que, pela teoria do risco integral, 'a indenização é devida independentemente de culpa e, mais ainda, pelo simples razão de existir a atividade da qual adveio o prejuízo; o titular da atividade assume todos os riscos dela oriundos'. E exemplifica:

'ainda que a indústria tenha tomado todas as precauções para evitar acidentes danosos ao meio ambiente, se explode um reator controlador da emissão de agentes químicos poluidores (caso fortuito), subsiste o dever de indenizar [...] se por um fato da natureza ocorrer derramamento de substância tóxica existente no depósito de uma indústria (força maior), pelo simples fato de existir a atividade há o dever de indenizar'³⁸.

Na esteira do pensamento do citado doutrinador, é bem se ressaltar que o progresso de todas as intervenções humanas no meio ambiente impõe um alto preço tanto à comunidade que se sujeita à convivência com o risco de poluição, como ao poluidor que tem também sua parcela de sacrifício. E justamente neste ponto a aplicação da teoria do risco integral se faz presente, subsistindo ao poluidor o dever de indenizar pela assunção do risco que sua atividade acarreta.

6.3 A QUESTÃO DA SOLIDARIEDADE

Além da existência de prejuízo, é necessário estabelecer o liame entre a ocorrência danosa e a fonte poluidora. Nos casos de um único foco emissor não existe nenhuma dificuldade jurídica. É na pluralidade de autores do dano ecológico que resta a dificuldade em determinar o liame causal. José Aguiar Dias salienta que

A indivisibilidade do dano pode aparecer como consequência da dificuldade de fixar o montante do prejuízo atribuível a cada um, operando a fusão dos dois danos num só e único prejuízo. Seria, na

38 NERY JR, Nelson. Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública. *Justitia*, São Paulo, 46 (126): 168-189, jul./set. 1984. p. 172-174. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/revistas/2bdy29.pdf>>.

verdade, injurídico beneficiar os autores do ato ilícito com a incerteza que só eles estão em condições de desfazer e uma vez que não haja outra solução capaz de atender ao imperativo da reparação ao lesado³⁹.

Vigora, pois, no Direito Brasileiro a aplicação total da responsabilidade civil ambiental diante da concorrência de culpas ou riscos entre pessoas solidariamente responsáveis. Em sítios ocupados por distritos industriais, por exemplo, pode gerar dificuldades na aferição das fontes causadoras do prejuízo ambiental. Entretanto, pela sistemática da responsabilidade solidária aplicável também ao direito ambiental, o lesado, seja pessoa física ou jurídica, de direito público ou de direito privado, individual ou coletivamente considerada, não está obrigado a processar conjuntamente todos os poluidores, cabendo a escolha daquele que lhe convier chamar à responsabilidade, por exemplo, utilizando como critério a solvência dos responsáveis – pressupondo, claro, reste caracterizado o nexo causal entre dano e este agente.

A concorrência de causas danosas, particularmente diante da preocupante número de casos danosos ao ambiente e à coletividade, entre agentes solidariamente corresponsáveis pelo ressarcimento do dano total, assume notável relevância diante da multiplicidade de atividades perigosas e temerárias, regularmente concedidas pelo Poder Público. Essa realidade de riscos e graves danos é verdadeiro confronto com o direito de proteção ao lesado e é evidente que a finalidade da norma jurídica é a proteção do lesado.

Importa salientar, conforme leciona Caio Mário da Silva, que por força dos princípios da teoria da responsabilidade solidária, caberá ao coresponsável eleito agir contra os solidariamente responsáveis dando mãos á ação regressiva, para haver de cada um a quota proporcional no volume de indenização, ou, se for o caso, agir contra o causador direto do dano. (ver referencia)⁴⁰

7 CONCLUSÃO

O que se defende nesse trabalho é a irrelevância da subjetividade da conduta, não havendo mais a necessidade de intenção danosa ou de verificação de culpa, bastando configuração de um prejuízo e o apontamento de seu autor para gerar o direito de ressarcimento e reparação. Outro ponto importante dessa teoria se apresenta na inversão do ônus da prova decorrente da presunção de causalidade entre a atividade do agente e o prejuízo, sendo a incumbência desse agente desfazer tal presunção, *juris*

39 In: MACHADO, op. cit., p. 358.

40 PEREIRA, op. cit., p. 82.

tantum. Verificado o dano ecológico, resta presumida a causalidade e o dever de indenizar, cabendo ao acusado providenciar na produção de prova negativa, excludente de sua responsabilização.

Conclui-se pela impossibilidade das excludentes da responsabilidade baseados em caso fortuito e força maior, na ação de terceiros ou na licitude da atividade, ainda que esta esteja amparada por autorização (lida em sentido amplo) do Poder Público e em conformidade com as normas pertinentes.

Ressalte-se também a tendente atenuação do relevo do nexo de causalidade, sendo considerada apenas a potencialidade da atividade do agente em gerar um dano ambiental para que se presuma a responsabilidade deste. Assim, adotada e consolidada a teoria do risco integral, a postura do Direito é de colocar o poluidor sob assunção de todo o risco que sua atividade produza. A mera existência da atividade produz o dever de reparar, uma vez determinado nexo causal entre dita atividade e o dano dela advindo. De acordo com essa sistemática, só haverá exoneração de responsabilidade nas hipóteses em que o dano não existir ou tal dano não guardar relação de causalidade com a atividade da qual emergiu o risco.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 9. ed. revista, ampliada e atualizada, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>.

CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. *Direito ambiental e questões jurídicas relevantes*. Campinas, SP: Millenium, 2005.

_____. *Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente*. Campinas, São Paulo: Millenium, 2006.

_____. *Uma introdução à responsabilidade civil por dano ambiental*. Exposição (em 01.11.95) perante o Congresso Internacional de Responsabilidade Civil - Consumidor, Meio Ambiente e Danosidade Coletiva: Fazendo Justiça no Terceiro Milênio.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 12. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.

KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (org.). *Desafios do direito ambiental no século XXI – estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005.

KRELL, Andreas Joachim. Concretização do dano ambiental – Algumas objeções à teoria do “risco integral”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 35 n. 139 jul./set. 1998.

MACHADO, Paulo Affonso Leme; MILARÉ, Edis (org.). *Direito ambiental: direito ambiental internacional e temas atuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Direito ambiental brasileiro*. 17. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRRA, Luiz Valery Mirra. Princípios fundamentais do direito ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, ano I, São Paulo: RT, abr./jun. 1996.

NERY JR, Nelson. Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública. *Justitia*, São Paulo, 46 (126): 168-189, jul/set 1984.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 10. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA, Caio Mario da Silva (atual. Gustavo Tepedino). *Responsabilidade civil: de acordo com a Constituição de 1988*. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

PHILIPPI JR, Arlindo; ALVES, Alaôr Caffé (edit.). *Curso interdisciplinar de direito ambiental*. Barueri, SP: Manole, 2005.

SAMPAIO, Francisco José Marques. *Evolução da responsabilidade civil e reparação de danos ambientais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à constituição*. 3. ed. de acordo com a Emenda Constitucional 53, de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Direito ambiental constitucional*. 7. ed. atualizada, São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Anderson Furlan da; FRACALOSSO, William. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SITES:

http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=97547 – Acesso em: 05 jan. 2013.

<http://www.direitoambiental.adv.br/ambiental.qps/Ref/PAIA-6SRNQ8> - Acesso em: 07 jan. 2013.

<http://www.st-andrews.ac.uk/~dib2/atmos/control.html> - Acesso em: 05 jan. 2013.

<http://www.justitia.com.br/revistas/2bdy29.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2013.

<http://www.clubofrome.org/> - Acesso em: 05 jan. 2013.

<http://www.onu.org.br> – Acesso em: 05 jan. 2013.

http://www.rio20.gov.br/documentos/relatorio-rio-20/1.-relatorio-rio-20/at_download/relatorio_rio20.pdf - Acessado em 10.10.2013

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm - Acesso em: 13 fev. 2013.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm - Acesso em: 13 fev. 2013.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm - Acesso em: 13 fev. 2013.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm - Acesso em: 13 fev. 2013.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm - Acesso em: 13 fev. 2013.

AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO MORAL NO DIREITO DO CONSUMIDOR A PARTIR DA PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

THE FUNCTIONS OF PAIN-AND-SUFFERING DAMAGES IN CONSUMER PROTECTION LAW FROM A LAW AND ECONOMICS PERSPECTIVE

*Rafael Figueiredo Fulgêncio**
Advogado da União

SUMÁRIO: Introdução; 1 A tutela constitucional da dignidade humana e a consolidação do dano moral na cultura jurídica nacional; 2 Conceito de dano moral; 3 A reparação integral do dano moral no direito do consumidor brasileiro; 4 A perspectiva da AED sobre a responsabilidade civil; 5 A função punitivo-preventiva da responsabilidade civil sob a ótica da AED; 6 A função compensatória e distributiva da responsabilidade civil

1 Advogado da União lotado no Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos da Consultoria-Geral da União. E-mail: rafael.fulgencio@agu.gov.br. Endereço: Ed. Sede I - Setor de Autarquias Sul - Quadra 3 - Lote 5/6, Ed. Multi Brasil Corporate - Brasília-DF - CEP 70.070-030 - Tel.: (61) 2026-8572. Mestre em Direito pelo UNICEUB/DF.

sob a ótica AED; 7 A inconsistência dos impactos do dano moral nas necessidades financeiras da vítima com a racionalidade da contratação de seguro; 8 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo trata das funções compensatória e punitivo-preventiva da responsabilidade civil por dano moral, em especial, no direito do consumidor, utilizando-se da aproximação, realizada pela AED, do sistema de responsabilidade civil com a teoria do seguro. Aponta-se a capacidade do sistema de responsabilidade civil de incentivar o fornecedor a majorar seus investimentos em segurança, resultando na redução do impacto das lesões aos direitos do consumidor. Ressalta-se, ainda, com base na distinção entre acidentes *wealth impacting* e *wealth neutral*, a incompatibilidade da indenização pecuniária com a natureza dos interesses violados no dano moral. Conclui-se no sentido da necessidade de pensar a responsabilidade civil por dano moral a partir da lógica da prevenção, privilegiando-se a regulação do mercado como critério para o cálculo das indenizações respectivas.

PALAVRAS-CHAVE: Análise Econômica do Direito. Direito do Consumidor. Responsabilidade civil. Dano Moral.

ABSTRACT: This paper discusses pain-and-suffering damages in consumer protection law from a Law and Economics perspective, giving special attention to the use of tort law for avoiding accidents involving noneconomic harms.

KEYWORDS: Law and Economics. Consumer Protection Law. Tort Law. Pain-and-Suffering Damages.

INTRODUÇÃO

Superando a perspectiva estritamente liberal que marcou o direito estruturado no Código Civil de 1916, a CRFB/88 conferiu prioridade aos valores não patrimoniais atinentes à dignidade humana, elegendo o livre desenvolvimento da personalidade um dos objetivos primordiais de nossa ordem jurídica. A plena realização do projeto constitucional vigente está atrelada à fruição *in natura* dos direitos da personalidade, sendo incompatível com a estrutura da CRFB/88 a lógica da substituição do efetivo exercício de tais direitos por um suposto equivalente em dinheiro.

Apesar da explícita preocupação com a proteção do consumidor, erigida como direito fundamental pelo legislador constituinte, o mercado de consumo nacional tem se caracterizado pelo sistemático desrespeito aos direitos da população. Diante dos abusos praticados em larga escala pelos grandes fornecedores, o consumidor, muitas vezes, tem no recurso ao Judiciário o único caminho para obter algum tipo de reparação pelos prejuízos sofridos.

Encarada do ponto de vista de sua tradicional função compensatória, a indenização por dano moral não se afina com perfeição à promoção dos direitos da personalidade, sendo incapaz de conceder à vítima algo que se assemelhe à fruição do direito violado. Nada obstante, desde que enfatizada sua função punitivo-preventiva, é possível que o sistema de responsabilidade civil por dano moral contribua para a efetivação dos referidos direitos na forma prevista na Constituição.

O presente artigo trata das funções compensatória e punitivo-preventiva da responsabilidade civil por dano moral, em especial, no direito do consumidor, utilizando-se da aproximação, realizada pela Análise Econômica do Direito (AED), do sistema de responsabilidade civil com a teoria do seguro. A teoria econômica, no mesmo passo em que aponta a capacidade do sistema de responsabilidade civil de incentivar o fornecedor a majorar o nível de cautela adotado em sua atuação no mercado, reduzindo o número e o impacto das lesões aos direitos do consumidor, demonstra, através da distinção entre acidentes *wealth impacting* e *wealth neutral*, a incompatibilidade da indenização pecuniária com a natureza dos interesses violados no dano moral.

Propõe-se, a título de conclusão, que a responsabilidade civil por dano moral no direito do consumidor brasileiro seja pensada a partir da

perspectiva da prevenção de acidentes, privilegiando-se como critério para o cálculo das indenizações da espécie a necessidade de regulação do mercado.

1 A TUTELA CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA E A CONSOLIDAÇÃO DO DANO MORAL NA CULTURA JURÍDICA NACIONAL

A prioridade conferida à dignidade humana pelo projeto constitucional brasileiro se vê enunciada logo no dispositivo inicial da CRFB/88, que a erige como um dos fundamentos da República². Gustavo Tepedino alude a uma *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana* como valor máximo de nosso ordenamento jurídico, que se baseia na superação da lógica individualista e patrimonialista que orientou as relações privadas no regime civilista revogado em prol de um sistema comprometido com o livre desenvolvimento da personalidade e o respeito aos valores da existência humana.³

O princípio da dignidade humana é responsável por conferir ao sistema jurídico vigente a unidade perdida com o movimento de descodificação e consolidação dos microssistemas normativos. O direito privado, portanto, deve ser relido e repotencializado a partir dos valores não patrimoniais inscritos na CRFB/88, privilegiando-se a pessoa humana, os direitos sociais e a justiça distributiva como norte da atividade econômica.⁴

A defesa do consumidor, em última instância, é uma das perspectivas da tutela mais ampla da dignidade humana. Conforme caracterizado por Cláudia Lima Marques, o CDC é lei de função social, voltada para a realização de direitos fundamentais econômicos e sociais, declarada de ordem pública e limitadora da autonomia privada⁵. Tem como vocação a proteção da dignidade do consumidor, aí incluídos os aspectos não patrimoniais previstos em seu art. 4º, atinentes à saúde,

2 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;”

3 TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 50-53.

4 *Ibidem*, p. 22.

5 MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor - Antinomia entre norma do CDC e de leis especiais. *Revista de Direito do Consumidor*, v.3, p.155, jul. 1992, s.p. Disponível em: <revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 10 jun. 2013.

segurança e melhoria da qualidade de vida da parte vulnerável no mercado de consumo.

Como dimensão essencial da dignidade humana, os direitos da personalidade encontram tutela privilegiada na CRFB/88, que, em seu art. 5º, incisos V e X⁶, prevê a indenização do dano moral. A jurisprudência pátria que, historicamente, repudiou o instituto⁷, encontra-se hoje ultrapassada, estando definitivamente consolidada em nossos tribunais a cultura da reparação integral dos danos extrapatrimoniais.

Héctor Valverde Santana ressalta que a ampla aceitação da possibilidade de compensação do dano moral demonstra o atual estágio de desenvolvimento do direito brasileiro, caracterizado pelo abandono do antigo sistema de responsabilidade civil voltado para a proteção do patrimônio em benefício de um sistema mais preocupado com a tutela dos valores fundamentais da dignidade, privilegiando as dimensões social, física e psíquica do ser humano.⁸

A plena realização da CRFB/88 depende, porém, do efetivo exercício dos direitos da personalidade, tendo em vista, inclusive, a essencialidade dos mesmos para a fruição de quaisquer outros direitos pelo indivíduo.⁹ Cabe, portanto, ao poder público, prevenir, por todos os meios adequados, a ocorrência de lesões aos direitos da personalidade, sendo absolutamente insuficientes as políticas de realização de tais direitos baseadas exclusivamente na concessão de indenizações substitutivas.

6 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

┌.┐

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

┌.┐

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

7 Exemplar, nesse sentido, a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, até o final da década de 1980, de que incabível a cumulação da reparação do dano moral com a do dano material. Cf. NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção Constitucional do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 138.

8 SANTANA, Héctor Valverde. *Dano Moral no Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 135-136.

9 SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 262.

2 CONCEITO DE DANO MORAL

O dano moral pode ser conceituado como a lesão a interesse não suscetível de valoração econômica, não correspondente a uma redução do patrimônio da vítima. Trata-se de conceito negativo, que identifica o dano moral por exclusão. Sérgio Severo afirma que tal definição está de acordo com a tendência contemporânea da disciplina jurídica de utilizar *conceitos indeterminados e cláusulas abertas*, capazes de propiciar a busca da justiça no caso concreto, tendência esta que se observa de maneira particular no que diz respeito à disciplina da responsabilidade civil, por meio da qual se tem buscado a efetiva reparação dos danos sofridos pelas vítimas.¹⁰

O conceito positivo de dano moral, por sua vez, define-o através de seus elementos essenciais, caracterizando-o como a lesão aos vários aspectos da dignidade humana ou, ainda, como a privação do exercício dos direitos da personalidade. Apesar do mérito de estabelecer a natureza do dano moral, a definição positiva tem como inconveniente restringir-lhe o alcance, gerando dúvidas sobre a reparabilidade de determinados danos extrapatrimoniais, como, por exemplo, as lesões sofridas por pessoas jurídicas ou, ainda, as lesões a direitos ou interesses difusos e coletivos. Sobre o tema, Sergio Severo adverte que, por mais amplo que seja o sentido que se confira aos direitos da personalidade, os danos extrapatrimoniais não se resumem às lesões aos mesmos.¹¹

Para os fins do presente trabalho, interessa uma definição positiva de dano moral, a exemplo da defendida por Héctor Valverde Santana, que afirma que as modernas concepções doutrinárias definem o instituto através de bens como “vida, integridade física e intelectual, paz, tranquilidade espiritual, liberdade individual, honra, reputação, pudor, segurança, amor próprio estético, afeições legítimas, decoro, crença, proteção contra atos que provoquem dor, tristeza, humilhação, vexame”.¹² No mesmo sentido, tratando especificamente do direito do consumidor, Paulo de Tarso Sanseverino delimita os danos morais como “os prejuízos extrapatrimoniais ensejados pelo fato do consumo, em particular quando atingem bens jurídicos relacionados à esfera íntima e aos direitos de personalidade”.¹³

10 SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 42.

11 *Ibidem*, p. 41.

12 SANTANA, op. cit., p. 149-150.

13 SANSEVERINO, op. cit., p. 235.

O dano moral se caracteriza, portanto, como modificação negativa no estado psíquico da vítima, sem conotação econômica direta. Trata-se de prejuízo ao patrimônio abstrato do indivíduo, cuja indenização respectiva, por definição, é incapaz de restituir a vítima ao estado anímico precedente, prestando-se apenas a proporcionar uma compensação pelo direito da personalidade violado. Nessa linha de pensamento, Héctor Valverde Santana assevera que “verificada qualquer violação dos direitos da personalidade do consumidor, nenhuma ação humana poderá ser realizada para o fim de restabelecer a vítima à situação anterior”.¹⁴

Joseph King Jr., ressaltando a incomensurabilidade qualitativa dos danos morais, afirma que, historicamente, o instituto foi utilizado na *Common Law* como forma de eliminar o ímpeto de vingança da vítima, tendo como função precípua a manutenção da paz social.¹⁵ Para o autor, as indenizações por dano extrapatrimonial não apresentam qualquer finalidade econômica, sendo incapazes de mudar o passado ou o futuro.¹⁶ Robert Abel, por sua vez, afirma que a indenização pecuniária por dano moral “desumaniza a resposta para o infortúnio, substituindo a compaixão por dinheiro, despertando inveja ao invés de simpatia, tratando vivência e amor como *commodities*”.¹⁷

A impossibilidade de reparação das lesões aos direitos da personalidade inviabiliza, portanto, a transposição da lógica da reparação pelo equivalente para a seara dos danos imateriais. Se a indenização dos danos materiais, ao menos em tese, é capaz de conferir ao indivíduo lesado a mesma utilidade que possuía no estado anterior à lesão, o mesmo não ocorre na hipótese de dano moral, quando a compensação possível guarda pouca ou nenhuma relação com a realidade dos interesses violados.

14 SANTANA, op. cit, p. 201.

15 KING JR., Joseph H. Pain and Suffering, Noneconomic Damages, and the Goals of Tort Law. *SMU Law Review*, v. 57, p.163-210, 2004. p. 181. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/smulr57&div=14&id=&page=>>. Acesso em: 26 jul. 2013.

16 O autor defende que o sistema de responsabilidade civil dos Estados Unidos deixe de contemplar os danos extrapatrimoniais.

17 Tradução nossa. ABEL, Richard L. A critique of torts. *UCLA Law Review*, v.37, p. 785-831, 1990. p. 823. Disponível em: <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/p?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=37+UCLA+L.+Rev.+785&srctype=smi&srcid=3B15&key=67fedb627d06a332ac52baa5d6c4723>>. Acesso em: 27 jul. 2013.

3 A REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO MORAL NO DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO

A responsabilidade civil no direito do consumidor brasileiro é orientada pelo princípio da reparação integral, previsto no art. 6º, inciso VI, do CDC entre os *direitos básicos do consumidor*¹⁸. Trata-se de norma de ordem pública, inderrogável, portanto, pela vontade das partes.

Pelo princípio da reparação integral, a totalidade dos prejuízos decorrentes dos acidentes de consumo é passível de ressarcimento, devendo ser os consumidores vitimados restituídos à situação anterior à lesão. A reparação dos danos deve ser a mais abrangente possível, incluindo qualquer espécie de prejuízo sofrido pelo consumidor.

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino inclui entre os prejuízos passíveis de indenização, além dos danos morais, os danos meramente materiais (prejuízos de natureza econômica) e os danos pessoais (atentados contra a vida e a integridade física).¹⁹ Quanto aos dois últimos, ressalta que a quantificação dos danos materiais é relativamente mais fácil, enquanto o exato dimensionamento da repercussão patrimonial dos danos pessoais apresenta um grau maior de dificuldade.²⁰

No que diz respeito ao dano moral, a ausência de conteúdo econômico da lesão, que, como visto, consiste numa modificação negativa no estado emocional da vítima, faz com que a quantificação da reparação integral seja tarefa de especial complexidade, exigindo considerável esforço argumentativo por parte do juiz ao fundamentar sua decisão. Sendo impossível restituir o consumidor vítima de dano moral ao estado que precedia a lesão, não se pode pensar na utilização de um critério de equivalência. Nesse quadro, o princípio da reparação integral é objeto de aplicação mitigada, exercendo o papel de regulador da razoabilidade da compensação pelos danos morais, de forma a garantir que o valor da indenização seja compatível com a gravidade da violação dos direitos da personalidade no caso concreto²¹.

18 "Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;"

19 SANSEVERINO, op. cit., p. 235.

20 Ibid., p. 233.

21 Ibid., p. 269.

A importância da função punitivo-preventiva da responsabilidade civil por dano moral ressurte com clareza da literatura sobre a quantificação das indenizações respectivas, tendendo a doutrina a recomendar a utilização de critérios próprios do cálculo das penas, em especial, o grau de culpa e a condição econômica do ofensor. Nesse sentido, Adolfo Mamoru Nishiyama defende que a quantificação do dano moral deve observar critérios como “condições sociais e econômicas das partes, grau de culpa do réu, gravidade da ofensa, sofrimento dos autores e desestímulo à reincidência”.²²

Reconhecendo a tendência doutrinária e jurisprudencial de vislumbrar “uma função preponderantemente preventiva e, até mesmo, sancionatória na indenização pelo dano moral”²³, Paulo de Tarso Sanseverino afirma que o arbitramento das indenizações da espécie deve levar em conta a natureza do bem jurídico lesado (vida, integridade física, liberdade, honra, imagem) para, em segundo momento, “considerar as circunstâncias do fato, como a sua gravidade, a intensidade da culpa, a eventual participação culposa da vítima, a condição econômica das partes envolvidas”.²⁴

Sérgio Severo alude à necessidade de incorporação à indenização do dano moral do “elemento penal, como forma de exercer a função preventiva”, devendo ser este “*plus*” objeto de avaliação em concreto, observando-se “o grau de culpa do ofensor, o grau de culpa do ofendido e as circunstâncias pessoais e econômicas de ambos”, além da personalidade do ofensor e a “necessidade de coibir tal tipo de conduta”.²⁵

É importante notar que a ênfase no uso punitivo e preventivo da responsabilidade civil em matéria de dano moral vem sendo recomendada pela doutrina consumerista pátria apesar do veto presidencial aos dispositivos constantes do projeto de CDC aprovado no Congresso Nacional que previam o instituto da *multa civil*.²⁶

22 NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção Constitucional do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 139.

23 SANSEVERINO, op. cit., p. 232-233.

24 SANSEVERINO, op. cit., p. 252.

25 SEVERO, op. cit., p. 213.

26 *Assim dispunham os dispositivos vetados:*

“Art. 16 - Se comprovada a alta periculosidade do produto ou do serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional - BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável.”

4 A PERSPECTIVA DA AED SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

Toda e qualquer atividade humana envolve algum nível de risco, notadamente na atual sociedade de consumo, em que o crescente desenvolvimento tecnológico cria a cada dia novas situações de perigo para a vida humana. Em seu trabalho seminal sobre o tema da responsabilidade civil, Calabresi sublinha a necessidade de se abandonar o mito de que nossa sociedade está comprometida a preservar a vida a qualquer custo²⁷, lembrando-nos que os indivíduos são expostos ao risco não apenas em função de grandes princípios morais, mas também por razões de mera conveniência.²⁸

A lógica econômica enxerga os acidentes em termos estatísticos, determinando a inclusão de seus custos nos preços dos produtos e serviços oferecidos ao consumidor. A precaução contra acidentes é também contabilizada como custo da atividade empresarial e, igualmente, repassada ao consumidor por meio do preço.

Na perspectiva da AED, a responsabilidade civil tem como função reduzir os custos relacionados a acidentes.²⁹ Objetiva-se a estruturação

“Art. 45 - As infrações ao disposto neste Capítulo, além de perdas e danos, indenização por danos morais, perda dos juros e outras sanções cabíveis, ficam sujeitas à multa de natureza civil, proporcional à gravidade da infração e à condição econômica do infrator, cominada pelo juiz na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo.”

“Art. 52 - [...]”

§ 3º - O fornecedor ficará sujeito a multa civil e perda dos juros, além de outras sanções cabíveis, se descumprir o disposto neste artigo.”

O veto baseou-se no fato de que a reparação do dano sofrido pelo consumidor já estava regulada de “modo cabal” em outras normas do CDC, bem como que a “destinação e finalidade” da multa civil, “sempre de valor expressivo”, não estavam definidas.

27 A ideia de que a vida deve ser preservada a qualquer custo está na base da jurisprudência que reconhece ao direito à saúde a extensão que hoje lhe é dada pelos tribunais pátrios. Aplica-se algo como o que Dworkin denomina de princípio do resgate, segundo o qual “devemos gastar tudo o que pudermos até que não seja mais possível pagar nenhuma melhora de saúde ou na expectativa de vida”. Cf. DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: A teoria e prática da igualdade*. São Paulo, Martins Fontes, 2005. p. 434-435.

28 O autor relata que, antes mesmo da construção do túnel sob o Mont Blanc, já se sabia que a obra causaria a morte, em média, de um operário por quilômetro de túnel construído. Nada obstante, a construção foi realizada em razão da importância do túnel para o comércio da região e da redução do tempo de viagem entre Roma e Paris. Calabresi se refere, ainda, às decisões que tomamos diariamente de utilizar meios de transportes mais rápidos e menos seguros ou, ainda, de utilizar equipamentos de segurança apenas relativamente seguros, tendo em vista o preço muito elevado da adoção de níveis máximos de segurança. Acrescento aos exemplos a atividade dos denominados motoboy, que causa a morte de milhares de pessoas nas metrópoles brasileiras sem contrapartida de grande valor axiológico. Cf. CALABRESI, Guido. *The Costs of Accidents: a legal and economic analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970, p. 17-18.

29 Ibid., p. 26.

de um sistema que minimize a soma dos prejuízos causados por acidentes com os custos da prevenção de acidentes. Tal objetivo é alcançado através da utilização conjunta de duas estratégias distintas: a prevenção de acidentes e a distribuição dos prejuízos decorrentes de acidentes.

Cooter e Ulen delimitam a fronteira entre o direito contratual e a responsabilidade civil a partir dos custos de transação³⁰. A responsabilidade civil substitui o contrato nas situações em que os custos de transação impedem que as partes regulem suas próprias relações, impossibilitando-as de alocar entre si os prejuízos decorrentes de suas relações econômicas e sociais.

Os acidentes de trânsito são bom exemplo de custos de transação que inviabilizam a cooperação. Seria absurdo pensar na possibilidade de que cada motorista e cada pedestre, ao sair de casa, a cada dia, contratasse com todos os demais as cláusulas de responsabilização aplicáveis a um possível acidente. É necessário, portanto, que a lei cuide da alocação dos prejuízos entre as partes envolvidas nos referidos acidentes, economizando os custos de transação que, do contrário, decorreriam das infinitas negociações necessárias.

Nas relações de consumo, a massificação da produção e da contratação é o principal fator impeditivo da cooperação entre as partes. Em regra, somente os contratos de adesão podem conferir a dinâmica necessária ao fornecimento de bens e serviços no mercado de consumo, reduzindo os custos de negociação a um patamar razoável. A exigência de que, a cada fornecimento, sejam ajustadas as regras específicas de responsabilidade civil aplicáveis a eventuais acidentes causados pelos produtos ou serviços negociados poderia resultar, inclusive, na inviabilização da atividade econômica, onerando tanto o fornecedor quanto o consumidor com custos de transação muitas vezes superiores aos valores do próprio objeto contratado.

A assimetria de informações também é fator que dificulta a negociação no mercado de consumo. Os fornecedores, na maior parte dos casos, se recusam a tornar públicos os dados que possuem sobre a segurança dos produtos e serviços que comercializam, impondo aos consumidores esforço desproporcional para obter as informações necessárias à contratação.

30 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre:Bookman, 2010. p. 322.

A intervenção promovida pelo direito do consumidor é, de tal forma, uma necessidade que decorre da própria lógica de funcionamento das relações de consumo, prestando-se a, além de garantir aos consumidores um mínimo de autonomia diante das imposições do mercado, lubrificar os contatos entre fornecedores e consumidores através da redução dos custos de transação.

5 A FUNÇÃO PUNITIVO-PREVENTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL SOB A ÓTICA DA AED

A lógica da função punitivo-preventiva da responsabilidade civil baseia-se na internalização dos custos dos acidentes pelos agentes capazes de evitá-los. No caso das relações de consumo, a lei transfere para o fornecedor os prejuízos sofridos pelo consumidor, transformando as lesões causadas pelos defeitos dos produtos e serviços em custos da atividade econômica subjacente, de forma a incentivar as empresas a investir em segurança.

Num sistema que não responsabiliza os fornecedores pelos danos causados pelos acidentes de consumo, o comportamento que se espera dos mesmos é o de não adotar o nível de precaução adequado, restando ao consumidor optar pela contratação de seguro privado ou correr o risco de incorrer nos prejuízos respectivos. De fato, na vigência de uma regra de ausência de responsabilidade, os benefícios decorrentes do investimento em segurança são integralmente absorvidos pelo consumidor, não havendo incentivos para que os fornecedores se preocupem em realizá-los.

A regra da responsabilidade objetiva, por outro lado, faz com que o fornecedor indenize o consumidor pelos prejuízos causados por seus produtos ou serviços defeituosos, internalizando os custos respectivos. Diante de tal quadro, o fornecedor racional elevará seus investimentos em precaução, beneficiando-se da economia decorrente da redução do número e da gravidade dos acidentes e, em consequência, do menor valor gasto em indenizações.

Em outras palavras, ao alocar nos fornecedores os custos dos acidentes dos produtos e serviços que oferecem ao mercado, o sistema de responsabilidade civil faz com que modifiquem sua conduta, levando-os a precificar o valor das futuras indenizações e a optar por reduzir seus custos através da adoção da precaução no nível eficiente. Esse nível de precaução eficiente é aquele em que são reduzidos ao mínimo os *custos sociais*, os quais resultam da soma dos custos dos danos com o custo da precaução.³¹

31 COOTER; ULEN, op. cit., p. 332-333.

A atuação das empresas no mercado de consumo envolverá, portanto, em qualquer hipótese, certo nível de risco, variando a precaução adotada de acordo com o valor esperado das indenizações³² e o custo da prevenção. Em outros termos, os fornecedores tornarão seus produtos e serviços seguros até o ponto em que o custo do investimento adicional em segurança se iguale ao custo das indenizações por acidente.³³

Fica claro, portanto, que, assim como o direito penal e os regulamentos administrativos, a responsabilidade civil pode ser utilizada como instrumento de política pública voltado para a proteção de bens jurídicos de reconhecida relevância. No que diz respeito às relações de consumo, a ameaça de condenação civil faz com que os fornecedores procurem reduzir a ocorrência e a gravidade das lesões aos consumidores, podendo apresentar, inclusive, efeito dissuasivo mais poderoso do que o obtido através da legislação criminal³⁴.

A elevação dos custos de uma atividade econômica pela responsabilidade civil pode chegar ao ponto de inviabilizá-la do ponto de vista econômico, funcionando, na prática, como verdadeira proibição. Nesse sentido, Edmund W. Kitch ressalta que o progressivo alargamento da responsabilidade civil das indústrias farmacêuticas nos Estados Unidos fez com que as empresas optassem, até mesmo, pela retirada de determinados produtos do mercado, como no caso das vacinas contra sarampo, caxumba, raiva e poliomielite (Sabin e Salk), que, no ano de 1985, apenas uma empresa permanecia produzindo naquele país.³⁵

32 O valor esperado das indenizações corresponde à multiplicação da probabilidade de condenação por fato do produto pelo valor médio da indenização correspondente.

33 Se o nível de precaução adotado é menor do que o eficiente, o custo social marginal da precaução é menor do que seu benefício social marginal, sendo vantajoso o aumento do investimento em precaução. Se o nível de precaução adotado é maior do que o eficiente, o custo social marginal da precaução excede seu benefício social marginal, sendo vantajosa a redução do investimento em precaução. Cf. COOTER; ULEN, op. cit., p. 322-333.

34 É interessante observar que a responsabilidade civil tem ganhado importância, também, como mecanismo de proteção de interesses jurídicos anteriormente tutelados pelo Direito Penal, que, segundo as atuais diretrizes fornecidas pelo princípio da intervenção mínima, deixou de se preocupar com condutas consideradas de menor potencial ofensivo. Determinadas violações a direitos da personalidade, como, por exemplo, nos crimes de calúnia, injúria e difamação ou, ainda, de lesões corporais leves, encontram, muitas vezes, sanções mais adequadas em ações civis de indenização por dano moral do que em ações de natureza criminal.

35 KITCH, Edmund W. Vaccines and Product Liability: A Case of Contagious Litigation. Regulation: AEI *Journal on Government and Society*, maio/jun. 1985. p.17. Disponível em: <<http://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/1985/5/v9n3-3.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

No Brasil, as inúmeras dificuldades enfrentadas pelos órgãos de defesa do consumidor, que, muitas vezes, não conseguem evitar os danos em massa impostos pelos grandes fornecedores à população, faz com que a função punitivo-preventiva da responsabilidade civil tenha redobrada importância. Ante a ausência de outros mecanismos eficazes no combate às violações perpetradas contra os consumidores, é preciso que as ações civis de indenização sejam utilizadas como instrumento de correção do mercado, assegurando a vigência da legislação consumerista e a superação definitiva da cultura do dano eficiente na economia nacional.

O sistema da CRFB/88, centrado na valorização da dignidade humana, não se compatibiliza com a substituição do efetivo exercício dos direitos da personalidade por um suposto equivalente em dinheiro, razão pela qual a responsabilidade civil por dano moral deve visar, primordialmente, a garantia do efetivo exercício dos referidos direitos, prevalecendo, no caso, sua função punitivo-preventiva em detrimento da possibilidade de compensação, *a posteriori*, da violação perpetrada.

O cálculo da indenização do dano moral, portanto, deve ter em vista a necessidade de modificação da conduta do ofensor, especialmente no que diz respeito às relações de consumo, que se caracterizam pela atuação padronizada e em larga escala dos fornecedores. Além da gravidade da lesão e da natureza do bem atingido, o valor da indenização deve levar em conta fatores como a potência econômica e o grau de culpa do ofensor, de modo a neutralizar os benefícios econômicos advindos da conduta lesiva e a desestimular a reincidência.

6 A FUNÇÃO COMPENSATÓRIA E DISTRIBUTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL SOB A ÓTICA AED

Acidentes podem gerar situações dramáticas na vida das pessoas, sendo as perdas deles decorrentes capazes de colocar famílias inteiras em condições de vulnerabilidade. Nesse sentido, não é difícil imaginar um incêndio que destrói o negócio (ou a residência) de uma família ou um acidente de trabalho que retira a capacidade laborativa da vítima.

A responsabilidade civil, em sua função compensatória, atua de maneira análoga ao mecanismo do seguro. Tende, de tal forma, a distribuir os prejuízos dos acidentes entre toda uma classe de pessoas, alinhando-se, conforme aponta Cláudia Lima Marques, à aspiração, própria do Estado Providência, de socialização das perdas, voltada a evitar seja a vítima sobrecarregada com todas as consequências de seu

infortúnio.³⁶ Vocaciona-se, ainda, a distribuir os prejuízos dos acidentes no tempo, diluindo as perdas do indivíduo vitimado em seus rendimentos passados, presentes e futuros.

A distribuição dos prejuízos entre as pessoas baseia-se no pressuposto de que um grupo maior de indivíduos pode absorver as consequências de um acidente com muito mais facilidade do que uma única pessoa. Nesse caso, a transferência das perdas da vítima para o grupo se dá através do pagamento do prêmio do seguro, que incide sobre todos os integrantes do grupo.

A distribuição dos prejuízos no tempo, por sua vez, encontra fundamento no pressuposto de que uma pessoa pode, sem grande impacto em seu orçamento, pagar o prêmio de um seguro durante toda a sua vida, mas não é capaz de dispor desta mesma quantidade de dinheiro num único momento, quando ocorre o acidente.

No direito do consumidor, a responsabilidade civil transfere as perdas sofridas por um consumidor determinado para toda uma coletividade de consumidores, que arca com o valor referente ao prêmio do seguro incluído no preço dos produtos ou serviços respectivos. Para a correta compreensão da referida função compensatória e distributiva da responsabilidade civil, é necessário, inicialmente, desconstruir a ideia, muito cara a uma atitude paternalista que com frequência se faz presente na hermenêutica jurídica pátria, de que o direito do consumidor consegue transferir para os fornecedores os custos referentes aos acidentes de consumo.

Em um mercado baseado na livre concorrência, o custo esperado das indenizações devidas pelos fornecedores é transferido para os consumidores através do preço do produto ou serviço. A valia do mecanismo da responsabilidade civil, com efeito, não se encontra na redistribuição dos prejuízos do consumidor vitimado para a empresa, mas na redistribuição dos prejuízos do consumidor vitimado para todo o universo de consumidores. Nesse sentido, Joseph King Jr.³⁷ argumenta que:

36 MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor - Antinomia entre norma do CDC e de leis especiais. *Revista de Direito do Consumidor*, v.3, p.155, jul. 1992. Disponível em: <revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 10 jun. 2013. s.p.

37 Tradução nossa. KING JR., op. cit., p. 182.

Ao exigir que as empresas e os agentes segurados paguem pelas perdas que suas atividades e produtos causam, e que reflitam tais custos nos preços cobrados, as perdas são distribuídas para uma classe mais ampla de participantes do mercado além das vítimas imediatas. A distribuição das perdas é pensada para reduzir o impacto de lesões em vítimas individuais evitando sua concentração em poucas vítimas, refletindo também noções da utilidade marginal decrescente do dinheiro. Este objetivo é alcançado pela distribuição das perdas que, de outra forma, seriam suportadas pela vítima, por meio dos custos dos bens e serviços gerados pelas atividades causadoras da lesão.

Sobre o tema, Alan Schwartz afirma que um dos elementos do preço dos produtos e serviços oferecidos ao mercado é o prêmio pago pelo fornecedor à seguradora, sendo natural que o contrato ótimo reflita a quantidade de cobertura oferecida aos consumidores.³⁸ Richard Crasweel, no mesmo sentido, apresenta modelo teórico que demonstra que os fornecedores conseguem repassar aos consumidores os custos da prevenção adicional que a legislação os obriga a fornecer na mesma proporção do benefício adicional que esta mesma prevenção confere ao consumidor.^{39 40}

O mecanismo adotado pela responsabilidade civil no direito do consumidor é denominado por Calabresi de *enterprise liability*, consistindo em alocar as perdas decorrentes dos acidentes de consumo

38 SCHWARTZ, Alan. Proposals for Products Liability Reform: A Theoretical Synthesis. *The Yale Law Journal*. New Haven, v. 97, n. 3, p. 353-419, fev. 1988. p. 362. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1124>. Acesso em: 13 jun. 2013.

39 CRASWELL, Richard. Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships. *Stanford Law Review*. Stanford, v. 43, n. 2, p. 361-398, jan. 1991. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1228927>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

40 A desconsideração da realidade econômica descrita, que se encontra no fundo da orientação paternalista acima referida, acaba, não raro, prejudicando o próprio consumidor. De fato, uma vez que os custos impostos aos fornecedores são repassados ao consumidor por meio do mecanismo de preço, as decisões ineficientes transferirão custos desnecessários a este. Exemplo recente em nossa jurisprudência encontra-se na posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1133410/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 07/04/2010) a favor da proibição da prática de preço diferenciado no caso de pagamento por meio de cartão de crédito. Tal posicionamento parece ignorar o fato de que, impedindo o comerciante de discriminar suas operações de acordo com os custos respectivos, acaba por obrigá-lo a diluir os custos das operações efetuadas via cartão de crédito no preço de todas as suas transações, em prejuízo dos consumidores que não se utilizam de tal meio de pagamento. Tem-se, portanto, que, na prática, os custos decorrentes dos pagamentos efetuados por cartão de crédito não são suportados pelos consumidores que deles se utilizam, sendo repartidos entre a totalidade dos consumidores.

nas empresas, aproveitando-se de sua capacidade de repassar os custos respectivos por meio do mecanismo de preço.⁴¹ Joseph King Jr. afirma que a responsabilidade civil busca alocar as perdas naqueles que representam adequados pontos de distribuição das mesmas, sinalizando aos fornecedores que a compensação dos danos é um custo da atividade que deve ser incorporado aos preços.⁴²

Fica claro, portanto, que a legislação de defesa do consumidor tem dois caminhos a seguir: pode alocar nos consumidores os custos dos acidentes de consumo, facultando-lhes a contratação de seguro privado, ou pode alocar nos fornecedores os custos dos referidos acidentes, fazendo aumentar os preços dos produtos e serviços em função dos custos da cobertura contra danos que os acompanha.

O CDC, ao adotar o princípio da reparação integral, opta por este segundo caminho, incluindo em todo produto ou serviço comercializado no Brasil um seguro com cobertura integral contra danos de qualquer natureza. Trata-se, como visto, de norma de ordem pública, estando vedada, portanto, mesmo com a anuência do consumidor, a redução da cobertura prevista na legislação.

Significa dizer que qualquer transação realizada no mercado de consumo brasileiro é acompanhada de um seguro compulsório, que garante ao consumidor ampla e irrestrita indenização dos danos que venha a sofrer em razão de eventual acidente de consumo, mas que, ao mesmo tempo, eleva o preço dos produtos e serviços na mesma proporção da cobertura oferecida.

Calabresi afirma que a imposição desse tipo de seguro forçado advém da crença de que as pessoas, decidindo por si próprias, tendem a não contratar seguro no nível ideal. Tal fato decorre de razões que vão desde a deficiência informacional até as dificuldades psicológicas de avaliar corretamente o risco e pensar a longo prazo e, ainda, a propensão a acreditar que a coletividade lhes socorrerá em caso de necessidade.⁴³ As empresas, por outro lado, além da capacidade de avaliar o risco com mais

41 CALABRESI, Guido. *The Costs of Accidents: a legal and economic analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970. p. 50-55.

42 KING JR., op. cit., p. 186.

43 CALABRESI, op. cit., p. 56-60.

precisão, teriam condições de contratar seguro a um custo mais baixo do que os consumidores.⁴⁴

7 A INCONSISTÊNCIA DOS IMPACTOS DO DANO MORAL NAS NECESSIDADES FINANCEIRAS DA VÍTIMA COM A RACIONALIDADE DA CONTRATAÇÃO DE SEGURO

Cooter distingue os acidentes em *wealth impacting* e *wealth neutral*.⁴⁵ Acidentes *wealth impacting* são aqueles que aumentam as necessidades financeiras da vítima, fazendo com que a utilidade marginal do dinheiro no estado pós-acidente seja mais elevada do que a utilidade marginal do dinheiro no estado pré-acidente. Tal fenômeno pode resultar de duas razões: ter o acidente o efeito de tornar mais caro para a vítima o acesso às atividades e aos bens da vida, elevando suas necessidades de consumo, ou, ainda, de reduzir seu patrimônio ou sua capacidade de ganhar dinheiro.⁴⁶

A primeira hipótese pode ser exemplificada por um acidente que reduz a capacidade física da vítima, obrigando-a a adquirir um veículo adaptado ou a contratar os serviços de um cuidador. Em tal caso, a vítima no estado pós-acidente somente alcança o nível de satisfação que alcançaria no estado pré-acidente após gastar o dinheiro necessário à compra do veículo ou após o pagamento do salário do profissional contratado.

A segunda hipótese decorre do postulado de que, em regra, a utilidade marginal do dinheiro é decrescente, ou seja, quanto menos dinheiro possui o indivíduo, maior é a utilidade que lhe traduz uma unidade monetária adicional.⁴⁷ A redução do patrimônio decorrente de um acidente, portanto, tem como efeito aumentar a utilidade do dinheiro para a vítima.⁴⁸

44 CALABRESI, op. cit., p. 56-60.

45 COOTER, Robert. Towards a Market in Unmatured Tort Claims. *Virginia Law Review*. Charlottesville, v. 75, n. 2, p. 383-411, abr. 1989. p. 389. Disponível em: <http://works.bepress.com/robert_cooter/21>. Acesso em: 13 jun. 2013.

46 Ibid., p. 388-389.

47 O acréscimo de R\$ 1.000,00 (mil reais) adiciona mais utilidade a um indivíduo que possui um patrimônio de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) do que a outro que possui um patrimônio de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Cf. COOTER; ULEN, op. cit., p.66-67.

48 Calabresi alerta para o fato de que a utilidade marginal decrescente da riqueza é uma generalização empírica que não pode se provar universalmente verdadeira. O autor faz alusão a estudos que indicam que a redução do status social decorrente de uma redução relativamente pequena do patrimônio pode ser tão significativa como uma redução muito maior que não cause mudança significativa de status social. Cf. CALABRESI, op. cit., p. 39-40.

A utilidade marginal decrescente do dinheiro decorre do fato de que os primeiros valores que recebemos são utilizados, normalmente, no atendimento de nossas necessidades mais básicas, possuindo, portanto, elevada utilidade marginal. Atendidas essas necessidades básicas, os valores subsequentes possuem menor utilidade marginal, sendo utilizados para o consumo de artigos menos vitais e até mesmo supérfluos⁴⁹.

Vários exemplos a respeito da utilidade marginal decrescente do dinheiro podem ser retirados de nosso cotidiano. Um homem rico, por exemplo, não comprometerá seu tempo livre com um trabalho extra, enquanto um assalariado provavelmente verá com bons olhos a possibilidade de ter um segundo emprego. Na mesma linha, um pai de família racional somente se preocupará com a aquisição de carros esportivos ou obras de arte após ter garantido o sustento de seus filhos.

Os acidentes *wealth neutral*, por sua vez, são aqueles que reduzem o bem estar da vítima sem afetar suas necessidades financeiras. Reduzem, portanto, a utilidade sem afetar a utilidade marginal do dinheiro.⁵⁰ A título de exemplo, pode-se imaginar um acidente que resulte na destruição de um álbum de retratos de família, cuja perda gera inegável abalo emocional, mas não aumenta a necessidade de dinheiro da família.

A racionalidade da contratação de seguro repousa sobre a caracterização dos acidentes como *wealth impacting* ou *wealth neutral*. Como visto, o seguro transfere dinheiro de uma vítima eventual antes do acidente para uma vítima atual após o acidente.⁵¹ No seguro ideal, a utilidade marginal do dinheiro é a mesma quando o indivíduo escapa do acidente ou quando sofre o acidente e recebe a compensação.⁵² Nessa linha de pensamento, Alan Schwartz afirma que os consumidores equalizam “a utilidade marginal esperada adquirindo seguro”, transferindo dinheiro de um estado em que tenha menor utilidade marginal para um estado em que tenha maior utilidade marginal.⁵³

Faz todo sentido, portanto, que as pessoas contratem seguro contra acidentes *wealth impacting*. Cooter ressalta que a realidade prática encontra-se plenamente de acordo com o modelo teórico apresentado, tendo em

49 SCHMIDTZ, David. *Os elementos da justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 211.

50 COOTER, op. cit., p. 389.

51 Ibid., p. 391.

52 COOTER, op. cit., p. 394.

53 SCHWARTZ, op. cit., p. 362-363.

vista o desenvolvido alcançado pelo mercado de seguros contra perdas patrimoniais e incêndio em residências, por exemplo.⁵⁴ Alan Schwartz, por sua vez, alude à larga utilização do seguro médico e contra invalidez, ambos voltados, também, para a cobertura de acidentes *wealth impacting*.⁵⁵ É ilustrativo, ainda, o fato de ser muito comum a contratação de seguro de vida para as pessoas responsáveis pelo sustento da família, tendo em vista o considerável incremento na utilidade marginal do dinheiro que se observa em relação aos familiares sobreviventes, para os quais a indenização do seguro é necessária a sua própria subsistência na ausência do provedor.

No que diz respeito aos acidentes *wealth neutral*, a teoria do seguro não recomenda a contratação da cobertura. Tal conclusão decorre do postulado de que não se justifica o ônus financeiro necessário à transferência de dinheiro entre dois momentos em que a sua utilidade marginal é idêntica.

O acidente que causa dano moral é *wealth neutral*, uma vez que, apesar do desconforto, muitas vezes gravíssimo, que gera, não tem o efeito de aumentar as necessidades de consumo da vítima, mantendo inalterada, para esta, a utilidade marginal do dinheiro.⁵⁶ Trata-se, aqui, do dano moral puro, uma vez que as consequências econômicas do dano moral, como, por exemplo, a incapacidade laborativa temporária da vítima, caracterizam-se como *wealth impacting*.

Socorrendo-se, novamente, do argumento empírico, Cooter⁵⁷, na mesma linha de George L. Priest⁵⁸, afirma que a inexistência da cultura de contratação de seguro de vida para os filhos menores é exemplar da inutilidade da contratação de seguro contra danos morais. Por mais dramática que possa ser a morte de uma criança, este fato, por si só, não aumenta a utilidade marginal do dinheiro para a família vitimada, não se justificando, portanto, o comprometimento de parte da renda familiar com a finalidade de garantir o recebimento de uma quantia em dinheiro no caso de ocorrência da fatalidade.

54 COOTER, op. cit., p. 389.

55 SCHWARTZ, op. cit., p. 353-419.

56 Ellen Smith Pryor afirma que a caracterização do dano moral como *wealth neutral* é uma generalização que nem sempre se mostra verdadeira. Cf. PRYOR, Ellen Smith. The Tort Law Debate, Efficiency, and the Kingdom of the Ill: A Critique of the Insurance Theory of Compensation. *Virginia Law Review*, v. 79, n. 1, p. 91-152, feb. 1993. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1073408>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

57 COOTER, op. cit., p. 393.

58 PRIEST, George L. The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law. *The Yale Law Journal*. New Haven, v. 96, p. 1521-1590, jan. 1987. p. 1546. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/578>. Acesso em: 13 jun. 2013.

Alan Schwartz, por sua vez, ressalta que o gasto de dinheiro não é uma resposta típica das pessoas que sofrem danos morais⁵⁹, de forma que se pode afirmar que não é porque são indiferentes à perda do filho que os pais deixam de comprar o seguro de vida respectivo, mas apenas porque o consumo que a indenização poderá lhes proporcionar não é um bom remédio para o sofrimento. Em outras palavras, a complexidade da experiência humana não pode ser reduzida a uma relação entre dor e prazer: nenhuma satisfação que o dinheiro possa comprar substituirá a ausência de um filho.

Sobre o tema, Joseph King Jr. assevera que, por mais que possa ser gratificante ou aprazível para quem a recebe e, talvez, até confira uma sensação de justiça, a indenização por dano moral nunca anulará a dor.⁶⁰ Ellen Smith Pryor, a seu turno, sublinha a literatura que, indo ainda mais além, aponta para a possibilidade de redução do prazer extraído do consumo pelo indivíduo em razão da dor moral: no caso, por exemplo, de um acidente que impõe à vítima um quadro de depressão, a utilidade marginal do dinheiro após a ocorrência do acidente não só não aumenta como diminui, sendo, portanto, absolutamente indesejável a transferência de dinheiro para este estado pós-acidente.⁶¹

O consumidor racional, portanto, segundo o modelo teórico apresentado, deve optar pela contratação de seguro apenas contra danos pecuniários (*wealth impacting*, em regra), o que, na prática, parece já ocorrer quando lhe é dada a oportunidade de decidir. Diante de tal quadro, considerando-se apenas a função compensatória da responsabilidade civil, a regra padrão do direito do consumidor deve alocar no fornecedor os danos pecuniários decorrentes dos acidentes de consumo, incentivando-os a incluir no preço de seus produtos e serviços os custos da cobertura de referidos danos, e alocar no consumidor os danos morais, que, conforme a predição teórica, preferiria, em regra, não investir na contratação de seguro contra os danos da espécie.

Extrai-se, portanto, da aproximação do sistema de responsabilidade civil com a teoria do seguro, bem como da caracterização do dano moral como dano *wealth neutral*, que a teoria econômica corrobora a incompatibilidade da indenização pecuniária com a natureza dos interesses violados nos danos extrapatrimoniais, apontando, mais uma vez, no sentido de se privilegiar a função punitivo-preventiva da responsabilidade civil por dano moral.

59 SCHWARTZ, op.cit., p. 353-419.

60 KING JR., op. cit., p. 174.

61 PRYOR, op. cit., p. 102.

A ênfase de nossa legislação do consumidor, como visto, é no princípio da reparação integral, aplicável tanto ao dano material, quanto ao dano moral. Mais acertada, porém, teria sido a opção de privilegiar a responsabilidade civil por dano moral como instrumento de correção do mercado, destacando-se como critério de fixação das indenizações da espécie a necessidade de impedir a repetição do comportamento lesivo por parte do fornecedor, conferindo maior eficácia à vontade constitucional no mercado de consumo.

8 CONCLUSÃO

Os valores não patrimoniais atinentes à existência humana digna constituem o núcleo de irradiação axiológica do sistema jurídico brasileiro. A sistemática substituição do exercício dos direitos da personalidade pelo seu (não) equivalente em dinheiro é realidade que não encontra respaldo na CRFB/88, cujo objetivo precípuo é o de garantir a efetiva fruição dos referidos direitos, tantas vezes negada no cotidiano do mercado de consumo nacional.

A indenização do dano moral é incapaz de restituir ao estado precedente à lesão os consumidores vitimados em seus interesses extrapatrimoniais. A compensação pecuniária é uma resposta que, de certa forma, desumaniza o dano moral, guardando pouca ou nenhuma correlação com os bens e interesses lesados: o dinheiro não repara a perda sofrida nem anula a dor vivenciada.

A aproximação da responsabilidade civil com a teoria do seguro e a caracterização dos danos extrapatrimoniais como *wealth neutral* corroboram a incompatibilidade da indenização pecuniária com a natureza do dano moral, sugerindo, inclusive, a teoria econômica, a modificação da regra padrão que determina a reparação dos danos da espécie.

A responsabilidade civil por dano moral no direito do consumidor brasileiro deve ser pensada, portanto, como instrumento de política pública voltado para a prevenção das lesões aos direitos da personalidade, valendo-se o poder público da capacidade do instrumento de fazer com que os agentes econômicos internalizem os custos dos acidentes que seus produtos e serviços impõem ao consumidor e optem por elevar até o nível eficiente os investimentos realizados em precaução.

Em outras palavras, deve ser enfatizada a função punitivo-preventiva da responsabilidade civil por dano moral em detrimento de sua função compensatória, impondo-se a fixação das indenizações da espécie em valor que, além de atentar para a gravidade da lesão e a natureza do bem jurídico atingido, leve em consideração a necessidade de evitar a repetição da conduta

gravosa, ponderando fatores como as condições econômicas do ofensor e seu grau de culpa.

A não utilização da responsabilidade civil como instrumento de regulação do mercado é circunstância que interessa exclusivamente aos grandes conglomerados econômicos, principais beneficiários de um ambiente de tolerância em relação às violações ao direito do consumidor. Outro caminho não há, portanto, além da defesa peremptória da utilização da função punitivo-preventiva do sistema de responsabilidade civil por dano moral, fortalecendo, assim, a posição do consumidor e contribuindo para a erradicação da cultura do dano eficiente no mercado de consumo nacional.

REFERÊNCIAS

ABEL, Richard L. A critique of torts. *UCLA Law Review*, v.37, p. 785-831, 1990. Disponível em: <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/p?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=37+UCLA+L.+Rev.+785&srctype=smi&srcid=3B15&key=67fedb627d06a3332ac52baa5d6c4723>>. Acesso em: 27 jul. 2013.

CALABRESI, Guido. *The Costs of Accidents: a legal and economic analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970.

COOTER, Robert. Towards a Market in Unmatured Tort Claims. *Virginia Law Review*. Charlottesville, v. 75, n. 2, p. 383-411, abr. 1989. Disponível em: <http://works.bepress.com/robert_cooter/21>. Acesso em: 13 jun. 2013.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CRASWELL, Richard. Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships. *Stanford Law Review*. Stanford, v. 43, n. 2, jan. 1991. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1228927>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: A teoria e prática da igualdade*. São Paulo, Martins Fontes, 2005.

KING JR., Joseph H. Pain and Suffering, Noneconomic Damages, and the Goals of Tort Law. *SMU Law Review*, v. 57, 2004. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/smulr57&div=14&id=&page=>>>. Acesso em: 26 jul. 2013.

KITCH, Edmund W. Vaccines and Product Liability: A Case of Contagious Litigation. *Regulation: AEI Journal on Government and Society*, maio/jun. 1985. Disponível em: <<http://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/1985/5/v9n3-3.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor - Antinomia entre norma do CDC e de leis especiais. *Revista de Direito do Consumidor*, v.3, jul. 1992. Disponível em: <revistadoSTribunais.com.br>. Acesso em: 10 jun. 2013.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção Constitucional do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PRIEST, George L. The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law. *The Yale Law Journal*. New Haven, v. 96, jan. 1987. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/578>. Acesso em: 13 jun. 2013.

PRYOR, Ellen Smith. The Tort Law Debate, Efficiency, and the Kingdom of the Ill: A Critique of the Insurance Theory of Compensation. *Virginia Law Review*, v. 79, n. 1, fev. 1993. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1073408>>. Acesso em: 17 jul. 2013.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTANA, Héctor Valverde. *Dano Moral no Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SCHWARTZ, Alan. Proposals for Products Liability Reform: A Theoretical Synthesis. *The Yale Law Journal*. New Haven, v. 97, n. 3, fev. 1988. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1124>. Acesso em: 13 jun. 2013.

SCHMIDTZ, David. *Os elementos da justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CORRUPÇÃO, POLÍTICAS PÚBLICAS E EFEITO SIMBÓLICO: UMA ANÁLISE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS ANTICORRUPÇÃO NO BRASIL

CORRUPTION, PUBLIC POLICY AND SYMBOLIC EFFECT: AN ANALYSIS OF THE ANTI-CORRUPTION POLICY IN BRAZIL

Rafael Melo Carneiro

*Advogado da União com atuação na Procuradoria-Regional da União da 1ª Região.
Pós-graduado em Direito Penal. Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceito de corrupção; 2 Políticas Públicas; 3 Políticas Públicas Anticorrupção; 4 Indicadores e Dificuldades; 5 Poder Simbólico das Políticas Públicas Anticorrupção no Brasil; 6 Conclusão; Referências

RESUMO: Este artigo destina-se a pesquisar as políticas públicas anticorrupção no Brasil. Para tanto, inicia-se pela tentativa de delinear os contornos do que se entende por corrupção. Aborda-se a conceituação científica de política pública, bem como suas variantes. Após, projeta-se esse conceito para a seara da anticorrupção. Analisa-se os indicadores indiretos de eficácia, mediante relatórios de órgãos públicos, órgãos privados e artigos acadêmicos. Conclui-se que o *modus operandi* da política pública anticorrupção brasileira é muito ineficiente, mas, apesar disso, continua a ser reproduzida. Nesse contexto, interpreta-se que o processo de produção das políticas públicas anticorrupção exerce uma função simbólica, ao invés de uma investida material contra a corrupção.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas. Anticorrupção. Indicadores. Ineficiência. Poder Simbólico.

ABSTRACT: This paper search the anti-corruption policies in Brazil. It begins by analysing the concept of corruption, and its difilculties. It prospects de scientific conception of public policy, as well its variants. After, protrudes this conception on anti-corruption studies. It analyses indirect indicators of effectiveness, through reports of public offices, private corporations and academic papers. This article concludes that the brazilian anti-corruption policies *modus operandi* is very inefficient, but, nevertheless, continues to be reproduced. In this context, the production process of anti-corruption policy seems to exert a symbolic function, rather than material attack against corruption.

KEYWORDS: Anti-corruption Policy. Indicators. Inefficiency. Symbolic Power.

INTRODUÇÃO

A cifra negra da corrupção é altíssima. Por sua própria natureza, a corrupção é velada, camuflada e cínica. Esconde-se em conchavos, pareceres e até normas. Assim, não se sabe, empiricamente, se a corrupção aumentou ou diminuiu nas últimas décadas. Porém, é certo que, pelo menos, a constatação da corrupção aumentou.

O Brasil, especificadamente, tem vários órgãos especializados no combate à corrupção, com servidores públicos treinados, legislação rígida, imprensa atuante, ONG's fiscalizadoras, etc. A intenção para a diminuição da corrupção é latente. Então, por que existe um quase consenso sobre a falta de avanço significativo sobre o controle da corrupção? Será que a corrupção virou um lugar-comum no imaginário brasileiro ou realmente é possível averiguar a falta de progresso das políticas públicas anticorrupção? Busca-se, no presente artigo, uma resposta, dentre tantas possíveis, para essas perguntas.

No capítulo 1, delineiam-se as dificuldades de se conceituar corrupção. No capítulo 2, irá se abordar os conceitos e processos de políticas públicas, utilizando-se as doutrinas de Maria Paula Dallari Bucci, Enrique Saravia, Pierre Muller, Pierre Bourdieu. No capítulo 3, irá se indicar os atores e instrumentos anticorrupção, enquanto que no capítulo 4 analisa-se a estrutura anticorrupção do Estado brasileiro, à luz dos teóricos de políticas públicas estudados.

No capítulo 5 faz-se um incursão sobre as principais políticas anticorrupção. O capítulo 6 é uma consequência do capítulo anterior e trata dos indicadores indiretos das políticas públicas anticorrupção. Apesar das dificuldades inerentes à coleta de dados sobre corrupção, procede-se à uma interpretação sobre a efetividade das políticas públicas anticorrupção. Por fim, no capítulo 7, procede-se à uma análise das políticas públicas anticorrupção sob o prisma da teoria do poder simbólico, de Pierre Bourdieu.

1 CONCEITO DE CORRUPÇÃO

Existem estudos que tentam melhor definir e refinar o conceito de corrupção. Entretanto, de antemão, é de se repisar que se trata de um conceito indeterminado, volátil de acordo com o tempo, lugar e o tipo de sociedade. Esse artigo não visa esmiuçar as dificuldades de se conceituar a corrupção e nem estabelecer quais são os melhores parâmetros. No

entanto, é necessário tangenciar esse caminho, uma vez que orienta a formulação de políticas públicas anticorrupção.

Segundo o dicionário Aurélio, corrupção significa devassidão, depravação, perversão, suborno ou peita. A especificar esse genérico conceito linguístico, o Código Penal tipifica em seu Título XI (arts. 312 a 359) os crimes cometidos contra a Administração Pública. Dentre estes, os crimes mais comumente percebidos como corrupção são o peculato, a corrupção, a concussão, a prevaricação, a corrupção ativa e passiva e o tráfico de influência.

Por outro lado, existem condutas corruptas que não se encaixam no espectro penal, mas que são reguladas no âmbito cível pela Lei nº 8.429/92, denominada Lei de Improbidade Administrativa - LIA. Por exemplo, deixar de prestar contas sobre o dinheiro público é ato de improbidade administrativa, segundo o art. 11, inc. VI da mencionada lei, mas não necessariamente constitui crime.

Nada obstante os contornos legais da conduta corrupta, permanecem dificuldades no estudo do conceito de corrupção. Conforme bem lecionado por Enrique Saravia, “uma análise que só leve em consideração a perspectiva jurídica seria limitada e insuficiente para compreender a riqueza e diversidade das variáveis que compõem o universo do fenômeno estatal”¹. Em outras palavras, o critério legal é somente um ponto de partida para o estudo da corrupção e das políticas públicas anticorrupção.

Seria corrupção votar em determinado candidato eleitoral, sob a promessa de se obter um cargo público? Independentemente do votante ser filiado ao mesmo partido político do candidato? Vislumbra-se que o Direito Penal teria dificuldade em responder essa pergunta, já que não se trata de um caso evidente de corrupção, tal qual o suborno. Pelo lado da Lei de Improbidade Administrativa - LIA, igualmente não seria de fácil resposta, mesmo considerando que essa lei não é restringida ao especialmente rígido princípio da legalidade no Direito Penal. Isto é, mesmo com as cláusulas abertas dos artigos 9º, 10º e 11 da LIA, ainda assim o Direito tem dificuldade em estabelecer o que vem a ser corrupção ou ato de improbidade administrativa.

1 SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAVIA, Enrique. FERRAREZI, Elisabete (Orgs.) *Políticas Públicas*. Coletânea. v. 1. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública, 2007. p. 27.

Sobre essa questão, a coletânea de artigos, organizada por Arnold Heidenheimer e Michael Johnston, é muito citada justamente por abordar as peculiaridades e distinções do(s) conceito(s) de corrupção. Nessa literatura internacional, há destaque para alguns critérios de concepções de corrupção, quais sejam: o interesse público, o serviço público, o econômico e a opinião pública.

Segundo Jonh S. Nye, pelo critério do serviço público (“public office”), a corrupção é o desvio das obrigações públicas para atender interesses particulares². Para Carl Friedrich, corrupção, conforme o critério do interesse público, é a conduta do servidor público que lesiona o interesse público³. Como se percebe, esses dois primeiros critérios são interdependentes e de difícil dissociação.

Em contraposição, Van Klaveren⁴ e Nathaniel H. Leff⁵ utilizam o critério econômico (ou mercadológico), segundo o qual a corrupção é o resultado da pressão de um grupo de pessoas que buscam obter influência na burocracia estatal para maximizar seus lucros com eficiência (eficiência aqui é utilizada no seu conceito econômico).

Por fim, cita-se o critério da opinião pública, desenvolvido por Arnold Heidenheimer, segundo uma graduação de percepção. A corrupção negra é aquela percebida tanto pela elite quanto pela massa popular e que ambas reclamam por punição. A corrupção cinza é aquela percebida por somente um grupo de pessoas, geralmente da elite, sendo que a maioria da população ficaria ambivalente. E a corrupção branca significa o ato tolerável, pela qual a maioria da elite e da massa popular não concordaria com punição⁶.

-
- 2 NYE, John S. apud PHILIP, Mark. Conceptualizing Political Corruption. In: HEIDENHEIMER, Arnold J; JOHNSTON, Michael (Orgs). *Political Corruption Concepts & Contexts*. 3. ed. New Jersey: Transaction Publishers, 2009. p.44-45.
 - 3 FRIEDRICH, Carl J. Corruption Concepts in Historical Perspective. In: HEIDENHEIMER, Arnold J; JOHNSTON, Michael (Orgs). *Political Corruption Concepts & Contexts*. 3. ed. New Jersey: Transaction Publishers, 2009. p.15-16.
 - 4 KLAVEREN, Jacob Van. Corruption as a Historical Phenomenon. In: HEIDENHEIMER, Arnold J; JOHNSTON, Michael. (Orgs). *Political Corruption Concepts & Contexts*. 3. ed. New Jersey: Transaction Publishers, 2009. p.83-90.
 - 5 LEFF, Nathaniel H. Economic Development Through Bureaucratic Corruption. In: HEIDENHEIMER, Arnold J; JOHNSTON, Michael (Orgs). *Political Corruption Concepts & Contexts*. 3. ed. New Jersey: Transaction Publishers, 2009. p.307.
 - 6 HEIDENHEIMER, apud GARDINER, *Defining Corruption*. Ibidem, p.33

2 POLÍTICAS PÚBLICAS

A conceituação de políticas públicas não é uníssona, pois essa função estatal agrega diversas vertentes públicas, particulares e sociais. Aliás, Maria Paula Dallari Bucci chegou a dizer que é “plausível considerar que não haja um conceito jurídico de políticas públicas”⁷, dada a abrangência e a complexidade dos diversos fatores e atores que incidem e atuam nas políticas públicas.

Segundo a mencionada autora, “há apenas um conceito de que se servem os juristas”⁸, segundo a qual política pública é a ação estatal resultante de processos jurídicos (administrativos, legislativos e judiciais), visando coordenar os instrumentos públicos e privados para a consecução de objetivos socialmente importantes e politicamente determinados⁹. As políticas públicas podem estar plasmadas na Constituição Federal, leis, normas infralegais e até contratos de concessão de serviço público¹⁰.

Enrique Saravia conceitua política pública como um processo que se constrói mediante um “fluxo de decisões públicas, orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios destinados a modificar essa realidade”¹¹ cuja finalidade é atingir a “consolidação da democracia, justiça social, manutenção do poder, felicidade das pessoas”¹².

Muito embora se possa identificar algumas características gerais do processo de formação, uma política pública não possui uma racionalidade evidente. Vale dizer, “não é uma ordenação tranquila na qual cada ator social conhece e desempenha o papel esperado”¹³.

De todo modo, Saravia vislumbra alguns momentos de elaboração das políticas públicas, quais sejam: agenda (inclusão de determinado tema na lista de prioridades do poder público), elaboração (delimitação

7 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública. In: *Políticas Públicas*. Reflexões sobre o conceito jurídico. BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.) São Paulo: Saraiva, 2006. p. 47

8 *Ibidem*, p. 47.

9 *Ibidem*, p. 39.

10 *Ibidem*, p. 11.

11 SARAVIA, op.cit., p. 28.

12 *Ibidem*, p. 29.

13 *Ibidem*, p. 29.

do problema), formulação (da solução), implementação (ou planejamento da execução), execução, acompanhamento e avaliação¹⁴.

Para Pierre Muller, política pública é um sistema organizado de poder, que aplica estrategicamente os recursos públicos¹⁵. O autor utiliza-se do conceito de territorialidade, consistente em um sistema social relativamente fechado, que se autoreproduz¹⁶. Nos séculos XVIII e XIX, a revolução industrial conduziu uma divisão social do trabalho, com especificação de setores econômicos, de profissões e de necessidades específicas, sobressaindo várias setorizações sociais. Entretanto, esses setores sociais não podem se autoreproduzirem, como os territórios sociais podem. Vale dizer, os setores sociais (p. ex.: a medicina) não podem se destacar da sociedade sobre a qual se desenvolveram. Esses setores sociais possuem uma estruturação vertical de papéis sociais próprios, com distintos conhecimentos, valores e normas, o que gera um antagonismo, além da disputa pelos escassos recursos econômicos. Porém, concomitantemente, os setores sociais são interdependentes¹⁷.

Nesse compasso, a política pública é o processo de mediação social que visa compor os desajustes entre os setores ou entre o(s) setor(es) e a sociedade global, isto é, a política pública faz uma gestão do que Muller chama de relação global-setorial - RGS¹⁸. Essa gestão é feita pelos mediadores, que interpretam (decodificam) o RGS, produzindo imagens da realidade, que irão construir o referencial da política pública, a qual consiste na escolha das normas ou critérios de intervenção do Estado no setor(es) social(is) selecionado(s)¹⁹.

Yves Surel discorda parcialmente de Muller, ao defender a possibilidade de haver política pública mediante uma construção contínua cognitiva, sem necessariamente precisar de um referencial²⁰. Ele segue o estudo de paradigma proposto pelo renomado Thomas Khun na obra

14 Ibidem, p. 32-35.

15 MULLER, Pierre. *Las políticas públicas*. Traduzido por Jean-François Jolly e Carlos Salazar Vargas. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 34-35

16 Ibidem, p. 39.

17 Ibidem, p. 40-43.

18 Ibidem, p. 48

19 Ibidem, p. 48-51.

20 SUREL, Yves. *Las políticas públicas como paradigmas*. Traduzido por Javier Sánchez Segura. Estudios Políticos, Medellín, n. 33, p.43, julio-diciembre, 2008.

“A Estrutura das Revoluções Científicas”²¹ e afirma que uma política pública contém quatro elementos, quais sejam: princípios metafísicos gerais, hipótese, metodologia e instrumentos específicos²². Surel conclui que um paradigma não é somente a construção de imagens sociais, mas sim a reunião de elementos cognitivos e práticos que orientam os atores, a fim de produzir um sistema coerente e durável²³. Esse paradigma pode evoluir com o tempo, mediante a incidência de crises cognitivas (contradição de interpretação das imagens sociais entre os atores) e/ou avanços tecnológicos²⁴.

Em suma, pode-se conceituar uma política pública como sendo uma atuação orientada do Estado, baseada em interpretações de fatos sociais, visando modificar a realidade de um segmento social selecionado, a fim de compor os conflitos sociais ou atingir um desenvolvimento social ou econômico mais sofisticado.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS ANTICORRUPÇÃO

Projetando-se os conceitos supramencionados para as finalidades deste artigo, pode-se conceber políticas públicas anticorrupção como um fluxo de decisões e atuações estatais tendentes a diminuir a corrupção, visando-se a consolidar a democracia e a república.

Para tanto, muitos são os atores existentes na estrutura anticorrupção brasileira. No âmbito federal, que geralmente é referência simétrica para os Estados e Municípios, conta-se, não exaustivamente, com os seguintes órgãos: Congresso Nacional, Poder Judiciário, Polícia, Ministério Público, Controladoria-Geral da União- CGU, Tribunal de Contas da União - TCU, Advocacia-Geral da União - AGU, corregedorias em cada órgão da Administração Direita e Indireta, Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, Banco Central, Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, Imprensa, organizações sociais sem fins lucrativos (Amarribo²⁵,

21 Cf. KHUN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva S.A., 1998.

22 SUREL, op. cit., p. 51

23 SUREL, op. cit., p.51

24 Ibidem, p.53-59.

25 A Organização da Sociedade Civil de Interesse Público denominada Amarribo Brasil foi fundada em 1999, conforme se noticia no site: < http://www.amarribo.org.br/pt_BR/conheca/historico>, acesso em: 09 ago. 2013, e se destacou pela atuação anticorrupção na cidade de Ribeirão Bonito/SP, influenciando o surgimento de outras associações com o mesmo fim.

Transparência Brasil, Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral – MCCE, Instituto Ethos, etc).

Os instrumentos são as normas, os processos legislativos, o mandado de segurança (Lei nº 12.016/2009), a ação civil pública (Lei nº 7.347/85), a ação popular (Lei nº 4.717/65), o inquérito policial (código penal e de processo penal), a ação penal, a sindicância e o processo administrativo disciplinar (Lei nº 8.112/91), as denúncias populares, as auditorias e as tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle (CGU, TCU), os sistemas informatizados de controle de gastos públicos (SIAFI, SIAPE, portal da transparência, etc), o controle da imprensa, o controle de organizações não-governamentais, etc.

No entanto, repisando o ensinamento de Saravia²⁶, não há uma racionalidade evidente na construção das políticas públicas. Nada obstante, conforme Muller²⁷, cada ator, ou grupo de atores, interpreta (ou tenta decodificar) a realidade social da corrupção, constrói uma imagem e tenta produzir um referencial de políticas públicas anticorrupção, isto é, escolhe os critérios de intervenção na sociedade, buscando modificar a realidade.

Construir tal referencial é processo com especial dificuldade, já que a corrupção é velada, silenciosa e dissimulada e, bem por isso, há uma consequente falta de dados consistentes sobre corrupção. Vale dizer, não há dados específicos e precisos sobre a corrupção. Nada obstante, há certo consenso entre os atores de que o recrudescimento de fiscalização, sanções mais severas, processos judiciais mais rápidos e aprimoramento dos agentes públicos que atuam no combate à corrupção causam (ou podem causar) uma diminuição sensível da corrupção.

Porém, ainda que não exista um sólido referencial anticorrupção, isso não exclui a existência de políticas públicas contra a corrupção. Como visto acima, Yves Surel defende a desnecessidade de referencial para a existência de uma política pública. Nesse sentido, identifica-se políticas públicas anticorrupção no Brasil.

Por meio da conceituação jurídica, pode-se classificar políticas públicas anticorrupção em preventivas e repressivas. As preventivas consistem na edição de normas e regras que se destinam a incentivar

26 SARAVIA, op. cit., p. 29

27 MULLER, op. cit., p. 48-51

uma pessoa a não cometer o ato de corrupção, sob pena de lhe ser aplicada a devida sanção correspondente. Nessa parte, o principal ator é o Congresso Nacional, que identifica e responde às influências e decisões dos demais atores, utilizando como instrumentos as normas e as audiências públicas. As repressivas consistem no processo judicial (criminal ou civil) ou administrativo (disciplinar) que visam a punir aquele cometeu um ato corrupto. Os principais atores são a polícia, o Ministério Público e os órgãos de controle (CGU, AGU), enquanto pelos instrumentos se destacam os processos judiciais e administrativos.

Assim, o controle da corrupção deriva da eficácia desse sistema recíproco preventivo-repressivo. Recíproco porque quanto mais eficaz a repressão, mais o agente terá receio em ser descoberto, retomando-se à característica preventiva da política pública.

Muito embora esse conceito essencialmente jurídico seja muito importante, ele não é suficiente para o entendimento do enredo dos atores e dos motivos que levam à edição das normas ou à aplicação destas.

Dentre as diversas concepções de políticas públicas, orienta-se pelo método descrito por Saravia, segundo o qual a elaboração de políticas públicas possui alguns momentos, muito embora essa repartição seja feita para meros efeitos didáticos, quais sejam: agenda (inclusão de determinado tema na lista de prioridades do poder público), elaboração (delimitação do problema), formulação (da solução), implementação (ou planejamento da execução), execução, acompanhamento e avaliação²⁸. As partes de acompanhamento e avaliação serão vistas do tópico a seguir, dadas as respectivas peculiaridades.

A pauta anticorrupção pode entrar na agenda governamental de forma reativa ou proativa. A forma reativa consiste no desdobramento de escândalos e revelações de fatos corruptos, que provocam inquietação popular e midiática, forçando o governo a tomar alguma providência. Cita-se o recente exemplo da rejeição da Proposta de Emenda Constitucional nº 37 – PEC37, que proibia o Ministério Público de promover, por si só, investigações criminais²⁹. Havia um viés de aprovação da PEC37,

28 SARAVIA, op. cit., p. 32-35

29 Aqui não se adentrará no mérito da PEC-37, mas tão-somente busca-se demonstrar como um movimento popular pode deflagar medidas (pelo menos pretensamente) anticorrupção.

inclusive com o apoio da Ordem dos Advogados do Brasil³⁰. Porém, o Ministério Público conseguiu agregar aos movimentos sociais a luta pela rejeição da PEC. Por conseguinte, no dia 25 de junho de 2013, a Câmara dos Deputados rejeitou a mencionada proposta de emenda constitucional. Na oportunidade, o Presidente da Câmara afirmou que “nós somos parlamentares que vêm das ruas do Brasil. Então, temos que estar atentos ao que elas dizem para esta Casa fazer o que o povo brasileiro quer”³¹.

A pauta proativa consiste na movimentação espontânea dos atores, visando melhorar os processos preventivos e repressivos. Como exemplo, cita-se que, no ano 2000, o Brasil ratificou a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais³², culminando com a edição da Lei nº 10.467/2002³³, que introduziu os crimes de corrupção ativa e tráfico de influência em transação comercial internacional no Código Penal (arts. 337-B e 337-B, respectivamente).

Assim, ao que se nota, a elaboração, a formulação e a implementação das políticas públicas são feitas pelos atores anticorrupção, de forma relativamente descentralizada. À guisa de exemplo, o CNJ adotou a meta 18, que pretendeu julgar, até o final de 2013, todos os processos relacionados à corrupção ajuizados até o ano de 2011. A CGU implementou a Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas – SPCI, visando centralizar as ações anticorrupção, que antes eram adotadas de forma dispersa no âmbito deste órgão³⁴. A Advocacia-Geral da União inaugurou o Departamento de Patrimônio e Probidade da Procuradoria-Geral da União e a Divisão de Gerenciamento de Ações Prioritárias da Procuradoria-Geral Federal.

A par da relativa descentralização, é possível vislumbrar um órgão que pode ser tido como mediador, para utilizar os conceitos de Pierre Muller, das políticas públicas anticorrupção. Trata-se da Estratégia

30 Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/25648/plenario-da-oab-e-favoravel-a-aprovacao-da-pec-37>>. Acesso em: 09 ago. 2013

31 Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/446071-CAMARA-REJEITA-PEC-37-TEXTO-SERA-ARQUIVADO.html>>. Acesso em: 09 ago. 2013.

32 Ratificado no Brasil, mediante o Decreto nº 3.678/2000

33 Art. 1º Esta Lei visa dar efetividade ao Decreto no 3.678, de 30 de novembro de 2000, que promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997.

34 Disponível em: <<http://www.egu.gov.br/PrevencaoadaCorrupcao/>>. Acesso em: 18 ago. 2013.

Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA³⁵, fundada em 2003 e que, atualmente, reúne cerca de 60 (sessenta) órgãos, sobressaindo-se como um dos maiores feitos da política pública proativa anticorrupção. Dada a quantidade de órgãos integrantes, cada um contribuindo com sua interpretação, a decodificação do mundo velado da corrupção tende a ser mais eficaz, contribuindo para o aprimoramento do referencial anticorrupção.

Dentre os principais resultados da ENCCLA³⁶, que também correspondem às fases de elaboração de formulação e implementação das políticas públicas anticorrupção, destaca-se a implementação do Cadastro Nacional de Clientes do Sistema Financeiro – CCS, padronização no acesso às informações bancárias (SIMBA³⁷), viabilização da sindicância patrimonial (Decreto nº 5.483/2005), criação do Cadastro Nacional de Entidades Inidôneas (CEIS), treinamento de mais de 11 mil agentes para o combate à corrupção e à lavagem de dinheiro, controle contábil dos convênios firmados pela Administração Pública (Portaria Interministerial nº 127/2008), regulamentação da aquisição e utilização de cartões bancários pré-pagos ou similares, auxílio no aprimoramento das normas de organização criminosa, improbidade administrativa, lavagem de dinheiro, responsabilização de pessoa jurídica, instalação da Rede Nacional de Laboratórios Contra Lavagem de Dinheiro – RedeLab, que conta com 16 órgãos, além 12 outros em processo de instalação, etc.

Nesse contexto, é possível dizer que o referencial das políticas públicas anticorrupção consiste em um maior controle dos fluxos de dinheiro e bens, fiscalização mais ampla, sanções mais severas e treinamento dos agentes públicos.

Porém, é possível medir a eficácia dessas políticas públicas? Os momentos de acompanhamento e avaliação serão vistos no tópico a seguir.

35 Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={7AE041E8-8FD4-472C-9C08-68DD0FB0A795}&BrowserType=IE &LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7B3239224C-C51F-4A29-9E51-74AC98153FD1%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 26 jul. 2013.

36 Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7B7AE041E8-8FD4-472C-9C08-68DD0FB0A795%7D&Team=¶ms=itemID=%7B141D313D-77AF-49A0-A69A-38F415062B64%7D&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 26 jul. 2013

37 Sistema de Investigação de Movimentações Bancárias

4 INDICADORES E DIFICULDADES

Primeiramente, é preciso repisar não ser possível medir a corrupção de um país, porquanto a corrupção, por excelência, ocorre na obscuridade, nos bastidores, ela é velada, secreta, silenciosa e dissimulada. Além disso, o Brasil tem uma deficiência preocupante na coleta e sistematização de dados (não somente sobre indicadores de corrupção, mas de toda a Administração Pública), o que prejudica um estudo científico profundo sobre o assunto. De todo modo, existem alguns indicadores indiretos, pelos quais é possível iniciar um acompanhamento e avaliação das políticas públicas anticorrupção.

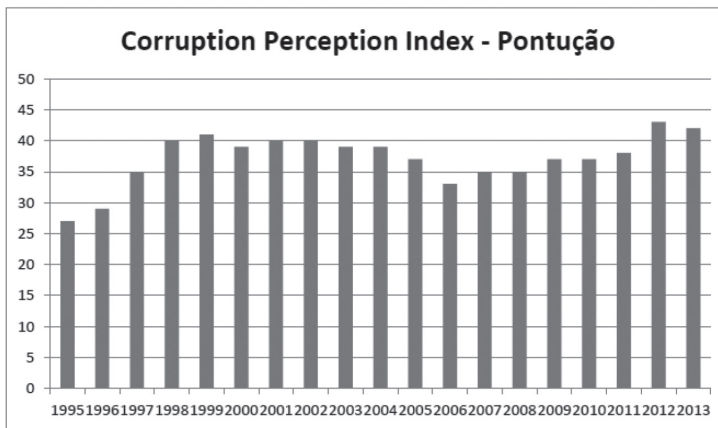
Na linha do conceito de corrupção segundo a opinião pública, visto no capítulo dois, um dos mais famosos indicadores é o *ranking* elaborado pela organização não-governamental “transparency internacional”, que, desde 1995, elabora uma classificação de percepção de corrupção, cuja amplitude vai de zero (extremamente corrupto) a cem (país quase sem corrupção).

No ano de 2013, Brasil foi o 72º em 175 países, onde os menos corruptos (em primeiro lugar) são a Dinamarca e Nova Zelândia e os mais corruptos (em último lugar) são a Somália, Coréia do Norte e Afeganistão. Convém destacar que dentre os países da América Latina, o Uruguai ocupa o 19º lugar, o Chile está na 22ª, enquanto que a Argentina e Bolívia estão empatados na 106ª posição, o Paraguai está na 150ª posição e a Venezuela ocupa o 160ª lugar³⁸.

Analisando-se os dados disponibilizados pela mencionada organização internacional, percebe-se o Brasil tem uma média de 37,15 pontos³⁹. Isto é, a percepção é que o Brasil é um país com muita corrupção, embora tenha tido um pequeno progresso na classificação nos últimos anos.

38 Disponível em: <<http://cpi.transparency.org/cpi2013/results/>>. Acesso em: 13 jan. 2014.

39 Informações retiradas do site: <<http://cpi.transparency.org/cpi2013/results/>>. Acesso em: 09 jan. 2014.
A tabela foi elaborada pelo autor do artigo.



Como se trata de uma pesquisa de percepção, a classificação elaborada pela “Transparency International” sofre duras críticas acerca de sua real correspondência com a realidade. Todavia, mesmo os críticos dessa pesquisa de percepção admitem a necessidade de se utilizar parâmetros indiretos de aferição da corrupção, já que esta é secreta e dissimulada⁴⁰.

Acerca da credibilidade da classificação efetuada pela “Transparency International”, José Boll fez um interessante estudo. Ele formulou o que denominou de “índice de corrupção governamental” a partir da conjugação do cadastro Cadirreg⁴¹, de dados sobre a densidade populacional, sobre o PIB e sobre a Lei Orçamentária Anual – LOA. Nesse estudo, Boll confrontou os dados de sua pesquisa com a classificação mencionada ONG e concluiu o seguinte:

Dos resultados, pode-se destacar que o Índice de Corrupção Percebida da TI [“transparency international”], mesmo utilizando na sua elaboração uma metodologia totalmente diferenciada ao ICB [índice de corrupção governamental do Brasil], teve comportamento similar ao deste último no período analisado [1998-2008], fato que pode invalidar as críticas apresentadas quanto à credibilidade, no sentido de que o índice pudesse estar viesado devido à sua tendência

40 Cf. ABRAMO, Claudio Weber. A dificuldade de medir a corrupção. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 73, nov. 2005. p.33-37.

41 Cadastro de Irregularidades do Tribunal de Contas da União – Cadirreg, que reúne informações de prestações de contas julgadas irregulares

de a corrupção percebida aumentar de acordo com a exposição do assunto na mídia⁴²

A despeito da [des]credibilidade da classificação da “transparency international”, existem outros meios de se indiretamente aferir a corrupção no Brasil.

Um dos melhores são os estudos sistematizados elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ. A Meta 18 desse órgão foi julgar, até o final de 2013, todos os processos ajuizados até 31/12/2011, relacionados à corrupção (ações de improbidade administrativa e crimes contra a Administração Pública). Conforme esse órgão, existem mais de 120 mil processos. Destes, na média, foram julgados 39%, restando, portanto, pendente de julgamento 60,23% das ações⁴³.

Não se pode negar a importância da meta 18, enquanto política pública anticorrupção. No entanto, a tabela disponibilizada pelo CNJ informa somente a quantidade de processos, mas não a quantidade de condenações. Porém, nesse último sentido, o CNJ noticiou que, no ano de 2012, o Poder Judiciário brasileiro julgou 1.637 processos relacionados a corrupção e lavagem de dinheiro, com condenação definitiva de 205 réus⁴⁴. Em outras palavras, admitindo-se apenas 1 réu por processo, tem-se que, no melhor cenário⁴⁵, somente 12,5% dos julgamentos de 2012 resultaram em condenação definitiva.

Por outro lado, entre os anos de 2003 a 2013, segundo a Controladoria-Geral da União – CGU, 4.349 (quatro mil trezentos e quarenta e nove) servidores públicos federais estatutários que receberam pena expulsória do serviço público, o que corresponde a 0,8% dos servidores ativos⁴⁶.

42 BOLL, José Luis Serafini. *A corrupção governamental no Brasil: construção de indicadores e análise de sua incidência relativa nos estados brasileiros*. Porto Alegre: PUC/RS, 2010. 75 p. Obtido no: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/ DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=188597>. Acesso em: 02 maio 2013.

43 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/manuais/Meta_18_de_2013_detalhamento.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2014.

44 Disponível em: <www.cnj.jus.br/noticias/cnj/24270-justica-condena-205-por-corrupcao-lavagem-e-improbidade-em-2012>. Acesso em: 09 jan. 2014.

45 A informação disponibilizada pelo CNJ não especifica a quantidade total de réus nos processos mencionados. Entretanto, à luz da experiência, sabe-se que geralmente os processos de corrupção e lavagem de dinheiro têm mais de um réu, o que diminui ainda mais o percentual de condenações definitivas.

46 Conforme relatório de acompanhamento das punições expulsivas. <http://www.cgu.gov.br/Correicao/RelatoriosExpulsoes/index.asp>, acessado em 26/07/2013

Alencar e Gico Jr. também chegaram a conclusões desanimadoras. Ao analisarem as punições impostas pelo Poder Judiciário em face dos agentes públicos penalizados disciplinarmente, deduziram que a probabilidade de ser condenado pelo crime de corrupção é de 3,17%, enquanto a probabilidade ser punido civilmente é de 1,59%⁴⁷. Shikida supõe que a probabilidade de efetiva punição no Brasil seja menor que nos Estados Unidos da América (o que é condizente com o *ranking* da *Transparency International*), que é de 5%⁴⁸.

As razões do infeliz cenário exposto podem ser as mais diversas. Prescrição processual, falta de provas, afã na propositura de ações infundadas, falta de estrutura dos órgãos de controle, etc. De todo modo, analisando-se esses dados, principalmente aqueles fornecidos pelo CNJ, pode-se afirmar que o Brasil detém uma baixa resposta estatal aos atos de corrupção.

Nesse sentido, Sérgio Praça, Andréa Freitas e Bruno Hoepers, ao investigarem se a rotatividade de funcionários públicos federais, nos anos de 2010 e 2011, ocorreu devido aos escândalos de corrupção ou à mudança de chefia, concluíram que “órgãos afetados por escândalos de corrupção tiveram uma taxa de permanência de seus funcionários de confiança maior do que a dos demais órgãos”⁴⁹ (grifos nossos). Eles vislumbraram duas explicações para tanto. A primeira é que a rotatividade, em razão de escândalos de corrupção, atinge mais funcionários de alto escalão (que numericamente são poucos) e que vários ocupantes de cargos de confiança são servidores de carreira, o que desafia um processo demissório muito mais difícil do que a mera exoneração dos cargos ocupados por aqueles não integrantes da carreira pública⁵⁰.

O estudo foi feito cruzando-se dados de reportagens jornalísticas denunciadoras de corrupção, obtidos pelo projeto “Deu no Jornal” da ONG Transparência Brasil, com dados obtidos do Portal de Transparência do Governo Federal (www.transparencia.gov.br). Sabe-se que reportagens jornalísticas conferem credibilidade a meros indícios de corrupção e podem desaguar em denunciamentos sem fundamentações materiais.

47 ALENCAR, Carlos Higinio Ribeiro; GICO Jr, Ivo. Corrupção e Judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. *Revista de Direito GV*, São Paulo, n. 13, p. 075-098, jan./jun. 2011.

48 SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Considerações sobre a Economia do Crime no Brasil: um sumário de 10 anos de pesquisa. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n. 02, p. 324-344, jul./dez. 2010.

49 PRAÇA, Sérgio; FREITAS, Andréa; HOEPER, Bruno. A rotatividade dos servidores de confiança no Governo Federal Brasileiro 2010-2011. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 94, p. 104, nov. 2012

50 PRAÇA; FREITAS; HOEPER, op. cit., p. 104.

Assim, a pesquisa deve ser vista com certo resguardo, mas, ainda assim, vale a pena citá-la como um indicador indireto da pouca resposta estatal ao quadro de corrupção brasileiro. Aliás, esta pesquisa complementa os dados da CGU, citados logo acima.

Nessa quadra, é de fazer a seguinte pergunta: diante da miríade de atores e de instrumentos anticorrupção, porque existe um consenso sobre a falta de avanço significativo sobre o controle da corrupção? Trata-se de pergunta de difícil resposta e para a qual, certamente, não haverá uma resposta única e correta. Busca-se, no presente artigo, uma resposta, dentre tantas possíveis, para tal pergunta.

O antagonismo entre a atuação estatal e os indicadores indiretos de eficácia conduzem à um reconhecimento da existência do que Pierre Bourdieu chama de poder simbólico.

5 PODER SIMBÓLICO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS ANTICORRUPÇÃO NO BRASIL

Pierre Bourdieu, na obra “O Poder Simbólico”, analisa os efeitos dos sistemas sociais perante a própria sociedade. Para ele, o sistema simbólico [mito, língua, arte, ciência, etc] é um sistema de construção da realidade, que tende a estabelecer uma ordem gnoseológica, isto é, tende a conferir um sentido homogêneo e lógico ao mundo social no tempo e no espaço. Dessa forma, os símbolos são instrumentos de integração lógica e moral, tendentes à um consenso social, no qual se baseia a reprodução da ordem social⁵¹.

A função política do sistema simbólico é servir como um sistema de dominação, por meio de ideologias que se apresentam como de interesse comum e universal (falsa consciência), mas, na verdade, serve à classe dominante. Esse processo legitima as distinções estabelecidas pela própria classe dominante⁵².

Existe uma correspondência (homologia) entre a produção ideológica e a luta de classes, que produz formas eufemizadas de lutas econômicas e políticas entre as classes. É essa homologia que legitima a imposição de formatações filosóficas, religiosas, jurídicas, etc, pela

51 BORDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p.8-10

52 Ibidem, p. 10.

classe dominante⁵³. A crença na legitimação das ideologias tem o poder de transformar o mundo social, sem a necessidade de força física ou econômica. Assim, o poder não está no sistema simbólico, mas sim em ser reconhecido como legítimo e ignorado como arbitrário⁵⁴.

Volvendo-se aos fins deste artigo, tem-se que a produção (ainda estéril) das políticas públicas anticorrupção no Brasil cumpre sua função de falsa consciência, ao propalar sua intenção ostensiva de diminuir a corrupção, mas, na verdade, não ultrapassa os limites da produção jurídico-formal das políticas públicas, consistentes da edição de leis, especialização de órgãos sem o devido sustento orçamentário, etc.

Na América Latina há uma cultural formal-legalista em detrimento de uma análise material das causas dos problemas. Nas palavras de Enrique Saravia, “o estudo circunscreve-se a questões *de lege data* e *de lege referenda* e deixa de lado as realidades vitais que permeiam as estruturas públicas”⁵⁵. Aguilar Villanueva também discorre acerca do formalismo em detrimento da eficiência material das políticas públicas latinas (em tradução livre):

Por outra parte, nossa teoria da administração pública ficou presa entre as considerações jurídicas institucionais (repertórios de leis e regulamentos, âmbitos de competência e jurisdição, instâncias e procedimentos formais...) e as menores considerações operativas para cumprir ordens dadas e levar a cabo as decisões prévias⁵⁶.

Enquanto são legitimadas por esses processos formais (legislativos, judiciais ou administrativos), as políticas públicas anticorrupção tendem a prevenir eventual inquietação social, contra a qual eventualmente se precisaria utilizar força física.

No jogo político, além da luta pelo monopólio dos poderes públicos (direito, exército, polícia, finanças públicas, etc), os partidos também lutam pelo poder simbólico de fazer ver, crer, predizer, prescrever e

53 Ibidem, p. 13-14.

54 Ibidem, p. 14-15.

55 SARAVIA, op. cit., p. 22

56 AGUILAR VILLANUEVA, Luiz F. *La hecura de lãs políticas*. 1. ed. México: Miguel Angel Porrúa, 1992. p. 08. No original: Por otra parte, nuestra ‘teoría’ de la administración pública há quedado atrapada entre lãs consideraciones jurídicas institucionales (repertorio de leyes e y reglamentos, âmbitos de competencia y jurisdicción, instancias y procedimientos formales...) y lãs menores consideraciones operativas para cumplir ordenes dadas y llevar a cabo decisiones previas.

reconhecer ideias, mobilizando, de maneira duradoura, o maior número agentes concordantes com seus pensamentos⁵⁷. Para tanto, os partidos políticos elaboram representações do mundo social capazes de angariar um número possível de cidadãos e, por outro lado, assegurar as posições de poder conquistadas ou a serem conquistadas⁵⁸. Dessa forma, “a produção das ideias acerca do mundo social acha-se sempre subordinada de fato à lógica da conquista do poder, que é a mobilização do maior número”⁵⁹. O político avisado é aquele que avalia o sentido objetivo e o efeito social de suas decisões, escolhendo as posições convenientes, evitando embates de posições comprometedoras⁶⁰.

Essa função simbólica das políticas públicas não passa despercebida por Saravia quando ele afirma que “em outros países, com exceção de algum setor específico, as políticas públicas são mero discurso político e tecnocrático”⁶¹ e que “o poder político dos diferentes setores da vida social e sua capacidade de articulação dentro do sistema político são os que realmente determinam as prioridades”⁶².

É provável que para outros setores sociais o desenvolvimento de políticas públicas no Brasil esteja baseado em critérios técnicos e sistemáticos. No entanto, na seara de políticas públicas anticorrupção, ainda vige imperícia e o imprevisto.

Tome-se como exemplo a reação do governo federal em face das manifestações de junho e julho de 2013, que bradavam pela diminuição da corrupção. No dia 21.06.2013, o governo consignou-se que “uma iniciativa fundamental é uma nova legislação que classifique a corrupção dolosa como equivalente a crime hediondo, com penas severas, muito mais severas”⁶³. Na sequência, no dia 02/07/2013, a Câmara aprovou regime de urgência para um projeto de lei nº 6616/09, que torna hediondo

57 BORDIEU, op. cit., p. 174

58 Ibidem, p. 174.

59 Ibidem, p. 175.

60 Ibidem, p. 172.

61 SARAVIA, op. cit., p. 28.

62 Ibidem, p. 35.

63 Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2013/06/dilma-anuncia-cinco-pactos-em-resposta-aos-protestos.html>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

o crime de corrupção⁶⁴. A propósito, este foi o último ato ocorrido no mencionado projeto⁶⁵.

A edição de leis é uma etapa importante do processo de políticas públicas. Porém, em definitivo, de acordo com a experiência brasileira, e mormente em razão dos baixos números de condenação apresentados pelo CNJ, o mero enrijecimento jurídico-formal das políticas públicas dificilmente irá ter algum impacto efetivo na corrupção. Somente irá se renovar o ciclo da homologia simbólica, buscando-se uma posição política conveniente, a fim de angariar o maior número de aderentes possível.

Seja em razão das dificuldades de saber as causas da corrupção ou da falta de interesse político, observa-se uma ausência de pauta científica e referencial sólido para as políticas públicas anticorrupção, o que reforça o poder simbólico das políticas públicas anticorrupção. Esse fato somente corrobora a observação de Aguilar Villanueva, segundo o qual “a maneira como os governos decidem e desenvolvem suas políticas públicas, seu processo, padrão e estilo de decisão e operação, foram sem investigação sistemática”⁶⁶.

6 CONCLUSÃO

A corrupção, em certo sentido, é um paradoxo. Muito embora seja secreta e dissimulada, a sua existência é evidente e comprovada. É impossível medir a quantidade de corrupção de um país. Porém, referencialmente, pode-se deduzir que o Brasil é um país com alto grau de corrupção, se comparado aos Estados Unidos, à maioria dos países da Europa e até da América Latina.

No estudo da corrupção e, logo, das políticas públicas anticorrupção, existem dificuldades iminentes à coleta de dados, identificação de um ato corrupto e perseguição estatal, mediante processo judicial ou administrativo, seguido por um julgamento (da autoridade judiciária ou administrativa) e imposição de uma penalidade. O percentual de identificação da corrupção é seguramente baixo, os processos prescrevem, as provas são frágeis e as sanções são incipientes.

64 Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camara/noticias/noticias/SEGURANCA/446676-APROVADA-URGENCIA-PARA-PROJETOS-CONTRA-CORRUPCAO-E-SOBRE-SEGURANCA-EM-CASA-NOTURNA.html>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

65 Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=464192>>. Acesso em: 14 jan. 2014.

66 AGUILAR VILLANUEVA, op. cit., p. 15. No original: Sin embargo, la manera como los gobiernos deciden y desarrollan sus políticas públicas, su proceso, patrón y estilo de decisión y operación, quedaron sin investigación sistemática.

Cuida-se de um problema estrutural da máquina administrativa e judicial do Brasil, penalizada por uma enorme burocracia, que afeta todos os setores públicos e os privados que dependem dos públicos.

Nesse contexto, as políticas públicas anticorrupção são especialmente afetadas pelo gigantismo administrativo ineficiente, levando-se a crer que elas representam mais uma resposta simbólica do que uma investida material contra a corrupção.

REFERÊNCIAS

- ABRAMO, Claudio Weber. A dificuldade de medir a corrupção. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 73, nov. 2005.
- AGUILAR VILLANUEVA, Luiz F. *La hecura de las políticas*. 1. ed. México: Miguel Angel Porrúa, 1992.
- ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro; GICO Jr, Ivo. Corrupção e Judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. *Revista de Direito GV*, São Paulo, n. 13, jan./jun. 2011.
- BOLL, José Luis Serafini. *A corrupção governamental no Brasil: construção de indicadores e análise de sua incidência relativa nos estados brasileiros*. Porto Alegre: PUC/RS, 2010, 75 p. Obtido no: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=188597>. Acesso em: 02 maio 2013.
- BORDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.
- BRASIL. *Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000*. Diário Oficial da União de 01/12/2000.
- _____. *Código Penal, de 1º de janeiro de 1942*. Diário oficial de 03/01/1941.
- _____. *Lei nº 8.429, de 2 junho de 1992*. Diário oficial de 03/06/1992.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública. In: *Políticas Públicas*. Reflexões sobre o conceito jurídico. BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: www.camara.leg.br. Acesso em: 20 ago. 2013.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: www.cnj.jus.br. Acesso em: 09 jan. 2014.
- CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Disponível em: www.cgu.gov.br. Acesso em: 18 ago. 2013.

- FRIEDRICH, Carl J. Corruption Concepts in Historical Perspective. In: HEIDENHEIMER, Arnold J; JOHNSTON, Michael (Orgs). *Political Corruption Concepts & Contexts*. 3. ed. New Jersey: Transaction Publishers, 2009.
- HEIDENHEIMER, Arnold apud GARDINER, John. Defining Corruption. In: HEIDENHEIMER, Arnold J; JOHNSTON, Michael. (Orgs). *Political Corruption Concepts & Contexts*. 3. ed. New Jersey: Transaction Publishers, 2009.
- KLAVEREN, Jacob Van. Corruption as a Historical Phenomenon. In: HEIDENHEIMER, Arnold J; JOHNSTON, Michael. (Orgs). *Political Corruption Concepts & Contexts*. 3. ed. New Jersey: Transaction Publishers, 2009.
- LEFF, Nathaniel H. Economic Development Through Bureaucratic Corruption. In: HEIDENHEIMER, Arnold J; JOHNSTON, Michael (Orgs). *Political Corruption Concepts & Contexts*. 3. ed. New Jersey: Transaction Publishers, 2009.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2013.
- MULLER, Pierre. *Las políticas públicas*. Traduzido por Jean-François Jolly e Carlos Salazar Vargas. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- NYE, John S. apud PHILIP, Mark. Conceptualizing Political Corruption. In: HEIDENHEIMER, Arnold J; JOHNSTON, Michael (Orgs). *Political Corruption Concepts & Contexts*. 3. ed. New Jersey: Transaction Publishers, 2009.
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Disponível em: www.oab.org.br. Acesso em: 09 ago. 2013.
- PRAÇA, Sérgio; FREITAS, Andréa; HOEPPER, Bruno. A rotatividade dos servidores de confiança no Governo Federal Brasileiro 2010-2011. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 94, nov. 2012
- SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAVIA, Enrique. FERRAREZI, Elisabete (Orgs.) *Políticas Públicas. Coletânea*. v. 1. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública, 2007.
- SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Considerações sobre a Economia do Crime no Brasil: um sumário de 10 ano de pesquisa. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n. 02, jul./dez. 2010.
- SUREL, Yves. Las políticas públicas como paradigmas. Traduzido por Javier Sánchez Segura. *Estudios Políticos*, Medellín, n. 33, julio-diciembre, 2008.
- TRANSPARENCY INTERNATCIONAL. Disponível em: <<http://www.transparency.org>>. Acesso em: 09 e 13 jan. 2014.

**A SINDICABILIDADE DAS POLÍTICAS
PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO OU A
POSSÍVEL BALBÚRDIA DOS VALORES NA
ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA**

***THE CONTROL OF PUBLIC POLICIES FOR THE
JUDICIARY OR A POSSIBLE CONFUSION VALUES IN
ADMINISTRATIVE ACTION***

Raimundo Márcio Ribeiro Lima

Procurador Federal/AGU

Associado do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP)

Mestre em Direito Constitucional pela UFRN.

Professor substituto da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Políticas Públicas; 2 *Mérito Administrativo* e Separação dos Poderes; 3 Mínimo Existencial e Reserva do Possível; 4 Limites à Atuação Judicial; 5 Considerações Finais; Referências.

“A decisão judicial, especialmente em assuntos de grande importância constitucional, muitas vezes envolve uma escolha entre valores morais e não a simples aplicação de um único princípio moral importante, pois é loucura acreditar que, onde o significado da lei é duvidoso, a moral tenha sempre uma resposta clara a oferecer”¹.

RESUMO: O artigo discute a legitimidade da substituição da discricionariedade administrativa pela discricionariedade judicial, geralmente pautada em valores ou convicções pessoais do magistrado, o que representa uma clara afronta ao princípio democrático. Por outro lado, a ingerência judicial no *controle* das políticas públicas é adequada nos casos de agressão aos direitos fundamentais ou aos princípios constitucionais da Administração Pública. Todavia, a atuação judicial exige parcimônia e um mínimo de objetividade, porque a atuação racional da Administração Pública, como expressão de sua autonomia político-administrativa, exige o necessário respeito aos limites funcionais de cada poder. O compromisso com o Estado Democrático de Direito não nega a importância do desenho institucional estampado na Constituição e, claro, da reserva do exercício do poder político decorrente do princípio democrático.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Políticas Públicas. Princípio Democrático. Discricionariedade. Sindicabilidade Judicial. Separação dos Poderes.

ABSTRACT: The article discusses the legitimacy of the replacement of administrative discretion by judicial discretion generally guided by personal values or beliefs of the magistrate, which is a clear affront to the democratic principle. Moreover, judicial interference in the control of public policies is appropriate in cases of assault on fundamental rights or the constitutional principles of public administration. Nevertheless, judicial action requires parsimony and a minimum of objectivity, because the rational operation of the Public Administration, as an expression of their political-administrative autonomy, requires the necessary respect to the functional limitations of each power. The commitment to the democratic state does not deny the importance of institutional design stamped in the Constitution and, of course, of the reserve the exercise of political power resulting from the democratic principle.

KEYWORDS: Fundamental Rights. Public Policy. Democratic Principle. Discretion. Judicial Control. Separation of Powers.

1 HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 264.

INTRODUÇÃO

No Brasil, desde a última década do século passado, discute-se muito sobre as políticas públicas destinadas a atender aos objetivos fundamentais da República estampados no art. 3º da CF/88, justamente porque a discussão encontra-se cercada de várias problemáticas, tais como: (a) a observância do princípio da eficiência na execução das políticas públicas; (b) os limites orçamentários e a promoção das escolhas administrativas acertadas na consolidação dos direitos fundamentais dos cidadãos, até mesmo como expressão do dever de boa administração do gestor público; (c) a pertinência do *controle*² judicial das políticas públicas e os seus limites político-normativos na ordem constitucional vigente; e (d) a responsabilidade do Estado em virtude da ausência de políticas públicas concretas nos importantes segmentos ou setores da sociedade.

Neste breve trabalho, por uma conexão direta entre os pontos, e por uma necessária delimitação nos estudos promovidos, são apresentadas as devidas discussões sobre as temáticas ventiladas nas alíneas *b* e *c*, de forma que as mencionadas nas alíneas *a* e *d* serão cotejadas de modo subliminar, isto é, de modo a embasar certas posições assumidas no curso da exposição argumentativa sobre a matéria abordada e, mesmo assim, sem maior demora.

Promove-se, ainda, uma exposição, mesmo que pontual e recorrente ao longo da exposição, sobre o sentido e o alcance do princípio da separação dos poderes, assim como uma necessária digressão sobre a dinâmica da legitimidade da atuação administrativa; aliás, questão de particular importância na compreensão do regime jurídico-administrativo, haja vista a perspectiva democrática da atividade administrativa brasileira em função da fórmula política: *Estado Democrático de Direito*.

2 O termo controle não se alinha corretamente à atividade exercida pelo Poder Judiciário quando da análise legalidade e legitimidade das diversas atividades administrativas referentes às políticas públicas, pois, a rigor, não se controla efetivamente tais políticas, mas, sim, e não menos importante, promove-se a sindicabilidade dos atos ou medidas administrativas a elas relacionadas. Quer dizer, a ideia de controle se revela numa atuação direta sobre a atuação administrativa desenvolvida, enquanto a noção de sindicabilidade procura justamente corrigir os possíveis desvios perpetrados pela autoridade pública na promoção das medidas administrativas exigidas pela gestão da coisa pública. Deve-se advertir que não se trata de uma sutileza bizantina, mas, sim, uma releitura ou perspectiva diversa ao prospectar a função do Poder Judiciário sobre a matéria, tudo de modo a revelar o seu verdadeiro sentido no Estado Democrático de Direito brasileiro, em que prestigia uma divisão funcional dos poderes com necessários e marcantes traços de desejada harmonia.

Por fim, cumpre esboçar uma diretriz sobre a sindicabilidade possível ou adequada das políticas públicas pelo Poder Judiciário, isto é, que contemple os seus limites em face da ordem constitucional vigente, sem, contudo, apequenar a sua importância na contextura evolutiva da realizabilidade dos direitos fundamentais no Brasil.

1 POLÍTICAS PÚBLICAS

Inicialmente, cumpre traçar um sentido à expressão políticas públicas, até mesmo para direcionar o alcance dos seus efeitos na senda executiva do Estado, isto é, a atividade material empreendida pela Administração Pública.

O que seria uma política pública? Seria toda e qualquer atuação do Poder Público com vista a atender aos objetivos fundamentais da nossa República, *ex vi* art. 3º da CF/88? Ela corresponde à atuação do Estado voltada à execução das leis orçamentárias?

Em primeiro lugar, o conceito deve compreender um universo bem expressivo de possibilidades, pois não há como definir concretamente a ambiência precisa do complexo operativo da atuação do Estado, pois ela segue um usual caminho das demandas crescentes nas sociedades hipermodernas e complexas.

Logo, não se propõe uma conceituação indene de reparos, e nem isso seria possível, porém não se pode negar que a delimitação do termo encontra amparo na necessária compreensão de quem sejam os legitimados a promover tais políticas, assim como os destinatários delas.

Prestando-se a uma perspectiva política, os legitimados a empreendê-las, como diretrizes gerais no plano da determinabilidade governamental, são os agentes políticos no sentido técnico e preciso do termo³, recaindo, portanto, primacialmente aos membros do Poder Legislativo e do Poder Executivo, pois os demais agentes públicos,

³ A saber, os detentores de cargo político, pois neles imperam, em tese, uma legitimação decorrente do princípio democrático. O mesmo não se pode dizer em relação aos magistrados, muito embora, como arautos da legalidade, aliás, tal dever estende-se a quaisquer servidores públicos, podem, em função das especificidades ou poderes instrumentais do cargo, promover uma necessária sindicabilidade da atuação administrativa, tudo de modo a evitar ofensa às regras e aos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis à Administração Pública, e, nessa qualidade, como atuação de uma parcela do Poder do Estado, pode promover decisões com indiscutível repercussão política; contudo, não há como afirmá-los como agentes políticos. Logo, a denominação agente político, embora criticável numa democracia deliberativa, se afigura aceitável apenas ao órgão de cúpula do Poder Judiciário.

ainda que contribuam com tal objetivo, não desenvolve uma posição de elaboração ou de execução direta de tais políticas, mas, sim, de eventual/possível corrigenda delas no exercício regular de suas funções. Pensar o contrário, por certo, seria afirmar que um magistrado, numa sentença relativa a um dever de prestação estatal⁴, estaria promovendo uma política pública, o que não é nada arrazoado, somente porque exerce uma expressão de poder do Estado, já que isso é extensível a qualquer servidor público, portanto, a diferença não é *qualitativa*, mas *quantitativa*.

Em verdade, em tal caso, observa-se, no máximo, uma decisão judicial: (a) com dilargada abrangência que será decodificada e necessariamente empreendida pela via administrativa, e ainda com certa margem de discricionariedade, pois não há como delimitar com exatidão todos os planos da atividade executiva, uma vez que a possibilidade de escolha de determinados meios ou expedientes, na reconhecida compreensão da discricionariedade de escolher meios⁵, sempre há-de surgir, em maior ou menor escala, em cada caso concreto; (b) com propósito concreto/individual, circunstanciando a dimensão semântica e material da norma jurídica, cuja fundamentação deve demonstrar a situação evidente que autorize um tratamento bem peculiar a ser dispensado ao jurisdicionado ou a uma coletividade; quer dizer, que justifique uma ingerência positiva da autoridade judicial no plano da atuação administrativa; ou (c) delimitadora ou supressiva de alcance de determinado veículo normativo, com os demais consectários fáticos, por afrontar, dentre outros, os caros princípios da proporcionalidade e da razoabilidade⁶.

4 Nesse ponto, impende salientar uma didática classificação das atividades-fim do Estado, quais sejam, (a) as atividades em se cotejam o relacionamento de um Estado com os demais ou com as mais diversas entidades internacionais; (b) as atividades de controle social, em que se prestigia a regulação da vida em sociedade, nas quais evidentemente alcançariam, em grande medida, diversas atividades administrativas que, eventualmente, seriam objeto da devida análise dos órgãos de controle interno ou externo da Administração Pública, sem falar na atuação repressiva, via Poder Judiciário, de modo a coibir possíveis abusos do Poder Público; (c) as atividades da gestão administrativa (SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 80). Naturalmente, os deveres de prestação social se vinculariam às atividades de gestão administrativa e, por conseguinte, nos quais se dariam a eventual sindicabilidade dos atos administrativos perpetrados pelo Poder Público.

5 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 586.

6 Essa última hipótese, por si só, demandaria um demorado artigo em separado para explicitar os seus devidos esteios, haja vista a difícil tarefa de delimitar com precisão o campo de atuação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade em face da atividade legiferante e, claro, na contextura dos casos concretos.

Assim sendo, a atuação judicial em momento algum realiza qualquer política pública, já que os atos materiais ou normativos recaem sobre a atividade executiva ou legiferante, excetuando-se, no último caso, quando imperar os efeitos da teoria concretista em mandado de injunção coletivo ou individual, donde desponta, desde já, um potencial substrato normativo da decisão do Poder Judiciário⁷.

Em termos mais claros, magistrado não pode ser coautor de políticas públicas, porque ele é *processualmente irresponsável*⁸ e, como se

-
- 7 A sentença normativa da Justiça do Trabalho é uma excrescência do sistema, pois não passa de um "grande acordo de regras técnico-laborais ou econômicas" firmadas entre os segmentos econômicos e profissionais com o beneplácito do Poder Judiciário, simplesmente porque a sentença é decantada pelos segmentos econômicos e profissionais. Quer dizer, há apenas mudança de sede das discussões, porque o tal dissídio é sempre bem pontual e a atuação judicial, ainda que se diga plena e enorme, é fastidiosa, repetitiva e, ainda, limitada pelo ciclo das convergências econômicas e pelas regras técnicas advindas da sociedade civil, senão imperaria o árbitro.
- 8 O mesmo se diga com relação ao próprio Poder Judiciário. Não se olvida os termos do art. 133, inciso I, do CPC e nem mesmo o art. 2º da Lei nº 1.079/1950; todavia, não se pode acreditar que esses dispositivos possuam alguma inferência concreta na responsabilização de um membro do Poder Judiciário. Ora, que dolo ou fraude, esta compreendida como um expediente doloso, corporificada em decisão judicial de cunho [eminente] discricionário, poderia ser aventado com êxito para fins de responsabilização do seu prolator? Em outros termos, a *discricionariade judicial* dificilmente seria interpretada como manifestação dolosa ou fraudulenta por parte do próprio Poder Judiciário. Assim, o sistema apresenta uma inconsistência terrível: como limitar ou punir a discricionariade judicial manifestada com dolo ou fraude, já que a ela, em si mesma, não pode ser de todo afastada? Seria o caso de responsabilizar o próprio Poder Judiciário baseado na teoria do órgão de Otto von Gierke? Desconhece-se essa possibilidade por uma razão bem simples e, claro, ideológica: não se trata da famigerada questão sobre o corporativismo que reina no Poder Judiciário pátrio, não mesmo, o problema é mais consistente e menos imoral; a saber, propugna-se que a ingerência judicial em questões administrativas constitui uma verdadeira bandeira do Poder Judiciário para efetivar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, mormente os de caráter prestacional; assim sendo, a desatada *discricionariade judicial* é vista como elogiosa forma de atuação funcional e, portanto, consentida pelos membros desse poder, de modo que eventuais desvios serão *sopesados* ou *relevados* em face dos *benefícios* concretos decorrentes da operosa e habitual atuação discricionária dos magistrados. Outro ponto relevante, no que confirma a questão acima, é que não há como evitar a discricionariade judicial no plano da atividade interpretativa, porquanto isso é inerente à própria aplicação e consolidação dos direitos (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 391), haja vista que a moldura do texto jurídico contempla a possibilidade de várias *normas* aplicáveis para o caso concreto; todavia, não se deve admitir a substituição da discricionariade administrativa, portanto, do gestor, pela discricionariade judicial, que não é legitimada, em tese, pelo regime democrático. Ademais, não faltará quem defenda que um sistema de responsabilização judicial imprimiria um claro expediente de limitação da atuação judicial, criando, assim, um sério problema sobre o próprio exercício do livre convencimento motivado no árduo processo de resolução de conflitos de interesses. Tal linha argumentativa não convence, pois há necessidade de criar um parâmetro de responsabilização adequado aos magistrados, o mesmo se diga quanto aos membros do Ministério Público, senão pode imperar, como não raras vezes ocorre, situações abusivas e claramente comprometedoras da estabilidade das relações jurídicas, sem falar no enorme custo que as decisões judiciais absurdas ou despropositadas causam à sociedade.

afigura patente, a noção de responsabilidade na gestão pública se alinha justamente à posição ou atuação política dos mandatários do povo, fato que não se observa na regular atuação dos magistrados, uma vez que não é responsabilizado por eventual medida judicial de cunho político-normativa determinada em eventual demanda, por maiores que sejam os custos do entendimento judicial no caso concreto.

Por outro lado, não se pode dizer que o público em geral será sempre o destinatário das políticas públicas. Não mesmo. Essas políticas possuem nichos específicos e, por isso, diversificados, e, não raras vezes, assumem uma ambiência bem particular para sua ocorrência, o que pode acontecer, por exemplo, no caso das políticas públicas educacionais ou econômicas e nestas a atuação é, por assim dizer, voltada a determinados grupos ou atividades que diferem, e muito, das prestações positivas fáticas de caráter social, como o direito à saúde (art. 6º da CF/88).

Portanto, afasta-se o entendimento de que políticas públicas sejam todas as medidas tomadas pelo Poder Público com vista a atender ao disposto no art. 3º da CF/88, uma vez que a extensão dada ao termo faria com que basicamente tudo tornasse uma política pública, por mais elementar, aleatória ou ordinária que fosse a atividade desenvolvida pelo Poder Público, muito embora se reconheça que a envergadura de muitas políticas públicas se faça cumprir através de condutas simples dos agentes públicos e dos demais membros da sociedade.

Desse modo, política pública representa um conjunto de *atividades planejadas* pelo Estado e *critériosamente executadas*, mediante uma atuação efetiva e harmônica entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, conforme as competências constitucionalmente estabelecidas, e com a participação da sociedade civil⁹, com vista a empreender os objetivos fundamentais da nossa República numa perspectiva contínua e expansiva de consolidação dos direitos dos cidadãos, o que lhe reveste de inegável caráter prospectivo, já que é não possível cumprir, pronta e satisfatoriamente, todo o catálogo de direitos fundamentais em função

9 Cumpra mencionar que a elaboração das políticas públicas pelo Poder Legislativo (como potência transformadora) e pelo Poder Executivo (como ato transformador) não é imune à intervenção da sociedade civil, pois o engendro do envolvimento do político do cidadão no Estado Democrático de Direito exige uma atuação *uti cives*, no qual contempla uma contribuição político-argumentativa sobre os programas normativos elencados no texto constitucional. Portanto, exige-se participação administrativa na preparação, formulação e execução das políticas públicas. Aliás, com relação à temática, na qual desponta a *participação administrativa como mecanismo de redução dos custos administrativos mediatos das políticas públicas*, consultar: RIBEIRO LIMA, Raimundo Márcio. *Administração Pública Dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 435-446.

das circunstâncias ou limites inerentes a cada contextura fática conflitiva de interesses, assegurando-se sempre a eventual sindicabilidade da atuação administrativa por parte do Poder Judiciário, mas sem descuidar a tônica de equilíbrio e harmonia entre os Poderes.

Portanto, *planejamento e execução criteriosa* definem o sentido de políticas públicas, pois o ordinariamente exigido e prestado se insere na regular dinâmica das prestações públicas que, apesar de relevantíssimas, não consagra a noção de *direcionamento* ou *nova disciplina transformadora* da atuação estatal na efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos, mas simplesmente a prestação normativa ou fática propriamente dita das políticas públicas, isto é, a sua inarredável materialidade. Daí, a diferença essencial entre *prestações públicas* e *políticas públicas*, pois estas expressam um *demorado planejamento governamental*, no que exige uma *execução criteriosa*, voltado ao cumprimento de uma precisa *disciplina* da atuação estatal, no que compreende todos os seus meios e recursos disponíveis, destinada a promover o necessário atendimento dos direitos fundamentais dos cidadãos, no que segue o parâmetro da normatividade constitucional, e nos limites das reais possibilidades fáticas do Estado.

Que relação pode ser ventilada entre políticas públicas e direitos fundamentais? Existe um direito fundamental às políticas públicas? Sem qualquer demora, defende-se que não existe tal direito, até porque a relação entre eles é de *meio e fim*. As políticas públicas se inserem na instrumentalidade que carrega toda a razão de ser do Estado por meio de seus órgãos ou das suas entidades: *servir a sociedade*. Afinal, o Estado *existe* para a sociedade que também lhe *serve* e nela ele adquire suas virtudes ou seus defeitos, porquanto o Estado é gestado por membros dessa sociedade que lhe é tão cara. Assim, a perspectiva instrumental das políticas públicas, por se revelar um *meio*, não se confunde com os *fins ou objetivos* a serem cumpridos durante a caminhada para a plena realizabilidade dos direitos fundamentais.

Numa palavra: políticas públicas não são apenas dimensionadas pelos textos legais, muito embora a eles devam submeter-se, nem são meras atividades materiais, pois apenas *traduzem* os seus desejados propósitos, devidamente decantados em diretrizes conscientes da ação governamental, desse modo, elas são um complexo de ações institucionais que definem sentido e o vigor das prestações públicas nos mais diversos segmentos da sociedade.

A ideia de fundamentalidade de um direito à política pública constitui um equívoco, pois, em verdade, há direitos fundamentais

a serem devidamente efetivados mediante uma política pública específica; contudo, não há como arvorar o caráter fundamental do meio ou instrumento utilizado para consolidar tais direitos, já que isso revelaria um *panfundamentalismo* notadamente prejudicial, pois os meios seriam até mais importantes que os fins a serem alcançados. Ou que a instrumentalidade seria mais fundamental que a própria cogência dos direitos fundamentais, sem falar que banalizaria a ideia de fundamentalidade na nossa Carta Política. A política pública é imperiosa ou indispensável; mas, por outro lado, apenas os direitos ou garantias podem ser fundamentais¹⁰.

Cumprе mencionar que a problemática das políticas públicas extrapola o universo da normatividade jurídica, justamente por exigir a confluência de fatores extrajurídicos, afinal “[...] como garantir a efetividade do programa constitucional cujos pressupostos, especialmente econômicos, escapam ao poder de determinação normativa”¹¹. Disso resulta a elemental conclusão de que nenhuma política pública se rende aos ordinários mecanismos de controle de legalidade e legitimidade da atuação administrativa.

Então, as políticas públicas perseguem o atendimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil¹², porém, nesse contexto, não comporta qualquer atuação estatal, mas aquela que se revele *planejadora, criteriosamente executora e disciplinadora* de uma nova realidade no processo de consolidação dos direitos fundamentais; portanto, dentro de quadrantes precisos da atuação estatal, senão pode ocorrer uma generalização disfuncional do termo, o que poderia acarretar malefícios no cumprimento dos *deveres prestacionais positivos* do Estado.

Aqui, vale assinalar uma ligeira digressão. No atual estágio de compreensão dos direitos fundamentais, por evidente, não há como negar que mesmo um dever estatal de abstenção impõe, em alguns casos, uma atuação prestacional do Estado, até mesmo para impor meios que façam imprimir uma abstenção desejada ou perseguida pelas liberdades públicas. Assim sendo, o termo *prestacional positivo* não se afigura de

10 Pode-se cogitar, em um só direito, a ambivalência da instrumentalidade e da fundamentalidade, tal como ocorrem com as garantias processuais constitucionais, porém tal linha de compreensão não se aplica às políticas públicas.

11 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. 2 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 247.

12 GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Processo (REPRO)*. v. 164, ano 33, p. 09-28, out. 2008. p. 10.

todo redundante, pois, a rigor, as prestações negativas, que revelam uma abstenção, mesmo assim, e em casos específicos, impõem um *fazer material*, de caráter nitidamente operacional, para que não se faça ou ocorra algo. Logo, a título de exemplificação, o devido controle para que não seja frustrada a realização de reunião já marcada, e mesmo possibilitar os meios materiais para que ela ocorra (art. 5º, inciso XVI, da CF/88), por certo, constitui um dever prestacional negativo que impõe um atuar do poder público e, assim, também um prestar, de modo que o negativo ou positivo não se refere necessariamente a um não fazer ou fazer do Poder Público, mas, sim, a uma finalidade positiva ou negativa a ser alcançada com a atuação do Estado.

3 MÉRITO ADMINISTRATIVO E SEPARAÇÃO DOS PODERES

O termo *mérito administrativo* sempre ostentou uma ligeira ideia de atuação pretensamente não sindicável do Poder Público, já que análise do mérito contida ou permitida numa norma de competência exige, na maior parte das vezes, um julgamento pessoal sobre determinados fatos, que apesar de jurídica e socialmente relevantes, não se admitiria a exigência de limites nas proposições ou concepções meritocráticas arvoradas pelo gestor público no caso concreto. Felizmente, esse entendimento não mais se sustenta, pois o exercício de uma competência discricionária é sempre vinculado ao dever de juridicidade, que é imposta a toda autoridade pública; logo, não se trata de mera faculdade de escolher entre *isto ou aquilo*¹³, pois há efetivamente o exercício de uma competência administrativa em que se admite, melhor dizer se impõe, à promoção de avaliações ou análises que determinem escolhas com o fundado propósito de encontrar a melhor solução no caso concreto¹⁴.

Só que a definição da melhor solução não expressa à existência de solução única, mas variedade de soluções igualmente cabíveis, desse modo, a melhor solução é a que honra com o dever de juridicidade

13 Vale dizer: “*Discrição não significa, no Estado Constitucional, liberdade para o erro teratológico ou para vantagens indevidas e voluntarismos de matizes irracionais, ainda dissimuladas em ideologias*” (FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 10, itálico no original). As características do *modus operandi* da discricionariedade, por sua vez, é claramente delineadas nestes termos: “[...] 1) supone la adopción de decisiones dentro de un margen de libre apreciación dejado por el ordenamiento jurídico, 2) implica un acto de elección sobre la base de argumentos valorativos acerca de los cuales personas razonables pueden diferir, 3) la elección se adopta siempre conforme a criterios valorativos extrajurídicos” (DESDENTADO DAROCA, Eva. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*. Madrid: Civitas, 1997. p. 22).

14 FREITAS, op. cit., p. 24.

administrativa. Todavia, e isso deve ficar claro, quanto mais densa for a diretriz normativa, isto é, quanto mais intensa e precisa for a disciplina legal, menor é a multiplicidade de soluções aceitáveis no sistema. Por outro lado, quanto maior for a certeza/clareza da atuação decisória do gestor público, maior é a possibilidade de sindicabilidade judicial, pois a compreensão comum sobre a racionalidade de uma decisão não pode levar à compatibilização de posições absolutamente destoantes¹⁵.

O mérito das decisões administrativas sempre vai demandar relevantes discussões no seio da Administração Pública, pois “o sentido político do ato administrativo”¹⁶ comporta o exercício de uma competência discricionária do gestor; logo, representa escolhas, que devem ser devidamente justificadas, que podem fazer com que se discuta a legalidade, a legitimidade ou a moralidade da medida eleita ou, e isso não raro acontece, até mesmo a sua necessidade em face das exigências do caso concreto, conforme o parâmetro de compatibilidade, dentre outros, com os princípios da moralidade (art. 37, *caput*, da CF/88), da proporcionalidade (art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.87/99) e da razoabilidade (art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.87/99).

Portanto, a sindicabilidade do mérito administrativo, sem sombra de dúvida, tende a revelar uma clara resistência por parte do Poder Executivo, pois, por um lado, há a necessidade de estabelecer critérios, não necessariamente rígidos, na divisão das funções do Estado, de modo a cotejar uma providencial independência no exercício das funções típicas de cada Poder e, por outro, há a imperiosa necessidade de conter, e mesmo evitar, o exercício desmedido ou arbitrário das competências administrativas.

E assim é porque nenhum dos Poderes da República deve interferir prejudicialmente nas atividades do outro (art. 2º CF/88); por outro lado, e em igual medida, nenhum deles encontra-se estanque ou infenso a possíveis círculos de atuação conjugada ou, o que se entende no caso da sindicabilidade das políticas públicas, de atuação limitante ou corretiva

15 Além disso, cumpre lembrar que “a decisão administrativa oscila entre pólos da plena vinculação e da plena discricionariedade. Esses extremos, no entanto, quase não existem na prática; a intensidade vinculatória depende da densidade mandamental dos diferentes tipos de termos linguísticos utilizados pela respectiva lei” (KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista da ESMAFE – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, n. 08, p. 177-223, 2004. p. 185).

16 FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 146.

de um Poder em face do outro, uma vez que a divisão funcional dos poderes imprescinde de uma linha de equilíbrio no exercício das funções constitucionalmente estabelecidas, até mesmo para afastar uma postura absoluta ou despótica de quaisquer dos Poderes, em particular, na atual quadra evolutiva da atuação judicial, uma ditadura, possivelmente velada e não menos prejudicial, do Poder Judiciário em face do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

Dessa forma, a margem de atuação ou de liberdade das autoridades públicas, a despeito da sua capital importância na prossecução do interesse público, e certamente por isso, sofrem limites justamente para contemplar a elementar e histórica noção de controle e justo equilíbrio entre os Poderes¹⁷.

Ora, se a discricionariedade possui limites, até mesmo como decorrência do necessário controle das funções do Estado; também há limites à atuação limitadora do exercício de uma competência discricionária, pois o parâmetro da normatividade, donde se funda a limitação da discricionariedade, não pode inviabilizar o exercício da própria discricionariedade ou simplesmente anulá-la. Em outros termos, se a discricionariedade é sempre relativa¹⁸, e quanto a isso não se discute, a discussão sobre os limites de sua ocorrência não pode ser absoluta, senão poderia gerar uma total usurpação da apreciação discricionária da autoridade pública, arrimada numa norma de competência, pela apreciação discricionária do magistrado assentada na mesma contextura fático-jurídica.

Acredita-se que essa malfadada *substituição decisória* não seja o propósito da sindicabilidade judicial das políticas públicas, mas, tão-somente, aquilatar os desvios verificados na atuação administrativa e, por conseguinte, corrigi-los em função de precisos e robustos fundamentos devidamente apresentados no caso concreto; porém, como o Poder Judiciário não dispõe de recursos orçamentários para a efetivação das

17 Não de pode olvidar o caráter instrumental da separação dos poderes, de modo que não constitui um fim em si mesmo (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 215), de modo que não se arvora o entendimento que ela possa justificar um empeco de qualquer confluência de interesses entre as funções do Estado, já que se sustenta precisamente para limitar uma postura de superposição de quaisquer dos poderes na integração de interesses, que são geralmente conflitivas; logo, a separação dos poderes representa um instrumento de cunho estrutural no nosso sistema jurídico (art. 2º da CF/88).

18 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. "Relatividade" da Competência Discricionária. In: _____. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 81-90, p. 83.

políticas públicas, já que não é o seu fim institucional¹⁹, e nem pode precisar o devido aporte material para efetivar os comandos constitucionais ou legais olvidados, deve circunstanciar o amparo normativo da árdua função alocativa dos recursos públicos, incumbindo, assim, à Administração Pública uma forma correta (ou pretensamente adequada) de encampar uma ação positiva fática ou normativa²⁰ inicialmente desprezada pelo Poder Público ou, se já realizada parcialmente, retificá-la ou aprimorá-la em face da exegese enunciativa dos comandos declinados da *Constituição total*²¹.

Em todo caso, o controle excessivo das políticas públicas jamais será absoluto, pois a determinação judicial, por mais pormenorizada que se revele, ainda enseja uma *discricionariedade executiva*²², uma vez que uma sentença não vai precisar todos os moldes da consecução da medida materialmente determinada, salvo quando o cumprimento da decisão judicial ocorresse sem a promoção de atos materiais por parte da autoridade administrativa, algo que dificilmente se daria em matéria de políticas públicas, o que dispensaria a promoção de possíveis *escolhas* na execução do julgado.

Vale mencionar, ainda, que a ingerência judicial nas políticas públicas difere da mera sindicabilidade dos atos administrativos que antecedem às prestações públicas, porquanto exige à observância de uma importante sutileza: a ação governamental consciente e preordenada arrima-se numa larga margem de discricção em função dos textos legais que empreende os fins a serem alcançados pela gestão pública, de forma que a apenas a evidente e concreta inadequação da política pública, considerando-se os elásticos parâmetros normativos da lei-quadro, é que

19 Exceuem-se, evidentemente, as políticas públicas relacionadas à gestão administrativa do Poder Judiciário.

20 Donde se evidenciam os direitos a prestações em sentido amplo, nos quais compreendem (a) os direitos de proteção; (b) direitos de organização e procedimento; e (c) os direitos a prestações em sentido estrito (ALEXY, op. cit., 2008. p. 444).

21 A expressão *Constituição total*, o mesmo se diga quanto ao termo constituições parciais, são precisamente decantados por Hans Kelsen para representar a dinâmica da ordem constitutiva dos textos constitucionais numa perspectiva federativa de Estado (KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução. Alexandre Krug. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 61).

22 Quanto ao modo ou meio de execução na via administrativa e, em alguns casos, o tempo delas. Então, por essa mesma razão, não há como eliminar o decisionismo judicial, ainda que se considerem os amparos teóricos dworkiniano contra a liberdade decisória do juiz, nem mesmo em função de uma *hercúlea ascensão justificadora*, pois “it is hard to imagine a decision which does not involve some discretion, and yet clearly some instances of discretion are much wider than others” (GALLIGAN, D. J. *Discretionary Powers*. A Legal Study of Official Discretion. Oxford: Clarendon Press, 1990. p. 11).

permitiria uma oportuna sindicabilidade judicial. Por outro lado, o rol de prestações públicas concretas, fundadas em atos administrativos também concretos, encontra-se em outro plano de sindicabilidade judicial, pois os vínculos normativos são mais precisos e, conseqüentemente, mais sindicáveis.

Dessa forma, compreende-se que: (a) a atividade judicial pode empreender meios de *controle* sobre a apreciação discricionária do gestor público, devidamente autorizada pela norma de competência relativa à elaboração e execução das políticas públicas, mas, *a priori*, apenas no que concerne aos *requisitos vinculados*²³ do ato administrativo, o que não revelaria qualquer novidade sobre a temática; (b) logo em seguida, entraria no mérito propriamente dito do ato administrativo, porém só quando a política pública definida representar uma evidente negativa de direitos fundamentais em função da equivocidade das pretensões encampadas pelo Poder Público, isto é, quando contrariar obrigações específicas e expressas no texto constitucional; e, por fim, (c) tratando-se da habitual análise do parâmetro de legalidade ou legitimidade do ato administrativo expedido para efetivar as políticas públicas já consideradas constitucionais ou legais²⁴, o controle pode ser exercido sem maiores reservas, conquanto que não implique a criação ou negação de disposição legal que represente aumento de despesa²⁵, uma vez que não haveria legitimidade para tanto,

23 É preciso esclarecer: a noção de vinculação dos elementos do ato administrativo, ainda que seja de fácil compreensão, no que atende à didática tentativa de percepção do fenômeno jurídico, guarda uma clara imprecisão, porque, em rigor, não há vinculação plena no caso concreto, porquanto há sempre uma margem de discricionariedade da atuação administrativa, nem que seja para promover a escolha dos meios, consistindo, portanto, uma discricção, ainda assim, de grande relevo, mesmo numa contextura de minudente determinação judicial. De igual modo, a dinâmica terminológica do *ato discricionário* faz negar a clara compreensão de que os parâmetros da normatividade vinculam todos os elementos do ato administrativo, ainda que isso não seja, *a priori*, devidamente identificado na dimensão semântica do enunciado do texto legal.

24 Deve-se sempre ter em mente que política pública, lei e ato administrativo submetem-se a um nicho operativo de sindicabilidade judicial próprio e, por conseqüente, possivelmente independentes (COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa (RIL)*, Brasília, ano 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998. p. 45).

25 Ora, se o Poder Executivo deve observar os nortes do art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), então, com maior razão, esse dever institucional não pode ser olvidado pelo Poder Judiciário, senão a sindicabilidade das políticas públicas pode tornar-se um verdadeiro instrumento de ruína da gestão fiscal do Estado. Vale dizer, ainda, que o disposto no art. 9º, § 2º, da LRF, não autoriza o entendimento de que o vasto catálogo de direitos fundamentais, para fins de proibição de contingenciamento de despesas, expressa uma obrigação constitucional específica dos Poderes Públicos, isto é, dotada de precisa densificação normativa, senão a medida de contenção de despesas perderia todo o rigor determinado na LRF, pois, por mais onerosa e inoportuna que fosse uma prestação pública, bastaria mencionar que se trata de uma *obrigação constitucional genericamente considerada*.

e nem determine uma nova interpretação, por simplesmente considerá-la melhor, a texto normativo já devidamente considerado pela autoridade administrativa, pois isso implicaria a substituição da discricionariedade administrativa pela discricionariedade judicial²⁶.

As conclusões acima expressam uma releitura no princípio da separação dos poderes, pois reconhece a possibilidade de imbricações recíprocas dos poderes constituídos, inclusive é até aconselhável na atual quadra evolutiva das funções públicas, contanto que isso não implique uma superposição de um Poder sobre o outro, mormente na contextura de uma função atípica, de modo restringi-la indevidamente ou simplesmente anulá-la.

Notadamente, a instrumentalidade estrutural da separação dos poderes, que reafirma a ordinária compreensão da limitação do poder, é concebida para evitar o exercício absoluto das funções públicas, o que poderia fazer com que imperasse um Estado totalitário ou despótico. Assim sendo, a delimitação de limites à atuação judicial, ao contrário do que se possa imaginar, apenas prestigia ou reforça a noção de equilíbrio entre os poderes, uma vez que cria mecanismos de correção material entre as funções sem desnaturar a importância de cada uma deles no sistema.

Em outras palavras, há inegavelmente a necessidade de criar meios de *controle* da atuação administrativa ou, no que é mais importante, de estabelecer mecanismos para evitar a sua inércia em face da necessária tarefa de consolidação dos direitos fundamentais; todavia, a atividade de *controle* não pode ser absoluta ou supressora da ação governamental, pois pode ocorrer o grave risco de superposição da atuação judicial em detrimento da atuação dos representantes do povo, pelo menos na sua concepção ideal, que são os gestores públicos eleitos democraticamente para tal fim, de modo que os magistrados não são legitimados a promover suas pretensas corretas escolhas em detrimento das opções alinhavadas pelos agentes legitimados pela ordinária via democrática²⁷, que se consubstancia praticamente na

26 Em tópico vindouro e conclusivo far-se-á uma exposição mais demorada sobre os limites da atuação judicial no controle das políticas públicas. De qualquer modo, o controle da discricionariedade não pode inviabilizá-la, pois “[...] renunciar ao poder discricionário como alguns doutrinadores chegar a preconizar seria ignorar um poderoso meio para que a Administração Pública possa agir com inovação e dinamismo na resolução dos casos concretos” (FRANÇA, Vladimir da Rocha. Fundamentos da Discricionariedade Administrativa. *Revista dos Tribunais (RT)*. São Paulo, v. 768, p. 60-75, out. 1999. p. 73-74).

27 Ainda que se critique a democracia representativa, o que se afigura justificável em determinados pontos, que não cabe aqui mencioná-los, não há como desprestigiar os seus fins ou propósitos num país de dimensões continentais como o nosso, assim sendo, a operacionalidade dos parâmetros democráticos, ainda que de expressivo custo, sobrepõe-se à existência de eventuais desvios, contudo, não faz demover a necessidade de profunda reforma política no Brasil.

realização de eleições periódicas para os detentores dos cargos políticos²⁸. Aliás, na nossa atual ambiência jurídica, a inexpressiva dinâmica discursiva sobre os importantes parâmetros da democracia representativa, quiçá, é a maior razão do fortalecimento da ingerência judicial na regulação do Estado, culminando numa clara inversão do desenho institucional das estruturas de poder na Constituição brasileira²⁹.

3 MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL

Uma frase fácil de ser defendida e mesmo constitucionalmente irreprensível: a escusa da reserva do possível não se aplica ao mínimo existencial. Portanto, no plano da normatividade constitucional, firmado no vasto catálogo de direitos fundamentais, não há como olvidar a observância do mínimo existencial. Porém, um necessário questionamento é lancetado quanto à definição do termo mínimo existencial, a saber, há um *mínimo existencial objetivo*? O mínimo existencial pode identificar-se com o *mínimo vital*³⁰? Não seria tal expressão um apelo à moral? Pouco importa o termo

28 Não há como considerar um magistrado como um agente político no sentido preciso do termo, por duas razões bem elementares, e isso não representa nenhum desprestígio às relevantes atividades desenvolvidas pela Magistratura, (a) as decisões judiciais são, na quase totalidade das vezes, derivações de pretensões de terceiros; logo, o que elas determinam, em verdade, é apenas uma posição sobre tais pretensões e, mesmo quando cria, e isso é autorizadamente raro, uma posição independente ao pedido das partes, tende a esmerar-se no interesse delas e não numa escolha livre e caprichosa sobre os fatos, afinal a instrumentalidade do processo se destina a viabilizar os direitos das partes e não a atender a uma discricionariedade judicial que extrapole os fins da própria necessidade de sua atuação; e (b) a política, como expressão de um valor, é ínsita a toda atividade humana, já que o homem é um animal político; agora, como parâmetro institucional, deve-se restringir aos quadrantes dos Poderes a ela relacionados, o que exclui o Poder Judiciário no que se refere a sua atividade típica, pois, do contrário, isso acarretaria uma vertente altamente perniciososa ao sistema, uma vez que eventual abrangência de uma decisão, com suas importantes e necessárias consequências para a sociedade, não pode encontrar-se assentada em escolhas eminentemente políticas, todavia, não há como aplicar esse rigor ao órgão de cúpula do Poder Judiciário, pois a definitividade de seus julgados sobre a normatividade constitucional, que é sempre tão polissêmica e de matices extremamente diversificados, acaba por exigir uma necessária conformação política.

29 Nesse ponto, transcreve-se a seguinte advertência: "Ocorre, no Brasil pós-1988, algo paradoxal: os cientistas políticos e sociólogos buscam, cada vez mais, compreender o funcionamento das instituições e seu regime jurídico-constitucional. Já os constitucionalistas, por sua vez, refugiam-se nos debates sobre a aplicação judicial das normas e da hermenêutica e interpretação constitucionais, tornando o judiciário praticamente o único setor estatal estudado e analisado por um direito público que se pretende democrático, mas não fala de democracia" (BERCOVICI, Gilberto. Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: O Silêncio Ensurdecedor de um Diálogo de Ausentes. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 725-738, p. 734-735).

30 O direito fundamental ao mínimo vital encontra-se reconhecido pelo Corte Constitucional da Colômbia, aliás, em importante julgado no ano de 1992, como se pode observar da leitura da Sentença T-426,

utilizado ou defendido,³¹ em verdade, o relevante mesmo é determinar o seu sentido em qualquer ordem jurídica. Não se trata de tarefa fácil, porque a expressão remete à inarredável questão dos valores de determinada sociedade, devidamente condensada no texto constitucional. E, aqui, reside o problema: *a tirania dos valores*. Ora, se a validade do universo compreensivo dos preceitos legais demandasse sempre um juízo de valor, a sociedade encontrar-se-ia fadada ao dissenso e, mais que isso, os órgãos autorizados a resolvê-los acabariam por potencializá-los por meio das técnicas ou métodos interpretativos, fazendo, assim, ruir o princípio democrático em função dos valores decantados em cada expressão cognitivo-volitiva exercida sobre os textos legais. Adverte-se: se o método admite qualquer caminho (volição), então, não se trata de método que defina a melhor norma, a solução *correta*, mas apenas o que pretende elegantemente legitimá-la. Não é por outra razão que os limites efetivos do poder interpretativo do juiz ainda seja um problema insolúvel na ciência jurídica.

Afirma-se, sem medo de errar, que não há um *mínimo existencial objetivo*, nem mesmo uma disposição textual objetiva com os parâmetros normativos identificadores do mínimo existencial, de maneira que a noção de mínimo existencial, por mais que se negue isso, cai na preocupante conclusão de que ela é aquilo que a autoridade judicial ou administrativa disser no caso concreto. Não é por outra razão que inexistente um consenso sobre o conteúdo do mínimo existencial. Assim, caso a caso, resta consagrado que o mínimo existencial revela-se: ou máximo; ou, simplesmente, mínimo demais.

Nesse contexto, é compreensível que o universo das possibilidades materiais do Estado determine o verdadeiro sentido do mínimo existencial; quer dizer, a evolução de um povo ou civilização, jungida a uma satisfatória capacidade prestacional do Estado, faz recrudescer a noção de

no qual se extrai a seguinte passagem (Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-426-92.htm>>. Acesso em 27 mar. 2011):

“Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El derecho a un mínimo vital - derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario-, es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución. Este derecho constituye el fundamento constitucional del futuro desarrollo legislativo del llamado ‘subsídio de desempleo’, en favor de aquellas personas en capacidad de trabajar pero que por la estrechez del aparato económico del país se ven excluidos de los beneficios de una vinculación laboral que les garantice un mínimo de condiciones materiales para una existencia digna”.

31 Defende-se que a expressão *mínimo existencial* se afigura mais consentânea com a ideia de dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF/88), pois é mais dilargado e, assim, deve cotejar muito mais que o dessumido sopro vital do outro termo.

mínimo existencial, pois as necessidades básicas são consideravelmente aumentadas em face dos confortos e riscos da hipermodernidade³².

Assim sendo, não se acredita que um pianista teria direito a um piano com a simples alegação de tal objeto atende ao seu mínimo existencial; contudo, ele pode reputar tal instrumento como o mínimo necessário à sua existência digna. O mesmo se diga, exemplificativamente, às demais profissões em que ocorra uma relação intensa ou afetiva entre o profissional e a sua parafernália de trabalho.

Dáí resulta claro o entendimento de que o mínimo existencial, a depender do caso e de sua necessária confluência com o princípio da dignidade humana, não passa de cogitações meramente subjetivas, a despeito de considerações, por assim dizer, destituídas de conjunturas declaradamente pessoais, tais como: o direito à vida, à saúde, à educação etc.

Em face disso, exsurge uma problemática digna de maiores tergiversações: as políticas públicas deve promover o atendimento apenas do mínimo existencial ou de todos os esteios de qualquer *norma programática*³³?

Primeiramente, deve-se salientar que uma norma programática, e apesar de toda carga de discussões que a expressão ostenta, possui uma necessária eficácia jurídica³⁴ e, claro, vincula os poderes constituídos; contudo, a sua elasticidade semântica e o seu propósito, devidamente ligado às conquistas sociais, econômicas e culturais de um povo, faz

32 Vale lembrar, contudo, que milhões de brasileiros, de certa forma, ainda vivem na pré-modernidade.

33 Aqui, a compreensão de norma programática não guarda qualquer relação com norma destituída de obrigatoriedade jurídica, mas, sim, que estabelece uma meta de concreção de seu domínio normativo em função de uma impositiva, constante, gradativa e expansiva atuação do Estado.

34 Podem-se mencionar as seguintes decorrências de quaisquer normas constitucionais independentemente da necessidade de atuação legislativa: (a) faz com que normas anteriores incompatíveis com a nova ordem constitucional sejam revogadas; (b) exsurge uma vinculação do legislador ao programa ou diretrizes traçadas pelas normas constitucionais; (c) todas as normas posteriormente editadas que afrontem diretamente à Constituição devem ser declaradas inconstitucionais; (d) os direitos fundamentais que possuem natureza programática revelam-se como paradigma para a interpretação, integração e, claro, aplicação das normas jurídicas; (e) os direitos fundamentais que estabeleçam o dever de prestação do Poder Público, mesmo que depende da atividade legiferante, sempre cria alguma posição jurídica aos titulares de tais direitos, ainda que se discuta eventualmente a viabilidade de um direito subjetivo individual; (f) a imposição de proibição do retrocesso, o que não quer dizer que se proíba a remoção de privilégios odiosos (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 295-298).

com que o seu cumprimento se revele discutível em face circunstâncias do caso concreto: (a) seja pelo enorme dispêndio de recursos; (b) seja, ainda, pela inviabilidade de sua promoção de forma individualizada³⁵. Não se quer dizer com isso que não se possam arvorar políticas públicas com vista a atender uma demanda individual, mas apenas salientar que a programaticidade de certas normas constitucionais não possibilita um atendimento particularizado, *ex vi* art. 3º, inciso I, da CF/88.

Tem-se, ainda, o fato de que uma norma programática não se assenta, *a priori*, numa perspectiva de um direito subjetivo individual e, mesmo que seja, deve-se observar que isso traria enormes transtornos à realização das políticas públicas, pois faria surgir uma série de demandas em descompasso com linhas possivelmente traçadas pelo Poder Público, o que não impede uma atenção particular do Poder Judiciário quanto às demandas particulares.

As políticas públicas, porém, não podem distanciar-se dos nortes das normas programáticas³⁶, que se assenta no programa da progressiva consolidação dos direitos sociais, econômicos e culturais, todavia, não se pode defender, galhardamente, que tais normas devam amparar o cotejo da concreção material das políticas públicas em qualquer caso, hajam vista os limites fáticos existentes, em especial os de ordem orçamentária.

Defende-se que, a despeito das políticas públicas não se destinarem circunstancialmente ao cumprimento de todos os esteios de uma norma programática, dada a elasticidade dos seus termos e os enormes custos que uma atuação dessa envergadura prestacional acarretaria, tais normas representam uma clara e impositiva diretriz para a atuação do Poder Público e que não pode ser olvidada pelos

35 Como contraponto, destaca-se uma precisa advertência doutrinária: "A constituição tem importância. As suas limitações ao poder não são meras promessas. Os políticos irão sempre achar que a aplicação das normas constitucionais é onerosa ou injustificada nos casos individuais. Mas o que, em curto prazo, pode parecer um obstáculo se transforma, a longo prazo, na estabilização da aceitação de decisões políticas" (GRIMM, Dieter. *Jurisdição Constitucional e Democracia*. Trad. Bianca Stamato Fernandes. *Revista de Direito do Estado (RDE)*, Rio de Janeiro, ano 01, nº 04, p. 2-22, out./dez. 2006. p. 13).

36 Repita-se, dizer que existem normas programáticas não implica qualquer esvaziamento do conteúdo ou da cogência dos direitos fundamentais a elas relacionados, quer-se, tão-somente, salientar o caráter de normas-programas que impõem um processo gradativo de sua consolidação no plano da materialidade. Afinal, eficácia jurídica elas possuem, todavia, transformar o mundo do ser através delas não é uma questão apenas de palavras ou discursos práticos e enérgicos sobre a exigência delas a qualquer custo, exige-se tempo e recursos e, acima de tudo, compromisso das autoridades públicas.

gestores da Administração Pública. É dizer, não há como consentir como o imobilismo no cumprimento de uma norma constitucional, ainda que ela não possua uma precisa disciplina jurídica ou densificação normativa.

Ademais, apesar de revelar uma carga semântica muito expressiva, o atendimento do mínimo existencial pelas políticas públicas se coaduna com os eventuais (não tão eventuais assim) empecos decorrentes da reserva do possível, pois se insere no mundo do praticável ou do materialmente possível, pois os esforços da gestão pública deve buscar o atendimento do princípio da dignidade humana ou, e isso não pode ser olvidado, justificar demoradamente a impossibilidade fática de tal atendimento³⁷, no que revela transparência da atuação administrativa.

Impõe-se, agora, uma devida exposição sobre o sentido e o alcance da reserva do possível na nossa ordem jurídica e quais as suas implicações para o atendimento do mínimo existencial. Porém, antes, é pertinente assentar a origem jurisprudencial do termo. Em 1971, o Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCFA)³⁸ discutia a viabilidade de algumas restrições de ingresso no Curso de Medicina impostas pelas universidades de *Hamburg* e da *Baviera*. A questão girava em torno do seguinte dilema: os limites estruturais e operacionais dessas universidades em atender à demanda sempre crescente de estudantes, por si só, justificaria a constituição de restrições de ingresso no Curso de Medicina? A resposta dada pelo TCFA foi criteriosa, admitindo-se tais restrições quando: (a) forem determinadas nos limites estritamente necessários; (b) observando-se a exaustiva capacidade operacional de formação das universidades com os recursos públicos já existentes; (c) a escolha e distribuição dos candidatos deve seguir critérios racionais; (d) admitindo-se uma chance para todo candidato qualificado para o ensino superior e, dentro das possibilidades possíveis, o respeito da

37 Nesse sentido, tem-se o posicionamento de Ana Paula de Barcellos, nestes termos: “o mínimo existencial [...] associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível” (BARCELLOS, op. cit., 2002, p. 246), como se pode observar a autora balizou, inclusive textualmente, os cânones estabelecidos na ADPF nº 45-9 (RTJ nº 200, p. 194-195). Porém, e isso deve ficar claro, as prioridades orçamentárias voltadas ao atendimento do mínimo existencial não implica dizer que elas devam suplantam, em quaisquer casos, as mazelas sociais vivenciadas pelos cidadãos, uma vez que se pode impor ao Estado o dever de observar uma relação ótima entre prioridades orçamentárias e demandas existentes, porém não uma cobertura total quanto aos eventos atentatórios ao mínimo existencial, por mais difícil que seja reconhecer esse entendimento.

38 BVERFG 33, 303 (*Numerus Clausus*).

escolha do candidato sobre o lugar de ensino³⁹. No que importa à temática, extrai-se:

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade⁴⁰.

Vê-se que, na Alemanha, o universo dos direitos oponíveis à reserva do possível é bem diverso do largamente empregado no Brasil. É dizer, a reserva do possível possui um espaço bem diminuto em face dos avanços econômicos, políticos e sociais da Alemanha, porém isso não quer dizer que a teoria da reserva do possível seja insustentável no Brasil, pois uma ambiência econômica, política e social diversa faz recrudescer parâmetro diverso de realização material da atuação do Poder Público.

Aqui, dentre tantas decisões judiciais, inclusive mais atuais, essa temática teve destacada importância na MC/ADPF nº 45-DF⁴¹⁻⁴², cujo relator Ministro Celso de Mello destacou, dentre outros pormenores, o seguinte:

- (a) que as normas programáticas definidas no texto constitucional não devem ser encaradas como meras promessas destituídas do fundado propósito de observá-las ou efetivá-las, o que configuraria uma verdadeira afronta aos comandos constitucionais, sem falar que representaria uma clara expressão de infidelidade dos agentes públicos com a Carta Fundamental;

39 SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Introdução de Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Viviane Galdes Ferreira. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, 2005. p. 667.

40 SCHWABE; MARTINS, op. cit., 2005, p. 663.

41 BRASIL. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45-DF. Ministro Relator Celso de Mello. *Revista Trimestral de Jurisprudência (RTJ)*, Brasília, vol. 200, p. 191-197, abr./jun. 2007. p. 193-196.

42 Tratando-se especificamente sobre o mínimo existencial, tem-se também a Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 238/TO, e com relação à reserva do possível, observa-se a STA nº 278/AL. Não se vai, aqui, traçar quaisquer pormenores sobre essas decisões, hajam vista os limites do trabalho, até porque, em linhas gerais, externam os mesmos posicionamentos consagrados no julgamento mencionado acima.

- (b) que a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais⁴³ demanda custos do Poder Público e que a comprovação efetiva e precisa da incapacidade econômico-financeira do Poder Público faz com que não se exija, dentro de uma perspectiva razoável, a prestação pretendida, haja vista o limite material devidamente estampado;
- (c) que não se admite manipulação da atividade financeira do Estado ou político-administrativa com o escopo de criar mecanismos artificiais de impossibilidade fática de cumprimento do mínimo existencial;
- (d) que a reserva do possível deve assentar-se em justo e efetivo motivo, de modo a não servir de pretexto, em qualquer caso, para descumprimento dos direitos fundamentais, o que constitui uma grave posição assumida pelo Poder Público, principalmente quando se desconhece a importância de respeitar o mínimo existencial dos cidadãos, contanto que a prestação arqueada deva ser razoável em face das exigências do caso concreto⁴⁴.

Portanto, deve existir uma relação ótima entre a disponibilidade financeira do Estado e a priorização do atendimento do mínimo existencial, sem que isso implique extremos na atuação do Poder Público; quer dizer, de tudo dela exigir ou de nada (ou quase nada) fazer em matéria de direitos fundamentais.

Encontrar uma linha segura de atuação nessa matéria não constitui uma tarefa fácil, porque o Poder Executivo brasileiro ainda não atua de modo transparente na consecução da atividade financeira e nem democraticamente na execução orçamentária e, muito menos, na definição dos parâmetros de tal execução. Esse conjunto de indesejáveis qualificações faz com que ocorra uma linear compreensão,

43 E não somente tais direitos, pois também os *direitos negativos* carecem, a seu modo, de recursos do Poder Público, uma vez que uma abstenção impõe uma regulamentação e, mais adiante, a realização de atos materiais/concretos para fiel observância de tais direitos pelo Estado.

44 Os pontos acima, analiticamente apresentados, podem ser condensados na seguinte passagem (MC/ADPF nº 45-DF, p. 195, *itálico no original*): “Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da *‘reserva do possível’*, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas”.

e necessariamente apressada, de que a atuação administrativa, mormente a que não resulte os resultados esperados pelos cidadãos, mereça uma ingerência judicial, aliás, na vã tentativa de encontrar solução na senda meramente deontológica, portanto, por meio de sentenças, para problemas estruturais do Estado. Por outro lado, o Poder Judiciário, numa perspectiva meramente casuística, não tem encontrado, como decorrência da sindicabilidade dos atos do Poder Público, uma linha precisa nos fundamentos de sua intervenção na atuação administrativa, o que se observa na diversidade de medidas adotadas, algumas vezes conflitantes, em face de situações fáticas assemelhadas.

4 LIMITES À ATUAÇÃO JUDICIAL

Neste tópico, discute-se como o Poder Judiciário pode acarretar uma verdadeira confusão na atuação administrativa com a adoção desregrada dos valores na resolução dos conflitos de interesses na sociedade hipermoderna. Em outras palavras, a atuação judicial inebriada pelo *panprincipiologismo* reluzido pelo *neoconstitucionalismo*⁴⁵ ou expressões assemelhadas, possibilitou em matéria de políticas públicas uma substituição da discricionariedade administrativa, portanto, da autoridade pública competente e legitimada, pela discricionariedade judicial e, ainda, com o sério agravante da quase absoluta irresponsabilidade processual da autoridade judiciária nas decisões exaradas com vista ao atendimento do mínimo existencial.

A razão é simples desse entendimento: a noção de valor é pessoal⁴⁶ e, dessa forma, cada magistrado possui a sua, conforme o critério de prioridade, também subjetivo, assentado na fundamentalidade de certos direitos, daí o porquê de, em face

45 Neste país, a mais mordaz crítica ao *movimento* foi promovida por Humberto Ávila, nestes termos:

“Se existe um modo peculiar de teorização e aplicação do Direito Constitucional, pouco importa a sua denominação, baseado num modelo normativo (‘da regra ao princípio’), metodológico (‘da subsunção à ponderação’), axiológico (‘da justiça geral à justiça particular’) e organizacional (‘do Poder Legislativo ao Poder Judiciário’), mas esse modelo não foi adotado, não deve ser adotado, nem é necessariamente bom que o seja, é preciso repensá-lo, com urgência. Nada, absolutamente nada é mais premente do que rever a aplicação desse movimento que se convencionou chamar de ‘neoconstitucionalismo’ no Brasil” (ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 187-202, p. 202).

46 Claro que a afirmação acima se liga à ideia de valores ou convicções pessoais do magistrado e não à noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais (ordem objetiva de valores).

do mesmo caso concreto, um magistrado priorizar a liberdade de expressão e outro, igualmente capacitado, priorizar a vida privada ou a intimidade das pessoas. É dizer, “Quien dice *valor* quiere hacer valer e imponer. Las virtudes se ejercen, las normas se aplican, las órdenes se cumplen; pero los valores se establecen y se imponen. Quien afirma su validez tiene que hacerlos valer”⁴⁷⁻⁴⁸. Portanto, a cadência impositiva dos valores faz imperar uma verdadeira balbúrdia no plano da atuação administrativa, pois a diversidade decisória, baseada numa ponderação *ad hoc*⁴⁹, faz com que as políticas públicas percam a sua necessária racionalidade e sistematicidade.

Numa palavra: a resolução de boa parte dos grandes conflitos de interesses não se decide baseada na problemática apresentada e seus necessários vínculos normativos, mas, sim, na retórica decisória ventilada pelas autoridades judiciárias, o que tem revelado uma metodologia vazia⁵⁰, confusa e despropositada em matéria de consolidação dos direitos de prestação social. Nesse ponto, transcreve-se a demorada advertência de Ingeborg Maus:

A introdução de pontos de vista morais e de “valores” na jurisprudência não só lhe confere maior grau de legitimação,

47 SCHMITT, Carl. La Tiranía de los Valores. Trad. Anima Schmitt de Otero. *Revista de Estudios Políticos (REP)*, Madrid, nº 115, p. 65-82, enero/febrero 1961. p. 71, itálico no original.

48 Essa perspectiva impositiva dos valores é claramente observada no Direito, aliás, há um claro entrelaçamento normativo-valorativo, nestes termos: “À pura racionalidade opõe-se a axiologia e à eficiência a validade. E o direito, nem é tão-só *objeto* normativo ou *meio* de um heterónimo finalismo funcionalmente eficiente, mas um axiológico-normativo *fim em si* – ele próprio um *valor* na validade que exprime” (CASTANHEIRA NEVES, A. *Entre o legislador, a sociedade e o juiz* ou entre *sistema, função e problema* – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdiccional do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra, Coimbra, vol. 74, p. 01-44, 1998. p. 35).

49 NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*. Princípio e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 200, portanto, ponderações sustentáveis apenas para os casos julgados, mas sem qualquer importância ou vinculação para os casos vindouros, logo, puro casuísmo, no qual inexistente uma ponderação definitiva, que é de capital importância para uma defesa consistente do núcleo dos direitos fundamentais.

50 Sobre o assunto, impende destacar a famigerada metodologia *fuzzy*, se é que se pode chamar de parâmetro metodológico, senão uma crítica ácida contra a postura tomada por muitos magistrados no enfrentamento dos problemas relacionados aos direitos sociais, econômicos e culturais, pois impera uma vagueza ou indeterminação com relação aos conceitos (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodología “Fuzzy” y “Camaleones Normativos” en la Problemática Actual de los Derechos Económicos, Sociales e Culturales. *Derecho y libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Madrid, Vol. 06, p. 35-49, 1998. p. 37) e, por conseguinte, eventual (não tão eventual assim) balbúrdia na aplicação do direito, justamente por não divisar as graves consequências do uso inadequado de certos conceitos ou a sua extensão no mundo dos fatos, mormente no que concerne ao custo da atividade judicial para a atividade administrativa.

imunizando suas decisões contra qualquer crítica, como também conduz a uma liberação da Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular. Toda menção a um dos princípios “superiores” ao direito escrito leva – quando a Justiça os invoca – à suspensão das disposições normativas individuais e a se decidir o caso concreto de forma inusitada⁵¹.

Por outro lado, não se pode negar que as disposições normativas relacionadas a tais direitos são extremamente imprecisas na terra tupiniquim, chegando até mesmo no limiar da instabilidade normativa, decorrente de uma incompreensível teia de disposições normativas⁵², potencializada pela inércia administrativa ou pela indevida ingerência judicial, especialmente quando há notórios conflitos entre a perspectiva normativa apresentada e a perspectiva orçamentária existente; quer dizer, de um lado, tem-se uma lei que impõe a observância de determinado direito e, de outro, uma disposição legal que impõe uma restrição nos gastos públicos em respeito ao limite prudencial (art. 5º, inciso III, alínea b, da Lei de Responsabilidade Fiscal).

Tais ingredientes, naturalmente, fazem com que a atuação judicial seja repensada, e ela deve ser sim divisada sobre outros nortes; todavia, isso não legitima uma posição de ingerência direta na atividade administrativa, senão pode criar uma névoa de instabilidade na condução da máquina administrativa, haja vista a possibilidade de alteração inusitada do programa de governo ou, o que não se afigura menos grave, de acarretar a ausência de recursos em determinado segmento social em face de determinação judicial para atender a uma demanda individual excessivamente onerosa⁵³.

51 MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000. p. 189.

52 Aqui, bem se alinha à expressão “camaleão normativo”, pois a obscuridade das normas faz gerar uma ambiência de instabilidade mimética no sistema jurídico aberto, como é o caso dos direitos sociais, econômicos e culturais, porquanto as disposições normativas possuem relações de imanência e transcendência com o sistema jurídico, fazendo com que o conteúdo ou sentido das normas estejam sujeitas a interferências de cunho político travestidas de emanações jurídicas (CANOTILHO, op. cit., 1998, p. 38-39).

53 Tem-se, nesse ponto, uma *perspectiva individual indireta* que inviabiliza a *perspectiva coletiva direta* de atendimento dos direitos sociais, econômicos e culturais. Para tanto, basta imaginar que um pequeno Município X tenha destinado no orçamento anual um valor Y para cobrir os gastos na área de saúde, inclusive os recursos destinados são superiores aos percentuais definidos na Constituição. Todavia, tendo em vista uma demanda judicial, a municipalidade foi condenada a promover um tratamento, que corresponde a 20% do orçamento mencionado, para determinado paciente/cidadão com base na inviolabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF/88), aliás, na

Por outro lado, não se admite artificialismo orçamentário do Poder Público. Nesse sentido, a atuação do Poder Judiciário não consiste em demonstrar a existência de recursos, já que isso cabe ao Poder Executivo⁵⁴, até porque é o legítimo gestor da atividade financeira do Estado, mas, sim, admitir a inexistência circunstancial deles, haja vista a apresentação de dados objetivos e efetivamente comprovadores da escassez de recursos. De par com isso, não se admite que o Poder Judiciário determine a apropriação de recursos, cuja aplicação encontra-se devidamente vinculada no orçamento público, inclusive em atendimento a um mandamento constitucional, por entender que tais políticas públicas não são prioritárias, pois passaria à análise do próprio mérito administrativo, ressalvadas as hipóteses de evidente afronta aos caros princípios da Administração Pública⁵⁵ durante a execução orçamentária.

Nesse ponto, abre-se uma particular discussão, a saber, se é possível sequestrar valores para atender ao conteúdo de determinada decisão judicial, mormente no que se referem aos recursos destinados à publicidade do Poder Público, lembrando-se que a contratação de tais serviços também encontra amparo legal, daí que a questão mais se assenta na legitimidade dos valores dispendidos e não na legalidade deles. Ora, tal medida, ainda que cercada de bons propósitos, o que não se nega, gera uma situação de total insegurança na execução do orçamento, como, por exemplo, no cumprimento dos contratos

decisão judicial, o magistrado faz reiteradas referências ao artigo 1º da Constituição alemã, que a doutrina tedesca trata com singular maestria a matéria *etc.*, só que tal decisão gerou uma série de problemas na condução das políticas públicas de saúde do Município. Nesses casos, ainda que de sofrível conclusão, a medida tomada apenas transferiu o problema de uma pessoa para milhares de pessoas, de modo que o mérito da atuação administrativa foi substituído pelos valores da autoridade judiciária, já que princípio pode ser um valor positivado ou não. Alguém indagaria: qual a possibilidade de o gestor do Município sofrer sanções políticas ou administrativas pela sua desastrosa gestão na saúde e, ainda, qual a possibilidade de o Magistrado ser penalizado por tal conduta. Em tese, o primeiro seria um alvo mais fácil; quanto ao segundo, reconheça-se, seria ovacionado pelo discurso vazio do *ativismo judicial*.

54 Como reconhece Ana Paula de Barcellos: "Não há dúvida de que definir *quanto* se deve gastar de recursos públicos, com que *finalidade*, em que e como são decisões próprias da esfera de deliberação democrática, e não do magistrado" (BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. Revista de Direito do Estado – RDE*, Rio de Janeiro, ano 01, nº 03, p. 17-54, jul./set. 2006, p. 25, itálico no original), muito embora a autora, no mesmo artigo, parece *desconhecer* essa importante premissa ao assinalar que o magistrado poderia exigir diretamente a prestação de determinado serviço à população, para tanto, baseando-se no *controle* da fixação de metas e prioridades e do resultado final esperado das políticas públicas (BARCELLOS, op. cit., 2006. p. 36-37).

55 Os estampados nos seguintes artigos: (a) art. 37, *caput*, da CF/88; (b) art. 2º da Lei nº 9.784/99; e (c) art. 11 da Lei nº 8.249/92.

firmados com as empresas de publicidade⁵⁶. Nessas circunstâncias, demonstrando o Poder Público a inexistência de recursos e, mesmo assim, o magistrado se convença fundamentadamente da viabilidade orçamentária da decisão judicial, resta possibilitada a imposição da medida judicial sem, contudo, vincular a retirada de recursos em específica rubrica, pois só o Poder Executivo possui meios de sopesar qual a rubrica orçamentária que melhor suportará os encargos decorrentes da decisão judicial.

Inobstante os posicionamentos apresentados, cumpre ventilar a existência de bons argumentos⁵⁷ que respaldam, em consonância com o princípio democrático, uma sindicabilidade judicial mais intensa das políticas públicas, nos quais são seguidos de ligeira crítica, nestes termos:

- (a) *o Poder Judiciário compõe o Poder Político nacional juntamente com o Poder Executivo e o Poder Legislativo, conforme determinado pela Constituição Federal, assim sendo, daí derivaria a sua autoridade para promover tal controle das políticas públicas.* A noção clássica de Poder Político não se insere na atuação do Poder Judiciário, porém não se pode negar que “o controle judicial de constitucionalidade constitui uma mistura de elementos cognitivos e voluntaristas. As normas que vinculam o governo são criadas, em larga medida, pelas cortes no processo de interpretação”⁵⁸. Todavia, essa *criação judicial* não pode apequenar a importância do Poder Legislativo, isto é, não pode invadir a seara própria da interposição legislativa decorrente do princípio democrático e do desenho institucional da Carta Fundamental, especialmente numa ordem constitucional que menciona que nada poderá exigido senão em virtude de lei, sem falar que todo poder emana do povo, com ou sem representação política, isto é, por meio de representantes ou diretamente⁵⁹. Logo, o que pode existir, e isso não se nega, é a possibilidade de tratamento particularizado ou generalizado de certas matérias com

56 Daí a importância de controlar a discricionariedade instrutória do Poder Público durante a elaboração do orçamento público, isto é, na fase anterior à atividade legiferante, portanto, na fase propositiva, pois, somente assim, é possível divisar, numa textura democrática, a impertinência de tantos recursos destinados à publicidade da atuação estatal.

57 BARCELLOS, op. cit., 2002, p. 231-232.

58 GRIMM, op. cit., 2006, p. 15.

59 ÁVILA, op. cit., 2009, p. 201.

repercussão expressiva na sociedade; contudo, eventual decisão nesse sentido deve partir de *argumentos de princípios* e não *argumentos de política*⁶⁰ e, mesmo que parta destes, o seu sentido não é idêntico ao empregado pelos demais Poderes, uma vez que sua atividade não se alinha ao parâmetro da mera conveniência ou oportunidade, não mesmo, já que o parâmetro jurídico não pode ser olvidado em qualquer caso, ainda que não seja o predominante em alguns deles;

- (b) *os membros dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário são devidamente nomeados pela vontade política do Poder Executivo e do Poder Legislativo.* Aqui, salvo exposição mais convincente, não há como ligar uma coisa a outra. Não se olvida que os procedimentos de indicação dos membros de cúpula do Poder Judiciário até a sua efetiva nomeação são eminentemente políticos. Agora, fazer imperar o entendimento de que tais membros possuem uma necessária representatividade política por conta disso, a toda evidência, é ir longe demais com as inferências possíveis. As garantias funcionais e institucionais espancam essa possibilidade, aliás, até quando o nomeado não fazia parte do Poder Judiciário, geralmente por conta dos *décimos constitucionais*, o que, por certo, faz incidir uma maior carga política, não possui qualquer representatividade em face dos nomeantes e, muito menos, da sociedade, e melhor que seja assim ou há como discordar disso;
- (c) *as prerrogativas dos membros do Poder Judiciário lhes concedem uma necessária independência na sua atuação.* Esse argumento pode ser visto sobre outro aspecto, justamente por serem independentes, e não se firmarem em outros propósitos que não sejam os delimitados pela técnica jurídica, sua atuação deve ficar a largo das questões eminentemente políticas, uma vez que a simbiose do jurídico com o político, excetuando-se o partejar da Carta Fundamental, representa uma ambiência de incertezas e vicissitudes que não prestigia a devida evolução das instituições;
- (d) *o Poder Judiciário decide com parâmetro na Constituição e na lei, que são frutos de uma manifestação majoritária, sem falar que*

60 DWORKIN, Ronald. Hard Cases. *Harvard Law Review (HLR)*. Massachusetts, Volume 88, Number 06, p. 1.057-1.109, April 1975. p. 1.059 e 1.067.

suas decisões são explícitas, racionais e lógicas, sem falar na sua necessária publicidade, o que não ocorre no plano político. Melhor pensar assim. Contudo, isso não deixa indene a sociedade de uma atuação judicial perniciosa, quando se alinha aos parâmetros constitucionais, como ordem objetiva de valores, pois, não raras vezes, se vincula a concepções pessoais, a pretexto de seguir os parâmetros principiológicos⁶¹, sobre questões notadamente públicas e de expressivo reflexo na vida em sociedade;

- (e) *a decisão judicial não é única e imutável, o que possibilita as devidas correções em outros julgados.* A noção de mutabilidade gera incertezas e é justamente por conta disso que a decisão judicial é tão intranquila nos nossos tempos, de maneira que isso tem contribuído para uma enorme insegurança jurídica, aliás, decorrente de uma ciranda de decisões cambiáveis e instáveis no ciclo da sua demorada ultimação pelas instâncias superiores; logo, nesse esse aspecto, não há como afirmar que as decisões judiciais são sempre melhores que as escolhas pautadas no plano da atuação administrativa por simplesmente permitirem mudanças que, na maioria das vezes, apenas revelam o verdadeiro *nonsense* judicial sobre determinadas temáticas;
- (f) *o processo judicial é mais participativo do que qualquer outro processo público, haja vista que permite o contraditório e a ampla defesa.* Não há como concordar com isso, mesmo nos planos de decisões colegiadas. A senda do processo participativo consiste na colheita de argumentos racionais e consistentes para formar a tomada de decisão do Poder Público e isso tranquilamente pode e deve acontecer, e de fato ocorre, na via administrativa, inclusive com maior proximidade dos próprios interessados na discussão da matéria. Particularmente, não se acredita que a posição encastelada dos magistrados seja uma fonte de

61 Robert Alexy ensaia, sem sucesso, a seguinte distinção entre valores e princípios: “Aquilo que, no modelo dos valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo dos valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo” (*op. cit.*, 2008. p. 153). Em verdade, não há diferença, uma vez que não se pode pensar um valor numa contextura jurídica sem impregná-lo de necessário aspecto deontológico, assim, na singeleza do termo, princípio é apenas um valor positivado ou jurisprudencialmente aceito e exigível.

inspiração para a promoção de um processo participativo, muito embora seja, e certamente é, para a promoção do processo acusatório. Não se olvida o caráter participativo dos processos judiciais, mas o ciclo de participações se restringe geralmente às partes, excetuadas as demandas em que ocorra o instituto do *amicus curiae*⁶². Nesse ponto, vale destacar que as reuniões conjuntas ou audiências públicas (art. 32 e art. 35, todos da Lei n 9.784/99) são imensamente mais democráticas que as ordinárias decisões judiciais⁶³;

- (g) *os grupos minoritários que não participam do processo político, por certo, terão acesso ao Poder Judiciário*. Trata-se do argumento mais consistente, pois a posição contramajoritária deve ser salvaguardada no nosso sistema jurídico pelo Poder Judiciário, muito embora, e isso já é corrente, existem centros ou organizações de excelência na defesa dos grupos minoritários, inclusive dentro da estrutura da Administração Direta federal⁶⁴.

Notadamente, várias são as questões relacionadas à limitação do sindicabilidade judicial das políticas públicas, em especial as que se referem diretamente à ofensa ao princípio democrático. Ademais, outros importantes argumentos podem ser aventados em contraposição à excessiva judicialização das políticas públicas, tais como:

- (a) o controle não pode partir da necessária, cogente e imediata consolidação das normas programáticas⁶⁵ (art. 5º, § 1º, da CF/88), especialmente porque as políticas públicas trabalham

62 Sobre o assunto, vide o interessante artigo: SILVA, Paulo Maycon Costa da. Do *Amicus Curiae* ao Método da Sociedade Aberta dos Intérpretes. *Revista CEJ*. Brasília, Ano 12, nº 43, p. 22-30, out./dez. 2008. p. 22-30, no qual destaca, com propriedade, o ideário do cidadão participante da jurisdição constitucional, o que acentua o pluralismo hermenêutico nos processos que envolvem questões de alta indagação jurídica, econômica ou social.

63 Sobre participação administrativa na Lei nº 9.784/99, observar: RIBEIRO LIMA, Raimundo Márcio. *Administração Pública Dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 365-434.

64 V. g., Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

65 Nesse ponto, oportuna a seguinte transcrição: “Mesmo se reconhecendo o caráter normativo a toda a Constituição, não se pode ter como consequência a de que seja sempre exequível por si mesma, uma vez que o surgimento de problemas quanto a direitos cujo exercício está necessariamente condicionado à edição de legislação integrativa” (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O controle de políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional. In: _____. *Jurisdição Constitucional*. Aspectos Controvertidos. Curitiba: Editora Juruá, 2013. p. 201-237, p. 219).

numa perspectiva prospectiva de consolidação gradativa dos direitos fundamentais, no providencial atendimento das demandas sociais e nos limites dos recursos financeiros até então existentes, conforme as precisas diretrizes normativas consagradas pelo legítimo processo democrático de criação de leis⁶⁶. Não é possível mudar uma realidade social por meio de decisões judiciais, ainda que elas possam ter, na melhor hipótese, algum efeito *catalisador*, o avanço social de um país demanda diversos fatores, inclusive até mesmo externos à sua realidade socioeconômica. Nesse sentido, alguém acredita que a Alemanha, arrasada pela Segunda Guerra Mundial, tenha alcançado, no período do pós-guerra, destacado avanço econômico e social por conta das decisões do Tribunal Constitucional Federal? Não há como acreditar nisso;

- (b) o controle de tais políticas não se resume a mera interpretação de preceitos constitucionais, mas, sim, da observância do *desenho institucional*⁶⁷, quer dizer, a delimitação precisa das funções do Estado, de modo a legitimar a atuação de determinado Poder em segmentos específicos das atividades estatais em sentido amplo;
- (c) o Poder Judiciário não possui notória qualificação para decidir sobre dinâmica relacionada à atuação administrativa de alta indagação técnica, mormente em matéria de gerenciamento dos orçamentos públicos e sua execução no plano da atividade administrativa, pois “o controle judicial estaria confinado às hipóteses de desvio de finalidade, violação dos princípios gerais do direito, mais precisamente da razoabilidade

66 Com relação à eficácia imediata dos direitos fundamentais, transcreve-se o seguinte esclarecimento: “O problema está não na contestação da bondade política e dogmática da vinculatividade imediata mas sim no alargamento não sustentável da força normativa directa das normas constitucionais a situações necessariamente carecedoras da *interpositio legislativa*. É o que acontecem a nosso ver, com a acrítica transferência do princípio da aplicabilidade imediata consagrado no art. 5º, § 1º, da CF/1988 a todos os direitos e garantias fundamentais de forma a abranger indiscriminadamente os direitos sociais consagrados no Capítulo II no caso de existência de omissões inconstitucionais” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, v. 15, p. 07-17, abr./jun. 1996. p. 12, itálico no original).

67 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio. *20 Anos da Constituição Brasileira*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 163-193, p. 181.

ou proporcionalidade, e da inexistência dos motivos que ensejaram a escolha do agente público”⁶⁸; e

- (d) o Poder Judiciário não possui condições de mensurar o impacto de suas decisões no plano da atuação administrativa, já que sua atividade decisória é meramente casuística e não se encontra centrada em parâmetros globais de resolução dos problemas sobre os direitos sociais, econômicos e culturais.

Tais considerações, por certo, demandariam outras tergiversações sobre os assuntos abordados, o que não seria possível nos limites deste artigo, porém elas já revelam uma clara expressão de que a atuação judicial possui claros limites, não apenas de ordem democrática, mas também técnica e institucional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a exposição acima, concluímos que:

- (a) a observância do mínimo existencial deve ser uma prioridade dos gestores públicos, de modo que os orçamentos devem contemplar recursos para o seu atendimento, observados os limites financeiros do Poder Público, o que não possibilita, em qualquer hipótese, a ausência de aplicação das receitas vinculadas (*vide* art. 212, *caput*, da CF/88), assim como não deve esquecer a premente necessidade de empreender uma execução orçamentária transparente (art. 48, § único, da LRF), que, gradativamente, promova a consolidação das normas constitucionais programáticas, mormente os direitos à prestação social;
- (b) o Poder Judiciário deve exercer a sindicabilidade das políticas públicas quando existir uma clara ofensa aos princípios da moralidade, da legalidade e da legitimidade ou, ainda, quando se tratar de situação extrema, na qual reste configurada uma ofensa direta ao princípio da dignidade da pessoa humana, sem olvidar também a possibilidade de correção material sobre os dispositivos legais que afrontem o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade;

68 NOBRE JÚNIOR, op. cit., 2013. p. 226.

- (c) o Poder Público não deve promover expedientes artificiais ou engenhosos para eximir-se do cumprimento da pauta constitucional de caráter prestacional, de modo que a escusa da reserva do possível deve ser acompanhada de demorada e cabal fundamentação quanto aos limites financeiros do Estado; e
- (d) a observância do princípio democrático, assim como a devida fidelidade ao desenho institucional das funções públicas insculpidas na Constituição Federal de 1988, não legitima a substituição da discricionariedade administrativa, devidamente exercida pela autoridade pública e nos limites da ordem constitucional vigente, pela discricionariedade do magistrado no caso concreto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. “Relatividade” da Competência Discricionária. In: _____. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado – RDE*, Rio de Janeiro, ano 01, n. 03, jul./set. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio. *20 Anos da Constituição Brasileira*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: O Silêncio Ensurdecedor de um Diálogo de Ausentes. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRASIL. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45-DF. Ministro Relator Celso de Mello. *Revista Trimestral de Jurisprudência (RTJ)*, Brasília, v. 200, abr./jun. 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. 2 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodología “Fuzzy” y “Camaleones Normativos” en la Problemática Actual de los Derechos Económicos, Sociales e Culturales. Derecho y libertades. *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, v. 06, 1998.

_____. Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, v. 15, abr./jun. 1996.

CASTANHEIRA NEVES, A. Entre o *legislador*, a *sociedade* e o *juiz* ou entre *sistema*, *função* e *problema* – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra, Coimbra, v. 74, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa (RIL)*, Brasília, ano 35, n. 138, abr./jun. 1998.

DESDENTADO DAROCA, Eva. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica* (Un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Civitas, 1997.

GRIMM, Dieter. Jurisdição Constitucional e Democracia. Trad. Bianca Stamato Fernandes. *Revista de Direito do Estado (RDE)*, Rio de Janeiro, ano 01, n. 04, out./dez. 2006.

DWORKIN, Ronald. Hard Cases. *Harvard Law Review (HLR)*, Massachusetts, v. 88, n. 06, abril 1975.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Fundamentos da Discricionariedade Administrativa. *Revista dos Tribunais (RT)*. São Paulo, v. 768, out. 1999.

FREITAS, Juares. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GALLIGAN, D. J. *Discretionary Powers*. A Legal Study of Official Discretion. Oxford: Clarendon Press, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Processo (REPRO)*, São Paulo, v. 164, ano 33, p. 09-28, out. 2008.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmera. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug; 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista da ESMAFE – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, n. 08, p. 177-223, 2004.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O controle de políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional. In: _____. *Jurisdição Constitucional*. Aspectos Controvertidos. Curitiba: Juruá, 2013.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*. Princípio e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHMITT, Carl. La Tiranía de los Valores. Tradução de Anima Schmitt de Otero. *Revista de Estudios Políticos (REP)*, Madrid, n. 115, p. 65-82, enero/ febrero 1961.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Introdução de Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Viviane Gerales Ferreira. Montevideú: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

**DEFESA E ESTRATÉGIA DE DEFESA EM
AÇÕES REVISIONAIS PREVIDENCIÁRIAS
COM BASE NO ART. 29, §5º, DA LEI 8.213/91**

*DEFENCE AND DEFENCE STRATEGY AGAINST SOCIAL SECURITY
LAWSUITS BASED ON ARTICLE 29, PARAGRAPH 5 OF FEDERAL
LAW 8,213/91*

Sadi Medeiros Júnior

Procurador Federal

Chefe do Serviço de Matéria de Benefícios da PFE/INSS/Florianópolis

SUMÁRIO: Introdução; 1 Perspectiva Histórica. Art. 29, caput, da lei 8.213, antes e depois da alteração procedida pela lei 9.876/1999; 2 Interpretação sistemática (incluindo a perspectiva constitucional) e integração do ordenamento jurídico; 2.1 Não há contribuição previdenciária durante o auxílio-doença que antecede a aposentadoria por invalidez. Inconstitucionalidade do entendimento diverso; 2.2 Da impossibilidade de o magistrado atuar como legislador positivo; 2.3 Ofensa ao poder de edição de decretos para

a fiel execução das leis; 2.4 Respeito a ato jurídico perfeito e necessidade de prévia fonte de custeio; 2.5 Ofensa à isonomia; 2.6 Preservação do valor real dos benefícios; 3 Perspectiva político-sociológica; 4 Perspectiva jurisprudencial; 4.1 Alteração da jurisprudência na primeira instância catarinense. Reconhecimento de equívoco no entendimento que levou à edição da súmula de n. 09; 4.2 Jurisprudência dos tribunais superiores; 5 Cômputo de benefício por incapacidade para carência - a súmula 73 da TNU; 6 conclusão; Referências.

RESUMO: Na conversão do auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, a renda da aposentadoria corresponderá a 100% do mesmo salário-de-benefício do auxílio-doença devidamente atualizado. Esse o entendimento do Poder Executivo consubstanciado no art. 36, §7º, do Decreto 3.048/99, disposição regulamentar combatida em inúmeras ações judiciais que sustentam sua ilegalidade diante do art. 29, §5º, da Lei 8.213/91 e que vieram a ser acolhidas pela Turma Recursal de Juizados Especiais Federais de Santa Catarina/TRSC, que a seu respeito editou a Súmula de nº 9. A tese e a estratégia expostas no presente trabalho buscaram ajudar a reverter o quadro jurisprudencial inaugurado pela referida Súm. 9 e, após combate sistemático, as pretensões de revisão com base no art. 29, §5º, da Lei 8.213/91 foram consideradas improcedentes pelo Superior Tribunal de Justiça (PET 7.108 e 7.109/RJ) e pelo Supremo Tribunal Federal (RE 583834/SC). A orientação jurisprudencial firmada quanto ao art. 29, §5º é relevante também para o julgamento do mérito de outras ações revisionais, como a que pretende a contagem de tempo de benefício por incapacidade para fins de carência (Súmula 73 da TNU).

PALAVRAS-CHAVE: Direito Previdenciário. Ações Revisionais. Aposentadoria Por Invalidez Precedida de Auxílio-doença. Cálculo da Renda Mensal Inicial. Súmula 9 da TRSC. Súmula 73 da TNU.

ABSTRACT: The *aposentadoria por invalidez* (disability pension) will have its preceding *auxílio-doença's* (statutory sick pay) same *salário-de-benefício* (the citizen's average of security contributions). That's what says Article 36, Paragraph 7 of Federal Decree 3,048/99 edited by the President of Brazil. Thousands of applicants sue the Brazilian government's Security agency (*Instituto Nacional do Seguro Social/INSS*) claiming that the said decree breaks Article 29, Paragraph

5, of Federal Law 8,213/91. The competent law court in Santa Catarina State (*Turma Recursal de Juizados Especiais Federais de Santa Catarina/TRSC*) has repeatedly ruled in favour of the plaintiffs' case according to its Precedent 9 (*Súmula 9*). This study shows the Government's thesis and strategy up to final victory in Brazilian courts, especially in *Superior Tribunal de Justiça* (*PET 7.108 and 7.109/RJ*) and *Supremo Tribunal Federal* (*RE 583834/SC*). It also analyses the Precedent 73 of *Turma Nacional de Uniformização de Juizados Especiais Federais*.

KEYWORDS: Social Security Law. Precedent 9 of TRSC and Precedent 73 of TNU. Legal Interpretation.

INTRODUÇÃO

Em meados da década de 2000, começaram a ser ajuizadas na Seção Judiciária de Santa Catarina ações revisionais previdenciárias nas quais os autores alegavam que o valor do salário-de-benefício do auxílio-doença convertido em aposentadoria por invalidez deveria integrar o período básico de cálculo (PBC) desse último benefício, afastando-se a aplicação do disposto no art. 36, parágrafo 7º, do Decreto 3.048/99¹.

A referida pretensão foi rapidamente acolhida pela antiga única Turma Recursal de Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária de Santa Catarina (TRSC), que, a seu respeito, na sessão de julgamento de 11/04/2005, editou a Súmula de n. 09: "Na fixação da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez precedida de auxílio-doença deve-se apurar o salário-de-benefício na forma do artigo 29, §5º, da Lei nº 8.213/91". A partir do momento em que aprovada a referida súmula, passaram a surgir, em todo o território nacional, demandas veiculando o entendimento nela estampado.

A Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS elaborou, em um primeiro momento, *tese de defesa mínima* sobre o assunto, para uso nacional. Porém, diante do peso da existência de uma súmula de Turma Recursal contrária ao entendimento da Autarquia e diante do avançado debate sobre o assunto em Santa Catarina², fez-se necessário desenvolver

1 Decreto 3.048/99, art. 36, § 7º: "A renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral."

2 Debate que já contava inclusive com uma dissidência muito significativa: um dos juízes que editaram a Súmula 9 spassou a reconhecer, em suas sentenças, que a confecção da referida súmula tratou-se de óbvio equívoco (v. infra, IV.1).

trabalho diferenciado naquela seção judiciária, o qual se materializou na adoção das seguintes diretrizes e medidas:

- 1) Busca de racionalização da atuação do Estado quanto ao litígio em massa existente, objetivo que se concretizou com a análise da matéria para fins de montar-se estratégia recursal ou, se inviável³, sugerir adequação do Executivo ao entendimento consubstanciado na Súmula 9, estudo que aportou à conclusão de que deveria ser deflagrado sistemático combate ao referido entendimento;
- 2) Confecção de nova tese que procurasse abordar em totalidade o fenômeno jurídico sob análise, o que se pretendeu realizar utilizando-se o maior número de perspectivas possível, levando-se a efeito a chamada interpretação *tópica*;
- 3) Apresentação da nova tese e solicitação de revogação ou não aplicação da Súmula 9 às 1^a e 2^a Turmas de Recursos de JEFs de Santa Catarina, com entrega de memoriais e sustentações orais nesse sentido;
- 4) Não acolhida a nova tese por ambas as turmas recursais, elaboraram-se em Santa Catarina minutas de contestação, recursos contra sentença, embargos de declaração, pedido de uniformização nacional, recurso extraordinário (RE) e agravo em RE⁴, com base na mesma tese de defesa, a qual foi sugerida a partir de SC para utilização uniforme na defesa do INSS em todo o território nacional.

3 Naquele momento, sequer havia notícia de ajuizamento de tais demandas na maioria das demais seções judiciárias e, conseqüentemente, havia dificuldade em obter precedentes para viabilizar a interposição de incidentes de uniformização contra as decisões da TRSC. A propósito, os únicos precedentes então encontrados para embasar os pedidos de uniformização que passaram a ser interpostos simultaneamente aos recursos extraordinários abordavam a questão incidentalmente em demandas em que se pedia revisão de benefício por aplicação do IRSM em fevereiro de 1994 (decisões proferidas pela TRBA e TRDF respectivamente nos autos 2005.33.00.768372-1 e 2005.34.00.756276-9). Felizmente (e corretamente), os pedidos de uniformização nacional vieram a ser admitidos pela TRSC (diferentemente dos recursos extraordinários).

4 Os recursos extraordinários expuseram, para fins de atendimento ao então novel requisito da repercussão geral (Lei 11.418, de 19/12/2006), demonstração de repercussão econômica na ordem de 6 bilhões de reais (Para a redação dessa preliminar, foram importantes os conhecimentos obtidos em evento realizado pela Escola da AGU em Porto Alegre, em 2007, sobre a repercussão geral em recursos extraordinários). Os agravos de instrumento foram instruídos com certidão expedida pelo órgão judicial competente afirmando a existência, em 07/11/2007, de 2.364 recursos extraordinários já interpostos sobre a matéria apenas perante as Turmas Recursais de SC.

O presente estudo aborda a temática das revisionais do art. 29, §5º a partir dos argumentos expostos na referida tese de defesa elaborada em Santa Catarina. Expõe também sobre a estratégia que a veiculou e sobre seus desdobramentos práticos.

Ao lado do objetivo de tentar prestar singela contribuição ao conhecimento doutrinário dos temas versados (inclusive sobre a Hermenêutica Jurídica, a que se dá especial ênfase), busca-se aqui, a exemplo da referida estratégia, contribuir a que o Estado brasileiro uniformize sua atuação tanto quanto às “revisionais do art. 29, parágrafo 5º” pendentes de julgamento e às que ainda estão sendo propostas, como quanto a outras demandas judiciais cujos principais aspectos já tenham sido apreciados no debate sobre as revisionais objeto da presente análise, tais como as ações que veiculam a pretensão de que os períodos de recebimento de benefício por incapacidade contem para efeito de carência - Súmula 73 da TNU, tema do item V deste estudo.

1 PERSPECTIVA HISTÓRICA. ART. 29, CAPUT, DA LEI 8.213, ANTES E DEPOIS DA ALTERAÇÃO PROCEDIDA PELA LEI 9.876/1999

Os precedentes que levaram à edição da Súmula 9 da Eg. TRSC foram os acórdãos proferidos nos autos de nº 2004.72.95.003073-9 e 2004.72.50.003033-9. O seguinte excerto da decisão proferida nos autos 2004.72.95.003073-9 expõe os fundamentos da Súmula em comento:

O Autor é titular de aposentadoria por invalidez *DIB 18-01-2000*, precedida de auxílio-doença *DIB 04-07-1998*. Consoante procedimento usualmente adotado em casos tais, para conversão do auxílio-doença em aposentadoria por invalidez o INSS não efetuou novo cálculo de salário-de-benefício, limitando-se a alterar o coeficiente da RMI (de 91% para 100% do salário-de-benefício), na forma do que estabelece o artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99, verbis: [...]

A parte Autora, todavia, invoca em seu favor a regra do artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91, que estabelece: [...]

Analisando o dispositivo legal acima transcrito (Lei nº 8.213/91), infiro que o procedimento adotado pelo INSS não se mostra legítimo, tendo o Decreto nº 3.048/99 extrapolado os limites de regulamentação da LBPS.

De fato, ausente exceção traçada pela própria Lei, improcede o argumento de que a regra do artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91, tem aplicação somente para o cálculo das demais espécies de benefícios (exceto aposentadoria por invalidez).

Destaco, a propósito, que um ou outro procedimentos não gerariam resultados diversos tivesse a Lei nº 8.213/91 sido mantida na sua redação original, onde o mesmo índice que atualizava salários-de-contribuição para fins de cálculo de salário-de-benefício também servia para a majoração dos benefícios em manutenção. Na época, a sistemática traçada pelo Decreto regulamentador da LBPS era mais prática e nenhum prejuízo causava ao segurado.

Todavia, a partir do momento em que os índices passaram a ser diferenciados, mostra-se necessário o cálculo do salário-de-benefício, tal como estabelece o artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91, sob pena de perpetuar-se no novo benefício (aposentadoria por invalidez) defasagem presente naquele extinto (auxílio-doença).

Concluo, pois, que a sistemática de cálculo da RMI da aposentadoria por invalidez utilizada pelo INSS e disciplinada no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99 (mera majoração do coeficiente), contraria o disposto no artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91. [..]

Assim, faz jus a parte Autora à revisão de sua aposentadoria por invalidez, a fim de que seja calculado um novo salário-de-benefício (salários-de-contribuição imediatamente anteriores à DIB/DER, considerando-se, se for o caso, como tal o salário-de-benefício do auxílio-doença, devidamente reajustado).

Vê-se que o fundamento da Súmula 9 é, em síntese, o entendimento de que, inexistindo exceção expressa na lei no sentido de não se aplicar o disposto no art. 29, parágrafo 5º, da Lei 8.213 ao período de recebimento de auxílio-doença imediatamente anterior à concessão de aposentadoria por invalidez, não poderia o Poder Executivo criar essa exceção, pelo que o disposto no art. 36, parágrafo 7º, do Decreto 3048/99 extrapolaria o âmbito da competência regulamentar⁵.

5 O precedente citado também comenta que a alteração da redação original da Lei 8.213/91 no sentido de estabelecer-se distinção entre os índices de correção dos salários-de-contribuição e os índices de correção dos valores dos benefícios é fonte de prejuízo aos segurados quando se aplica o disposto no parágrafo 7º do art. 36 do Decreto 3.048. Sobre esse ponto, ressalta-se que o questionamento acerca da distinção de correções em tela já foi dirimido pelo Col. Supremo Tribunal Federal ao pacificar a jurisprudência no

Portanto, observa-se que o entendimento que embasou a súmula em comento pautou-se no chamado *método gramatical, literal* ou *filológico*⁶ de interpretação.

Não obstante, para além do momento gramatical, há outras perspectivas de interpretação (*topoi*) indispensáveis à pesquisa do direito e à consequente justa composição da controvérsia jurídica de que se cuida.

Iniciando a análise da problemática sob a perspectiva histórica⁷ (perspectiva essa que se faz mais premente em controvérsias sobre Direito Previdenciário, ante à natural duração por longos períodos das relações

tocante às ações revisionais do IGP-DI (RE 376852/SC), oportunidade em que aquela Corte decidiu que os índices de correção dos benefícios utilizados pelo INSS são constitucionais, merecendo improcedência a aplicação do mesmo índice que corrigia os salários-de-contribuição (o IGP-DI).

A controvérsia em torno da distinção entre os índices de correção do valor dos benefícios e dos salários de contribuição já foi decidida pelo Eg. TRF da 4ª Região, que sobre ela editou a súmula de n. 40: “**Súmula 40:** Por falta de previsão legal, é incabível a equivalência entre o salário-de-contribuição e o salário-de-benefício para o cálculo da renda mensal dos benefícios previdenciários.”

DJ (Seção 2) de 28-10-96, p.81959.

A utilização do IGP-DI como índice de correção dos salários-de-contribuição só existiu no período de maio de 1996 (Lei 9.711/98, art. 10) a fevereiro de 2004 (MP 167/2004, convertida na Lei 10.887/2004). Ressalta-se, portanto, que a distinção de correções em tela, quando existiu, de 1997 (em 1996, também o IGP-DI foi utilizado para a correção do valor dos benefícios, por força do art. 2º da MP 1.415, de 29/04/96) a fevereiro de 2004, foi considerada constitucional pelo C. STF, que reconheceu tratar-se o INPC “do índice mais adequado para o reajuste dos benefícios, já que o IGP-DI melhor serve para preços no atacado, porque retrata, basicamente, a variação de preços no setor empresarial brasileiro” (RE 376.846/SC).

Importa registrar que essa distinção de índices deixou de existir desde a entrada em vigor da MP 167/2004 (convertida na Lei 10.887/2004, de 18/06/2004), ficando vedada pelo art. 29-B acrescentado à Lei 8.213/91, o qual especifica o INPC como índice de correção dos salários de contribuição considerados no cálculo do valor do benefício.

- 6 Consoante Herkenhoff: “Os processos de interpretação são também chamados elementos de interpretação, métodos ou modos de interpretação, fases ou momentos da interpretação ou critérios hermenêuticos. Os processos de interpretação não ocorrem ao intérprete numa ordem sistemática, mas numa síntese imediata. Esse caráter unitário da atividade hermenêutica aconselha que se encarem os processos de interpretação como momentos do processo global interpretativo, de preferência a conceituá-los como métodos. [...] O momento (ou processo) filológico estabelece o sentido objetivo da lei com base em sua letra, no valor das palavras, no exame da linguagem dos textos, na consideração do significado técnico dos termos.” (HERKENHOFF, João Batista. *Como aplicar o Direito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 13-15).
- 7 A perspectiva histórica utilizada limita-se à descrição da evolução da legislação no tempo. É uma investigação do devir da dogmática jurídica em si, não se tratando, portanto, da outra tarefa que também pode compor a investigação histórica do Direito: situar no contexto social as alterações normativas, com ênfase ao estudo daquele contexto. Este outro sentido da perspectiva histórica, entretanto, não é olvidado pelo presente estudo, uma vez que este considera as expectativas de justiça da sociedade brasileira e busca aproximar-se do princípio de que os benefícios previdenciários sejam diretamente relacionados à existência de contribuições, sob pena de quebra do sistema público de seguridade social e perecimento do direito social à previdência pública, o que, como sabido, é aspiração de fortes grupos econômicos e políticos.

por ele disciplinadas), atenta-se, por primeiro, para um fato expressamente mencionado no precedente supracitado da Eg. TRSC e que levou à edição da Súmula n. 09: O benefício da parte autora daquela demanda iniciou-se em 18/01/2000. Qual a importância desse fato para a matéria em estudo?

É que ele torna manifesto ter-se baseado, a referida súmula, em precedente que julgou demanda relativa a benefício concedido na vigência da nova redação conferida ao art. 29 da Lei 8.213 pela Lei 9.876/99⁸. Assim, importa frisar, desde logo – como primeira aquisição relevante do emprego da perspectiva histórica sobre a matéria em comento – que o entendimento expresso na Súmula n. 09 não poderia ser aplicado a benefícios anteriores à data de entrada em vigência da Lei 9.876/99, ou seja, 29/11/1999. Contudo, a Eg. TRSC sempre aplicou sua Súmula 9 indistintamente, fossem os benefícios anteriores ou posteriores à Lei 9.876/99.

Já vimos, portanto, que à época da concessão do benefício a que se reporta o precedente da Eg. TRSC referido, já era vigente a redação dada pela Lei 9.876/99 ao art. 29 da Lei 8.213/91, que é a redação vigente até a presente data. Mas comparem-se a redação anterior e a redação vigente a partir da Lei 9.876/99:

Redação original do art. 29, caput e parágrafo 5º, da Lei 8.213/91:

Art. 29 O salário-de-benefício consiste na média aritmética simples de todos os últimos salários-de-contribuição *dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade* ou da data da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48(quarenta e oito) meses.

[...]

§ 5º Se, no período básico de cálculo, o segurado tiver recebido benefícios por incapacidade, sua duração será contada, considerando-se como salário-de-contribuição, no período, o salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal, reajustado nas mesmas épocas e bases dos benefícios em geral, não podendo ser inferior ao valor de 1(um) salário-mínimo.” (Grifo acrescentado)

8 Redação esta que somente poderia ter aplicação a benefícios concedidos a partir da entrada em vigor desse diploma legal Conforme jurisprudência do STF, sumulada no verbete de n. 359: “Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários.”

Redação a partir da Lei 9.876/99:

Art. 29. O salário-de-benefício consiste:

I - para os benefícios de que tratam as alíneas b e c do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário;

II - para os benefícios de que tratam as alíneas a, d, e e h do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo.” [...]]

§ 5º Se, no período básico de cálculo, o segurado tiver recebido benefícios por incapacidade, sua duração será contada, considerando-se como salário-de-contribuição, no período, o salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal, reajustado nas mesmas épocas e bases dos benefícios em geral, não podendo ser inferior ao valor de 1 (um) salário mínimo.

Como se pode observar, até a entrada em vigor da Lei 9.876/99 o *caput* do art. 29 da Lei 8.213 era expresso em fixar como data final do período básico de cálculo (PBC) dos benefícios a *data de afastamento da atividade* e a data do requerimento⁹. Logo, no que tange a benefícios por incapacidade, o *período básico de cálculo* previsto no parágrafo 5º estender-se-ia até o mês anterior ao do afastamento da atividade, conjugando-se o parágrafo 5º com o *caput* do art. 29.

Aprofundando a pesquisa histórica¹⁰, vê-se que, antes da Lei 8.213/91, o período de cálculo da aposentadoria por invalidez já era

9 No tocante à aposentadoria por invalidez precedida por auxílio-doença, não tem pertinência a data de requerimento, vez que a conversão do benefício dá-se de ofício na data em que realizada a perícia médica que conclua pela existência de incapacidade permanente para toda e qualquer atividade laboral. Nesse sentido, bem expõe a sentença proferida nos autos de n. 2006.70.51.003668-9, em trâmite perante a 2ª Vara do Juizado Especial Federal Cível de Londrina/PR: “Como se sabe, a aposentadoria por invalidez, quando decorrente de conversão de auxílio-doença, não é fruto de um requerimento específico do segurado, mas de uma avaliação médica (que se dá ex officio), como prevêm os arts. 42 e 43 da LBPS. É claro que o segurado em gozo de auxílio-doença poder requerer ao INSS a conversão de seu benefício em aposentadoria por invalidez; ocorre, porém que a lei não atribui relevância a esse pedido, já que a conversão e o termo inicial (DIB) não dependem disso, mas da perícia médica que considerar o segurado total e permanentemente incapaz, perícia esta que se realiza de ofício”.

10 Segundo Maximiliano, em sua obra ao mesmo tempo clássica e atual: “Mais importante do que a história geral do Direito é, para o hermeneuta, a especial de um instituto e, em proporção maior, a do dispositivo

contado até o mês anterior ao do afastamento da atividade. Essa assertiva decorre da análise da evolução das disposições normativas sobre o cálculo do salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez, a qual denota que o período básico de cálculo desse benefício tem tradicionalmente como marco final o afastamento da atividade (Lei 5.890/73, art. 3º, I; Decreto 72.771/73, art. 46, I; Decreto 83.080/79, art. 37, I), o que, conjugado com a disposição sobre o cômputo do período em gozo de auxílio-doença (Lei 5.890/73, art. 3º, parágrafo 3º; Decreto 72.771/73, art. 46, parágrafo 4º; Decreto 83.080/79, art. 37, parágrafo 4º), leva à conclusão de que somente os períodos de gozo de auxílio-doença intercalados com o exercício de atividade podem ser computados como salário-de-contribuição, uma vez que o período básico de cálculo da aposentadoria por invalidez estende-se até o mês anterior ao do afastamento da atividade.

Ressalte-se que em todos os atos normativos mencionados conviveram harmonicamente – por assim dizer – a disposição no sentido de que o PBC (período básico de cálculo) da aposentadoria por invalidez estendia-se até o mês anterior ao do afastamento e o dispositivo no sentido de que o salário-de-benefício do auxílio-doença considera-se salário de contribuição, o que levou à conclusão jurídica tradicional no Direito Previdenciário que se consubstancia no preceito do Decreto 3.048/99 (art. 37 parágrafo 6º) cuja aplicação é considerada indevida na Súmula 09 da Eg. TRSC.

Essa conclusão é de mais evidente clareza diante da já citada redação do art. 29 da Lei 8.213/91 antes de sua alteração pela Lei 9.876/99. Observe-se que, tal qual nos atos normativos anteriores, o preceito que manda computar o salário de benefício com base nos salários de contribuição imediatamente anteriores ao do mês de afastamento da atividade (*caput*) tinha expressa previsão literal concomitantemente ao dispositivo que previa a contagem do salário-de-benefício do auxílio-doença como salário-de-contribuição (parágrafo 5º). Diante dessas disposições e considerando ainda que o parágrafo de um mesmo artigo de lei não deve ser interpretado sem correlação coerente com o *caput*, aporta o intérprete - ainda que se limite ao método gramatical - à necessária ilação de que se a aposentadoria por invalidez foi precedida

ou norma submetida a exegese. A lei aparece com último elo de uma cadeia, como um fato intelectual e moral, cuja origem nos fará conhecer melhor o espírito e alcance do mesmo. Com esse intuito, o juiz "lança uma ponte entre as obscuras disposições o presente e os preceitos correspondentes e talvez claros do Direito anterior." (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 138).

por auxílio-doença, o período básico de cálculo (PBC) deste será o mesmo da aposentadoria por invalidez, vez que o afastamento da atividade deu-se antes da concessão do auxílio-doença, nos termos expressos do *caput* do art. 29.

Alguma dificuldade interpretativa surgiu com a alteração da Lei 8.213/91 pela Lei 9.876/99, tendo sido alterado o *caput* do art. 29 e não alterado o disposto no seu parágrafo 5º.

Ocorre que a alteração procedida referiu-se apenas ao comando no sentido de que o período contributivo não seria mais de 36 contribuições apuradas em período não superior a 48 meses, substituindo-o pelo aumento do período de apuração (e multiplicação pelo fator previdenciário, com exceções dos benefícios previstos no inciso II, dentre estes a aposentadoria por invalidez). Logo, ainda que analisada apenas pelo aspecto semântico (portanto dentro ainda da seara da interpretação meramente gramatical), não há na nova redação do art. 29 nada que contradiga a tradicional conclusão jurídica no sentido de que o período básico de cálculo dos benefícios por incapacidade estende-se a até a data do afastamento da atividade.

Ressalta-se que não ocorreu até agora alteração do sistema previdenciário que legitime a interpretação conferida pela Sum. 9 da Eg. TRSC ao disposto no art. 29, parágrafo 5º, da Lei 8.213/91, que continua tendo o mesmo significado que sempre possuiu, inclusive no tocante à sua aplicação somente aos períodos de recebimento de benefício intercalados com o desempenho de atividade laboral¹¹. Aliás, o não cômputo do tempo de gozo de auxílio-doença imediatamente anterior à aposentadoria por invalidez não foi criação da Lei 8.213/91, existindo muito antes da entrada em vigor dessa lei, como já demonstrado.

As considerações expostas são reforçadas pelas demais perspectivas interpretativas que se passa a abordar.

11 O que se disse está em conformidade com o ensinamento de Maximiliano (idem, 1999, p. 139): “Sempre se presume que se não quis substituir, de todo, a norma em vigor; a revogação da lei deve ficar bem clara. Verifica-se atentamente se o parlamento pretendeu reformar o Direito vigente, que circunstâncias o levaram a isto; até onde foi o propósito inovador; quais os termos e a extensão em que se afastou das fontes, nacionais ou estrangeiras, do dispositivo atual. Pelo que eliminou e pelo que deixou subsistir, conclui-se o seu propósito, orienta-se o hermeneuta”. Por sua vez, não seguiu essa diretriz o entendimento consubstanciado na Súm. 9 da Eg. TRSC, que deu à alteração do *caput* da Lei 8.213/91 pela Lei 9.876/99 significado que não se pode concluir, de maneira alguma, desejado pela nova lei (9.876).

2 INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA (INCLUINDO A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL) E INTEGRAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Como introdução à análise do tema sob a perspectiva sistemática, convém trazer à colação o seguinte ensinamento de Maximiliano (o qual dá ao leitor a impressão de que o texto foi escrito especialmente para a solução da controvérsia interpretativa de que ora se cuida):

Já se não admitia em Roma que o juiz decidisse tendo em mira apenas uma parte da lei; cumpria examinar a norma *em conjunto*: *In civile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare, vel respondere* – ‘é contra Direito julgar ou emitir parecer, tendo diante dos olhos, ao invés da lei em conjunto, só uma parte da mesma’.

[...]

Aplica-se modernamente o processo tradicional, porém com amplitude maior do que a de outrora: atende à conexidade entre as partes do dispositivo, e entre este e outras prescrições da mesma lei, ou de outras leis; bem como à relação entre uma, ou várias normas, e o complexo das idéias dominantes na época. A verdade inteira resulta do contexto, e não de uma parte truncada, quiçá defeituosa, mal redigida; examine-se a norma na íntegra, e mais ainda: o Direito todo, referente ao assunto. Além de comparar o dispositivo com outros afins, que formam o mesmo instituto jurídico, e com os referentes a institutos análogos; força é também, afinal pôr tudo em relação com os princípios gerais, o conjunto do sistema em vigor.¹²

São exatamente essas diretrizes que serão evidenciadas a seguir. Em especial: Manifestar-se-á que o equívoco fundamental do entendimento que embasou a Súmula 9 foi ater-se à literalidade de um único dispositivo de lei (o parágrafo 5º do art. 29 da Lei 8.213/91 na redação conferida pela Lei 9.876/99), não examinando em conjunto o inteiro teor da Lei 8.213 (v.g., art. 55, II), de outras leis (v. g., art. 476 da CLT) e os princípios gerais do sistema, dentre eles o princípio contributivo (art. 201, caput, da Constituição), a isonomia (art. 5º e 201, parágrafo 1º) e a proteção a ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI). Mostrar-se-á, também, que a lacuna deixada na legislação pela alteração (“quiçá defeituosa”) do caput do art. 29 da Lei 8.213 pela Lei 9.876/99 não deve ser interpretada de maneira a aportar a conclusão forçada que não se harmoniza com o conjunto do sistema em vigor.

¹² MAXIMILIANO, op. cit., p. 129.

Pois bem. Diante do já exposto, é lícito desde logo afirmar que a alteração do caput do art. 29 da Lei 8.213 pela Lei 9.876/99 é a fonte da controvérsia interpretativa de que se cuida. A rigor, ao alterar o mencionado dispositivo, a Lei 9.876 criou uma lacuna na legislação, a saber: retirou do caput do art. 29 a expressa menção a que os períodos básicos de cálculo dos benefícios por incapacidade encerram-se no mês anterior ao do afastamento da atividade.

Para solucionar a controvérsia jurídica assim surgida, assevera-se inicialmente que os processos de interpretação e de integração se comunicam, de modo a descortinar-se a norma jurídica a ser aplicável para a solução de um litígio¹³. Já se demonstrou acima como a perspectiva histórica denota que a interpretação da legislação mais consentânea com a tradição do ordenamento jurídico brasileiro é aquela que se plasma no art. 36, parágrafo 7º, do Decreto 3.048/99, o qual expressa norma que integra o ordenamento jurídico, eliminando a lacuna existente na legislação. Passa-se a aduzir os demais recursos de interpretação – inclusive de integração – relevantes à demonstração do acerto da interpretação do ordenamento jurídico que veio a se consubstanciar no referido preceito do decreto regulamentar da Lei de Benefícios.

Importa, primeiramente, na interpretação sistemática da legislação que se leva a efeito, a consideração de que o segurado em gozo de auxílio-doença considera-se na forma da lei licenciado do emprego com prejuízo

13 Nesse sentido, lecionam Cintra et al:

Considerado como ordenamento jurídico, o direito não apresenta lacunas [...]. O mesmo não acontece com a lei; por mais imaginativo e previdente que fosse o legislador, jamais conseguiria cobrir através dela todas as situações que a multifária riqueza da vida social, nas suas constantes mutações, poderá provocar. [...] Mas, evidentemente, não se pode tolerar a permanência de situações não definidas perante o direito, tornando-se então necessário preencher a lacuna da lei.

À atividade através da qual se preenchem as lacunas verificadas na lei, mediante a pesquisa e formulação da regra jurídica pertinente à situação concreta não prevista pelo legislador, dá-se o nome de integração. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei” – diz enfaticamente o Código de Processo Civil (art. 126).

O preenchimento das lacunas da lei faz-se através da analogia e dos princípios gerais do direito.

Consiste a analogia em resolver um caso não previsto em lei, mediante a utilização de regra jurídica relativa à hipótese semelhante. Fundamenta-se o método analógico na idéia de que, num ordenamento jurídico, a coerência leva à formulação de regras idênticas, onde se verifica a identidade da razão jurídica; ubi eadem ratio, ibi eadem jûris dispositio. [...]

No desempenho de sua função interpretativa, o intérprete freqüentemente desliza de maneira quase imperceptível para a atividade própria da integração. Interpretação e integração comunicam-se funcionalmente e se completam mutuamente para os fins de revelação do direito. Ambas têm caráter criador, no campo jurídico, pondo em contato direto as regras de direito e a vida social e assim extraindo das fontes a norma com que regem os casos submetidos a exame. (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 113/114).

da sua remuneração, nos exatos termos do disposto no art. 63, da LBPS e 476, da CLT. A propósito, confira-se:

Art. 63. O segurado empregado em gozo de auxílio-doença será considerado pela empresa como licenciado.

Art. 476 - Em caso de seguro-doença ou auxílio-enfermidade, o empregado é considerado em licença não remunerada, durante o prazo desse benefício.

Veja-se, portanto, que o sentido da legislação brasileira, analisada sistematicamente, no tocante ao salário-de-contribuição, é que ele surge *do efetivo exercício de atividade remunerada*. E essa não existe (de fato e juridicamente) se o cidadão encontra-se em auxílio-doença, como denota, dentre outros preceitos, o citado dispositivo da CLT.

Outro ponto que importa mencionar é que o disposto no art. 55, II, da LBPS, ao dispor sobre a compreensão do conceito de tempo de serviço (atualmente tempo de contribuição), reza:

Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:

[...]

II - o tempo intercalado em que esteve em gozo de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez; [...] (Grifo nosso)

Esse dispositivo demonstra que o espírito da Lei 8.213/91 no tocante ao cômputo de tempos de recebimento de benefícios por incapacidade é que sejam contados apenas os períodos em que houve recebimento intercalado com o desempenho de atividade.

Nesse ponto da argumentação, exsurge a viabilidade de aplicação do recurso da aplicação analógica do referido dispositivo (inciso II do art. 55) para integrar (com a necessária coerência) o ordenamento jurídico no sentido de que somente são considerados como salários-de-contribuição os ganhos do segurado titular de auxílio-doença no “tempo intercalado em que esteve em gozo de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez”.

Ressalta-se, portanto, que o tempo de recebimento de auxílio-doença somente poderá ser contado para efeito de aposentadoria como *tempo de contribuição fictício ou virtual*, conforme disposto, por se tratar de hipóteses em que, rigorosamente, o segurado não possui salário-de-contribuição no período, já que se encontra, na forma da lei, *licenciado* do seu trabalho *com prejuízo da remuneração*. Todavia, a disposição legal em apreço não pode ser estendida para os benefícios decorrentes de transformação, já que a Lei denota que apenas quando *intercalado* o período de recebimento de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez é que poderá vir a ser contado¹⁴.

2.1 NÃO HÁ CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DURANTE O AUXÍLIO-DOENÇA QUE ANTECEDE A APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCONSTITUCIONALIDADE DO ENTENDIMENTO DIVERSO

Tendo em vista o *princípio contributivo* encartado na Constituição Federal, para que fosse possível interpretar-se como existente o direito a computar como contribuição o período de gozo de auxílio-doença que antecede a aposentadoria por invalidez, necessário seria pelo menos expresso dispositivo legal nesse sentido¹⁵. Não serve a essa finalidade o parágrafo 5º do art. 29 da Lei 8.213, vez que esse dispositivo sempre foi corretamente interpretado como aplicável apenas aos períodos intercalados de auxílio-doença e, ademais, a contagem de tempo de contribuição fictício que ele possibilita é exceção à regra da necessidade de efetiva contribuição e como exceção deve ser entendido, pelo que se faz imprescindível atribuir a esse dispositivo interpretação *restritiva*. Esta, a única possível aos olhos do *princípio contributivo* encartado no caput do art. 201 da CF/88 e expresso também nos dispositivos do art. 195 que disciplinam o financiamento da Seguridade Social, dentre os quais o parágrafo 8o, *que prevê mesmo para os segurados especiais a necessidade de contribuição*¹⁶.

14 A legislação permitiu o cômputo dos períodos intercalados porque nesses há o retorno do segurado à atividade e consequente continuação da prestação de contribuições. Nesse sentido, a redação original do caput do art. 29 da Lei 8.213/91 e a ainda vigente redação do art. 55, II, da mesma lei. Ou seja: a legislação busca, à toda evidência, respeitar o princípio contributivo e, por isso, dispõe no sentido de que os períodos de efetiva atividade são considerados de contribuição, excetuando-se apenas os períodos de auxílios-doença intercalados com a atividade, mas apenas em caráter excepcionalíssimo e tendo em vista que o cidadão voltará a contribuir.

15 CF, art. 201, § 3º: “Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei.” (Grifou-se o trecho que abre a possibilidade interpretativa deduzida acima)

16 Art. 195. § 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

§ 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei.

Lembre-se que os princípios gerais, bem como a analogia, são recursos ao preenchimento das lacunas da legislação (inclusive por força de preceito legal – art. 4o da Lei de Introdução ao Código Civil¹⁷).

Logo, a lacuna na Lei 8.213 em referência (inexistência, desde a Lei 9.876/99, de expresso preceito no sentido de que o período básico de cálculo dos benefícios por incapacidade tem como termo final o mês anterior *ao do afastamento da atividade*), não pode ser interpretada contra o *princípio contributivo* no sentido de que tanto o período de recebimento de auxílio-doença intercalado com o efetivo exercício de atividade, *como o período de auxílio-doença posterior ao afastamento da atividade (quando a aposentadoria por invalidez é precedida por auxílio-doença)* consistem em períodos em que existe salário-de-contribuição.

Frisa-se que as exceções (mormente as que dizem respeito a princípios) devem interpretar-se estritamente. Assim, o disposto no parágrafo 5º do art. 29 da Lei 8.213, por ser exceção ao princípio contributivo constitucional, há de ser interpretado estritamente. Nesse sentido, expõe Maximiliano:

Em regra, é estrita a interpretação das leis excepcionais, das fiscais e das punitivas (p. 225). As leis especiais limitadoras da liberdade, e do domínio sobre as coisas, isto é, as de impostos, higiene, polícia e segurança, e as punitivas bem como as disposições de Direito Privado, porém de ordem pública e imperativas ou proibitivas, interpretam-se estritamente (Idem, p. 224).

O Código Civil explicitamente consolidou o preceito clássico – *Exceptiones sunt strictissimae interpretationis* (interpretam-se as exceções estritissimamente).

O princípio entronca nos institutos jurídicos de Roma, que proibiam estender disposições excepcionais, e assim denominavam as do Direito exorbitante, anormal ou anômalo, isto é, os preceitos estabelecidos contra a razão de Direito; limitava-lhe o alcance, por serem um mal, embora mal necessário.

Eis os mais prestigiosos brocardos relativos ao assunto:

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: [...]

17 LICC, Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Quod vero contra rationem júris receptu est, non est producendum ad consequentias (Paulo, no Digesto, liv. 1º, tít. 3º, frag. 14) – “o que, em verdade, é admitido contra as regras gerais de Direito, não se estende a espécies congêneres’.

In his quae contra rationem júris constituta sunt, non possumus sequi regulam júris (Juliano, em o Digesto, liv. 1º, tít. 3º, frag. 15) – ‘no tocante ao que é estabelecido contra as normas comuns de Direito, aplicar não podemos regra geral”.

Quae propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentu trahi (Paulo, no Digesto, liv. 50, tít. 17, frag. 162) – “o que é admitido sob o império da necessidade, não deve estender-se aos casos semelhantes”.¹⁸

Impressiona como essas aquisições da Hermenêutica Jurídica aplicam-se como uma luva à controvérsia jurídica em torno do parágrafo 5º do art. 29 da Lei 8.213. Em verdade, o último brocardo citado, por si só, é fundamento para considerar-se equivocada a interpretação que estende o mencionado dispositivo aos períodos de recebimento de auxílio-doença que imediatamente antecedem a aposentadoria por invalidez.

Importa mencionar, também, que em sendo as contribuições previdenciárias tributos, a existência destes também há de ser expressa e inequívoca, pelo que não assiste razão – *data venia* – à tese que imagina existente contribuição previdenciária oculta no valor do auxílio-doença, apesar de não haver previsão legal da incidência desse tributo. A tese de que se cuida poderia sustentar o seguinte raciocínio: um cidadão aposenta-se com 30 anos de tempo de contribuição, pelo que se lhe confere renda equivalente a 70% do salário-de-benefício; esse cidadão, então, pode supor que deveria receber 70% mais uma quantia X (digamos 9% do SB ou outro percentual), que não recebe porque o Estado desconta furtivamente, por meio de “tributo virtual”, esse valor de seu benefício. Essa tese do “tributo imaginado/presumido/virtual” – por assim dizer – poderia sustentar a elevação de todos os benefícios previdenciários e todas as quantias pagas pelo Estado. No entanto, a Hermenêutica jurídica felizmente a repele energicamente ao vedar que a interpretação conduza a resultados absurdos.^{19 20}

18 MAXIMILIANO, op. cit., 1999. p. 225-226.

19 “Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis” (MAXIMILIANO, op. cit., p. 166).

20 Nesse sentido, os argumentos esclarecedores expressos pelo JEF Previdenciário de Florianópolis nos autos 2006.72.50.013185-2, os quais evidenciam inclusive a existência de teratológica dupla correção no cálculo do salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez precedida de auxílio-doença se seguido o

2.2 DA IMPOSSIBILIDADE DE O MAGISTRADO ATUAR COMO LEGISLADOR POSITIVO

O entendimento expresso na Súmula de n. 09 da Turma Recursal de Santa Catarina também implica inovação na ordem jurídica, com a criação (ou majoração) de um direito previdenciário sem a necessária previsão em lei (como demonstrado, a lei é lacunosa e sua integração correta é no sentido expresso no art. 36, parágrafo 7º do Decreto 3.048/99). Com isso, a pretendida concessão judicial de direito ao cálculo da aposentadoria por invalidez precedida por auxílio-doença nos moldes do art. 29, parágrafo 5º, da Lei 8.213/91 consiste em pretensão de violação à Divisão de Poderes prevista no art. 2º da Constituição, vez que compete ao Poder Legislativo a criação (ou majoração) de direitos previdenciários, não podendo o Estado-Juiz arvorar-se em legislador positivo.

2.3 OFENSA AO PODER DE EDIÇÃO DE DECRETOS PARA A FIEL EXECUÇÃO DAS LEIS

Nesse ponto da argumentação, vem a propósito asseverar que além da afronta à competência legislativa do Congresso Nacional, a tese da nulidade do disposto no art. 36, parágrafo 7º, do Decreto 3.048/99 viola o preceito constitucional que prevê a competência exclusiva do Presidente da República de editar decretos para a fiel execução das leis – art. 84, IV, da CF.

É que, ainda que se considerasse razoável a interpretação acolhida na Súmula 9 da TRSC, seria de rigor reconhecer-se razoável também a interpretação do Poder Executivo que ora está consubstanciada no art. 36, parágrafo 7º do Decreto 3.048/99. Não parece apropriado substituir todo um procedimento administrativo que vem sendo praticado há décadas – sob o pálio da jurisprudência – em decorrência de uma outra possibilidade interpretativa que sequer se evidencia mais correta. Vale lembrar que, conforme observado por Joseph Köller, na lição de Herkenhoff, “o pensamento da lei é todo e qualquer pensamento que possa estar nas suas palavras, sendo possível retirar delas dois ou dez pensamentos”²¹. Tendo o Poder Executivo editado um ato normativo administrativo da mais elevada estatura dentre os atos da administração, baseado em interpretação correta ou no mínimo razoável, violaria o disposto no art. 84, IV, da CF, decisão judicial que substituísse o critério do Poder Executivo por outro de

critério da Súm. 9: reajuste do salário-de-benefício do auxílio-doença pelo índice de reajuste anual dos benefícios mais a correção do mesmo valor pelo índice de correção dos salários-de-contribuição.

21 Idem, 1997, p. 43.

duvidosa razoabilidade (a mesma conclusão se imporia se o entendimento do Poder Executivo e o dos demandantes fossem igualmente razoáveis).

Nesse diapasão, também deve ser sopesado o princípio da legitimidade dos atos administrativos e a orientação exegética no sentido de que:

Todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legislativo ou executivo; portanto, se a incompetência, a falta de jurisdição ou a inconstitucionalidade em geral, não estão acima de toda dúvida razoável, interpreta-se e resolve-se pela manutenção do deliberado por qualquer dos três ramos em que se divide o Poder Público. Entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não infirma o ato de autoridade. *Oportet ut res plus valeat quam pereat.*²²

2.4 RESPEITO A ATO JURÍDICO PERFEITO E NECESSIDADE DE PRÉ-VIA FONTE DE CUSTEIO

Tem especial relevância - haja vista a importância impar do julgamento histórico proferido pelo C. STF em 08/02/2007 nos autos dos Recursos Extraordinários de n. RE-416827/SC e RE 415454/SC - duas ordens de ofensa à Constituição claramente levadas a efeito pela Súm. 9 da Eg. TRSC e acerca das quais se passa a expor.

A tese veiculada nas ações revisionais de que se cuida implica que também os benefícios concedidos antes da entrada em vigor da Lei 9.876/99 devam ser revistos de acordo com o critério da Súmula 9. Esse entendimento, por implicar revogação *retroativa* (pela Lei 9.876/99) do *caput* do art. 29 da Lei 8.213 em sua redação original - redação literalmente expressa no sentido de que o período básico de cálculo (PBC) da aposentadoria por invalidez encerrava-se no mês anterior ao do afastamento da atividade -, configura evidentemente violação ao princípio *tempus regit actum* e ao preceito constitucional que protege o ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI).

Já quando aplicada aos benefícios posteriores à Lei 9.876/99, a tese das revisionais em comento afronta diretamente o disposto no art. 195, parágrafo 5º, da Constituição, haja vista que não pode o Estado criar, majorar ou estender direito previdenciário sem a correspondente previsão legal expressa de sua fonte de custeio total. *Ressalte-se que a Lei 9.876/99 não previu recursos para o pagamento da obrigação que, segundo os autores de tais ações, caberia ao INSS/Poder Executivo adimplir.*

22 MAXIMILIANO, op. cit., p. 307.

Logo, a pretensão em análise, por fundar-se na tese da aplicação da lei nova mais benéfica e contrariar também a necessidade de prévia fonte de custeio total, contraria jurisprudência pacífica do C. STF, assentada definitivamente no julgamento dos *Recursos Extraordinários n. 416827/SC e RE 415454/SC* (DJU, n. 33, p. 18-19, DE 15/02/2007)²³.

2.5 OFENSA À ISONOMIA

O *princípio da isonomia* (art. 5º, caput, e art. 201, parágrafo 1o, da Constituição) aparece ao lado do *princípio da previsão da fonte de custeio total* secundando o entendimento do Executivo expresso no art. 36, §7º, do Decreto 3048/99. Nesse sentido, expôs a sentença proferida nos autos de n. 2006.70.51.003668-9, em trâmite perante a 2ª Vara do Juizado Especial Federal Cível de Londrina:

Se for consagrada a tese da parte autora, então o segurado que for aposentado por invalidez decorrente de conversão de auxílio-doença anteriormente concedido fará jus a um benefício de maior valor do que aquele que foi, de imediato, aposentado por invalidez. No caso concreto, penso que não existe fundamento jurídico ou moral para tratamento desigual entre iguais (art. 5o da Constituição Federal). Um e outro segurado, se tiveram salários-de-contribuição idênticos, bem como idênticas as demais variáveis de cálculo, devem ter resultado de igual valor de benefício de aposentadoria por invalidez.

23 Destaca-se da ementa do RE 416827/SC:

EMENTA: [...]

8. Na espécie, ao reconhecer a configuração de direito adquirido, o acórdão recorrido violou frontalmente a Constituição, fazendo má aplicação dessa garantia (CF, art. 5o, XXXVI), conforme consolidado por esta Corte em diversos julgados (...).

9. De igual modo, ao estender a aplicação dos novos critérios de cálculo a todos os beneficiários sob o regime das leis anteriores, o acórdão recorrido negligenciou a imposição constitucional de que lei que majora benefício previdenciário deve, necessariamente e de modo expresso, indicar a fonte de custeio total (CF, art. 195, § 5o). Precedente citado: RE no 92.312/SP, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 11.4.1980.

[...]

12. O cumprimento das políticas públicas previdenciárias, exatamente por estar calcado no princípio da solidariedade (CF, art. 3o, I), deve ter como fundamento o fato de que não é possível dissociar as bases contributivas de arrecadação da prévia indicação legislativa da dotação orçamentária exigida (CF, art. 195, § 5º). [...]

13. Considerada a atuação da autarquia recorrente, aplica-se também o princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial (CF, art. 201, caput), o qual se demonstra em consonância com os princípios norteadores da Administração Pública (CF, art. 37).

14. Salvo disposição legislativa expressa e que atenda à prévia indicação da fonte de custeio total, o benefício previdenciário deve ser calculado na forma prevista na legislação vigente à data da sua concessão. A Lei no 9.032/1995 somente pode ser aplicada às concessões ocorridas a partir de sua entrada em vigor. [...]

2.6 PRESERVAÇÃO DO VALOR REAL DOS BENEFÍCIOS

A preservação do valor real dos benefícios é prevista nos seguintes termos no parágrafo 4º do art. 201 da Constituição: “§ 4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.”

De acordo com o mencionado preceito constitucional, não se pode pretender estar incorreto o procedimento de cálculo do salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez por entender, o aplicador do direito, que critérios diversos do legal preservariam o valor real do benefício, tais como a vinculação a determinado índice inflacionário escolhido pelo intérprete ou a suposta necessidade de vinculação aos eventuais aumentos concedidos à categoria profissional do segurado²⁴.

Ademais, o critério utilizado pela Previdência Social não causa prejuízo algum ao segurado, não importando em concessão de benefício com o valor defasado, uma vez que ao converter o auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, o INSS toma como parâmetro para o reajuste a data de início do benefício (DIB) anterior, como o demonstra o teor do disposto no art. 97, parag. 1º, da Instrução Normativa INSS/PRES n. 11/2006, que diz: “*No caso de benefício precedido, para fins de reajuste, deverá ser considerada a DIB anterior*”²⁵.

Também não é correto supor que o disposto no art. 201, parágrafo 3º, da Constituição, dá amparo à pretensão de que sejam considerados salários-de-contribuição os valores recebidos a título de auxílio-doença anterior à aposentadoria. Isso porque, de acordo com o mencionado preceito constitucional, o novo benefício de aposentadoria por invalidez será concedido computando-se os valores dos salários-de-contribuição que antecedem o benefício, corrigidos. *Ocorre que os valores do auxílio-doença que antecede a aposentadoria não são salários de contribuição.* Assim, por força do art. 201, parágrafo 3º, da

24 PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCLUSÃO DE REAJUSTES SALARIAIS. No cálculo de aposentadoria por invalidez decorrente de transformação de auxílio-doença, não são computáveis os reajustes salariais porventura concedidos à categoria profissional do segurado no período em que este esteve em gozo de auxílio-doença, visto que o empregado em gozo de auxílio-doença é considerado licenciado da empresa (CLPS/84, art. 28). O salário-de-benefício da aposentadoria é o mesmo calculado para o auxílio-doença, tomando-se por base os salários de contribuição anteriores ao afastamento da atividade. Remessa oficial provida para julgar improcedente a ação.” (REO AC 1999.04.01.089588-3/RS - 6ª Turma do TRF-4ª Região, Relator Juiz João Surreaux Chagas, data do julg. 14/12/1999).

25 Disposição reiterada nos mesmos termos no art. 200, § 1º, da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 06/08/2010.

Constituição, tais valores não devem ser computados no cálculo do salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez. O entendimento diverso, por consistir em interpretação equivocada do art. 201, § 3º, *resta por afrontar esse dispositivo, que preceitua: “Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei. (Redação dada ao artigo pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)”*.

Estando o entendimento administrativo em conformidade com o art. 201, parágrafo 3º e 4º, da Constituição, resulta que alegação da preservação do valor real como fundamento para a manutenção do entendimento consubstanciado na Súmula 9 da Eg. TRSC viola os mencionados dispositivos, *uma vez que determina a aplicação, para a preservação do valor real do benefício, de critério diverso do definido em lei.*

3 PERSPECTIVA POLÍTICO-SOCIOLÓGICA

A previdência social foi uma das mais importantes bandeiras de luta dos trabalhadores durante todo o Século XX²⁶. O direito à previdência, como os demais direitos e instituições, está constantemente sujeito a diversas forças políticas, existindo grupos políticos contrários à existência da Previdência Pública, seja porque seus interesses com ela colidem diretamente ou por não verem nela importância alguma, considerando-a unicamente uma fonte de despesas que deve ser eliminada.

Compete ao Poder Judiciário brasileiro salvaguardar o direito social à previdência, dando às leis a interpretação que mais se coaduna com a sobrevivência e melhora do sistema de seguridade²⁷. Esse mister passa também por serem julgadas improcedentes pretensões de concessão de benefícios ou aumentos em seu valor em descompasso com a legislação previdenciária interpretada da maneira mais completa possível, com a utilização das aquisições teóricas da Ciência Hermenêutica. Essas aquisições, aliás, também precisam ser criticadas e utilizadas com cautela, sob pena de incorrer-se em resultados jurídico-políticos não desejáveis.

Nesse diapasão, basta mencionar um fato histórico.

²⁶ Cf. HOBBSAWN, Eric J. *Era dos Extremos: O Breve Século XX*. São Paulo: CIA das Letras, 2000. p. 97/100.

²⁷ Nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa, ao deferir liminar em Reclamação Constitucional proposta pelo INSS: “É de se ressaltar, outrossim, que não se está aqui simplesmente a defender o patrimônio da autarquia ré. Isso porque, antes de pertencer à pessoa jurídica da administração descentralizada do Estado, trata-se de patrimônio pertencente a todos os que contribuem para o Sistema de Seguridade e que se encontram por ele protegidos.” (Reclamação n. 3237, DJ Nr. 73 - 18/04/2005)

Em passado não muito longínquo, a escola hermenêutica do *Direito Livre* (*Freie Rechtsschule*), preconizando que a interpretação jurídica deveria seguir as aspirações populares, não obstante *contra legem*, veio a ser acolhida nos piores totalitarismos de “direita” e “esquerda” no Século XX²⁸. O desprezo desses regimes à lei foi tamanho que o regime nacional-socialista na Alemanha sequer se deu ao trabalho de revogar a Constituição de *Weimar* e o Código Penal então vigente²⁹, não obstante o próprio Estado, não apenas em atos isolados, mas sistematicamente, tenha se tornado um Estado criminoso³⁰.

4 PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL

4.1 ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NA PRIMEIRA INSTÂNCIA CATARINENSE. RECONHECIMENTO DE EQUÍVOCO NO ENTENDIMENTO QUE LEVOU À EDIÇÃO DA SÚMULA DE N. 09

No tocante à jurisprudência, é relevante mencionar que na Primeira Instância da Justiça Federal catarinense passaram a surgir julgados em aberta divergência ao entendimento exposto na Súmula de

28 Sobre o Direito Livre, conclui HESPANHA:

Mas este decisionismo, que identifica os valores jurídicos como produtos de uma afirmação (proposição) política deu também cobertura à teoria jurídica do nazismo e do fascismo, bem como do estalinismo, para os quais o direito, mais do que uma ordem racional, é uma manifestação de vontade e um instrumento de poder (HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Européia*: Síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 408).

Também, não por acaso, o maior representante do normativismo jurídico, o jusfilósofo Hans Kelsen, foi perseguido não só pelo Estado alemão como por um dos maiores corifeus da Escola do Direito Livre: Carl Schmitt [...] organizou, em 1936, uma conferência sobre “A judiaria e o direito alemão”, onde, para além de enaltecer o “magnífico combate” de Julius Streicher, delegado de Hitler para a questão judaica e condenado à forca por crimes de guerra no Tribunal de Nuremberg, fez aprovar uma moção no sentido de omitir qualquer referência a acadêmicos judeus. Numa série de seis volumes destinados a identificar as nefastas influências da “judiaria” sobre o direito alemão, era expressamente assinalada a origem judaica de Hans Kelsen, o que explicaria o caráter abstruso da sua teoria pura. Quando a Faculdade de Direito de Colônia pediu, em 1933, que Kelsen fosse poupado à política de arianização do direito, Schmitt agiu em conformidade com seu anti-semitismo, tendo sido o único professor a recusar-se a assinar a petição. (HESPANHA, Id., 2005. p. 470)

Para não ser assassinado, Kelsen refugiou-se na Tchecoslováquia e, depois, nos EUA.

29 Eis por que não se deve imaginar ser o método gramatical de interpretação o preferido pelos regimes totalitários. Esses, por incrível que possa parecer (apesar de não parecer), preferiram, historicamente, associar-se às tendências sociológicas e *contra legem* (v. Carl Schmitt e a Escola do Direito Livre).

30 Conforme ARENDT: “[...] os nazistas nunca tinham se dado ao trabalho de reescrever o código penal, assim como nunca tinham se dado ao trabalho de abolir a Constituição de Weimar. Mas o descuido era apenas aparente; pois o governante totalitário percebe cedo que todas as leis, inclusive aquelas que ele próprio decreta, vão impor certas limitações ao seu poder, do contrário ilimitado”. (ARENDR, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 313.).

n. 09 da Eg. TRSC. Dentre estes, cita-se a íntegra da seguinte decisão proferida nos autos de n. 2006.72.58.000080-9 em 18/10/2006 por nobre Juiz Federal que, tendo atuado na feitura da Súmula referida, reconheceu expressamente que sua confecção deveu-se a óbvio equívoco:

A redação original do *caput* do artigo 29 da Lei n. 8.213/1991 dispunha que “[o] *salário-de-benefício* consiste na *média aritmética simples* de todos os *últimos salários-de-contribuição dos meses* imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade ou da data da entrada do requerimento, *até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não-superior a 48 (quarenta e oito) meses*” (grifei).

Esta regra se aplica, sem dúvida, à aposentadoria por invalidez derivada de auxílio-doença. Nestes casos, como regra geral, não há novo requerimento [trata-se de procedimento de ofício] e também não há outra data de afastamento da atividade. Por causa disso, os salários-de-contribuição utilizados para o cálculo do salário-de-benefício da aposentadoria *têm que ser* os mesmos já utilizados para o cálculo do auxílio-doença.

A única diferença, portanto, consiste no valor máximo da renda mensal inicial: 92% contra 100% do salário-de-benefício.

Nestas condições, não é ilegal o § 7º do artigo 36 do Decreto n. 3.048/1999, cujo texto é o seguinte: “[a] *renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença* será de *cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral*”.

A situação permanece inalterada, mesmo após a edição da Lei n. 9.876/1999.

Aqui, portanto, devo fazer mea-culpa, pois aprovei o texto da Súmula n. 9 da Turma Recursal [Na fixação da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez precedida de auxílio-doença deve-se apurar o salário-de-benefício na forma do artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91] – que, obviamente, representa um equívoco.

Rejeito a pretensão. Defiro a gratuidade. Após o trânsito em julgado, arquivem-se. (Grifos nossos)

Repita-se, portanto: O precedente acima foi proferido por preclaro magistrado que integrava a TRSC e que participou da Edição da Súmula

de nº 09, reconhecendo o nobre julgador que a aprovação da referida Súmula “*obviamente, representa um equívoco*”³¹.

4.2 JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Nos tribunais superiores, a jurisprudência veio a firmar-se, em decisões proferidas por unanimidade de votos tanto pelo Superior Tribunal de Justiça como pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido da legalidade e constitucionalidade do disposto no art. 36, §7º, do Decreto 3048/99.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou sua jurisprudência ao julgar por unanimidade os incidentes de uniformização contra decisões da Turma Nacional de Uniformização dos JEFs veiculados por meio da Petição (PET) 7108 e PET 7109/RJ³².

O Supremo Tribunal Federal deu provimento a Agravo de Instrumento (AI 703258) interposto contra decisão de inadmissão de Recurso Extraordinário pela TRSC, converteu-o no RE 583834 e, em 21/09/2011, por unanimidade, deu provimento ao recurso extraordinário com repercussão geral, que veiculara a tese de defesa aqui exposta.³³

31 Esse fato do reconhecimento de óbvio equívoco na confecção da Súm. 9, por um dos juízes que a editaram, não poderia deixar de ser realçado na estratégia de defesa da AGU nessas demandas e, com efeito, recebeu amplo destaque nas peças que veicularam a tese abordada neste estudo.

32 PETIÇÃO nº 7108 - RJ (2009/0041519-6), Rel. Min. Félix Fischer, j. 07/04/2009, DJE, 16/04/2009; PETIÇÃO nº 7109 - RJ (2009/0041522-4), Rel. Min. Félix Fischer, j. 06/04/2009, DJE, 16/04/2009.

33 RE 583834, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 21/09/2011; DJE nº 32, publicado em 14/02/2012; trânsito em julgado em 24/02/2012. Devido à grande riqueza do acórdão em comento, tanto em forma como em conteúdo, citam-se os seguintes trechos de votos proferidos:

Ministro Ayres Britto (Relator):

Prossigo para dizer que a Lei nº 9.876/1999 não inovou a ponto de autorizar a aplicação do § 5º do art. 29 da Lei nº 8.213/1991 ao caso. [...] Ora, a lei não poderia ser mais enfática e rimada com o princípio contributivo inscrito no art. 201 da Magna Carta. Até porque, somente diante de uma situação razoável poderia ela, a lei, instituir tempo de contribuição ficto. Mesmo assim, por meio de norma expressa, como é o caso da aposentaria por invalidez precedida de atividade entremeadas com períodos de enfermidade, conforme o inciso II do art. 55 da Lei de Benefícios;

Ministro Luiz Fux: “Fazer contagem de tempo ficto é totalmente incompatível com o equilíbrio financeiro e atuarial.”;

Ministro Ricardo Lewandowski: “Senhor Presidente, considerando o regime contributivo da previdência Social no Brasil, a impossibilidade de contar-se, na espécie, qualquer tipo de contribuição ficta e também considerando a inviabilidade da retroação da lei para atingir fatos pretéritos, inclusive sob pena de quebra do princípio da isonomia entre os segurados, acompanho integralmente o Relator”;

Ministro Marco Aurélio:

Presidente, a premissa básica surge única: o sistema é contributivo.

As atuais 1ª e 2ª Turmas Recursais de JEFs de Santa Catarina curvaram-se ao entendimento do c. STF. Porém, em 22/08/2012, a Presidência da 2ª Turma Recursal decidiu admitir recursos extraordinários interpostos pelos autores nos processos 5006946-72.2011.404.7208/SC e 5006953-64.2011.404.7208/SC, ao argumento de que “A questão merece ser resolvida categoricamente pela Suprema Corte, a fim de por fim a controvérsia acerca da aplicação, ou não, do entendimento firmado no julgamento do supracitado RE aos benefícios concedidos quando da vigência da Lei n.º 9.876/99”.

Em conformidade com o julgamento proferido no RE 583834 (cuja própria ementa fora expressa em afirmar: “*Entendimento, esse, que não foi modificado pela Lei nº 9.876/99*”), o Colendo Supremo Tribunal Federal negou seguimento a ambos os recursos extraordinários, que foram processados naquela corte sob os números 717.776 (julgado em 31/05/2013, Relatora Ministra Rosa Weber) e 717.777 (julgado em 31/10/2012, Relator Ministro Luiz Fux), os quais transitaram em julgado, respectivamente, em 27/06/2013 e 22/11/2012.

Está a adequar-se o posicionamento dos demais órgãos judiciais à jurisprudência pacificada nos tribunais superiores, como o demonstra o decidido pelo Tribunal Regional da 4ª Região ao julgar as apelações interpostas nas ações civis públicas 5007270762820114047000/PR e 50012083320114047102/RS, movidas pela Defensoria Pública da União contra o INSS.³⁴

Mais recentemente, em 11/12/2013, o Superior Tribunal de Justiça ratificou sua jurisprudência sobre a matéria, confirmando acórdão proferido pelo TRF da 1ª Região, ao julgar, também por unanimidade,

Em que pese à redação um tanto quanto confusa, sob o ângulo vernacular, do § 5º do artigo 29 em jogo, divido-o em duas partes: a primeira relativamente à consideração do tempo, no que se mencionou no preceito: “sua duração será contada”; a segunda alusiva ao salário de contribuição. Apesar da redação, o que se tem? Um preceito que somente pode ser interpretado à luz da Constituição, não cabendo a inversão de valores. E constatamos que há referência à consideração, como salário de contribuição, no período – do benefício, do auxílio, portanto, doença –, ao de benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal. Por que se remete àquele salário de contribuição? Porque, durante o auxílio, não há contribuição. Qual seria o milagre para encontrar-se valor diverso a nortear aquele que é próprio à aposentadoria? Dificilmente conseguiria defini-lo. Não há ficção jurídica criando – e teria sérias dúvidas quanto à constitucionalidade dessa ficção jurídica, se existisse – um hipotético salário de contribuição. O Decreto não extravasou o que contido na Lei. [grifos do autor]

34 Apelação/Reexame necessário n° 5007270762820114047000/PR, 5ª T., Relator Des. Federal Rogério Favreto, unânime, j. 5.12.2012. No mesmo sentido: Apelação/Reexame necessário n° 50012083320114047102/RS, j. 5.12.2012.

em sede de recurso representativo de controvérsia (sistemática do art. 543-C, do CPC), o REsp 1410433.³⁵

5 CÔMPUTO DE BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE PARA CARÊNCIA - A SÚMULA 73 DA TNU

Outra relevante demanda revisional previdenciária veio a sofrer o influxo da torrente jurisprudencial formada nos tribunais superiores acerca das revisionais do art. 29, §5º, da Lei 8.213/91: Trata-se das demandas em que se pretende o cômputo do período de recebimento de benefícios por incapacidade para fins de carência.

Tal influxo deve levar à improcedência também dessas revisionais. Por ora, contudo, contra ele formou-se corrente jurisprudencial que lhe dá aplicação mínima apenas para reconhecer o requisito de ser intercalado com efetivas contribuições o tempo de recebimento de benefício por incapacidade. Tal aplicação mínima consiste, em verdade, em contrariar a jurisprudência sobre o art. 29, §5º. É o que se passa a demonstrar.

Decidiu o Eg. TRF da 4ª Região ao julgar, em 18/08/2010, a ação civil pública 2009.71.00.004103-4:

Segundo a interpretação dada pelo e. STJ, o art. 29, § 5º, da Lei de Benefícios [...] só tem aplicação no caso do art. 55, II, da mesma Lei, ou seja, quando aquele benefício por incapacidade (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez) for sucedido por algum período de contribuição, de forma a se tornar intercalado entre dois períodos contributivos. [...]

35 STJ, RESp 1.410.433, Primeira Seção, unânime, julgado em 11/12/2013, DJE: 18/12/2013. Colhe-se da ementa do acórdão:

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal são unânimes em reconhecer a legalidade da apuração da renda mensal inicial – RMI dos benefícios de aposentadoria por invalidez oriundos de auxílio-doença.
2. Nos termos do disposto nos arts. 29, II e § 5º, e 55, II, da Lei 8.213/91, o cômputo dos salários-de-benefício como salários-de-contribuição somente será admissível se, no período básico de cálculo – PBC, houver afastamento intercalado com atividade laborativa, em que há recolhimento da contribuição previdenciária.
3. A aposentadoria por invalidez decorrente da conversão de auxílio-doença, sem retorno do segurado ao trabalho, será apurada na forma estabelecida no art. 36, § 7º, do Decreto 3.048/99, segundo o qual a renda mensal inicial - RMI da aposentadoria por invalidez oriunda de transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio-doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral.
4. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC.

Assim, entendendo possível a consideração dos períodos em que o segurado esteve em gozo de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, para fins de carência, desde que intercalados com períodos de trabalho efetivo, ou de efetiva contribuição. [...] deve a ação ser julgada parcialmente procedente para o fim de afastar as disposições contidas no inciso II do artigo 64 da Instrução Normativa INSS/PRES n. 20/2007, devendo prevalecer o disposto nos artigos 55, II, c/c com 29, § 5º, da Lei 8.213/91, bem como o artigo 60, III, do Decreto 3.048/99, possibilitando-se, conforme já salientado, o cômputo, para fins de carência, dos períodos de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença, desde que intercalados com períodos de efetivo trabalho ou contribuição, nos termos do atual entendimento do STJ acima referido. [6ª Turma, publicado no D.E de 30/08/2010].

Em cumprimento à decisão proferida na mencionada ACP, o INSS editou o Memorando-Circular Conjunto nº 34 DIRBEN/DIRAT/PFEINSS, de 24/07/2012, e, mais recentemente, o Memorando-Circular Conjunto nº 11 DIRBEN/DIRAT/PFEINSS, de 27/03/2014, os quais estabelecem orientações administrativas para que, nacionalmente, a Autarquia considere os benefícios por incapacidade, entre períodos de atividade, para fins de carência³⁶.

Em 13/03/2013, editou a TNU sua súmula de jurisprudência de nº 73, com o seguinte teor:

O tempo de gozo de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez não decorrentes de acidente de trabalho só pode ser computado como tempo de contribuição ou para fins de carência quando intercalado entre períodos nos quais houve recolhimento de contribuições para a previdência social.

A aludida súmula refere que somente o tempo intercalado com períodos nos quais houve recolhimento de contribuições contaria como carência. Assim entendendo, a súmula aparenta estar em conformidade com a jurisprudência sobre o art. 29, §5º da Lei 8.213. Contudo, a conformidade, como dito, é meramente aparente.

36 No que tange a providências recursais, o INSS, por meio da Procuradoria Regional Federal da 4ª Região, interpôs embargos de declaração contra o acórdão proferido na ACP 2009.71.00.004103-4 (suscitando a necessidade de distinguirem-se tempo de serviço e carência), seguidos por Recurso Especial e Recurso Extraordinário, os quais tiveram seu processamento admitido pelo Vice-Presidente do TRF da 4ª Região em 23/03/2011. Em consequência, os autos foram digitalizados e encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça em 09/08/2011, tramitando em sua 6ª Turma sob o número 2011/0191760-1 (REsp nº 1271928 / RS), conclusos para julgamento em 09/04/2014.

Com efeito, o art. 29, § 5º autoriza seja computado como salário-de-contribuição o salário-de-benefício do auxílio-doença quando o período de recebimento de tal benefício possa ser contado como tempo de serviço, nos termos do art. 55, II, da Lei 8.213/91. Mas essas disposições não autorizam que o mesmo período seja computado como período de carência, o qual é definido nos seguintes termos pela mesma lei:

Art. 24. Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências.

Vê-se, portanto, que a Súmula 73 dá à exceção prevista no art. 29, §5º da Lei 8.213/91 (considerar-se salário-de-contribuição o salário-de-benefício do auxílio-doença quando intercalado com atividade) interpretação ampliativa, mas tão ampla (com o perdão da redundância) que chega a afrontar o instituto previdenciário da carência a ponto de negar-lhe existência. E como visto aqui, a tese acolhida pelos tribunais superiores pugna expressamente no sentido de não se poder atribuir interpretação ampliativa a tal exceção.

Por outro lado, a Súmula 73 da TNU, ao permitir o cômputo de benefícios por incapacidade para fins de carência cria contribuições fictas³⁷. E o faz confundindo os conceitos de tempo de serviço (ou tempo de contribuição) e período de carência do benefício³⁸.

37 O que contraria a jurisprudência sobre o art. 29, §5, como o demonstra lapidarmente a citação das palavras do Ministro Marco Aurélio ao proferir voto no RE 583834: “durante o auxílio, não há contribuição. Qual seria o milagre para encontrar-se valor diverso a nortear aquele que é próprio à aposentadoria? Dificilmente conseguiria defini-lo. Não há ficção jurídica criando – e teria sérias dúvidas quanto à constitucionalidade dessa ficção jurídica, se existisse – um hipotético salário de contribuição.”

38 Também se fundam na identificação entre tempo de contribuição e carência a já citada decisão na ACP 2009.71.00.004103-4, bem como o decisum adiante, cuja ementa cita o art. 60, III, do Decreto 3048, o qual, contudo, dispõe sobre contagem de tempo de contribuição, e não sobre carência: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. PERÍODO DE GOZO DE AUXÍLIO-DOENÇA. CÔMPUTO PARA FINS DE CARÊNCIA. CABIMENTO.

1. É possível a contagem, para fins de carência, do período no qual o segurado esteve em gozo de benefício por incapacidade, desde que intercalado com períodos contributivos (art. 55, II, da Lei 8.213/91). Precedentes do STJ e da TNU.
2. Se o tempo em que o segurado recebe auxílio-doença é contado como tempo de contribuição (art. 29, § 5º, da Lei 8.213/91), conseqüentemente, deve ser computado para fins de carência. É a própria norma regulamentadora que permite esse cômputo, como se vê do disposto no art. 60, III, do Decreto 3.048/99.
3. Recurso especial não provido. [STJ, REsp 1334467/RS, Segunda Turma, julgado em 28/05/2013, DJE 05/06/2013].

6 CONCLUSÃO

O Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, buscando expressar o real sentido da legislação, dispôs no § 7º do seu art. 36 sobre o método de cálculo do benefício decorrente de transformação, sem afrontar o § 5º do art. 29 da LBPS.

As vitórias da AGU na defesa dessa conclusão denotam a relevância da adoção de estratégia nacional uniforme, contando com a confecção de tese de defesa unificada e sua adaptação para utilização desde a contestação até recursos perante os tribunais superiores.

As decisões judiciais que determinam o cômputo de períodos de benefícios por incapacidade para fins de carência afrontam nitidamente a jurisprudência sobre o art. 29, §5º da Lei 8.213/91, uma vez que interpretam ampliativamente disposições excepcionais, para criar período de contribuições ficto, atentando contra o princípio contributivo, a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

HERKENHOFF, João Batista. *Como aplicar o Direito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Européia: Síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HOBSBAWN, Eric J. *Era dos Extremos: O Breve Século XX*. São Paulo: CIA das Letras, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LEGITIMIDADE DO IBAMA PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM CASO DE DESMATAMENTO NA AMAZÔNIA LEGAL

*LEGITIMACY OF IBAMA TO FILING PUBLIC CIVIL ACTION IN
CASE OF DEFORESTATION ON "AMAZONIA LEGAL"*

*Samuel Mota de Aquino Paz
Procurador Federal, com atuação na Procuradoria Federal no Estado do Pará,
núcleo Ambiental/Agrário/Indígena
Pós-graduado em Direito Público pela Anhanguera/ UNIDERP.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A legitimidade genérica do IBAMA para propositura de ação civil pública ambiental; 2 Desmatamento da Amazônia: a questão da configuração do interesse federal; a) Amazônia Legal: breve conceito; b) Competência licenciatória x fiscalizatória na Amazônia Legal; c) Inexistência de ofensa a bem da união; 3 Flexibilização da legitimidade na ação coletiva; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo visa a demonstrar a viabilidade do ajuizamento de ação civil pública em busca da responsabilização civil em caso de desmatamento da Amazônia Legal, sobretudo em razão da exploração pecuária predatória. A questão é de elevada importância para a integridade do patrimônio ambiental amazônico. Neste trabalho, buscou-se demonstrar que, a par da atribuição legal, detém a autarquia federal legitimidade de agir no caso específico. Para tanto, analisase algumas questões jurídicas mais controvertidas. A metodologia de trabalho baseou-se em pesquisa jurisprudencial e legal, além de bibliografia jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Amazônia. IBAMA. Ação Civil Pública. Desmatamento.

ABSTRACT: This article intends to demonstrate the viability of filing public civil lawsuits in pursuit of civil liability in cases of deforestation of the Legal Amazon Region, specially due to predatory livestock farming. This issue is of high importance for the integrity of Amazonian heritage. In this study, we attempted to demonstrate that, in addition to the legal general possibility, the federal agency also has legitimacy to act in the particular case. To doing it, we analyze some controversial law issues. The methodology was based on case law, legal research and legal literature.

KEYWORDS: Amazônia. IBAMA. Public Civil Action. Deforestation.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, tem-se assistido a um grande avanço do desmatamento na Amazônia Legal, sobretudo em razão da pecuária não sustentável.

Dados do Tribunal de Contas da União demonstram que a criação extensiva de gado, especialmente em grandes propriedades, é fator responsável por cerca de 80% do desmatamento da Floresta Amazônica¹. Esse processo de exploração pecuária, fomentado pela intensa comercialização e exportação de carne bovina², gerou uma rede de explorações industriais e de frigoríficos que retroalimentam a exploração pecuária não sustentável.

Por outro lado, as inúmeras dificuldades estruturais, de aparelhamento e de pessoal resultam na inviabilidade de monitoramento e controle dessa exploração por parte dos órgãos e entidades públicas responsáveis, tornando desmensurada e por vezes impune a degradação ambiental provocada pelo negócio agropecuário.

Nesse contexto é que se insere a premência de uma incisiva fiscalização ambiental, seguida da persecução de responsabilidade nas três esferas punitivas (administrativa, penal e civil), nos moldes apregoados pelo Art. 225, parágrafo 3º da Constituição da República, no fito de coibir o avanço dessa exploração não sustentável, punindo os infratores e, sobretudo, obrigando-os a recompor as áreas degradadas.

Sabendo-se que o IBAMA e autarquia ambiental cuja precípua finalidade reside no exercício do poder de polícia ambiental³, e certo ainda que a Lei nº 11.448/07 incluiu as entidades da Administração indireta no rol de legitimados à propositura da Ação Civil Pública, instrumento de singular relevância na proteção ao meio ambiente, tem-se por relevante o estudo da legitimidade do IBAMA para o ajuizamento de ACP em

1 Dados obtidos junto ao TCU na TC – 019.720/2007-3.

2 Estudos colhidos pelo Ministério Público Federal apontam que entre dezembro de 2003 e dezembro de 2006, 96% de todo o crescimento do rebanho bovino nacional se deu na Amazônia, o que equivale a 10 milhões de cabeças, totalizando 74 milhões, tornando o Brasil, desde 2004, o segundo produtor mundial de carne bovina. Nesse sentido, conferir a inicial de ação civil pública ambiental ajuizada pelo MPF no Pará, disponível em: <http://www.greenpeace.org.br/gado/acao_mpf.pdf>. Acesso em: 29 dez 2013.

3 Conforme dispõe a Lei 7.735/89: “Art. 2º É criado o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, autarquia federal dotada de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de: (Redação dada pela Lei nº 11.516, 2007) I – exercer o poder de polícia ambiental; (Incluído pela Lei nº 11.516, 2007)”

caso de desmatamento na Amazônia Legal, em busca da integridade do patrimônio ambiental amazônico.

1 A LEGITIMIDADE GENÉRICA DO IBAMA PARA PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL

Como se sabe, a Ação Civil Pública constitui primoroso instrumento de persecução de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio-ambiente, sendo certo que o art. 5º, IV da Lei 7.347, de 28 de agosto de 2007 prevê a legitimidade da União e das autarquias para propositura dessa modalidade de demanda judicial, *verbis*:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994) (Vide Lei nº 12.529, de 2011)

l - ao meio-ambiente”;

[...]

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou

ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007). (destaque do expositor)

Ao contrário do que se passava em um tempo já um tanto quanto remoto, o interesse do IBAMA atualmente não se cinge à persecução da responsabilidade administrativa, que encontra assento no Art. 70 da lei 9.605/98 c/c as disposições do Decreto 6.514/08, os quais instituem regras para o processo administrativo, capitulam infrações a serem apuradas e penalidades a serem infligidas ao infrator ambiental.

O Poder Público não é mais mero perseguidor de interesses patrimoniais secundários, mas também – e sobretudo – do interesse público primário. Essa leitura vetusta do seu papel constitui, na atual fase do direito administrativo, notório retrocesso.

Sem embargo da notável relevância da esfera administrativa, é de ver-se que o Art. 225, §3º da Constituição Federal impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, consignando, ainda, que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, *independentemente da obrigação de reparar os danos causados*”.

Por sua vez, o Art. 14 da Lei 6.938/89, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, regulamenta o dispositivo constitucional reforçando a cumulatividade de instancias punitivas em relação ao infrator ambiental, *verbis*:

Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

I - à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTNs, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios.

II - à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público;

III - à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;

IV - à suspensão de sua atividade.

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.”

Dessa forma, verifica-se que ao perpetrar um dano ambiental o infrator deverá ser responsabilizado, simultaneamente, nas esferas civil, penal e administrativa, com a viabilidade de incidência cumulativa desses sistemas de responsabilidade em relação a um mesmo fato danoso.

Registre-se que, de fato, uma análise atenta da responsabilidade ambiental leva à conclusão de que a reparação civil pelo dano tem caráter diverso da responsabilidade administrativa e penal. Com efeito, enquanto administrativamente e criminalmente o foco é a sanção pelo cometimento do ilícito, no âmbito civil, muito além disso, o foco é a reparação do dano ambiental. Nesse sentido, Paulo Bessa Antunes afirma que “as sanções penais e administrativas, parece-me, tem as características de um castigo que é imposto ao poluidor. Já a reparação do dano reveste-se de um caráter diverso, pois através dela busca-se uma recomposição daquilo que foi destruído, quando possível⁴”.

2 DESMATAMENTO DA AMAZÔNIA: A QUESTÃO DA CONFIGURAÇÃO DO INTERESSE FEDERAL

A – AMAZÔNIA LEGAL: BREVE CONCEITO

A Floresta Amazônica é uma das maiores florestas tropicais do mundo. Está localizada na região norte da América do Sul e ocupa mais de 61% do território brasileiro. Rica em biodiversidade, possui uma fauna que corresponde a 80% das espécies no Brasil e uma flora que contém de 10 a 20% das espécies vegetais do planeta terra. Ainda, sem contar com o fato de que os rios da Amazônia representam a maior reserva de água

4 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*, 8. ed. Rio de Janeiro: 2005. p. 207

doce no mundo⁵. Pode-se afirmar que a Amazônia consiste no maior patrimônio ambiental do nosso país.

Em 1953, através da Lei 1.806, de 06.01.1953, (criação da SPVEA), foram incorporados à Amazônia Brasileira, o Estado do Maranhão (oeste do meridiano 44°), o Estado de Goiás (norte do paralelo 13° de latitude sul atualmente Estado de Tocantins) e Mato Grosso (norte do paralelo 16° latitude Sul). Com esse dispositivo legal (Lei 1.806 de 06.01.1953) a Amazônia Brasileira passou a ser chamada de Amazônia Legal, em virtude da necessidade do governo de planejar e promover o desenvolvimento da região.

Em 1966, pela Lei 5.173 de 27.10.1966 (extinção da SPVEA e criação da SUDAM) o conceito de Amazônia Legal é reinventado novamente para fins de planejamento. Posteriormente, o artigo 45 da Lei complementar nº 31, de 11.10.1977, estendeu os seus limites, fazendo incluir o estado do Mato Grosso⁶. Já segundo o Art. 3º, I do Novo Código Florestal (Lei 12.651, de 25 de maio de 2012), “para os efeitos desta Lei, entende-se por: I - Amazônia Legal: os Estados do Acre, Pará, Amazonas, Roraima, Rondônia, Amapá e Mato Grosso e as regiões situadas ao norte do paralelo 13° S, dos Estados de Tocantins e Goiás, e ao oeste do meridiano de 44° W, do Estado do Maranhão”.

Com a Constituição de 1988, a Amazônia foi erigida ao status de patrimônio nacional, nos moldes do Art. 225, §4º da Carta – o que torna absolutamente claro a relevância desse ecossistema e a prioridade de sua proteção.

B - COMPETÊNCIA LICENCIATÓRIA X FISCALIZATÓRIA NA AMAZÔNIA LEGAL

Uma primeira questão que se põe em foco na discussão quanto à legitimidade ativa do IBAMA para o ajuizamento de ações civis públicas ambientais por desmatamento na Amazônia diz respeito ao paralelismo entre o poder licenciatório e o fiscalizatório.

Antes do surgimento da novel Lei Complementar n. 140, de 08 de dezembro de 2011, as regras que definiam o exercício da competência licenciatória em âmbito federal eram definidas predominantemente pelo critério do impacto do empreendimento, obra ou serviço conforme

5 Informações extraídas do site: <<http://floresta-amazonica.info/>>. Acesso em: 29 nov. 2013.

6 Informações disponíveis em: <<http://www.sudam.gov.br/amazonia-legal>>. Acesso em: 29 nov. 2013.

interpretação conjugada do Art. 10, parágrafo 4º da Lei 6.938/81 c/c Art. 4º da Resolução o n. 237/97, *verbis*:

Lei 6.938/81

Art. 10 - A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis. (Redação dada pela Lei nº 7.804, de 1989)

§ 4º Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA o licenciamento previsto no caput deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional. (destaque do expositor)

Resolução CONAMA n. 237/97

Art. 4º - Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, órgão executor do SISNAMA, o licenciamento ambiental, a que se refere o artigo 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, a saber:

I - localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; no mar territorial; na plataforma continental; na zona econômica exclusiva; em terras indígenas ou em unidades de conservação do domínio da União.

II - localizadas ou desenvolvidas em dois ou mais Estados;

III - cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais do País ou de um ou mais Estados;

IV - destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que

utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN;

V- bases ou empreendimentos militares, quando couber, observada a legislação específica.

§ 1º - O IBAMA fará o licenciamento de que trata este artigo após considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Estados e Municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento, bem como, quando couber, o parecer dos demais órgãos competentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, envolvidos no procedimento de licenciamento.

§ 2º - O IBAMA, ressalvada sua competência supletiva, poderá delegar aos Estados o licenciamento de atividade com significativo impacto ambiental de âmbito regional, uniformizando, quando possível, as exigências. (destaque do expositor)

Como se observa, no que tange à competência do IBAMA para o licenciamento ambiental, a par do critério da localização do empreendimento a ser licenciado, havia também os critérios da atividade a ser licenciada, supletivo e *da dimensão do impacto ambiental, estando este ultimo, como se pode intuir, sujeito a uma avaliação casuística.*

Entretanto, com o advento da LC n. 140/2011, que finalmente veio atender ao reclamo constitucional do Art. 23 parágrafo único da Carta da Republica pela organização das competências ambientais concorrentes entre os entes federados, restaram expressa e taxativamente definidas as atribuições da União Federal, *verbis*:

Art. 7º São ações administrativas da União:

[...]

XIV - promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades:

a) localizados ou desenvolvidos conjuntamente no Brasil e em país limítrofe;

- b) localizados ou desenvolvidos no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva;
- c) localizados ou desenvolvidos em terras indígenas;
- d) localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pela União, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);
- e) localizados ou desenvolvidos em 2 (dois) ou mais Estados;
- f) de caráter militar, excetuando-se do licenciamento ambiental, nos termos de ato do Poder Executivo, aqueles previstos no preparo e emprego das Forças Armadas, conforme disposto na Lei Complementar no 97, de 9 de junho de 1999;
- g) destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear (Cnen); ou
- h) que atendam tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional, assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), e considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento;

Afora essa legitimação ordinária, manteve a Lei Complementar a possibilidade de atuação supletiva, conforme prevista no seu Art. 14, e ainda uma inovadora ação administrativa cooperativa subsidiária a ser solicitada pelo ente competente, vejamos:

Art. 14. Os órgãos licenciadores devem observar os prazos estabelecidos para tramitação dos processos de licenciamento.

[...]

§ 3º O decurso dos prazos de licenciamento, sem a emissão da licença ambiental, não implica emissão tácita nem autoriza a prática de ato que dela dependa ou decorra, mas instaura a competência supletiva referida no art. 15.

Art. 15. Os entes federativos devem atuar em caráter supletivo nas ações administrativas de licenciamento e na autorização ambiental, nas seguintes hipóteses:

I - inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado ou no Distrito Federal, a União deve desempenhar as ações administrativas estaduais ou distritais até a sua criação;

Art. 16. A ação administrativa subsidiária dos entes federativos dar-se-á por meio de apoio técnico, científico, administrativo ou financeiro, sem prejuízo de outras formas de cooperação.

Parágrafo único. A ação subsidiária deve ser solicitada pelo ente originariamente detentor da atribuição nos termos desta Lei Complementar.

Como se observa, a nova lei alterou o rol de competências licenciatórias da União Federal (leia-se IBAMA), suprimindo a atuação da autarquia nos empreendimentos cujo impacto ultrapasse as fronteiras dos estados e incluindo a possibilidade de uma cooperação subsidiária.

Diante disso, surge a dúvida a respeito da própria legitimidade do IBAMA para atuação ambiental no caso presente, mormente considerando que, em princípio, não será mais a autarquia detentora da competência licenciadora, por ausência de enquadramento em alguma das cerradas hipóteses legais. Sobreleva lembrar que não mais existe competência em caso de impacto ambiental de elevada magnitude – tal qual a pecuária não sustentável, que aflige o bioma amazônico como um todo. Porém, a dúvida parte de um equívoco um tanto quanto comum: a confusão que é feita entre as competências licenciadora e fiscalizatória.

No entanto, embora ambas tenham fundamento de validade nos Art. 23 da Constituição Federal, as duas modalidades de poder de polícia definitivamente não se confundem. Com efeito, enquanto o licenciamento ambiental tem um caráter de policiamento prévio, associado aos princípios da precaução/prevenção, e consistente em “procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas

aplicáveis ao caso⁷”, a fiscalização representa policiamento de caráter ostensivo e repressivo, albergado pelo princípio da reparação integral estampado no Art. 225, § 3º da Constituição Federal.

No mesmo sentido, adverte Curt TRENNEPOHL:

O fato de um empreendimento ou atividade estar em processo de licenciamento num determinado órgão ambiental não afasta o poder de polícia dos demais. Assim, caso se configure que um órgão licenciador é inepto ou permanece inerte ou omissivo, a qualquer tempo, outro pode exercer a fiscalização sobre a atividade ou obra (não sobre o órgão em questão), atuando e promovendo a apuração da infração através do processo administrativo próprio⁸.

Esse também sempre foi o entendimento majoritário na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como se extrai do seguinte ementário ilustrativo:

[...] 3. O pacto federativo atribuiu competência aos quatro entes da federação para proteger o meio ambiente através da fiscalização. 4. A competência constitucional para fiscalizar é comum aos órgãos do meio ambiente das diversas esferas da federação, inclusive o art. 76 da Lei Federal n. 9.605/98 prevê a possibilidade de atuação concomitante dos integrantes do SISNAMA. 5. Atividade desenvolvida com risco de dano ambiental a bem da União pode ser fiscalizada pelo IBAMA, ainda que a competência para licenciar seja de outro ente federado⁹.

De modo semelhante, já se posicionou o próprio Supremo Tribunal Federal:

Em primeiro lugar, resalto que a questão do licenciamento ambiental no Brasil está a merecer maior atenção de todos os entes federativos e de seus respectivos poderes, no sentido de uma melhor definição do quadro de suas atribuições na realização de um efetivo federalismo cooperativo e para que se produzam ganhos objetivos na concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

7 Art. 1º, I da Resolução CONAMA nº 237, de 19 de dezembro de 1997.

8 TRENNEPOHL, Curt; TRENNEPOHL, Terence. *Licenciamento Ambiental*. 2. ed. revista atualizada. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 21.

9 AgRg no REsp 711.405/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDATURMA, julgado em 28/04/2009.

[...]

É preciso destacar que não há dúvida de que existe uma fiscalização inerente ao exercício de licenciamento ambiental por parte do órgão competente para tanto. O que se espera, nesse sentido, é que o órgão competente para licenciar exerça amplo controle e fiscalização nos limites do processo administrativo de licenciamento ambiental, sem interferências de outros órgãos integrantes do SISNAMA, ressalvadas eventuais exceções previstas em lei. Entretanto, o artigo 23 da Constituição e a legislação federal como um todo apontam como dever de todos os entes integrantes do SISNAMA a fiscalização de descumprimento das normas ambientais e o impedimento de degradações ambientais indevidas, fornecendo-lhes instrumentos adequados para a prevenção e a repressão de eventuais infrações contra a ordem ambiental¹⁰.

Analisando a solução da questão alvitrada pela citada LC n° 140/2011, observa-se que, embora numa primeira leitura pareça tenha o Art. 17 insinuado que a competência fiscalizatória dos entes federados dependeriam da licenciatória, vem à lume o §3° do mesmo dispositivo desfazer o mal entendido, valendo conferir o seu teor:

Art. 17. Compete ao órgão responsável pelo licenciamento ou autorização, conforme o caso, de um empreendimento ou atividade, lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo para a apuração de infrações à legislação ambiental cometidas pelo empreendimento ou atividade licenciada ou autorizada.

§ 1° Qualquer pessoa legalmente identificada, ao constatar infração ambiental decorrente de empreendimento ou atividade utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores, pode dirigir representação ao órgão a que se refere o caput, para efeito do exercício de seu poder de polícia.

§ 2° Nos casos de iminência ou ocorrência de degradação da qualidade ambiental, o ente federativo que tiver conhecimento do fato deverá determinar medidas para evitá-la, fazer cessá-la ou mitigá-la, comunicando imediatamente ao órgão competente para as providências cabíveis.

10 Supremo Tribunal Federal. STA 286. Despacho. Rel. Min Gilmar Mendes. Brasília: DJ 27/04/2010. p. 10.

§ 3º O disposto no caput deste artigo não impede o exercício pelos entes federativos da atribuição comum de fiscalização da conformidade de empreendimentos e atividades efetiva ou potencialmente poluidores ou utilizadores de recursos naturais com a legislação ambiental em vigor, prevalecendo o auto de infração ambiental lavrado por órgão que detenha a atribuição de licenciamento ou autorização a que se refere o caput”. (destaques do expositor)

Como se observa, malgrado tenha o *caput* pretendido cerrar a atribuição dos entes aos federados à fiscalização dos empreendimentos por ele próprios licenciados, vem o seu parágrafo terceiro temperar a rigidez da cláusula autorizando a atribuição comum de fiscalização.

E nem poderia ser diferente visto que o Art. 70, § 3º da lei 9.605/98 é claro ao estipular que *“a autoridade ambiental que tiver conhecimento de infração ambiental é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante processo administrativo próprio, sob pena de co-responsabilidade”*, instituindo aí um dever genérico destinado a todos os órgãos ambientais, independente de qualquer questão licenciatória.

Sendo assim, parece possível se concluir que o IBAMA é detentor do poder de policia fiscalizatório na Amazônia Legal, independente de ter ou não a autarquia licenciado o empreendimento poluidor. Uma vez detentor do poder fiscalizatório, constitui seu poder-dever agir não apenas na esfera administrativa, mas também na civil, por intermédio da ação civil pública, no fito de coibir o desmatamento danoso na Amazônia – máxime em caso de efetiva autuação pela autarquia ambiental.

C - INEXISTÊNCIA DE OFENSA A BEM DA UNIÃO

Outra questão que gera alguma polemica consiste na (aparente) inexistência de ofensa aos bens da União, o que (supostamente) afastaria a legitimação da autarquia federal, nos moldes do Art. 109, I da Constituição Federal.

A conclusão parece lastrear-se no disposto no Art. 109, IV da Carta, ao prescrever que *“aos juízes federais compete processar e julgar os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral”*.

No entanto, duas observações já se apresentam de plano: 1) não trata o dispositivo constitucional de matéria civil, mas penal; 2) também não trata o preceptivo de legitimidade processual, mas de competência, que com aquela não se confunde.

Quanto ao primeiro ponto, insta ponderar que o dispositivo constitucional que alberga a competência da Justiça federal, no caso, é o artigo 109, I, pois aqui, sim, a Carta tratou de competência civil, ao preceituar que “aos juízes federais compete processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”. Ao que parece, há um erro de capitulação normativa.

Por outro lado, como se extrai do dispositivo colacionado, não é a competência que orienta a legitimidade processual, mas, ao reverso, a legitimidade que orienta a competência, pois uma vez provado o interesse jurídico da União ou das entidades federais, haverá competência federal. E, no caso ora tratado, como analisado no tópico anterior, a legitimação se extrai de uma competência administrativa, qual seja a fiscalizatória, concorrentemente deferida a ambos os entes federados, incluindo a União.

Mas não é só. Aprofundando um pouco a questão, ainda que não seja o foco desta exposição o estudo da seara criminal, tem-se que, muito embora a exploração pecuária devastadora dos recursos ambientais na Amazônia devesse ocorrer comumente no interior das grandes propriedades privadas, chama a atenção o fato de que a Floresta Amazônica, bioma onde localizados os latifúndios, é considerada pela Constituição Federal como patrimônio nacional, na conformidade do Art. 225, § 4º da Constituição da República, *verbis*:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

§ 4º - *A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio*

nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. (destaque do expositor)

Como se sabe, objetivando assegurar a efetividade do princípio-matriz de proteção ao meio ambiente, consagrado no art. 225 da Constituição Federal, o legislador prevê a instituição de espaços territoriais especialmente protegidos, denominados unidades de conservação ou áreas de preservação ambiental (APAs), nos moldes do art. 225, §1º, III da CF¹¹ e da Lei nº 9.985/2000, que criou o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, a cargo do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios, mediante lei ou decreto.

Contudo nessa passagem do seu texto a própria Lei Fundamental assinala um regime jurídico especial de proteção ambiental a determinadas áreas dotadas de expressiva diversidade biológica, dentre eles a Floresta Amazônica, caracterizando-as como “patrimônio nacional”, evidenciando a prevalência dos interesses nacionais frente aos regionais/locais.

Mesmo diante dessa colocação, a jurisprudência do colendo STJ se divide, havendo registro de julgamento no sentido de que não haveria que se confundir patrimônio nacional com bem da União, dado que a locução indicaria apenas a proclamação da defesa dos interesses nacionais diante de eventuais ingerências estrangeiras¹², como também no sentido diverso, segundo o qual o fato de o crime ter sido perpetrado no interior de área considerada patrimônio nacional atrairia a competência da Justiça Federal¹³. Já no âmbito da Suprema Corte, o julgado mais recente sobre o tema que se identificou em pesquisa jurisprudencial data de 2001, afirmando-se que o Art. 225, §4º da Constituição não torna a Mata Atlântica um bem da União, sendo que o interesse da União para que ocorra a competência da Justiça Federal prevista no artigo 109, IV, da Carta Magna tem de ser direto e específico¹⁴.

11 Art. 225, §1º, III: definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

12 STJ CC 99.294, DJ de 12.08.2009

13 CC 80905 / RJ. Relator: Ministro OG FERNANDES, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 24/06/2009.

14 STF - RE 300244 / SC - SANTA CATARINA, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, Julgamento: 20/11/2001

Por sua vez, no âmbito das cortes regionais federais, tem prevalecido a segunda corrente, como se observa dos seguintes julgados ilustrativos:

PROCESSUAL CIVIL. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PARA A DEFESA DO MEIO AMBIENTE. FLORESTA AMAZÔNICA. PATRIMÔNIO NACIONAL. INTERESSE DA UNIÃO. 1. O art. 225 da Constituição de 1988 erigiu o meio ambiente ecologicamente equilibrado a “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” - expressão que abrange a saúde, o bem estar e a segurança da população -, reconhecendo, desse modo, a sua natureza de bem difuso, de direito público subjetivo e, pois, exigível e exercitável em face do próprio Estado, a quem incumbe, assim como à coletividade, o dever de protegê-lo. 2. Dispôs o art. 23 da Constituição Federal de 1988 que “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” a proteção das paisagens naturais notáveis, do meio ambiente e a preservação das florestas, da fauna e da flora. 3. A competência material comum disposta no art. 23 da Constituição Federal de 1988 permanece passível de ser exercida por todos os entes da federação, sem que isso signifique, no caso dos autos, a “usurpação da atribuição residual do Ministério Público Estadual”. 4. Segundo o disposto no inciso III do art. 129 da Constituição Federal de 1988, são funções institucionais do Ministério Público, entre outras, a promoção da ação civil pública para a proteção do meio ambiente. 5. *Considerando, então, que a Constituição Federal, no § 4º do art. 225 elevou a Floresta Amazônica ao status de patrimônio nacional, fica claro o interesse especial da União na sua proteção, o que implica dizer que o Ministério Público Federal, assim como os demais, possui interesse e legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública que vise a defender o meio ambiente.* 6. *Apelação provida*”. (TRF 1- AC 129820094013600. Relator: JUIZ FEDERAL ALEXANDRE JORGE FONTES LARANJEIRA (CONV.), SEXTA TURMA, e-DJF1 DATA:18/04/2011 PAGINA:54)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPARAÇÃO DE DANO AMBIENTAL. ZONA COSTEIRA. MAR TERRITORIAL. INTERESSE JURÍDICO DO IBAMA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. A discussão travada na Ação Civil Pública epigrafada refere-se à reparação de dano ambiental ocasionado pelo Demandado em virtude de construção de muro de contenção e edificação sobre costão rochoso situado no litoral sul fluminense, no

Município de Angra dos Reis (Zona Costeira), e aterro sobre espelho d'água, sem os correspondentes licenciamentos ambientais, em local integrante da Área de Proteção Ambiental de Tamoios - unidade de conservação instituída pelo Estado do Rio de Janeiro. 2. O art. 225, § 4.º da Constituição Federal assinala um regime jurídico especial de proteção ambiental a determinadas áreas dotadas de expressiva diversidade biológica, a saber: a Floresta Amazônica Brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira, caracterizando-as como "patrimônio nacional". A exegese desse preceito constitucional indica que os regionalismos não devem se sobrepor aos interesses ambientais nacionais. 3. Os incisos VI e VII do art. 23 da CF estabelecem a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para articularem políticas públicas ambientais e exercerem suas competências administrativas objetivando a proteção do meio ambiente, o combate à poluição e a preservação das florestas, da fauna e da flora. A respeito, vale mencionar a recepção pela nova ordem constitucional da Lei nº 6.938/81, que criou o Sistema Nacional do Meio Ambiente, marcado pela articulação e cooperação entre os órgãos ambientais atuantes em todas as esferas da Administração Pública, denotando a competência comum de todos os órgãos ambientais para o exercício do poder de polícia. 4. Na qualidade de órgão responsável pelo controle e fiscalização de atividades lesivas ao meio ambiente, detém o IBAMA competência para fiscalizar, restringir e condicionar atividades de particulares, visando à prevenção de danos ambientais e conservação dos recursos naturais, bem como impor sanções administrativas (art.2º da Lei nº 7.735/89). 5. A Lei nº 7.661/88, que instituiu o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, com a finalidade de orientar a utilização racional dos recursos naturais da Zona Costeira do Brasil e a proteção do seu patrimônio natural, histórico, étnico e cultural, define a competência do poder federal (através do CONAMA) para intervir em assuntos ligados a Zona Costeira (art.5º). Esse diploma legal foi regulamentado pelo Decreto nº 5.300/2004, cujo art. 12 atribui ao IBAMA a competência para: (i) executar e acompanhar os programas de monitoramento, controle e ordenamento; (ii) conceder o licenciamento ambiental dos empreendimentos ou atividades de impacto ambiental de âmbito regional ou nacional incidentes na Zona Costeira, em observância às normas vigentes. 6. Afigura-se pertinente e legítimo o interesse do IBAMA em acompanhar o deslinde da ação coletiva atinente à recuperação ambiental da área em referência e, conseqüentemente, em integrar o feito, na qualidade de assistente litisconsorcial do Demandante Ministério Público Federal, a teor da legislação

supracitada e das disposições contidas no art. 5º, IV, § 2º, da Lei nº 7.347/85. 7. Ademais, além da referida construção, houve a realização de aterro sobre espelho d'água adentrando sobre o mar territorial, ou seja, em área que integra o patrimônio da União por força do comando do art.20, inciso VI, da CF. 8. Sobressai o interesse jurídico da Autarquia Federal na presente demanda, atraindo a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, a teor do art. 109, I da Constituição Federal. 9. Agravo de Instrumento provido. (TRF2 - AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 212148, QUINTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 10/06/2013)

CRIMES CONTRA A FLORA. MATA ATLÂNTICA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. INTERESSE. UNIÃO. IBAMA. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. - *Atribuída à Mata Atlântica, por norma constitucional, a condição de patrimônio nacional, torna-se prevalente o interesse nacional ou da União, que ultrapassa os limites estaduais e as dimensões regionais. (Art. 225 e § 4º, CRFB). - Decorrente da falta de permissão e/ou licença do IBAMA, a possível ofensa aos interesses dessa autarquia, na forma de delito contra área de preservação permanente, atrai a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito. (Art. 39 e 51, Lei 9.605/98). (TRF 4 - RSE 200204010212306. Relator: AMIR JOSÉ FINOCCHIARO SARTI, TURMA ESPECIAL, DJ 06/11/2002 PÁGINA: 725)*

Pode-se concluir que o entendimento jurisprudencial majoritário é no sentido da caracterização do interesse federal, em virtude da cláusula constitucional inserta no Art. 225, § 4º da Constituição da República.

Ainda sobre a expressão, é curioso observar que segundo o disposto no inciso III do art. 129 da Constituição Federal, são funções institucionais do Ministério Público, entre outras, a promoção da ação civil pública para a proteção do meio ambiente sendo que o Art. 5º, III, “a” bem como Art. 37, II da LC nº 75/2003, que dispõem sobre o Ministério Público da União, aduzem ser função institucional do MPU a defesa do patrimônio nacional. Seria mera coincidência a utilização da mesma expressão? É possível (leia-se provável) que não; e se há interesse do Ministério Público da União, um órgão federal, não haveria razão para não se reconhecer o mesmo interesse ao IBAMA, autarquia federal.

Sob outra perspectiva, ao que parece, a dominialidade não é decisiva na apuração da legitimidade processual. Com efeito, a questão deveria ser analisada pelo ângulo da competência fiscalizatória administrativa,

independente da aferição do domínio. A esse respeito, inclusive, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “em matéria de Ação Civil Pública Ambiental, a dominialidade da área em que o dano ou o risco de dano se manifesta (mar, terreno da marinha ou unidade de conservação de propriedade da União, por ex.) é apenas um dos critérios definidores da legitimidade para agir do “Parquet federal”. Não é porque a degradação ambiental se deu em imóvel privado ou afeta ‘res communis omnium’ que se afasta, ‘ipso facto’, o interesse do MPF.¹⁵”

De fato, mesmo no Art. 109, IV da Carta da República – que, como dito, não se aplica à persecução de responsabilidade civil por tratar de matéria criminal – associa-se o interesse não apenas caso reste afetado bens da União, mas também os seus serviços e interesses.

Por fim, impende ainda pontuar que a proteção da Amazônia legal contra os efeitos adversos causados pelo desmatamento é decorrência lógica dos compromissos assumidos pelo Brasil em vários tratados internacionais assinados pela República federativa brasileira, tais como a Conferência de Estocolmo, a Conferência das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento – CNUMAD (Rio/1992 ou Eco/1992), a Convenção das Nações Unidas Sobre Mudança do Clima, dentre outros, o que torna evidente o interesse federal, a chamar inclusive a competência da Justiça Federal, nos moldes do Art. 109, II da Carta da República.

3 FLEXIBILIZACAO DA LEGITIMIDADE NA AÇÃO COLETIVA

Como dito linhas acima, a Ação Civil Pública, constitui importante instrumento de tutela do meio ambiente, conforme prevê o Art. 129, III da Constituição Federal, assim como o Art. 1º da Lei 7.347/85, que a regulamenta.

Ao analisar o dispositivo legal supracitado, que institui o rol de legitimados para propositura da ACP, incluindo as entidades da Administração Indireta, Paulo Bessa Antunes afirma que “o art. 5º é, provavelmente, aquele que representa a mais importante inovação contida na lei da ação civil pública. É aquele que rompe mais fortemente com a tradição individualista que informa o sistema processual brasileiro.¹⁶”

15 STJ, REsp 1057878/RS, Rel. Min Herman Benjamin, DJe 21/08/2009.

16 ANTUNES, op cit., p. 736.

De fato, é acertado a conclusão a que chegou ao autor. Porém, o vanguardismo da ação civil pública vai além: concebe-se a ACP hoje como instrumento inserido no microsistema processual coletivo, no qual também se inclui o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Ação Popular, dentre outros diplomas que se integram e apresentam principiologia comum, da qual se pode extrair, dentre outros, os princípios do “interesse no conhecimento do mérito do processo coletivo”, da “presunção de legitimidade ‘ad causam’ ativa pela afirmação do direito coletivo”.

Segundo esclarece Fredie Didier¹⁷:

O princípio do interesse no conhecimento do mérito do processo coletivo orienta a que se assegure que questões meramente formais não embacem a finalidade do processo, flexibilizando os requisitos de admissibilidade processual, para enfrentar o mérito do processo coletivo e legitimar sua função social.

Ou seja, o microsistema do processo coletivo não comporta formalismos ou questiúnculas que obstem o desenvolvimento da demanda coletiva, alcançando-se o mérito e, assim, pacificando com justiça e transmitindo efetividade aos direitos fundamentais na perspectiva coletiva. Aliás, a atual fase instrumentalista do direito processual com um todo demanda que se tenha o processo como um meio a se alcançar a efetividade do direito material, não se admitindo que se o utilize como estorvo à concretização dos direitos constitucionais.

Por outro lado, conforme adverte Hermes Zaneti, em razão do princípio da presunção de legitimidade “ad causam” ativa nas demandas coletivas, basta a afirmação do direito coletivo para que se presuma a legitimidade:

Basta a afirmação do direito coletivo para que se presuma a legitimidade ad ‘causam’”. O poder Judiciário, ao aferir a legitimidade ativa do legitimado coletivo, não deve analisar a titularidade do direito ou interesse coletivo. [...] o interesse processual que importa conferir para assegurar as condições da ação não é a do co-legitimado (substituto processual), mas a do grupo de substituídos (pessoas indeterminadas, grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre

17 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – processo coletivo*, v. 4, Salvador: jus podvm, 2007. p. 122.

si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base, titulares de direitos individuais abstrata e genericamente considerados)¹⁸.

No caso de ACP visando a expungir a exploração agropecuária não sustentável na Amazônia Legal, urge priorizar a função social da demanda coletiva, em busca da efetividade do direito fundamental a um ambiente equilibrado e sadio para a presente e as futuras gerações, flexibilizando-se questões de admissibilidade processual de somenos relevância com a finalidade de máxima proteção do direito em comento. Outrossim, há que se entender que o relevante nas demandas coletivas não é o interesse processual do substituto processual, mas sim o da coletividade substituída.

Relevante constatar que mesmo que se adote a teoria da “representatividade adequada”, a partir da qual a questão da legitimidade deve ser filtrada pelo Judiciário, também se concluirá pela potencialidade do IBAMA, sobretudo no que toca à expertise, em garantir a adequada tutela do direito em exame. Sobre o tema, adverte Fredie Didier que “a exigência de representatividade adequada não pode tornar-se uma alternativa para sentenças processuais, vedando enfretamento da matéria de fundo.”¹⁹

4 CONCLUSÃO

Em face da exposição supra, pode-se concluir que o IBAMA é detentor de legitimidade processual para buscar a reparação de danos ao meio ambiente por intermédio do relevantíssimo instrumento da ação civil pública.

Sem embargo de, na grande maioria dos casos, não apresentar a autarquia competência para o licenciamento ambiental de empreendimentos localizados no bioma amazônico, mormente em face das inovações da LC nº 140/2011, tem-se que o poder licenciatório não se confunde com o fiscalizatório, sendo que esse último continua amplamente deferido à autarquia ambiental federal.

Outrossim, o fato de o ilícito ambiental ter sido perpetrado em propriedade particular não afasta, de “per se”, o interesse federal

18 ZANETI JR, Hermes; GARCIA, Leonardo Medeiros. *Direitos Difusos e Coletivos*. 3. ed. Salvador: Jus Podvm, 2012. p. 21-22.

19 DIDIER Jr., op. cit., p. 209.

na sua reparação civil, pois a persecução da responsabilidade civil encontra espeque no Art. 109, I da Constituição da República, segundo o qual basta a caracterização do interesse do ente federal em ocupar o pólo ativo da ação para que a competência seja da alçada da Justiça Federal. Por outro lado, malgrado não se deva tomar como fundamento em virtude de estar afeto à competência em matéria criminal, o próprio Art. 109, IV da Carta institui outras formas de caracterização do interesse federal, para além da questão do ilícito perpetrado contra bem de propriedade da União.

Por ultimo, tem-se que a legitimidade ativa nas ações coletivas apresenta peculiaridades, orientando a moderna doutrina no sentido se evitar ao máximo as chamadas sentenças processuais, adentrando-se à matéria de fundo versada na ação coletiva.

Conclusivamente, a efetividade da clausula constitucional disposta no Art. 225 e § 4º da Constituição da República, que orienta incisivamente para proteção da Floresta Amazônica, depende muito da soma de esforços de toda a Administração Pública, no que se inclui o poder judiciário e os aplicadores do direito em geral, no desiderato de coibir e reprimir a exploração devastadora dos recursos ambientais desse bioma. Nesse sentido, urge que, munidos de uma interpretação abrangente e constitucionalmente adequada do ordenamento átrio, se amplie ao máximo o leque de legitimados à propositura da ação civil publica ambiental.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 8. ed. Rio de Janeiro: 2005.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – processo coletivo*. v. 4. Salvador: Jus Podvm, 2007.

TRENNEPOHL, Curt; TRENNEPOHL, Terence. *Licenciamento Ambiental*. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

ZANETI JR, Hermes; GARCIA, Leonardo Medeiros. *Direitos Difusos e Coletivos*. 3. ed. Salvador: Jus Podvm, 2012.



SUSTENTABILIDADE SOCIAL E TRABALHO RURAL NO BRASIL

*SOCIAL ASPECTS OF SUSTAINABILITY
AND RURAL WORK IN BRAZIL*

Teresa Villac

Advogada da União. Filósofa (USP). Mestranda no Programa de Ciência Ambiental da Universidade de São Paulo (PROCAM – USP). Integrante do Núcleo Especializado em Sustentabilidade, Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União (NESLIC).

SUMÁRIO: Introdução; 1 Sustentabilidade social e trabalho rural: retrospecto protetivo internacional; 2 A sustentabilidade social no trabalho rural brasileiro por legislação e ações governamentais; 3 Considerações finais; Referências.

RESUMO: Trata-se de estudo exploratório sobre as relações entre sustentabilidade social e trabalho rural no Brasil, sob a perspectiva jurídica. O objetivo é fomentar no Brasil o debate sobre certificação social em aquisições públicas, proposta do jurista argentino Hugo I. Torres, condizente com o uso do poder de compra do Estado para maior dignificação humana dos trabalhadores.

PALAVRAS-CHAVE: Sustentabilidade Social. Trabalho Rural. Licitações Sustentáveis.

ABSTRACT: This is an exploratory research about the relation between social aspects of sustainability and rural work in Brazil, under the Law perspective. The aim is to foster in Brazil the debate about a social certification in public procurement, proposed by the Argentine jurist Hugo I. Torres, which is consistent with the use of the State's power of procurement to promote worker's human dignity.

KEYWORDS: Social Aspects of Sustainability Rural Work. Sustainable Public Procurement.

INTRODUÇÃO

O exame da sustentabilidade social no trabalho rural brasileiro, em retrospecto legislativo é a proposta do presente artigo. A pesquisa empreendeu-se a partir da leitura da percuciente proposta de uma certificação social para a Federação Argentina com o estabelecimento normativo de margem de preferência para aquisições públicas, desenvolvida com maestria pelo jurista argentino Hugo I. Torres¹.

Hugo Torres propõe a implementação de certificação social argentina para alimentos e insumos agrícolas comprovando a exclusão do trabalho infantil e do trabalho sem registro, com preferência em aquisições governamentais.

O tema das certificações em contratações governamentais como instrumento de aferição objetiva de sustentabilidade é atual no cenário brasileiro, em face da inserção legal da diretriz do desenvolvimento nacional sustentável nas licitações e há potencial de ampliação do debate, pela recente pauta do Congresso Nacional versando sobre substituição da atual Lei de Licitações e Contratos (Lei 8.666, de 1993).

Instigar debate jurídico no Brasil sobre uma certificação social que contemple aspectos sociais de sustentabilidade do trabalhador e o estabelecimento legal de uma preferência em compras públicas pressupõe previamente que se proceda a um estudo exploratório sobre como se configuram as relações jurídicas entre *sustentabilidade social e trabalho rural brasileiro*.

O objetivo do presente artigo é efetuar um levantamento histórico da legislação sobre a sustentabilidade social no trabalho rural brasileiro. Trata-se de uma pesquisa exploratória², necessária para que, a partir da compreensão de como se configura juridicamente essa relação, possam então ser formuladas questões e desenvolvidas novas pesquisas tendentes ao aprofundamento do debate da certificação social proposta por Torres.

Almeja-se futuramente prosseguir com estudos que estabeleçam paralelos entre as realidades jurídicas argentina e brasileira, envidando esforços comuns para o fortalecimento de temática social tão relevante

1 Sustentabilidad social del trabajo agrario a través de la contratación pública. Artigo aprovado para publicação na Revista da AGU.

2 SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. São Paulo: Cortez, 2008.

como a defendida pelo i. Autor, conjugando o uso do poder de compra do Estado para fomentar a dignidade laboral.

1 USTENTABILIDADE SOCIAL E TRABALHO RURAL: RETROSPECTO PROTETIVO INTERNACIONAL

Economia de monocultura, mão de obra escrava e carência de técnicas de plantio mais avançadas: “Na economia agrária, pode dizer-se que os métodos maus, isto é, rudimentares, danosos e orientados apenas para o imoderado e imediato proveito de quem os aplica, tendem constantemente a expulsar os bons métodos”. Palavras de Sérgio Buarque de Holanda³, a iniciar o retrospecto legislativo da proteção social do trabalho rural no Brasil.

A mesma mentalidade do colonizador tendente à extração de riquezas aplicava-se ao cultivo da terra e, como veremos adiante, imprimiu-se também nas relações que se iniciaram com a mão de obra rural.

O princípio que, desde os tempos mais remotos da colonização, norteara a criação da riqueza no país não cessou de valer um só momento para a produção agrária. Todos queriam extrair do solo excessivos benefícios sem grandes sacrifícios. Ou, como já dizia o mais antigo dos nossos historiadores, queriam servir-se da terra, não como senhores, mas como usufrutuários, “só para a desfrutarem e a deixarem destruída”^{4,5}

A mão de obra indígena, utilizada primeiramente, foi substituída pelo trabalho de escravos africanos, tornando economicamente viável o desenvolvimento agrícola colonial⁶ sem considerações humanísticas. Lamentavelmente, preocupações com a dignidade da pessoa humana não estiveram presentes nesse período e o marco de dignificação mínima sobreveio somente em 1888, com a abolição da escravidão (Lei 3.353, de 13 de maio).

No âmbito internacional, em 1926, destacamos a Convenção das Nações Unidas sobre Escravatura (1926), emendada pelo Protocolo de

3 HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. 26. ed.

4 FREI VICENTE DO SALVADOR, *História do Brasil*. 3. ed (São Paulo, s.d.), p. 16.

5 HOLANDA, op. cit.

6 FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

1953. O Brasil é signatário da Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano (Declaração de Estocolmo, 1972), assentado que:

O desenvolvimento econômico e social é indispensável para assegurar ao homem um ambiente de vida e trabalho favorável e para criar na terra as condições necessárias de melhoria da qualidade de vida. (Princípio 8).

A Convenção Suplementar sobre Abolição da Escravatura (1956) foi ratificada pelo Brasil em 1966, dispondo seu art. 1º:

Cada um dos Estados-membros à presente Convenção tomará todas as medidas, legislativas e de outra natureza, que sejam viáveis e necessárias, para obter progressivamente e logo que possível a *abolição completa* ou o abandono das instituições e práticas seguintes, onde quer ainda subsistam, enquadrem-se ou não na definição de escravidão assinada em Genebra, em 25 de setembro de 1926:

§ 1. A *servidão por dívidas*, isto é, o estado ou a condição resultante do fato de que um devedor se haja comprometido a fornecer, em garantia de uma dívida, seus serviços pessoais ou os de alguém sobre o qual tenha autoridade, se o valor desses serviços não for equitativamente avaliado no ato da liquidação da dívida ou se a duração desses serviços não for limitada nem sua natureza definida.

§ 2. A *servidão*, isto é, a condição de qualquer um que seja obrigado pela lei, pelo costume ou por um acordo, a viver e trabalhar numa terra pertencente a outra pessoa e a fornecer a essa outra pessoa, contra remuneração ou gratuitamente, determinados serviços, sem poder mudar sua condição.

De relevância, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), segundo a qual “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir umas em relação às outras com espírito de fraternidade” (art. I), bem como “Ninguém será mantido em escravidão ou servidão, a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas” (art. IV).

A Organização Internacional do Trabalho é referência no tema estudado, com disposições sobre a sustentabilidade social no trabalho em geral e especificamente ao trabalho rural.

Neste sentido, a Convenção OIT n. 29 dispôs sobre a violação humana do trabalho forçado ou obrigatório (1930), tendo sido ratificada pelo Brasil em 1957. Conceitualmente, “Para fins desta Convenção, a expressão ‘trabalho forçado ou obrigatório’ compreenderá todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente” (art. 2º, item I).

A Convenção OIT n. 105 refere-se à abolição do trabalho forçado (1957) e foi ratificada pelo Brasil em 1965:

Art. 1º. Todo país-membro da Organização Internacional do Trabalho que ratificar esta Convenção compromete-se a *abolir toda forma de trabalho forçado ou obrigatório* e dele não fazer uso:

- a) como medida de coerção ou de educação política ou como punição por ter ou expressar opiniões políticas ou pontos de vista ideologicamente opostos ao sistema político, social e econômico vigente;
- b) como método de mobilização e de utilização da mão-de-obra para fins de desenvolvimento econômico;
- c) como meio de disciplinar a mão-de-obra;
- d) como punição por participação em greves;
- e) como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa.

Prossegue-se com a ratificação pelo Brasil, em 1992, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (1966), prevendo que “ninguém poderá ser submetido à escravidão; a escravidão e o tráfico de escravos, em todas as suas formas, ficam proibidos; ninguém poderá ser submetido à servidão; e ninguém poderá ser obrigado a executar trabalhos forçados ou obrigatórios [...]” (art. 8º, itens 1 a 3).

Também em 1992 foram ratificados o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas (1966), e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, 1969), dispondo esta:

Ninguém poderá ser submetido a escravidão ou servidão e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em

todas as suas formas e ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório [...] (itens 1 e 2 do art. 6º).

O longo tempo decorrido para a ratificação desses três importantes compromissos internacionais anos é indicativo dos reflexos da redemocratização no país, com a Carta Cidadã de 1988.

A prevenção, repressão e punição do tráfico de pessoas consubstanciou-se no Protocolo de Palermo (2000), ratificado em 2004 (Decreto 5.017).

Especificamente em relação ao trabalho rural, a Convenção n. 11 da Organização Internacional do Trabalho assegurou a todas as pessoas ocupadas na agricultura os mesmos direitos de associação e união dos trabalhadores na indústria, comprometendo-se os membros da OIT a revogar qualquer disposição legislativa ou outra que tenha por efeito restringir esses direitos em relação aos trabalhadores agrícolas (aprovada na OIT em 1921, ratificada pelo Brasil em 1957 e promulgada pelo Decreto 41.721, do mesmo ano).

A Convenção n. 101 – OIT (1952) garantiu férias anuais remuneradas aos “trabalhadores empregados nas empresas de agricultura” e “ocupações conexas”. Internalizada no ordenamento nacional em 1957 (Decreto 4.721), foi denunciada como resultado da ratificação, em 1998, da Convenção n. 132 (1970), que versou sobre férias remuneradas.

No tocante à idade mínima para admissão em emprego, a Convenção n. 138 - OIT (1973) estabeleceu:

Art. 3º — 1. Não será inferior a dezoito anos a *idade mínima para a admissão a qualquer tipo de emprego ou trabalho* que, por sua natureza ou circunstâncias em que for executado, possa prejudicar a saúde, a segurança e a moral do jovem.

2. Serão definidos por lei ou regulamentos nacionais ou pela autoridade competente, após consulta com as organizações de empregadores e de trabalhadores concernentes, se as houver, as categorias de emprego ou trabalho às quais se aplica o parágrafo 1 deste Artigo. 3. Não obstante o disposto no parágrafo 1 deste Artigo, a lei ou regulamentos nacionais ou a autoridade competente poderá, após consultar as organizações de empregadores e de trabalhadores concernentes, se as houver, autorizar emprego ou trabalho a partir da idade de dezesseis anos, desde que estejam plenamente protegidas

a saúde, a segurança e a moral dos jovens envolvidos e lhes seja proporcionada instrução ou formação adequada e específica no setor da atividade pertinente.

Ratificada pelo Brasil somente em 2001, referida Convenção foi promulgada pelo Decreto 4.134, do ano seguinte.

O conceito de “trabalhadores rurais” constou da Convenção n. 141 – OIT (1975, ratificada em 1994 e promulgada pelo Decreto 1.703/95):

Art. 2 — 1. Para efeito da presente Convenção, a expressão ‘trabalhadores rurais’ abrange todas as pessoas dedicadas, nas regiões rurais, a tarefas agrícolas ou artesanais ou a ocupações similares ou conexas, tanto se trata de assalariados como, ressalvadas as disposições do parágrafo 2 deste artigo, de pessoas que trabalhem por conta própria, como arrendatários, parceiros e pequenos proprietários.

2. A presente Convenção aplica-se apenas àqueles arrendatários, parceiros ou pequenos proprietários cuja principal fonte de renda seja a agricultura e que trabalhem a terra por conta própria ou exclusivamente com a ajuda de seus familiares, ou recorrendo eventualmente a trabalhadores suplentes e que:

- a) não empreguem mão-de-obra permanente; ou
- b) não empreguem mão-de-obra numerosa, com caráter estacionário; ou
- c) não cultivem suas terras por meio de parceiros ou arrendatários.

A Convenção n. 141 assegurou o direito de todas as categorias de trabalhadores rurais constituírem, sem prévia autorização, organizações que estimem convenientes, assim como o direito de afiliação. Assegurou o princípio de liberdade sindical, independência e vedação à ingerência, coerção ou repressão (artigo 3, itens 1 e 2).

Art. 3 — 1. Todas as categorias de trabalhadores rurais querem se trate de assalariados ou de pessoas que trabalhem por conta própria, têm direito de constituir, sem prévia autorização, as organizações que estimem convenientes, assim como o direito de a elas se afiliarem, com a única condição de observar os estatutos das mesmas.

2. Os princípios da *liberdade sindical* deverão ser plenamente respeitados; as organizações de trabalhadores rurais deverão ter um caráter independente e voluntário, e permanecer livres de toda ingerência, coerção ou repressão.

A proteção à segurança e garantia de *serviços de saúde no trabalho* está disposta na Convenção n. 161 (1985) e aplica-se a “todos os ramos da atividade econômica e em todas as empresas” (artigo 3, 1) e não nos parece haver distinção para atividades rurais. Vigente no país pelo Decreto 127, de 1991, tendo sido ratificada no ano anterior.

No que concerne à *proibição do trabalho infantil*, paradigmática a Convenção n 182 – OIT (1991), ratificada em 2000 e promulgada pelo Decreto 3.597, do mesmo ano.

Não foram ratificadas pelo Brasil: a Convenção n. 63 – OIT (1938), que dispôs sobre estatísticas dos salários e horas de trabalho na agricultura (dentre outras atividades elencadas), assim como a Convenção n. 129 – OIT, de 1969, que versou sobre inspeção do trabalho na agricultura. Nela, constou o conceito de empresa agrícola e foram estabelecidas as diretrizes para o sistema de inspeção nesse âmbito.

Do total de 189 Convenções da OIT, o Brasil ratificou 82 (OIT, sem data).

2 A SUSTENTABILIDADE SOCIAL NO TRABALHO RURAL BRASILEIRO POR LEGISLAÇÃO E AÇÕES GOVERNAMENTAIS

Consoante Garcia⁷, há de se distinguir o trabalhador rural do empregado rural e o segundo é uma espécie da primeira categoria, que abrange o universo de pessoas que prestam serviços a um empregador rural (pessoa física ou jurídica). O empregado rural “tem sempre uma dependência econômica e jurídica com o seu empregador, que caracteriza o vínculo trabalhista.”

O Estatuto do Trabalhador Rural, Lei 4.214/63, empregava genericamente a palavra que compunha o seu título e a distinção efetivou-se somente em 1973, com a Lei 5.889⁸.

7 GARCIA, Augusto Ribeiro. O trabalho rural perante a legislação. In: *Trabalhador Rural: Uma análise no contexto sociopolítico, jurídico e econômico brasileiro*. ZIBETTI, Darcy Walmor; LIMBERGER, Emiliano José Klaske; BARROSO, Lucas Abreu (Coord). Curitiba: Juruá, 2012.

8 *Ibidem*.

Historicamente, a Constituição Política do Império do Brasil de 1824, em Título referente às “Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros”, garantiu a inviolabilidade dos direitos civis (artigo 179), aboliu “açóites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as penas cruéis” (artigo 179, XIX) e vedou trabalhos que se opusessem “à segurança, e saúde dos Cidadãos.” (artigo 197, XXIV).

A Lei 581, de 1850, estabeleceu medidas para a repressão do tráfico de africano e a Lei 2040, de 1871, declarou livres filhos de escravas, libertos os escravos da nação, dados em usufruto, de heranças vagas e abandonados. Em 1886, a Lei 3.310 revogou o artigo 60 do Código Criminal, na parte em que impunha a pena de açoutes aos escravos.

Em 1888, pela Lei 3.353, a escravidão no Brasil foi extinta.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891) possui Capítulo próprio de “Declaração de Direitos”, com foco nos individuais. O Código Civil de 1916 disciplinou genericamente a parceria agrícola (artigo 1410 e seguintes), sem referências ao tema estudado.

Na Constituição de 1934, em Capítulo referente aos “Direitos e Garantias Individuais”, constou a garantia de liberdade de reunião (artigo 13, 113) e de associação (mesmo artigo, item 12), bem como que “A todos cabe o direito de prover à própria subsistência e à de sua família, mediante trabalho honesto. O Poder Público deve amparar, na forma da lei, os que estejam em indigência.” (idem, item 34).

O Título IV, “Da ordem Econômica e Social”(CF 1934) avançou significativamente em termos de proteção social aos trabalhadores, tanto urbanos como rurais, com vedação à usura (artigo 117), reconhecimento sindical e associativo (artigo 120) e diversas garantias no artigo 121, instituindo a Justiça do Trabalho (artigo 122).

Especificamente, em relação aos rurais, a Constituição de 1934 consignou a necessidade de regulamentação própria, bem como os objetivos de fixação do homem no campo e a educação.

Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as *condições do trabalho*, na cidade e *nos campos*, tendo em vista a *proteção social do trabalhador* e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

- a) *proibição de diferença de salário* para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;
- b) *salário mínimo*, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador;
- c) trabalho diário não excedente de *oito horas*, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei;
- d) *proibição de trabalho a menores de 14 anos*; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres;
- e) *repouso* hebdomadário, de preferência aos domingos;
- f) *férias* anuais remuneradas;
- g) *indenização* ao trabalhador dispensado sem justa causa;
- h) *assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante*, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e *instituição de previdência*, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;
- i) regulamentação do exercício de todas as profissões;
- j) reconhecimento das convenções coletivas, de trabalho.

[...]

§ 4º - O *trabalho agrícola* será objeto de *regulamentação especial*, em que se atenderá, quanto possível, ao disposto neste artigo. Procurar-se-á *fixar o homem no campo*, cuidar da sua *educação rural*, e assegurar ao trabalhador nacional a *preferência na colonização* e aproveitamento das terras públicas.

§ 5º - A União promoverá, em cooperação com os Estados, a organização de *colônias agrícolas*, para onde serão encaminhados

os habitantes de zonas empobrecidas, que o desejarem, e os sem trabalho.

Art 122 - Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, *fica instituída a Justiça do Trabalho*, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I.

Art 139 - *Toda empresa industrial ou agrícola, fora dos centros escolares, e onde trabalharem mais de cinquenta pessoas, perfazendo estas e os seus filhos, pelo menos, dez analfabetos, será obrigada a lhes proporcionar ensino primário gratuito.*

Por sua vez, a Consolidação das Leis do Trabalho é de 1943 (Decreto-lei 5.452) e, expressamente, não se aplicou aos trabalhadores rurais (artigo 7º), alçado à proteção infraconstitucional específica somente em 1963.

Os *princípios da justiça social*, conciliando liberdade de iniciativa e valorização do trabalho humano, foram considerados balizadores da Ordem Econômica e Social na Constituição Federal de 1946 (artigo 145), estando o uso da propriedade condicionado ao bem-estar social (artigo 147).

Na Constituição de 1946, a fixação do homem no campo também foi prevista como diretriz de planos de colonização e aproveitamento de terras públicas (artigo 156). No tocante às garantias laborais, os preceitos da legislação trabalhista constaram no artigo 157 e houve o reconhecimento do direito de greve (artigo 158).

O grande marco legal protetivo do trabalhador rural foi a Lei 4.214, de 1963, em muito semelhante à Consolidação das Leis do Trabalho⁹. No ano subsequente, o *Estatuto da Terra* (Lei 4.504, 1964), ainda que objetivando regular os imóveis rurais, seus direitos e obrigações (artigo 1º), apresentou proteções sociais aos trabalhadores rurais:

- a) ao vincular o bem-estar destes ao exercício da função social da propriedade da terra (artigo 2º, parágrafo 1º, “a”),
- b) estabelecendo como dever do Poder Público promover o acesso do trabalhador rural à propriedade da terra economicamente

9 GARCIA, op. cit.

útil, de preferência nas regiões onde habita (artigo 2º, parágrafo 2º, “a”),

- c) estabelecendo como dever do Poder Público zelar pela justa remuneração e o acesso do trabalhador rural aos benefícios do aumento da produtividade e ao bem estar coletivo (artigo 2º, parágrafo 2º, “b”),
- d) ao dispor sobre consórcios e condomínios de agricultores e trabalhadores rurais (artigo 14, parágrafo 1º),
- e) com promoção da justiça social, progresso e bem estar do trabalhador rural e desenvolvimento econômico do país pela reforma agrária (artigo 16),
- f) abordando juridicamente o conceito de “trabalhadores sem terra” para fins de reforma agrária (artigo 25, parágrafo 2º),
- g) admitindo a participação de representantes de trabalhadores rurais em Comissão Agrária no Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (artigo 42), dentre outras previsões.

A Constituição de 1967 foi alterada em 1969 e nela a obrigatoriedade para empresas agrícolas manterem ensino primário gratuito para empregados e filhos destes passou a independender do número de empregados, instituído o salário-educação (artigo 178). Os direitos dos trabalhadores constaram do artigo 165.

Em 1973, a Lei 4.214/63 foi revogada pela Lei 5.889, ainda vigente e que passou a regular as *relações de trabalho rural*, no que não colidentes com a Consolidação das Leis do Trabalho (artigo 1º). Conceitualmente “empregado rural é toda pessoa física que, em propriedade rural ou prédio rústico, presta serviços de natureza não eventual a empregador rural, sob a dependência deste e mediante salário.” (artigo 2º).

Chegando-se à redemocratização, a *Constituição Federal de 1988* avançou consideravelmente na igualização do trabalhador rural ao urbano, dispondo, em Capítulo específico aos Direitos Sociais:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a

proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

Art. 7º *São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais*, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III - fundo de garantia do tempo de serviço;

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

XXIV - aposentadoria;

XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

a) (Revogada).

b) (Revogada)

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

Na *perspectiva criminal de proteção estatal*, no exame do Código Penal de 1940, encontram-se disposições que, em tese, são passíveis de aplicação para situações de ofensa à dignidade humana do trabalhador rural:

- a) ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem (artigo 129),
- b) expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente (artigo 132), com aumento de pena se decorrer de transporte de pessoas para prestação de serviços em estabelecimento de qualquer natureza,
- c) deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública (artigo 135),
- d) constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a trabalhar ou não trabalhar durante certo período ou em determinados dias (artigo 195),

- e) frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho (artigo 203),
- f) obrigar ou coagir a usar mercadorias de determinado estabelecimento, para impossibilitar o desligamento do serviço em virtude de dívida (artigo 203, I),
- g) impedir alguém de se desligar de serviços de qualquer natureza, mediante coação ou por meio da retenção de seus documentos pessoais ou contratuais (artigo 203, II),
- h) aliciar trabalhadores, com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional (artigo 207) e
- i) recrutar trabalhadores fora da localidade de execução do trabalho, dentro do território nacional, mediante fraude ou cobrança de qualquer quantia do trabalhador, ou, ainda, não assegurar condições do seu retorno ao local de origem (artigo 207).

Somente em 2003, foi inserido no ordenamento penal pátrio disposição expressa de salvaguarda da dignidade do trabalhador, tanto urbano como rural, no que concerne ao *crime de redução à condição análoga à de escravo* (Lei 10.803, 2003):

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a *trabalhos forçados* ou a *jornada exaustiva*, quer sujeitando-o a *condições degradantes de trabalho*, quer restringindo, por qualquer meio, *sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto*:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - *cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador*, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II - *mantém vigilância ostensiva* no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I - contra criança ou adolescente;

II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

No tocante às iniciativas governamentais, em 2003 foi lançado o *Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo* e, no ano subsequente, instituído pelo Ministério do Trabalho e Emprego o Cadastro de empregadores infratores flagrados explorando trabalhadores na condição análoga à de escravos (Portaria n. 540, MTE).

Em 2011, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e o MTE foram responsáveis pela Portaria Interministerial n. 2, fortalecendo o combate ao trabalho escravo. Ações são empreendidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, Ministério Público do Trabalho e a OIT Brasil constituiu a Agenda Nacional do Trabalho Decente¹⁰.

O *Cadastro de Empregadores (pessoas físicas ou jurídicas) que tenham submetido trabalhadores à condições análogas à de escravo* está disciplinado na Portaria Interministerial 02/11 – MTE/SDH e a inclusão ocorre após decisão administrativa final referente a auto de infração. A exclusão ocorre após monitoramento, pelo período de dois anos. Semestralmente, o Cadastro é atualizado, estando disponibilizado para consulta no site do Ministério do Trabalho e Emprego.

A última atualização do Cadastro de Empregadores que submeteram trabalhadores à condições análogas à de escravo data de 15/01/2014 e perfaz 576 nomes nessa condição. Segundo dados do Ministério do Trabalho¹¹, o maior número de empregadores encontra-se no Pará (26,08%), Estado seguido por Mato Grosso (11,23%), Goiás (8,46%) e Minas Gerais (8,12%).

Em levantamento efetuado pela autora, do total de 576 empregadores, 422 nomes de estabelecimentos que constam do Cadastro detém a palavra “Fazenda” na identificação do empregador e 347 contém a expressão “zona rural” na localização, o que é indicativo de que provavelmente a grande maioria de trabalhadores vítimas deste crime são trabalhadores rurais.

Outro aspecto da maior relevância para a sustentabilidade social dos trabalhadores rurais é o benefício da *Previdência Social rural* que, segundo

10 OIT. Organização Internacional do Trabalho. *A OIT no Brasil - trabalho decente para uma vida digna*. Brasília: OIT, sem data. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/oit%20no%20brasil_folder_809.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2014.

11 MTE. *Ministério do Trabalho e Emprego*. 2012. [link: Inspeção do Trabalho>Combate ao Trabalho Escravo]. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/trab_escravo/portaria-do-mte-cria-cadastro-de-empresas-e-pessoas-autuadas-por-exploracao-do-trabalho-escravo.htm>. Acesso em: 03 fev. 2014.

parceria do Brasil com a Organização Internacional do Trabalho¹², reduz a migração rural-urbano e possibilita o desenvolvimento da agricultura familiar, com mais de 8,5 milhões de beneficiários diretos.

Os trabalhadores rurais estão incluídos na Previdência Social na categoria de segurados especiais, com idade reduzida para acesso à aposentadoria (60 anos para homens e 55 anos para mulheres).

Quantidade de Benefícios Rurais Pagos pela Previdência Social (2000-2011) em milhões



Fonte: Boletim Estatístico da Previdência Social/MPS – vários anos

Figura 1: Quantidade de Benefícios Rurais Pagos pela Previdência Social (2000-2011) em milhões

Fonte: OIT¹³

O *Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador* é uma parceria da Organização Internacional do Trabalho com o Governo Brasileiro, tendo como lastro as Convenções OIT 138 (idade mínima) e 182 (proibição e eliminação do trabalho infantil), bem como os artigos 7º, XXXIII, e 227, da Constituição Federal de 1988, e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069, 1990). Atualmente, o Plano está na sua segunda edição, com ações de 2011 a 2015.

Apesar de a doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes ter sido albergada pela Constituição Federal de 1988¹⁴,

12 OIT. Organização Internacional do Trabalho. *As boas práticas brasileiras em seguridade social*. v 1. Brasília: OIT, 2012.

13 Idem.

14 OLIVEIRA, Oris de. Dimensão do Trabalho Infantil no Brasil. In: *Direito do Trabalho Rural – Homenagem a Irany Ferrari*. GIORDANI, Francisco A. da Motta Peixoto; MARTINS, Melchíades Rodrigues; VIDOTTI, Tarcio José (Coord.) São Paulo: LTR, 2005. E-book.

dados estatísticos ainda apontam para a necessidade de erradicação do trabalho infantil no Brasil que, em 2009, equivalia a 4,25 milhões de pessoas entre 5 a 7 anos.

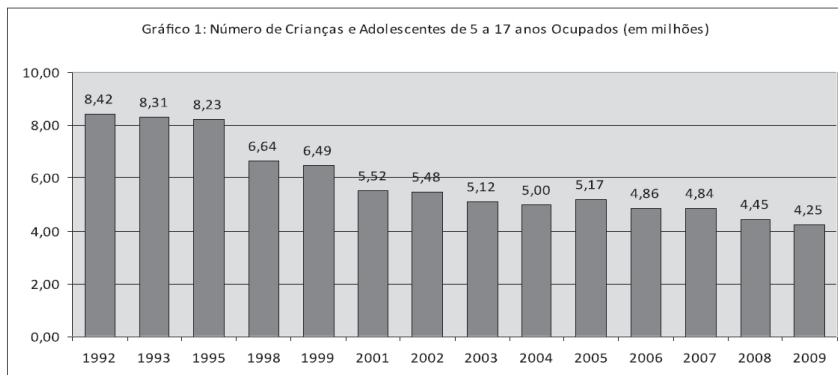


Figura 2: Número de Crianças e Adolescentes de 5 a 17 anos Ocupados (em milhões)
Fonte: MTE¹⁵

A figura subsequente apresenta a distribuição de pessoas de 5 a 17 anos ocupadas por grupos de idade, segundo a atividade (agrícola ou não agrícola) e a condição (remunerada ou não).

	<i>Agrícola remunerada</i>	<i>Agrícola não remunerada</i>	<i>Não agrícola remunerada</i>	<i>Não agrícola não remunerada:</i>
5 a 13 anos de idade	4,90%	95,10%	50,40%	49,60%
14 e 15 anos de idade	16,80%	83,20%	73,10%	26,90%
16 e 17 anos de idade	30,50%	69,50%	89,90%	10,10%

Figura 3: Distribuição de pessoas de 5 a 17 anos em atividades agrícolas
Fonte: MTE¹⁶

15 MTE. Ministério do Trabalho e Emprego. 2011. *Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção do Adolescente Trabalhador*. Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil. Brasília, 2. ed.

16 Idem.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O quadro de juridicidade brasileiro contempla mecanismos mínimos para a sustentabilidade social do trabalhador rural. A relação entre proteção social e trabalho rural é, contudo, complexa e o exame da sua efetividade pressupõe a consideração de como se constitui a economia agrária brasileira, com grandes, pequenos e médios produtores rurais e, como ponderado por Araújo¹⁷, dos conflitos sociais no campo brasileiro.

A extensão territorial e a diversidade de biomas do país, suas peculiaridades culturais regionais também merecem ser sopesados, considerando que a realidade dos trabalhadores rurais não é uniforme no território brasileiro e há estudos recentes sobre a situação do trabalhador rural nas diversas regiões: Norte, Nordeste, Centro-Oeste, Sudeste e Sul¹⁸.

Pensar-se no desenvolvimento rural brasileiro com foco na sustentabilidade social do trabalhador é premente e a proposta de uma certificação social por Hugo I. Torres tem o potencial de, como política pública, utilizar-se do uso do poder de compra do Estado para a maior dignificação humana dos trabalhadores.

Ao desenvolvimento social conjuga-se à importância da proteção ambiental e há muitas possibilidades a serem estudadas, como a agricultura orgânica, manejo agrícola com menores impactos ambientais, refletindo-se sobre o desenvolvimento rural que se almeja constituir. Para tanto, fundamentais o envolvimento de especialistas de diversos setores, em *think tanks* e fóruns democráticos que envolvam os atores sociais envolvidos no tema, identificando barreiras e desenvolvendo estratégias para a formulação dessa mais do que necessária política pública em sede licitatória.

17 ARAÚJO, José Carlos Evangelista. Modernização e conflito: os dilemas colocados pela questão agrária no Brasil. In: *Direito do Trabalho Rural – Homenagem a Irany Ferrari*. São Paulo: LTR, 2005. E-book.

18 ZIBETTI, Darcy Walmor; LIMBERGER, Emiliano José Klaske; BARROSO, Lucas Abreu (Coord). *Trabalhador Rural: Uma análise no contexto sociopolítico, jurídico e econômico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Carlos Evangelista. Modernização e conflito: os dilemas colocados pela questão agrária no Brasil. In: *Direito do Trabalho Rural – Homenagem a Iruny Ferrari*. São Paulo: LTR, 2005. E-book.

FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. 7ª reimpressão.

GARCIA, Augusto Ribeiro. O trabalho rural perante a legislação. In: *Trabalhador Rural: Uma análise no contexto sociopolítico, jurídico e econômico brasileiro*. ZIBETTI, Darcy Walmor; LIMBERGER, Emiliano José Klaske; BARROSO, Lucas Abreu (Coord). Curitiba: Juruá, 2012.

HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

MTE. Ministério do Trabalho e Emprego. 2011. *Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção do Adolescente Trabalhador*. Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil. Brasília, 2. ed.

MTE. *Ministério do Trabalho e Emprego*. 2012. [link: Inspeção do Trabalho>Combate ao Trabalho Escravo]. Disponível em:< http://portal.mte.gov.br/trab_escravo/portaria-do-mte-cria-cadastro-de-empresas-e-pessoas-atuadas-por-exploracao-do-trabalho-escravo.htm>. Acesso em: 03 fev. 2014.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. *A OIT no Brasil - trabalho decente para uma vida digna*. Brasília: OIT, sem data. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/oit%20no%20brasil_folder_809.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2014.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. *As boas práticas brasileiras em segurança social*. v. 1. Brasília: OIT, 2012.

OLIVEIRA, Oris de. Dimensão do Trabalho Infantil no Brasil. In: *Direito do Trabalho Rural – Homenagem a Iruny Ferrari*. GIORDANI, Francisco A. da Motta Peixoto; MARTINS, Melchíades Rodrigues; VIDOTTI, Tarcio José (Coord.) São Paulo: LTR, 2005. E-book.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. São Paulo: Cortez, 2008.

ZIBETTI, Darcy Walmor; LIMBERGER, Emiliano José Klaske; BARROSO, Lucas Abreu (Coord). *Trabalhador Rural: Uma análise no contexto sociopolítico, jurídico e econômico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012.

UMA ANÁLISE DAS IDEIAS DE IGUALDADE E LIBERDADE À LUZ DAS OBRAS UTOPIA E A CIDADE DO SOL

*AN ANALYSIS OF THE IDEAS OF EQUALITY AND LIBERTY IN
UTOPIA AND THE CITY OF THE SUN*

Vanessa Maria Trevisan

Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Utopia; 1.1 Primeira parte; 1.2 Segunda parte; 2 A Cidade do Sol; 2.1 Primeira parte; 2.2 Segunda parte; 3 Aproximação e distinção entre as obras; 4 Totalitarismo, igualitarismo e liberdade; 5 Conclusão; Referências.

¹ Mestranda do Centro Universitário de Brasília – CEUB. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba, com pós-graduação *latu sensu* em Direito Notarial e Registral pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: vanessatrvsn@gmail.com.

RESUMO: Este artigo realizou um estudo acerca do confronto entre liberdade e igualdade nas obras *Utopia*, de Thomas More, e *A Cidade do Sol*, de Tommaso Campanella. Iniciou-se pela narrativa das principais ideias contidas em cada um dos livros, em especial aquelas relacionadas à vida social e política dos seus cidadãos. Abordaram-se, na sequência, os pontos de aproximação e distinção entre as obras, para, em seguida, analisar as críticas que lhes são apresentadas, em face da excessiva intervenção do Estado na vida privada. Prosseguiu-se com a análise dos conceitos de totalitarismo, igualitarismo e liberdade, a fim de investigar os espaços de conflitos e divergências, em especial quanto à delimitação das esferas públicas e privadas. Assim, em face do atual estágio da ciência e, ainda, da grande relevância das obras na seara da filosofia política, concluiu-se que há a necessidade de se promover a constante salvaguarda dos aspectos relativos à vida e liberdade individual, em homenagem à promoção do ser humano.

PALAVRAS-CHAVE: Utopia. Cidade do Sol. Totalitarismo. Igualitarismo. Liberdade.

ABSTRACT: This present article carried out a study about the confrontation between freedom and equality in the works *Utopia*, by Thomas More, and *The City of the Sun*, by Thomas Campanella. It began with the narrative of the main ideas comprised on each book, especially those concerned to political and social life of its citizens. The approaching points were mentioned in the sequence and also the distinction among the works to examine the complaints given to them due to the excessive State intervention in private life. They kept going with the analysis of the totalitarianism concepts, egalitarianism and freedom, in order to investigate the areas of conflict and disagreement, especially regarding to the delimitation of public and private spheres. Thus, close to the actual stage of science and, even more, the great relevance of the works on the philosophical political field, it was concluded that there is the need to promote the constant protection of the aspects of life and individual freedom, in honour of human promotion.

KEYWORDS: Utopia. The City of the Sun. Totalitarianism. Egalitarianism. Freedom.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem a finalidade de analisar o igualitarismo e a liberdade à luz de *Utopia* e *A Cidade do Sol*, obras produzidas por Thomas More e Tommaso Campanella, respectivamente, contrastando-as com o atual estágio de desenvolvimento de nossas sociedades e, também, da ciência política.

Com efeito, o grau da intervenção do Estado na vida cotidiana de seus cidadãos e a maior ou menor amplitude que se empregue ao princípio da igualdade são fatores que refletem, diretamente, na construção dos espaços individuais e coletivos das diversas sociedades. E cada um destes espaços lança luz sobre o outro, pois “*aumentando a esfera do público, diminui a do privado, e aumentando a esfera do privado diminui a do público.*”²

Assim, se ‘*o homem é aquilo que é exclusivamente seu*’³, a excessiva intervenção do Estatal, com a regulamentação de âmbitos que antes eram de domínio privado, em prol de uma pretendida igualdade, poderá acabar por dissolver o indivíduo, subtraindo sua identidade própria perante os demais membros do corpo social. Desta forma, a exata delimitação do espaço de atuação estatal é um dos aspectos mais significativos do exercício do direito de liberdade e da autonomia dos cidadãos.

Faz-se necessário, assim, o estudo das obras anteriormente mencionadas, no que se refere aos seus aspectos políticos e sociais. Isto porque, conforme asseverado por Carlos Alberto Bittar:⁴

Quando a filosofia se projeta para o campo da política, para pensar os desafios do convívio sociopolítico humano, discutir os limites do contato entre liberdade, igualdade e poder [...] está a buscar a um só tempo na realidade dada o combustível para o refazimento da tecitura do que é, em direção ao que deve ser. A história da filosofia política ocidental releva o quanto a dimensão da reflexão acaba por se estreitar na fixação de um verdadeiro *ethos* de avaliação

2 BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. São Paulo: Paz e Terra, 2012. p. 14.

3 WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, n. 5, dez. p. 123-220, 1890. p. 06.

4 BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Filosofia Política*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 07.

de um cenário, a partir de premissas, com a indicação de caminhos definidores dos rumos e perspectivas da ação humana.

Desta forma, embora os conceitos de liberdade e igualdade venham sendo analisados desde a antiguidade, de tempos em tempos é necessário percorrer, novamente, antigos caminhos que originaram nossa atual compreensão de mundo em prol de sua afirmação, o que será buscado no decorrer deste artigo.

1 UTOPIA

Utopia⁵ é a obra mais famosa de Thomas More⁶, escrita em 1516. Ela é composta de duas partes bem distintas: a) a primeira parte contém a crítica política, social e econômica da sociedade inglesa do século XVI, apresentada sob a forma de um diálogo entre o autor e um navegador português chamado Rafael Hitlodeu; b) a segunda parte contém o relato feito por Rafael Hitlodeu sobre a vida na ilha imaginária, chamada Utopia, fundada na igualdade e no coletivismo, a fim de levar o leitor a refletir se ela poderia representar a república ideal.

Essas partes serão analisadas separadamente, para melhor compreensão dos diversos aspectos das obras de Thomas More.

5 A palavra “utopia”, cunhada por Thomas More, deriva do grego “ou topos”, que significa “em lugar nenhum”. Cumpre consignar, contudo, que, em outro trabalho, Thomas More sugere que a palavra Eutopia, ou lugar bom, é uma melhor descrição da sociedade retratada. (SARGENT, Lyman Tower. *Utopianism. A very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 02).

6 Thomas More nasceu em Londres, em 07 de fevereiro de 1478 e, durante sua vida exerceu as funções de professor, advogado e diplomata. A partir do ano de 1504, ocupou vários cargos públicos, dentre eles presidente da Câmara dos Comuns, subxerife de Londres e juiz membro da Commission of Peace. Posteriormente, no ano de 1520, entrou para a corte de Henrique, tornou-se cavaleiro, exerceu as funções de Vice-Tesoureiro e depois Chanceler do Ducado de Lancaster e, finalmente, entre os anos de 1529 a 1532, foi Chanceler do Reino de Henrique VIII. Thomas More era um homem muito religioso. Apoiava as decisões do papado, contrário à dissolução do casamento. Assim, em virtude das intenções de Henrique VIII de obter a anulação do casamento com Catarina de Aragão para casar-se com Ana Bolena e atento, ainda, às reformas religiosas que declararam o rei o chefe supremo da Igreja na Inglaterra, deixou seu cargo, causando desconfianças na Corte. Posteriormente, em 17 de abril de 1534, foi convocado para fazer juramento relativo ao Decreto da Sucessão, por intermédio do qual reconheceria a legitimidade dos filhos de Henrique VIII e Ana Bolena, bem como repudiaria qualquer autoridade estrangeira. Todavia, diante de sua recusa, foi preso na Torre de Londres e decapitado em 06 de julho de 1534, aos 57 anos de idade. (LOGAN; ADAMS. Introdução. In: MORE, Sir Thomas, Santo. *Utopia*. Organização George M. Logan e Robert M. Adams; tradução Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. XIX-XXIII; Thomas More. Disponível em <http://en.wikipedia.org/wiki/Thomas_More> Acesso em: 23 jul. 2014).

1.1 PRIMEIRA PARTE

A primeira parte, conforme exposto anteriormente, adota a forma um diálogo entre o próprio Thomas More e o personagem Rafael Hitlodeu, um navegador português.⁷

O personagem Rafael Hitlodeu descreve a existência da figura do príncipe absoluto, proprietário universal dos bens e de todos os súditos, movidos pela “*ganância de conquistar novos reinos a todo e qualquer custo*” e esquecido de “*bem governar aqueles que já possui*”.⁸

O personagem expõe, ainda, os argumentos utilizados pelo governante absoluto para a acumulação de novos tesouros, bem como sobre o interesse do príncipe em que seus súditos possuam o mínimo possível, pois “*a indigência e a miséria debilitam as coragens, tornando o povo passivo e retirando aos oprimidos a audácia necessária para se revoltar*”.⁹

Em relação aos aspectos sociais, o interlocutor afirma que a Inglaterra está fracionada em estratos compostos por nobres – “*zangões nutridos do trabalho alheio*”, por religiosos – “*os piores vagabundos deste mundo*”, soldados – “*perturbadores da paz, que vivem na ociosidade*” e miseráveis – “*cujo destino era o de ser enforcados*”.¹⁰

Em relação ao aspecto econômico, assevera que a propriedade e a exploração destas pelos nobres, à custa do trabalho dos rendeiros, é a fonte de todos os males pelos quais os ingleses estavam passando e que os oligopólios e monopólios acabavam por induzir à pobreza geral.¹¹

7 Thomas Morus criou, como meio de proteção, um personagem com nome significativo, Hitlodeu, composto por palavra de origem grega que significa ‘mercador de disparates’ (LOGAN; ADAMS, op. cit., p. XIV) ou ‘sem razão’ (GERARD, W. B; STERLING, Eric. Sir Thomas More’s Utopia and the Transformation of England from Absolute Monarchy to Egalitarian Society. *Contemporary Justice Review*, v. 8, no. 1, March 2005. p. 13). Isto porque os princípios expostos na obra “não podiam ser expressos abertamente numa época em que um monarca violento exigia lealdade absoluta e estripava vivos aqueles que o irritavam” (PARKER, Martin; FORNEY, Valérie; REEDY, Patrick. *Dicionário de alternativas: utopismo e organização*. São Paulo: Octavo, 2012. p. 318). Assim, Hitlodeu é o narrador da história, cabendo ao personagem More ouvir e ocasionalmente objetar as críticas feitas por aquele à Inglaterra. Por intermédio deste subterfúgio, Thomas More mantém uma distância entre ele e sua crítica da estrutura social e política da Inglaterra (GERARD; STERLING, op. cit., p. 13).

8 MORE, op. cit., 25-26.

9 MORUS, Sir Thomás, Santo. *Utopia*. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2011. p. 52.

10 MORE, op. cit., p. 30-50.

11 MORUS, op. cit., p. 34-35.

Cumprе consignar que o diálogo contido na primeira parte deste livro já introduz o que vem ser a segunda parte – a descrição da ilha de Utopia. Contrapôs, assim, o igualitarismo político existente na ilha de Utopia com a desigualdade e a exploração do trabalho alheio, existentes na Inglaterra.¹²

1.2 SEGUNDA PARTE

A ilha de Utopia¹³, cuja localização é desconhecida¹⁴, tem como capital Amaurota, cidade localizada às margens do rio Anidro¹⁵. Ela é formada por 54 cidades, cada cidade contém 6 mil famílias, cada uma com 10 a 16 membros adultos, distribuídos em 04 bairros iguais. Para manter um nível ideal de pessoas em cada família e em cada cidade, as autoridades podem transferir as pessoas de um local para outro, independentemente de sua vontade, mantendo, assim, a densidade demográfica em patamar adequado.¹⁶

Em relação à organização social e atividade política, o narrador conta que, a cada ano, 30 famílias elegem um magistrado, chamado sifogrante ou filarco. Por sua vez, cada 10 sifograntes e as famílias que deles dependem obedecem a um magistrado chamado tranibore ou protofilarco.¹⁷

Para a escolha do príncipe, cada bairro da cidade propõe um nome, sendo que os duzentos sifograntes escolhem, mediante voto secreto, um

12 GERARD; STERLING, op. cit. p. 09.

13 Originalmente, a terra não era uma ilha. Foi o rei Utopos quem ordenou que o istmo que a ligava ao continente fosse cortado, o que, nas palavras de Baczo "é duplamente simbólico: não só por ter isolado a cidade do resto do mundo, mas também porque assim a Utopia se oferece ao olhar como obra puramente humana e racionalmente construída, isto é, como uma transformação da natureza pela cultura" (BACZKO, Bronislaw. Utopia. In: *Enciclopédia Einaudi*, v. 5, Anthropos — Homem, Lisboa: Einaudi, 1989. p. 13). Ademais, "a ruptura topográfica" serve, também, para sublinhar que o país imaginário desconhece a história vivida pelos leitores (BACZKO, op. cit., p. 28).

14 Sobre a localização da Ilha, o autor e seu editor, em cartas remetidas um ao outro, divertem-se com a questão. Enquanto Thomas More penitencia-se por não ter perguntado por sua localização e pede para que o editor questione Rafael Hitlodeu a respeito, o editor responde afirmando que eles fizeram tal pergunta, mas naquela ocasião alguém tossiu ruidosamente e, por isso, não ouviram a resposta (BACZKO, op. cit., p. 12).

15 Alias, cumprе consignar que ao longo de toda a obra, Thomas More irá utilizar um jogo de palavras para descrever cargos ou locais, como apontado por Marilena Chauí: "(...) é notória a presença de palavras negativas nessa obra de More, isto é, de palavras que se iniciam o prefixo grego 'a': a capital da ilha de Utopia é Amaurote, a não-visível, situada às margens do rio Anhydra, sem água, seus habitantes são os Alaopolitas, sem cidade, governados por Ademos, príncipe sem povo, e seus vizinhos são os Achorianos, homens sem terra." (CHAUI, Marilena. Breve consideração sobre a utopia e a distopia. In: SILVA JUNIOR, Ivo da (org). *Filosofia e cultura: festschrift em homenagem a Scarlett Marton*. São Paulo: Barcarolla, 2011. p. 361-362).

16 MORUS, op. cit., p. 68, 71, 82-83.

17 MORUS, op. cit., p. 69, 74.

dentre os quatro nomes apresentados. O príncipe, chamado de Barzanés ou Ademus, tem mandato vitalício, salvo se aspirar a tirania.¹⁸

Em Utopia não há propriedade privada e o modo de vida é comunitário. As casas, todas espaçosas e de igual aspecto, são munidas de portas que, no entanto, se mantêm sempre abertas, ressaltando que *“ali não há nada que não constitua domínio privado”*. Curiosamente, embora todas as casas sejam essencialmente iguais, os habitantes são obrigados a mudar de residência de dez em dez anos.¹⁹

Ademais, todos dedicam-se a agricultura, em terras cultiváveis localizadas ao redor das cidades, sendo estabelecido um sistema de rodízio entre agricultores e cidadãos, a fim de que todos os utopianos contribuam com a subsistência da cidade.²⁰

Todos os utopianos trabalham seis horas por dia, a exceção dos estudiosos²¹, sendo que cada um aprende um segundo ofício que lhe agrada e que será o seu após ter contribuído na atividade agrícola. O restante do tempo é deixado à liberdade da alma e à cultura do espírito, sendo que a maioria dos utopianos dedica suas horas livres ao estudo.²²

Em Utopia não há cabarés, tavernas ou locais para encontros amorosos. Os utopianos praticam apenas dois tipos de jogos, semelhantes ao xadrez, o primeiro envolvendo números e o segundo envolvendo vícios e virtudes.²³

Ademais, os utopianos vestem roupas iguais em toda a ilha, a *‘partir de um modelo que não muda há séculos’*, havendo, tão somente, distinções em relação ao sexo e ao estado civil. Não necessitam, portanto, de várias roupas, razão pela qual a produção atende à limitada demanda.²⁴

Os utopianos afirmam que a vida virtuosa é a mais agradável e é aquela que conduz à felicidade. A virtude é uma vida de acordo com a natureza e, para viver de acordo com ela, é preciso obedecer a razão.

18 MORUS, op. cit., p. 74.

19 Ibid, p. 73.

20 Ibid., p. 69-70.

21 Curioso notar, contudo, que embora pregue a igualdade, Thomas Morus estabelece uma nova classe, a dos intelectuais, que estão dispensados dos trabalhos e a quem são destinados os cargos públicos.

22 Ibid, p. 75-77, 89.

23 Ibid., p. 78, 89.

24 Ibid., p. 76, 81.

Ademais, a felicidade não está em qualquer prazer, mas no prazer correto, em especial os prazeres da alma.²⁵

Em relação à religião, Hitlodeu narra que há uma multiplicidade de crenças, pois uns adoram o sol, outros a lua ou algum outro planeta. Todavia, os mais sábios reconhecem um deus único, ao qual atribuem a origem, o crescimento o progresso e o declínio de todas as coisas.²⁶

Ressalta, ainda, que os utopianos foram esclarecidos, por intermédio de Hitlodeu e seus companheiros, sobre a vida e os ensinamentos de Jesus Cristo, voltando-se com entusiasmo a esta crença, mas que aqueles não *'aderiram à religião cristã não desviam ninguém dela e não perturbam os que a professam'*.²⁷

Os utopianos não utilizam dinheiro entre eles, mas o mantém somente para eventuais contingências. Ademais, utilizam ouro e prata para fazer penicos e correntes para os escravos, e as pedras preciosas são utilizadas somente pelas crianças, depreciando-os e, conseqüentemente, inibindo a obsessão por tais bens, razão pela qual não são cometidos crimes para obtê-los.²⁸

Ademais, em Utopia há hospitais muito bem instalados e equipados, com médicos que dispensam atenção e cuidados aos doentes, razão pela qual *"não há por assim dizer ninguém na cidade inteira que não prefira, quando adoecer, ser tratado antes no hospital que em sua casa"*.²⁹

Todavia, se alguém é acometido de uma doença incurável, que lhe causa torturas perpétuas, recebe a visita de sacerdotes e magistrados que *"lhe expõem que ele não pode mais realizar nenhuma das tarefas da vida, que ele se torna um peso para si mesmo e para os outros, que ele sobrevive à própria morte"*, sendo que, ao final do discurso, muitos são persuadidos a *"deixarem-se morrer de fome, ou então são adormecidos e libertados da vida sem sequer perceber que morrem"*.³⁰

25 MORUS, op. cit., p. 99. A respeito da vida virtuosa, interessante anotar que, nas palavras de LOGAN e ADAMS, 'Os utopianos (que tem como coisa certa ser o interesse pessoal do fato essencial da natureza humana) afirmam que o prazer é o objetivo da vida, mas constatam que a vida mais agradável é a vida virtuosa. É essa também a conclusão de Platão e Aristóteles, mas, para eles, a vida virtuosa é a vida do ócio contemplativo, tornado possível pelo trabalho de escravos e artesãos cuja felicidade não constitui um dos objetivos da república.' (LOGAN; ADAMS, op. cit., p. XLII).

26 MORUS, op. cit., p. 135.

27 Ibid., p. 136-137.

28 Ibid., p. 92-93.

29 Ibid., p. 85.

30 Ibid., p. 115.

O rígido controle sobre o indivíduo é exercido até mesmo sobre os mortos e, conforme ressaltado por Hanan Yoran, “*Even the dead are punished in the ideal state*” (2005, p. 07). Isto porque aquele que encontra seu fim com alegria e esperança tem um cortejo fúnebre alegre, após o qual seu corpo é cremado. Todavia, aquele que exhibe medo ou relutância em relação à sua morte é triste e silenciosamente enterrado.

Além disso, quem se mata por alguma razão que “*não foi aprovada pelos sacerdotes e o senado não é julgado digno nem de uma sepultura nem de uma fogueira; seu corpo é lançado vergonhosamente em um pântano qualquer*”.³¹

Utopia é hierárquica e patriarcal e as famílias são constituídas em virtude do parentesco em linhagem paterna. Com efeito, as mulheres, após o casamento, vão viver na família do seu marido, enquanto os homens permanecem na família de origem e obedecem ao mais velho (MORUS, 2011, p. 82). Por ocasião do noivado, os noivos observam um ao outro, inteiramente nus, a fim de evitar que um defeito oculto venha a comprometer um casamento, sendo certo, ainda, que as relações sexuais fora do casamento e o adultério são severamente punidos. Isto porque os utopianos “*julgam que o pacto do amor conjugal, que exige passar a vida toda com um único cônjuge [...], dificilmente ligará dois seres que não tiverem sido atentamente desviados de toda união inconstante*”.³²

A instrução das crianças abrange tanto as letras, a aritmética etc., como o caráter e a moral, a fim de atingir sua finalidade maior, que é a formação de cidadãos responsáveis.³³

Há poucas leis para reger a vida, pois os utopianos consideram uma iniquidade submeter os homens a um volume de normas de difícil leitura e compreensão, sendo certo, ainda, que o respeito entre o governo e seus cidadãos é suficiente para manter a paz. Ademais, recusam a intervenção dos advogados, pois entendem que a verdade se deixa resgatar mais facilmente sem o auxílio de espertalhão que lhe sobre artifícios.³⁴

A punição por crimes é deixada para a autoridade mais próxima possível: os homens castigam as mulheres e os pais castigam os filhos, a não ser que a ofensa seja séria, com interesse público.³⁵ Esta aproximação

31 MORUS, op. cit., p. 115.

32 Ibid., p. 115-116.

33 Ibid., p. 96-97.

34 Ibid., p. 120.

35 MORUS, op. cit., p. 118.

entre o ofensor e o seu julgador enfatiza a descentralização da autoridade governamental e reconhece a habilidade dos cidadãos utopianos em resolver seus problemas, adequadamente, por seus próprios meios, em virtude da educação recebida³⁶, embora, contraditoriamente, estejam sujeitos a uma contínua supervisão.

Há limitação do direito de ir e vir, pois aquele que se retira de sua cidade sem prévia autorização, é tratado como criminoso e severamente punido e, se reincidir, perde a liberdade e é condenado a trabalhos forçados.³⁷

Em relação à guerra, a narrativa expõe um lado não-utopiano de Utopia.³⁸ Isto porque, embora considerem que *'nada é menos glorioso do que a glória dada pela guerra'*³⁹, caso optem por ela, irão adotar práticas brutais ou dissimuladas, o que fez alguns se perguntarem se os utopianos *"ao procurarem vencer as guerras pela manha, a corrupção e a intriga, não seriam uma espécie de «maquiavélicos» ante litteram"*.⁴⁰

Exibem pouca gentileza com os vencidos, condenando à morte os que se opuseram à rendição e condenando à servidão os demais defensores inimigos.⁴¹ Ademais, também em relação aos seus próprios cidadãos vão exibir um tratamento rude, condenando-os, da mesma forma, à servidão ou morte aqueles que transgredirem suas regras rígidas, em especial, aqueles que discutirem assuntos públicos fora do senado, praticarem adultério ou saírem da cidade sem permissão.⁴²

2 A CIDADE DO SOL

A Cidade do Sol foi escrita por Tommaso Campanella⁴³, no ano de 1602, enquanto estava no cárcere, acusado de heresia e

³⁶ GERARD; STERLING, op. cit., p. 08.

³⁷ MORUS, op. cit., p. 89.

³⁸ YORAN, Hanan. *More's "Utopia" and Erasmus' "No-place"*. English Literary Renaissance; Winter 2005, v. 35, issue 1, p. 07.

³⁹ MORUS, op. cit., p. 124.

⁴⁰ BACZKO, op. cit., p. 14.

⁴¹ MORUS, op. cit., p. 134.

⁴² YORAN, op. cit., p. 07.

⁴³ Tommaso Campanella nasceu em 05 de setembro de 1589, no vilarejo de Stilo, na Calábria, Itália. Seu verdadeiro nome é Giovan Domenico Martello, mas adotou o nome de Tommaso ao entrar para os dominicanos, em virtude de sua admiração por São Tomás de Aquino, bem como retornou o uso do "apelido dado a um de seus bisavós: Campanella, 'o Sino'. Por meio dessa escolha ele acreditará que define sua missão: ser aquele que chama para a vigília em razão dos desfechos escatológicos". Tommaso Campanella

conspiração. A obra, contudo, foi publicada, em latim, somente em 1623.⁴⁴

Da mesma forma que Utopia, a história também é apresentada em duas partes distintas: a) a primeira adota a forma de um diálogo entre dois personagens: Grão-Mestre dos Hospitalários e um almirante genovês, que conta ter descoberto uma cidade com leis e costumes perfeitos perto da ilha de Taprobana⁴⁵; b) a segunda parte apresenta questões sobre a ótima república, bem como sobre as respostas à eventuais objeções, consistindo, assim, em um exercício de convencimento quanto à conformação da ótima república.

2.1 PRIMEIRA PARTE

Conforme exposto anteriormente, na primeira parte da obra o autor descreve a Cidade do Sol. De acordo com a narrativa, os habitantes escolheram o momento mais favorável, conforme a posição dos planetas⁴⁶, para iniciar a construção da cidade e a edificaram em uma alta colina, em forma circular, com sete muralhas, ricamente pintadas⁴⁷, que receberam

era extremamente inteligente, leitor voraz e provocador. A inteligência privilegiada ocasionou um dos primeiros encarceramentos, sob a acusação de que escondia sob a unha do dedo mínimo um demônio que lhe soprava seu prodigioso saber. Na ocasião de seu interrogatório, os juízes lhe perguntaram como fazia para saber tantas coisas, ao que ele respondeu: "Eu consumi mais azeite [para minhas lamparinas] do que vocês vinho". (DELUMEAU, Jean. *O mistério Campanella*. São Paulo: Madras, 2011. p. 30; 38). Posteriormente, enfrentou outros processos, sendo acusado de heresia e preso em Pádua (1592), e em Roma, em duas oportunidades (1594-1595 e 1597). A principal acusação, contudo, foi a acusação de conspiração contra o governo da Espanha, em razão da qual ficou preso por 27 anos (1599-1626). Embora tenha sido condenado à morte, simulou sua loucura. Em consequência, sua pena foi convertida em prisão perpétua e, posteriormente, Campanella acabou sendo libertado (RUIZ, Castro M. M. Bartolomé. Tommaso Campanella. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.); CULLETON, Alfredo (coord. adjunto). *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo: UNISINOS, 2010. p. 82). Deveu grande parte de sua reputação à sua competência como astrólogo, sendo que, mesmo durante parte do seu período de encarceramento, foi o astrólogo do Papa Urbano VIII (DELUMEAU, Jean. op. cit., p. 221). Em 1634, temendo novas acusações, seguiu o conselho do Papa Urbano VIII e fugiu para a França, onde foi recebido por Luiz XIII e pelo Cardeal Richelieu. Faleceu em 21 de maio de 1639, em Paris, França (RUIZ, op. cit., p. 82).

44 DELUMEAU, op. cit., p. 163.

45 Taprobana é o nome antigo, dado pelos gregos e romanos, à ilha de Ceilão, atual Sri Lanka.

46 Em diversos aspectos da cidade e da vida política e social há menção à astrologia, pois o autor era um estudioso do assunto. Além disso, "os estudiosos da época, inclusive a própria Igreja, conferiam grande relevo à astrologia que era, muitas vezes, confundida com matemática" (DELUMEAU, op. cit., p. 122). Todavia, cumpre consignar que a doutrina oficial da Igreja acreditava que os astros influenciavam nosso destino, mas não o determinavam, pois, caso contrário, isto arruinaria o livre arbítrio e o mérito pessoal (DELUMEAU, op. cit., p. 213).

47 Conforme asseverado por Germana Ernst: "Um dos aspectos mais espectacular e imaginativo de A Cidade do Sol, que imediatamente atingiu seus leitores, são as paredes pintadas da cidade. Além de envolvente

o nome dos cinco planetas conhecidos à época e de dois astros, o sol e a lua. Cada uma das muralhas possui quatro portões, situados conforme os quatro pontos cardeais, tornando a cidade praticamente inexpugnável.⁴⁸

As sete muralhas dividem a cidade em seis círculos, os quais representam, cada um, uma espécie de saber. No alto da colina está localizado o templo do sol, também de forma circular, no qual estão representadas todas “*as estrelas celestes, da primeira à sexta grandeza, todas assinaladas com seus nomes, seguidos de três versículos que revelam a influência que cada estrela exerce sobre as vicissitudes terrenas*”.⁴⁹

A cidade ideal é governada por Hoh, o Metafísico, um rei-sacerdote, a quem estão “*submetidos o temporal e o espiritual*”, sendo que “*depois do seu juízo, deve cessar qualquer controvérsia*”.⁵⁰ Este rei-sacerdote “*só pode ocupar eminente dignidade depois de completar o sétimo lustro*”, e seu “*cargo é perpétuo, enquanto não se descobre outro mais sábio e melhor indicado para governar a república*”.⁵¹

Na condução da cidade, este rei é auxiliado por três outros príncipes: Sin, Sapiência, que se ocupa das artes liberais, mecânicas e da ciência; Pon, Potência, que se ocupa da paz e da guerra e da arte militar; Mor, Amor, que se ocupa da procriação, da educação das crianças, do trabalho, da alimentação e vestuário dos habitantes. Este triúnvero “*não reconhece superiores na administração militar, exceto Hoh*”.⁵²

Afirmam os solarianos que “*toda espécie de propriedade tem sua origem e força na posse separada e individual das casas, dos filhos e das mulheres*”, o que produz amor-próprio “*e cada um trata de enriquecer e aumentar os herdeiros*”, o que acaba defraudando o interesse público. Assim, a vida comum na Cidade do Sol está fundada na negação da propriedade privada, em proveito da utilidade e felicidade geral.⁵³

e proteger a cidade, as paredes também são as cortinas de um teatro extraordinário e as páginas de uma enciclopédia ilustrada do conhecimento.” (ERNST, Germana. Tommaso Campanella. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed.), Disponível em <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/campanella/>>. Acesso em: 10 fev. 2013, tradução livre).

48 CAMPANELLA, Tommaso. *A cidade do sol*. São Paulo: Martins Claret, 2005. p. 16.

49 Ibid., p. 18.

50 Ibid., p. 19.

51 Ibid., p. 28.

52 Ibid., p. 19.

53 CAMPANELLA, op. cit., p. 24.

Desta forma, “*eles têm em comum as casas, os dormitórios, os leitos, todas as coisas necessárias.*” E “*depois de seis meses, os mestres escolhem os que devem dormir neste ou naquele lugar: quem no primeiro quarto, quem no segundo, etc.*”⁵⁴

Ademais, dividem a mesma mesa, sendo que as mulheres preparam os alimentos e estendem as tolhas, enquanto os jovens que ainda não completaram 21 anos ficam responsáveis pelo serviço. No momento da refeição, “*conforme o uso dos monges, não é permitido nenhum rumor*”, autorizado, contudo, que um jovem faça a leitura, com voz alta e distinta, de algum livro, sendo a leitura “*frequentemente interrompida pelos magistrados, que fazem observações sobre as passagens mais importantes*”.⁵⁵

Além disso, os solarianos vestem as mesmas roupas – com pequenas diferenças entre homens e mulheres – trocadas a cada estação –, recebem a mesma educação e possuem as mesmas coisas e oportunidades.⁵⁶

As mulheres também são comuns⁵⁷, ressaltando que eles adotaram tal comunidade “*unicamente pelo princípio de que tudo devia ser comum e que só a decisão do magistrado devia regular a igual distribuição*”.⁵⁸ Desta forma, as mulheres são consideradas somente “*um instrumento gerador de vida*”⁵⁹, ou seja, não há casamento ou a constituição de família como a conhecemos, composta por pais, filhos, netos etc.

A geração não deve ser deixada ao acaso ou aos sentimentos individuais, sendo reservada aos homens com mais de 21 anos e às mulheres com mais de 19 anos, em boa saúde, corajosos e valorosos. Os parceiros sexuais e a hora exata da geração são determinados pelo astrólogo e pelo médico, com a adoção de procedimentos de eugenia. Desta forma, “*uma mulher grande e bela se une a um homem robusto e*

54 Ibid., p. 30.

55 Ibid., p. 31.

56 Ibid., p. 26, 30, 32.

57 Campanella posteriormente reviu algumas de suas posições, em especial sobre a poligamia, asseverando, e sua obra *Theologia*, que a poligamia não é contra o natural em um primeiro plano, mas a monogamia é melhor e é conforme ao Evangelho, atribuindo, assim, um significado espiritual ao casamento (DELUMEAU, op. cit., p. 299).

58 CAMPANELLA, op. cit., p. 24.

59 RUIZ, op. cit., p. 85.

apaixonado, uma gorda a um magro, uma magra a um gordo, e assim, com sábio e vantajoso cruzamento, moderam-se todos os excessos”.⁶⁰

Desta forma, não há uma relação pessoal, afetiva, entre o casal, mas sim uma união determinada por critérios morais e físicos, em face da responsabilidade social de geração em favor da comunidade e não para atender a um interesse próprio. “*Trata-se, portanto, de um direito público e não privado, do qual os particulares só participam como membros da república*”.⁶¹

As crianças são separadas da família aos três anos de idade e entregues aos mestres, ocasião em que começam a estudar e a exercitar-se, seguindo-se tal rotina até a fase adulta.⁶² Prevê-se, assim, de um lado, o não desenvolvimento de laços familiares, por outro, a gratuidade e a generalização do ensino, sem distinção entre homens e mulheres.

Todos os habitantes aprendem diversos ofícios e cada um pratica aquele pelo qual demonstra maior aptidão, mas nenhum trabalho é considerado indigno, ao contrário, as artes mais fatigantes obtêm maior estima. Todavia, todos tem o dever de conhecer a arte militar, a agricultura e a pecuária, ofícios reputados nobilíssimos.⁶³

Os habitantes trabalham quatro horas por dia e o tempo restante é empregado em atividade recreativa e lúdica, sempre com a finalidade de aprendizado, a fim de que o saber substitua a ignorância. Não se permitem “*jogos que obriguem a ficar sentado, como dados, xadrez e outros, divertindo-se todos com a pela, o balão, o pião, a corrida etc*”.⁶⁴

Em relação à religião, ela é parcialmente semelhante à cristã, porque a população crê em um Deus e em parte dos dogmas do catolicismo. Assim, acreditam na existência e imortalidade da alma e

60 CAMPANELLA, op. cit., p. 33-34. De acordo com Jean Delameau, isto se deve ao fato de Campanella ter observado as práticas eugênicas praticadas por seu protetor napolitano Mario Del Tufo em sua propriedade, a respeito das quais teria anotado: “É comum entre os grandes senhores fazer representar belos cavalos e belos cães para que sejam vistos pelos cavalos e pelos cães durante o coito, para que engendrem animais semelhantes. Eu me surpreendo que sejamos tão estúpidos para negligenciar a geração humana, ao passo que somos atentos às raças de animais.” (DELUMEAU, op. cit., p. 201).

61 CAMPANELLA, op. cit., p. 37.

62 Ibid., p. 35.

63 Ibid., p. 39, 48.

64 Ibid., p. 39.

que, após sua saída do corpo, ela irá se associar com anjos bons ou mal, conforme as ações da vida presente.⁶⁵

Contudo, não creem no inferno, tampouco em punição divina. Para os solarianos, a religião é muito mais naturalista e racionalista, razão pela qual não exige uma revelação divina. Assim, apresentam Jesus como um homem excepcional, mas não como a segunda pessoa da Trindade Divina⁶⁶, sendo representado nas muralhas ao lado de outras figuras ilustres, como Moisés, Júpiter e Osíris.⁶⁷

Cumprido consignar, ainda, que, embora para nós A Cidade do Sol seja uma obra carregada de esoterismo, para Campanella ela representa “o ideal da integração da ordem social com a cósmica e de ambas com o divino. Os elementos esotéricos da filosofia política de Campanella devem ser interpretados como princípios de coerência do político com o cósmico.”⁶⁸

2.2 SEGUNDA PARTE

Terminado o diálogo entre o Grão Mestre dos Hospitalários e o Almirante Genovês, o autor prossegue com um questionamento sobre a pertinência de sua obra, afirmando que não “se escreveu inutilmente, porque o que se propõe é um exemplo que deve ser imitado tanto quanto possível”.⁶⁹

Sobre a comunidade de bens, assevera que “com a nossa república são tranquilizadas as consciências, eliminada a avareza, raiz de todo mal, bem como as fraudes cometidas nos contratos, os frutos, as rapinas, a indolência e a opressão dos pobres”.⁷⁰

No que se refere à objeção em relação à comunidade das mulheres assevera que ela “não destrói as pessoas, nem impede a geração; e não é contra a ordem, mas, ao contrário, auxilia grandemente o indivíduo, a geração e a república”.⁷¹

65 CAMPANELLA, op. cit., p. 42.

66 DELUMEAU, op. cit., p. 45.

67 CAMPANELLA, op. cit., p. 22.

68 RUIZ, op. cit., p. 84.

69 CAMPANELLA, op. cit., p. 88.

70 Ibid., p. 101.

71 Ibid., p. 112.

Em relação à comunidade das crianças, assevera que, desta forma, todos são pai de todos, o que evita que o homem ame os filhos mais do que convém e despreze os alheios além da medida.⁷²

Por fim, cumpre anotar que, para Campanella, a felicidade “*reside na capacidade de integrar-se no ‘corpo da república’*”, ideia de corpo que reaparecerá na obra de Thomas Hobbes. Ademais, esta sociedade preconiza “*uma uniformidade [uma abolição?] de todas as diversidades para conseguir harmonia plena e eficiência organizativa*”.⁷³

Assim, brevemente apresentados os autores e suas obras, cumpre analisar em quais aspectos elas se aproximam e em quais aspectos elas se distanciam.

3 APROXIMAÇÃO E DISTINÇÃO ENTRE AS OBRAS

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que as sociedades descritas em Utopia e A Cidade do Sol não são obra de uma autoridade superior, que deu aos homens o paraíso celeste para a eterna e integral satisfação dos seus diversos desejos. Ao contrário, as sociedades são fruto do intelecto humano que, com a moderação e a renúncia aos desejos individuais, produziu a harmonia entre os homens.

Convém consignar, ainda, que Utopia está localizada em uma ilha, enquanto A Cidade do Sol está localizada no alto de uma colina fortificada, sendo ambas, portanto, relativamente isoladas do mundo exterior por um ato humano – a remoção de um istmo ou a construção de muralhas –, o que teria a finalidade de evitar que elas fossem ‘contaminadas’ pelas demais sociedades e o condão de ressaltar a racionalidade humana como meio para a construção de uma nova sociedade.

Conforme exposto anteriormente, Thomas More cria, em Utopia, uma sociedade baseada na igualdade, ordem e justiça, com a supressão da propriedade privada e da intolerância religiosa, o que entende ser a causa das desigualdades sociais. Enaltece, ainda, a dignidade do trabalho, faz a crítica da ociosidade e propõe que até mesmo os momentos de lazer sejam dedicados ao engrandecimento do homem.⁷⁴

72 CAMPANELLA, op. cit., p. 116-117.

73 RUIZ, op. cit., p. 85.

74 CHAUÍ, op. cit., p. 367.

Por sua vez, Tommaso Campanella, em *A Cidade do Sol*, também expõe o resultado de uma sociedade fundada na ausência de propriedade privada, no trabalho coletivo, na distribuição igualitária dos bens e no conhecimento e engrandecimento do homem, aproximando-se, neste aspecto, da obra de Thomas Morus.

Além disso, as duas obras narram que as refeições de seus habitantes são feitas em refeitórios comunitários, na mesma hora do dia para todos os seus habitantes. Também descrevem que as vestes são idênticas para todos, com pequenas variações conforme o sexo, a estação do ano, o estado civil ou a ocasião, e, ainda, que não há distinção entre homens e mulheres em grande parte das atividades desenvolvidas, a exceção daquelas que, a seu ver, exijam esta ou aquela compleição física. Este tratamento igualitário entre homens e mulheres estava em flagrante contradição com a situação social existente à época em que as obras foram escritas, sendo, portanto, uma inovadora proposta dos autores.

Finalmente, tanto em *Utopia* quanto em *A Cidade do Sol*, a jornada de trabalho é limitada: seis horas diárias para os utopianos e quatro horas diárias para os solarianos, externando-se, aqui, a preocupação com as difíceis condições de trabalho às quais os operários estavam submetidos ao tempo em que os livros foram escritos.

Cumprе consignar, contudo, que as obras utópicas ora analisadas não se inserem na tradição socialista. Isto porque, conforme asseverado por Marilena Chauí, “*a utopia é insular – a cidade ideal é uma ilha isolada e ilocalizável –, nela há o sacrifício do individual pelo coletivo como forma de suprir as carências sociais, e o núcleo utópico é a figura do bom Estado*”. Na tradição socialista, por sua vez, não há o aludido isolamento, pois pretendem a universalidade, e seus defensores “*recusam o sacrifício do individual por supostos interesses universais superiores e sua referência não é o Estado e sim a sociedade, com a quebra de todas as formas de dominação*”.⁷⁵

Além disso, *Utopia* trata mais de um desejo do que proposições, de uma crítica do presente por intermédio de uma ficção. O próprio nome atribuído à cidade, *Utopia*, ‘*em lugar nenhum*’, e a proposição feita pelo autor ao final do livro, no sentido de que ‘*desejo-o mais do que espero*’, bem demonstram que se tratava, muito mais, de uma aspiração que não esperava ver realizada.

75 Ibid., p. 375-376.

A Cidade do Sol, ao contrário, é fruto de uma convicção do autor, de uma proposição, a fim de alcançar um período de felicidade de toda a humanidade. Isto porque Campanella era um milenarista e sua obra é uma antecipação daquilo que ele acredita que acontecerá durante o século de ouro.⁷⁶

Necessário salientar que, embora fugidia, há uma fronteira entre utopia e milenarismo. Isto porque a utopia é um fenômeno moderno no sentido cronológico da palavra, enquanto o milenarismo está presente em todas as épocas e povos. Ademais, enquanto a Utopia está diretamente relacionada com a narrativa fantasiosa de uma sociedade ideal, construída pela ação humana, o mito milenarista exige a observação dos signos, a fim de que o homem passe a viver livre de qualquer miséria, doença ou guerra.⁷⁷

Desta forma, enquanto Thomas More, em sua Utopia, aproxima-se de um legislador, Tommaso Campanella aproxima-se de um profeta.⁷⁸

Todavia, é evidente que as representações utópicas e milenaristas são permeáveis umas as outras, como a própria leitura das obras anteriormente narradas permite verificar, pois evidenciam a problemática da vida social e política, apontando, ambas, ao final, para o conhecimento, trabalho e moderação do homem, o que, aliado à vida em comunhão, indica o caminho para a paz e felicidade.⁷⁹

Por outro vértice, outra distinção entre Utopia e A Cidade do Sol é que, em Utopia, há menção ao “*pacto do amor conjugal*”, com a constituição de casamentos e famílias, sendo o adultério severamente punido, enquanto em A Cidade do Sol, tais relações familiares inexistem, pois as mulheres são comuns e as uniões são momentâneas, em dias e horários pré-determinados pelos médicos e astrólogos.

Assim, em Utopia, salvo a disposição de que os noivos e noivas deveriam observar-se, um ao outro, nus antes do casamento, não há uma seleção ou intromissão, por parte do Estado, nas referidas uniões, enquanto em A Cidade do Sol, é o Estado que determina quem vai manter relações sexuais com outrem, a fim de gerar bons filhos e, portanto, valorosos cidadãos.

76 DELUMEAU, op. cit., 251.

77 BACZKO, op. cit., p. 40.

78 CHAUI, op. cit., p. 40.

79 Ibid., p. 40.

Há, portanto, em A Cidade do Sol, uma drástica eliminação dos grupos particulares e, conseqüentemente, a redução dos papéis individuais desempenhados pelo ser humano ao longo de sua vida (pai, filho, marido etc.), para um único papel: o de cidadão.

Em Utopia há tolerância religiosa e o governante não é o chefe da igreja. Ao contrário, em A Cidade do Sol, há uma única religião e o governante é o chefe supremo da Igreja, concentrando-se, assim, os poderes temporais e seculares.

Em Utopia, há trabalhos indignos, pois são os escravos os responsáveis por limpar os animais mortos, pois *'os utopianos não admitem que seus cidadãos se habituem a esquarterar animais, temendo que nessa tarefa percam aos poucos as qualidades do coração próprias da humanidade'*.⁸⁰ Em A Cidade do Sol não há distinção entre as diversas atividades, sendo todas igualmente valorizadas. De toda forma, nas duas sociedades todos trabalham, não havendo lugar para a ociosidade de algumas classes em detrimento de outras.

A par de suas semelhanças e distinções, é certo que os dois autores identificavam na filosofia política a tarefa de busca de um estado perfeito, e se a política está atrelada ao que é comum, é a partir do que é comum que eles buscaram e delimitaram um espaço público e reduziram o homem ao cidadão que visa o bem da comunidade.

Assim, os indivíduos são descritos como criaturas do Estado e facilmente substituíveis e, *'em última estância, objeto de trocas, meros dentes da engrenagem coletivista'*⁸¹, o que fez com que estas obras fossem, também, duramente contestadas, sob o argumento de que os direitos do homem são inalienáveis e a constante vigilância, controle e repúdio às diferenças individuais acabam por eliminar o indivíduo isoladamente considerado e sua liberdade, o que leva ao próximo tópico deste artigo.

4 TOTALITARISMO, IGUALITARISMO E LIBERDADE

Inicialmente os textos utópicos, do qual Utopia é seu maior exemplo, estiveram na moda. Porém, como afirmado por Stanislaw Baczkowski, o

80 MORUS, op. cit., p. 84-85

81 BARROS, Roque Spencer Maciel de. *Introdução à filosofia liberal*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1971. p. 358.

vento da utopia “*deixou de soprar onde florescem as modas intelectuais*” e a sua condenação “*foi feito de modo tão simples como expedito*”.⁸²

Stanislaw Baczko chega a ironizar a rápida condenação da utopia com interessante passagem que sintetiza de forma admirável os argumentos de tal condenação:⁸³

Sistema fechado e autárcico, a utopia é uma máquina delirante que serve para fabricar a simetria, para produzir e reproduzir o mesmo. O Estado utópico funciona como uma gigantesca caserna e exige, ainda por cima, que tal modo de vida seja aceite com o maior entusiasmo. O indivíduo, se não é subordinado ao Estado, é subordinado à colectividade; a igualdade mata a liberdade; a felicidade individual é sacrificada à felicidade colectiva planificada por racionalistas aberrantes, demoníacos e loucos da perfeição. Como não reconhecer aqui o universo totalitário? O que é de estranhar é que tal encanto possa ter durado tanto tempo! Tudo é, pois, simples, claro e nítido.

Com efeito, alguns autores questionaram sobre o perigo que elas representavam para a sociedade contemporânea. Afinal foi vislumbrada, nestes mesmos textos, a completa negação do indivíduo, em prol de um sistema opressivo, dentro do qual o cidadão representa o único papel que a sociedade lhe diz ser possível representar. Há o triunfo da ‘organização’ sobre a espontaneidade, do coletivo sobre o individual, razão pela qual a utopia converte-se num caminho da servidão.⁸⁴ Desta forma, “*a utopia seria, então, a antecipação do universo totalitário e até mesmo do universo concentracionário*”.⁸⁵

Da mesma forma, ao discorrer sobre Utopia, Hanan Yoran aponta a natureza ‘*quase-totalitária*’ da sociedade utopiana, com sua rígida e coercitiva estrutura social, dirigida à construção de um estado ideal. Ressalta que o controle e supervisão diários exercidos sobre os habitantes da ilha revelam uma natureza que dificilmente poderia ser chamada de humanista, pois implica na abolição de qualquer espaço livre, não vinculado ao Estado.⁸⁶

82 BACZKO, op. cit., p. 52.

83 Ibid., p. 53.

84 BARROS, op. cit., p. 355, 357.

85 BACZKO, op. cit., p. 52.

86 YORAN, op. cit., p. 08-09.

Referido autor aponta, ainda, que a leitura atenta da obra mostra que o sujeito utópico constituído por esta ordem social é diferente do indivíduo invocado pela retórica do texto, pois embora aponte que a ilha é como uma grande família, esta família parecer não ser muito mais do que uma *'agência de controle'*.⁸⁷

O mesmo autor arremata citando Shlomo Avineri, que também define Utopia como uma sociedade totalitária, na qual, de acordo com o pensamento utópiano *"human nature is intrinsically evil and must be purified. But evil as such can never be completely destroyed; it can only be exorcised and exiled from the utopian realm."*⁸⁸

Da mesma forma, George M. Logan e Robert M. Adams afirmam que embora Utopia antecipe, em alguns aspectos, as atuais democracias, *'nas quais o bem-estar das populações é uma das atribuições do Estado, as minuciosas coerções impostas a seus cidadãos também nos fazem lembrar, amiúde, dos modernos regimes totalitários'*.⁸⁹

Analisando sob esta perspectiva, o mesmo poderia ser dito em relação à Cidade do Sol, ou seja, que esta, também representa, aos nossos olhos, uma espécie de totalitarismo, pois regula nos mínimos detalhes a vida de seus cidadãos, nada deixando no âmbito do privado. Uma sociedade focada na organização social e intolerante com as diferenças e a marginalidade.

Todavia, conforme asseverado por Lyman Tower Sargent, essa não era a perspectiva dos contemporâneos da obra. Assim,

In modern eyes, the society described in Utopia is not very attractive; it is authoritarian, hierarchical, patriarchal, and practices slavery for relatively minor offences. But through the eyes of an early 16th-century reader, these things were norm, and slavery in Utopia was a more humane punishment than many that would have been imposed at the time, when some minor offences were punished by death. And, most importantly, no one in Utopia was poor or rich, achieved by reducing demand, everyone working, sharing equally, and living simply. Thus, to many in the 16th century, Utopia would have seemed like paradise.⁹⁰

87 YORAN, op. cit., p. 08-09.

88 AVINERI apud YORAN, op. cit., p. 12.

89 LOGAN; ADAMS, op. cit., p. XVIII.

90 SARGENT, op. cit., p. 23.

Com efeito, “*cada época cria suas próprias utopias*” e “*elas refletem as injustiças e preocupações que lhe são contemporâneas, assim como os interesses específicos de seus autores em edificações, comida ou sexo*”.⁹¹ Desta forma, aos olhos da época, a Utopia representava o fim de outras formas de opressão, bem como a solução das diferenças sociais existentes, fundadas da riqueza e nos títulos nobiliários e na exploração do trabalho alheio, colocando as camadas mais desfavorecidas em situação de igualdade com as demais, o que também é observado em A Cidade do Sol.

Por outro vértice, misturar de maneira simplista e anacrônica Utopia – e A Cidade do Sol – ao totalitarismo “*corresponde, simultaneamente, a exorcizar e a banalizar o fenômeno totalitário*”, a fim de nos “*desembaraçar de uma responsabilidade que é só nossa, do nosso século, a saber, o termos inventado e posto em funcionamento os sistemas totalitários*”.⁹²

Isto porque o totalitarismo é fenômeno muito posterior ao momento em que as obras Utopia e A Cidade do Sol foram escritas, fenômeno este que se valeu de mecanismos de dominação não existentes à época.

Ora, o totalitarismo tem suas próprias e distintas ideologias e instrumentos e, a seu respeito, Hannah Arendt, que produziu obra de grande relevância em relação a este assunto, identificou o totalitarismo com a organização burocrática de massas – e não das classes –, fundada não somente na ideologia, mas, também, no terror e na violência, cuja perversidade é amplamente conhecida⁹³ e cujo estágio final parece ter sido os campos de concentração da Segunda Guerra Mundial.

Assim, conforme Bethânia Assy e Antonio Leal de Oliveira, “*ao fazer uso do termo mal radical, Arendt assinalara o surgimento de um mal na política até então ignorado, que jamais deveria pertencer à política, fora de quaisquer modelos históricos e ideológicos*”.⁹⁴

Da mesma forma, Carlos Alberto Bittar afirma que somente com a aplicação da tecnologia pós-Revolução Industrial é que se tornou

91 PARKER, op. cit., p. 319.

92 BACZKO, op. cit., p. 53.

93 ARENDT, HANNAH. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 358 - 375.

94 ASSY, Bethânia; OLIVEIRA, Antonio Leal. Hannah Arendt. In BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.); CULLETON, Alfredo (coord. adjunto). *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo: UNISINOS, 2010. p. 41.

possível a difusão de uma filosofia de extermínio, fundada no terror, como meio de opressão social e de controle das condutas individuais.⁹⁵

Por intermédio do totalitarismo pretendeu-se *‘a eliminação de todos os laços sociais que significassem estímulo à espontaneidade e à formação de grupos relativamente autônomos’*, criando, com o terror e a polícia secreta, *‘uma atmosfera de suspeita generalizada’*⁹⁶, destruindo não somente as capacidades políticas, mas, também, o tecido das relações privadas do homem, *‘tornando-o estranho assim ao mundo e privando-o até de seu próprio eu.’*⁹⁷

Este não é o caso das sociedades descritas em Utopia e A Cidade do Sol, pois o governante não incute terror, tampouco usa de violência como meio para controle social. São os princípios adotados por estas sociedades que acabaram por fazer a felicidade individual identificar-se com a felicidade coletiva, em virtude do autocontrole desenvolvido pelo próprio homem e de sua vida em comunhão com os outros e não em virtude de um fator externo, como a violência e o terror anteriormente assinalados.

Assim, nestas sociedades todos os habitantes mantêm estreita identificação com a lei e com o Estado, pretendendo, em suma, serem valorosos cidadãos. Há um consenso completo, sendo que todos possuem os mesmos valores e cada pessoa está submetida a um controle social de tal modo interiorizado que acaba por regular o inconsciente e impedir que pretenda obter algo mais ou, ainda, que pretenda obter algo diferente daquilo que lhe é apresentado. São, antes de tudo, sociedades onde as pessoas vivem a única vida possível, a vida coletiva, sem quaisquer propriedades, interesses ou ligações, salvo aquelas já existentes, uma sociedade onde tudo é compartilhado entre todos e tudo é observado por todos.

As obras ora analisadas pretenderam, em um único projeto, abranger toda a diversidade social. Construíram um projeto de autoedificação do homem, destacando-se, portanto, a organização e a *“pronunciada inclinação das utopias para a pedagogia social”*, com a diminuição dos limites entre público e privado *“até estes se confundirem num projecto de transformação dos homens oriundos do passado em outros tantos «homens novos», «povos regenerados», etc.”*⁹⁸

95 BITTAR, op. cit., p. 279.

96 SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Totalitarismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.); CULLETON, Alfredo (coord. adjunto). *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo: UNISINOS, 2010. p. 517.

97 BOBBIO; MANTTEUCCI apud BITTAR, op. cit., p. 276.

98 BACZKO, op. cit., p. 67.

Ora, com o desenvolvimento do Estado, o foco da soberania e do poder foi gradativamente passando da mera gestão de territórios para a gestão da vida das pessoas que o integram. Não somente a vida biológica, mas a vida especificamente humana, em sua dimensão moral e social, razão pela qual este novo enfoque ensejou, também, todo um novo âmbito de discussão na filosofia política, em especial em relação à ideal conformação do Estado e do grau de autoridade política que se pode defender em seu favor.

Surgiram, a partir daí, diversas concepções relativas ao delineamento da sociedade e à extensão do poder do Estado, bem como em relação às suas reais funções, algumas com uma ótica individualista e liberal, outras com uma ótica coletivista e igualitária, como as obras ora analisadas.

A ótica individualista adota uma concepção *'segundo o qual indivíduos isolados e suas preferências, desejos e necessidades constituem o valor supremo de qualquer modo racional de explicar o mundo e justificar decisões'*⁹⁹, havendo, portanto, *"a hegemonia da parte (indivíduo) sobre o todo (Estado/sociedade)*.¹⁰⁰ Defende-se, aqui, a redução da possibilidade de ingerência na vida dos cidadãos a um grau mínimo, razão pela qual o Estado fica reduzido ao papel de *'guarda-noturno'*, para garantir, tão somente, que os cidadãos não exerçam coerção uns sobre os outros.¹⁰¹

Esta concepção individualista e liberal contrapõe-se, contudo, à outra visão de mundo, baseada no igualitarismo e no coletivismo, pois nelas se adota a perspectiva de que o fim da política é a preservação do bem comum e que o todo (o Estado ou a cidade) precede as partes (o indivíduo). Assim, *"O valor mais relevante está no grupo, na sociedade como um todo e, no plano institucional, no Estado"*.¹⁰²

Desta forma, a característica básica do igualitarismo, observado nas obras utópicas analisadas neste artigo, é considerar o homem não como indivíduo, mas como gênero. O igualitarismo aqui presente é o recurso utilizado para a integração de todos na sociedade estatal, formando um corpo único, para atingir uma finalidade comum.

99 SANTOS, André Leonardo Coppetti. Coletivismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.); CULLETON, Alfredo (coord. adjunto). *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo: UNISINOS, 2010. p. 101.

100 BAHIA, Luiz Henrique. Individualismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.); CULLETON, Alfredo (coord. adjunto). *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo: UNISINOS, 2010. p. 274.

101 PARKER, op. cit., p. 182.

102 SANTOS, op. cit., p. 101.

Em consequência, grande parte das propostas apresentadas “são inspiradas na ideia de que os componentes de uma nação constituem uma totalidade orgânica e que as instituições mais aptas a regê-la para fazê-la progredir são aquelas que obrigam os indivíduos a viver e trabalhar em comum”¹⁰³, razão pela qual o Estado possui grau de autoridade política elevado para ditar o modo de vida dos seus cidadãos.

Em resumo, enquanto o liberal tem como finalidade o desenvolvimento da personalidade individual, o igualitário tem como finalidade o desenvolvimento harmonioso da comunidade e, em consequência, “diversos são também os modos de conceber a natureza e as tarefas do Estado: limitado e garantista, o Estado liberal; intervencionista e dirigista, o Estado dos igualitários”.¹⁰⁴

Contudo, se o igualitarismo existente nestas sociedades é o principal ponto de atenção daqueles que estudam as referidas obras, é certo que compete, neste momento, examinar a extensão possível de ser empregada a esta igualdade, para contrastar com as ideias ali lançadas e verificar sua compatibilidade no mundo moderno, no qual se atribui enorme peso à escolha pessoal e à liberdade.

Ora, “a igualdade de todos é um valor relativo que se define secundum quid, ou seja, com base no que se define ser relevante entender como passível de ser igual”.¹⁰⁵ Assim, nas palavras de Norberto Bobbio:

As perguntas às quais é preciso oferecer uma resposta exata, se não quisermos que a invocação da igualdade seja um *flatus vocis*, são as duas seguintes: a) a igualdade entre quem? b) igualdade com relação a que coisas? Uma vez feitas essas duas perguntas, e limitando-se a especificações por razões de economia de discurso, ao par todo-parte, são possíveis quatro respostas: 1) Igualdade de alguns em alguma coisa. 2) Igualdade de alguns em tudo. 3) Igualdade de todos em alguma coisa. 4) Igualdade de todos em tudo. Dessas quatro respostas, a que caracteriza uma doutrina igualitária é a quarta. Considero portanto que, em uma primeira aproximação seja possível considerar igualitária aquela concepção global da sociedade (da sociedade humana em geral ou de uma sociedade determinada)

103 BOBBIO, op. cit., 2000, p. 306.

104 BOBBIO apud BITTAR, op. cit., p. 288.

105 BITTAR, op. cit., p. 286.

segundo a qual é desejável que todos (todos os homens ou todos os membros dessa determinada sociedade) sejam iguais em tudo.¹⁰⁶

Desta forma, é possível ver, nos diversos graus de importância ou de peso que se atribui à igualdade o delineamento das principais diferenças entre as doutrinas políticas. E, em linhas gerais é possível afirmar que, enquanto o anti-igualitarismo é característico das doutrinas estamentais ou de castas, a igualdade formal é típica do liberalismo, a igualdade material é típica dos socialistas e a igualdade de oportunidade é defendida pelo socialismo reformista ou social democrático.¹⁰⁷

Ademais, conforme enfatizado por Carlos Alberto Bittar, *‘algumas doutrinas aceitam como ponto em comum a ideia de que a igualdade é um valor social a ser buscado’*. Todavia, divergem quanto à extensão desta igualdade, pois, enquanto para algumas basta a igualdade perante a lei, outras vão além, ao exigirem, também, a igualdade material ou outras formas de igualdade.¹⁰⁸ Algumas preveem a igualdade dos pontos de partida, como, por exemplo, a igualdade jurídica ou a igualdade de oportunidades, enquanto outras requerem, também, a igualdade dos pontos de chegada, como, por exemplo, a igualdade material.

A este respeito, a lição de Norberto Bobbio:

A oposição que apresentei aqui, como oposição entre igualdade de pontos de partida e igualdade de pontos de chegada, foi também apresentada como oposição entre igualdade de oportunidade e igualdade de resultados, e considerada como representativa da oposição entre uma concepção individualista e pluralista e uma concepção solidária e comunitária da sociedade. De acordo com a primeira, basta que sejam comuns as regras do jogo e que qualquer um seja colocado em condições de poder participar do jogo: é mais do que natural que um jogo termine com um vencedor e um vencido. De acordo com a segunda, que haja um vencedor e um vencido é exatamente o que deve ser evitado, mas para evitar que isto aconteça é preciso fazer não que todos possam participar do jogo, mas que todos, na mesma medida, possam sair vencedores.¹⁰⁹

106 BOBBIO, op. cit., 2000, p. 298-299.

107 TOSI, Giuseppe. Igualdade. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.); CULLETON, Alfredo (coord. adjunto). *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo: UNISINOS, 2010. p. 267-268.

108 BITTAR, op. cit., p. 288.

109 BOBBIO, op. cit., 2000. p. 302.

Desta forma, mesmo para aquelas sociedades que defendem a igualdade, a extensão que é atribuída a esta igualdade acabará por construir sociedades bem distintas uma das outras, algumas propiciando maior individualidade, outras não, aproximando-se ou afastando-se de uma daquelas concepções de Estado anteriormente expostas, o que, conseqüentemente, restará refletido em sua estrutura política e social.

A igualdade exerce atração, como ideologia, porque para muitos parece mais justo que o destino das pessoas não seja determinado pelas suas oportunidades e circunstâncias, se tais oportunidades e circunstâncias não estão disponíveis para todos os homens. Assim, nesta ótica, ao promoverem a completa igualdade entre seus cidadãos, as sociedades igualitárias promovem, também, a felicidade coletiva.

Observe-se, ainda, que a igualdade, por não ser matemática, não se altera por pequenas diferenças, razão pela qual as diferenças entre os homens no que se refere às suas necessidades – entre um adulto e uma criança, por exemplo – não afastam o princípio, antes o confirmam, pois a natureza fez os homens mais iguais em suas necessidades do que em suas capacidades.¹¹⁰

Ora, nas sociedades descritas nas obras anteriormente analisadas, as pessoas tinham tudo em comum, faziam refeições em conjunto, recebiam a mesma instrução, trabalhavam por igual período, desfrutavam da mesma espécie de lazer, não tinham privilégios significativos tampouco sofriam discriminações em virtude de sua ocupação.

Assim, a igualdade era quase que absoluta, pois havia a igualdade dos pontos de saída e a igualdade dos pontos de chegada. Não havia, portanto, somente a igualdade formal ou jurídica, mas, também, a igualdade material ou econômica, a igualdade de oportunidades, a igualdade social etc., o que nos leva a concluir que a igualdade descrita nestas sociedades é o elemento essencial, utilizado pelos autores para agregar o homem nesta unidade estatal o que, conseqüentemente, redundava em outorgar ao Estado extensa autoridade política para moldar a sociedade, a fim de coordenar os esforços para atingir o objetivo almejado.

Contudo, na percuriente crítica de Hanan Yoran, ao se referir a Utopia, *'How can it be that the most excellent people in the world, the product of an excellent social order and an excellent educational system, cannot so much*

110 BOBBIO, op. cit., 2000. p. 300-301.

*as choose the color of their garments or where they sit at meals?*¹¹¹ Ou, ainda, porque não podiam viajar sem prévia autorização do governo? Da mesma forma, porque os cidadãos de A Cidade do Sol, tão elevados e cheios de conhecimento, não podiam escolher o lugar em que iriam dormir, a cor de suas vestes e, também, porque não podiam criar seus próprios filhos? Porque precisavam de autorização do governo para gerar filhos? Porque a liberdade individual era flagrantemente anulada?

Aparentemente, eles acreditavam que a liberdade ameaçaria a estabilidade e a unidade de suas sociedades, objetivo político da mais alta prioridade. Desta forma, ao impedir quaisquer mudanças ao *status quo* das coisas, estas sociedades promoviam a estagnação e bloqueavam o exercício da imaginação social e, conseqüentemente, da reivindicação, ficando livres, assim, das tensões advindas da necessidade de renovar incessantemente os compromissos políticos e sociais que mantém as sociedades unidas, tensão esta sempre presente naquelas sociedades que estão em constante transformação¹¹².

Nas palavras de Roque Spencer Maciel de Barros:¹¹³

[...] a prevalência do individual, da personalidade e da espontaneidade poriam em risco; a todo instante, a ordem sonhada; envolveriam sempre a possibilidade de uma ‘mudança’ que nenhuma sociedade utópica, constitucionalmente conservadora, pode admitir. (BARROS, 1971, p. 355) [...] Neste sentido, *mutatis mutandis*, o que Pierre Mesnard escreve em uma obra clássica, (*L'essor de la philosophie politique au XVI siècle*, Paris, Brin, 1951, p. 175) a respeito da utopia de Thomas Morus, vale para todas as Utopias: “a Utopia segue um regime resolutamente conservador. A idéia de progresso consistiria em generalizar seu método e estendê-lo a todos os estrangeiros. Morus aparece aqui como o prisioneiro de sua obra. Tudo é tão bem pesado, medido, balanceado, que melhora alguma é possível. A constituição da família, da cidade, do Estado, é fixada de uma vez por todas, *ne varietur*’.

Assim, nestas obras, o futuro consiste na infinita reprodução do presente, o que levou alguns a identificar a utopia com o perfeito.

111 YORAN, op. cit., p. 12.

112 Curioso notar que a sociedade utópica, tanto em Utopia quanto em A Cidade do Sol, não permite a mudança e crítica. Todavia, foi esta mesma necessidade de mudança e crítica que deu origem ao gênero utópico, a fim de discutir a realidade social vivenciada à época em que foram escritas, bem como propor outras formas de pensar o poder e o Estado.

113 BARROS, op. cit., p. 355.

Contudo, conforme ressalta Lyman Tower Sargent “*‘perfect’ suggests finished, completed, unchangeable – and nothing human is finished, complete, or unchangeable*’.¹¹⁴ Desta forma, a fim de assegurar a completa igualdade entre os cidadãos, de forma perene, impunha-se o completo domínio dos desejos, das necessidades, das rotinas dos seus cidadãos, sufocando-se a variedade dos caracteres individuais e, conseqüentemente, garantindo-se a ausência de qualquer questionamento ou mudança.

Em outras palavras, as utopias, ao elegerem a igualdade como princípio, combatiam, por conseguinte, a ideia de liberdade individual. Isto porque as ideias de liberdade e igualdade guardam entre si um antagonismo, pois, conforme ressaltado por Norberto Bobbio:

Libertarismo e igualitarismo fundam suas raízes em concepções do homem e da sociedade profundamente diversas: individualista, conflitualista e pluralista a liberal; totalizante, harmônica e monista a igualitária. Para o liberal, o fim principal é a expansão da personalidade individual, mesmo se o desenvolvimento da personalidade mais rica e dotada puder se afirmar em detrimento do desenvolvimento da personalidade mais pobre e menos dotada; para o igualitário, o fim principal é o desenvolvimento da comunidade em seu conjunto, mesmo que ao custo de diminuir a esfera de liberdade dos singulares.¹¹⁵

Pode-se dizer, portanto, que o argumento central da igualdade está em sua crença no proveito oriundo da homogeneidade, enquanto o argumento central da liberdade está em sua crença no benefício advindo da diversidade. Em consequência, o resultado da imposição da igualdade pode acarretar, por vezes, a limitação da liberdade individual e, contrariamente, o resultado da liberdade pode ser, por vezes, a desigualdade entre seus cidadãos.

Cumprе ressaltar, ainda, que a concepção individualista adota a perspectiva de que o conflito e o antagonismo, próprios das sociedades fundadas no individualismo e na liberdade – embora contrastem com a ideia de igualdade entre todos - representam papel importante no desenvolvimento destas mesmas sociedades e, portando, na melhoria das suas condições gerais.

114 SARGENT, op. cit., p. 103.

115 BOBBIO, op. cit., 2005, p. 39.

Norberto Bobbio, ao salientar a fecundidade do antagonismo, assevera:

A tradicional concepção orgânica da sociedade estima a harmonia, a concórdia mesmo que forçada, a subordinação regulada e controlada das partes ao todo, condenando o conflito como elemento de desordem e de desagregação social. Ao contrário disso, em todas as correntes de pensamento que se contrapõem ao organicismo afirma-se a idéia de que o contraste entre indivíduos e grupos em concorrência entre si (...) é benéfico e é uma condição necessária do progresso técnico e moral da humanidade, o qual apenas se explicita na contraposição de opiniões e de interesses diversos, desde que desenvolvida essa contraposição no debate das idéias para busca da verdade, na competição econômica para o alcance do maior bem-estar social, na luta política para a seleção dos melhores governantes.¹¹⁶

Para esta concepção, cada ser humano é único e desenvolve um papel único na sociedade, não podendo, portanto, ter sua personalidade dissolvida no contexto social. Nesta perspectiva, o cidadão não é um espectador, tampouco um coadjuvante, mas, sim, um protagonista do contexto social e político da sociedade onde está inserido, ainda que, para exercer este protagonismo, tenha que divergir daquele contexto, a fim de buscar sua alteração.

Todavia, em face da ausência deste antagonismo e da inexistência de liberdade individual, as sociedades descritas em *Utopia* e *A Cidade do Sol* não produzem nenhuma revolução, nem sequer mesmo algum acontecimento, são absolutamente estáveis ou, ainda, estagnadas na forma como foram elaboradas o que também impede qualquer progresso ou melhoria social.

É certo, ainda, que a liberdade, às vezes, cede frente a outros princípios. Mas também é certo que na sociedade moderna prevalece a ideia de que cada indivíduo é único e somente poderá encontrar felicidade se tiver permissão para escolher como quer viver e, por isso, deve ser garantido a ele o espaço necessário para descobrir seu próprio caminho. Isto leva, em consequência, à ideia de que há esferas da liberdade individual que não podem ser invadidas pelo Estado.

Ora, a ideia de um governo com poderes limitados começou a tomar forma há muitos séculos, podendo ser apontado, em um primeiro momento, a crise entre Estado e Igreja, que acabou por ensejar a separação

116 BOBBIO, op. cit., 2005. p. 27-28

das instâncias secular e temporal e, conseqüentemente, propiciou a liberdade religiosa. Todavia, posteriormente houve a evolução desta ideia de governo limitado, a fim de também impor limites em relação à liberdade pessoal¹¹⁷, ou seja, garantir uma liberdade *em relação* ao Estado.

Assim, o liberalismo está associado à crença fundamental da proteção dos direitos individuais, em relação aos quais é vedada a incursão do poder político, em prol da afirmação da individualidade de cada ser humano, que não pode ser reduzido à condição de mero componente de uma comunidade.

Necessário anotar que um dos dilemas do liberalismo diz “*respeito à estrutura política e à base moral para a coordenação das liberdades individuais*”. Isto porque, se a sociedade liberal compõe-se de “*indivíduos que tem as suas próprias concepções, possivelmente incompatíveis, de vida boa*”, como é possível fornecer uma estrutura política na qual os cidadãos discordantes podem coexistir?¹¹⁸

Uma primeira resposta a esta questão “é deixar as questões de vida boa para o campo privado e fomentar o governo neutro.” Assim, considerando que a sociedade é composta de pessoas com diferentes objetivos, “*a melhor maneira de governá-la é pelos princípios burocráticos, que não pressupõem nenhuma concepção específica do que é bom*”.¹¹⁹

Na lição de Norberto Bobbio, trata-se de delimitar a esfera privada e a esfera pública a fim de que “*o indivíduo possa gozar de uma liberdade protegida contra a invasão por parte do poder do Estado, liberdade essa que deverá ser a mais ampla possível no necessário ajustamento do interesse individual ao interesse coletivo*”.¹²⁰

Resta evidente, mais uma vez, dois aspectos diversos no problema da concepção do Estado, um relativo aos limites dos seus *poderes*, outro relativo aos limites de suas *funções*.¹²¹ Conforme asseverado por Norberto Bobbio:

Sobre o ponto de vista do indivíduo em sua inefável singularidade e variedade, o pensamento de Humboldt é seco e conciso. O verdadeiro objetivo do homem, afirma, é o máximo desenvolvimento de suas faculdades. Em vista do alcance deste fim, a máxima fundamental que

117 MILLER, David. *Political Philosophy*. A very short introduction. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 56.

118 PARKER, op. cit., p. 183.

119 PARKER, op. cit., p. 184.

120 BOBBIO, op. cit., 2005. p. 65.

121 Ibid., p. 17.

deve guiar o Estado ideal é a seguinte: 'O homem verdadeiramente razoável não pode desejar outro Estado que não aquele no qual cada indivíduo possa gozar da mais ilimitada liberdade de desenvolver a si mesmo, em sua singularidade inconfundível, e a natureza física não receba das mãos do homem outra forma que não a que cada indivíduo, na medida de duas carências e inclinações, a ela pode dar por seu livre-arbítrio, com as únicas restrições que derivam dos limites de suas formas e de seu direito!¹²²

O homem procura, questiona, diverge. Busca seus pares e, também, busca a solidão. Nesta sua natureza estão os germens da individualidade, razão pela qual a igualdade e a coletividade imposta aos seus cidadãos não é meio adequado para alcançar o bem estar de seus cidadãos.

Isto porque enquanto o Estado procura bem-estar e calma, os indivíduos perseguem variedade e atividade.¹²³ Desta forma, quanto mais igualdade for imposta, mais difícil se torna explicar as diferenças existente entre elas e, ainda, mais difícil é garantir-lhes um espaço próprio, longe da sombra do Estado, o que pode ser facilmente verificado nas obras ora analisadas.

Ao discorrer sobre a liberdade, John Stuart Mill deixou clara a existência de uma esfera de ação pessoal, livre de interferências por parte de outrem. Afirma o autor:

[A liberdade] compreende, inicialmente, o domínio interno da consciência: exigir liberdade de consciência no sentido mais abrangente, liberdade de pensamento e sentimento, absoluta liberdade de opinião e sentimento sobre todos os assuntos, práticos ou especulativos, científicos, morais ou teológicos. [...] Em segundo lugar, o princípio exige liberdade de gostos e ocupações, de construir o plano de nossa vida que se adéque a nosso próprio caráter de fazer como preferirmos, sujeitos às conseqüências possíveis, tais como possam advir, sem impedimentos de nossos semelhantes, na medida em que o que fizermos não os prejudique, mesmo se eles acharem nossa conduta tola, perversa ou errada. Em terceiro lugar, a partir desta liberdade de cada indivíduo, segue-se a liberdade, dentro dos mesmos limites, de associação entre os indivíduos, liberdade para se unir, por qualquer

¹²² Ibid., p. 24.

¹²³ Ibid., p. 26.

propósito que não envolva prejuízo aos demais, desde que as pessoas associadas sejam adultas e não constrangidas ou enganadas.¹²⁴

Prossegue o referido autor:

A única liberdade que merece este nome é a de perseguir nosso próprio bem à nossa própria maneira, até o ponto em que não tentemos privar os demais das suas, ou impedir seus esforços em obtê-las. Cada um é o guardião adequado de sua própria saúde, seja corporal, ou mental e espiritual. Os homens são mais beneficiados por se permitirem, reciprocamente viver como lhes parece bom do que obrigarem cada um a viver como parece bom aos restantes.¹²⁵

A defesa da liberdade, de John Stuart Mill, envolve a demarcação de uma esfera privada de atividade na qual as pessoas devem ter completa liberdade para agir como quiserem (MILLER, 2003, p. 68). Assim, existe um limite para a interferência legítima sobre a independência individual e *'encontrar este limite e protegê-lo contra a invasão é tão indispensável a uma boa condução das atividades humanas quanto a proteção contra o despotismo político.'*¹²⁶

Ademais, *'a person's freedom depends on the number of options open to her, on her capacity to make a choice between them.'*¹²⁷ E não basta ter opções de escolha, é necessário ter capacidade para escolher, pois *'someone might be presented with options but for one reason or another not be able to exercise a genuine choice between them.'*¹²⁸ Desta forma, a liberdade tem um aspecto externo, relativo à existência de opções, mas, também, um aspecto interno, relativo à possibilidade de livremente escolher entre estas opções, sem constrangimentos ou influências de terceiros.¹²⁹

Assim, só é possível promover a liberdade permitindo a existência de alternativas, a realização de escolhas e, mais ainda, a realização de escolhas genuínas. Neste sentido, a lição de David Miller:

124 MILL, John Stuart. Sobre a liberdade. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. 2. v. São Paulo: Ática, 2004. p. 208.

125 Ibid., p. 208-209.

126 Ibid., p. 201.

127 MILLER, op. cit., p. 57.

128 Ibid., p. 57.

129 MILLER, David. *Political Philosophy*. A very short introduction. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 57-58.

Genuine choice requires a certain kind of independence; a free person must ask herself 'what do I really want or really believe' and be able to reject second-hand answers. People lose their freedom, in this sense, when the social pressure on them to conform to prevailing conventions or prevailing beliefs becomes so intense that they are unable to resist. Religion and political ideology can both have this effect.¹³⁰

Ora, em Utopia e A Cidade do Sol não há a exposição dos cidadãos a outras formas de vida ou de cultura. Ao contrário, são sociedades isoladas, justamente para evitar a diversidade social e a 'contaminação' por outras culturas. Ademais, não há uma pluralidade de escolhas a serem feitas e, mesmo nas questões que, em tese, há uma escolha a ser feita, a opressão exercida pelos cidadãos, no sentido de que façam a escolha 'certa', acaba por levá-los a fazer a 'única escolha' possível. Assim, a lógica do Estado planejado *'impõe a absorção do homem concreto pelo 'plano' abstrato e elimina, ao lado da aventura, do risco e da criatividade, a substância verdadeiramente ética da vida'*.¹³¹

Desta forma, forçoso reconhecer, portanto, que não há que se falar em liberdade individual em Utopia ou A Cidade do Sol, pois onde as liberdades de consciência, de pensamento, de sentimento, de opinião, de gosto e de ocupação não são respeitadas e onde não há pluralidade de alternativas e oportunidades não há que se falar em escolhas genuínas ou em liberdade, mas, tão somente, na autoridade política exacerbada do Estado.

A par disso, a igualdade apregoada em Utopia e A Cidade do Sol, acompanhada da excessiva supervisão e limites às vontades individuais, implica na produção de indivíduos desprovidos de individualidade e de capacidade reflexiva, indivíduos que não são indivíduos, mas meras engrenagens da esfera pública. Em outras palavras, de forma a produzir o Estado ideal, estas sociedades precisam tentar produzir indivíduos desprovidos de interioridade¹³² ou de individualidade, reduzindo, assim, sua liberdade para a ação política, social ou pessoal.

As obras utópicas, ao pregarem a igualdade e a vida comum, colocam tudo e todos à vista de todos. E, nas palavras de Roque Spencer Maciel de

¹³⁰ Ibid., p. 62.

¹³¹ BARROS, Roque Spencer Maciel de. *Introdução à filosofia liberal*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1971. p. 363.

¹³² YORAN, op. cit., p. 25.

Barros, retiram do indivíduo espiritual, na acepção moderna, “a dimensão solitária da vida privada em que ele pode encontrar-se consigo mesmo”.¹³³

Convém esclarecer, ainda, que liberdade e igualdade são conceitos distintos. “Liberdade é a qualidade de um ente, enquanto a igualdade é a relação deste ente com os outros”.¹³⁴ Ademais, é certo que a igualdade dos homens é uma abstração, mas foi justamente esta abstração que permitiu “que nela se reconhecessem indivíduos, grupos, classes sociais e, tendencialmente, a humanidade inteira”.¹³⁵ Todavia, é na liberdade que se define o modo como se tratam as questões plurais de uma certa sociedade, é na liberdade que se exerce a tolerância, é na liberdade que se constrói a individualidade.

Há, contudo, um ponto de encontro entre liberdade e igualdade. E este ponto é, justamente, o ponto onde se assegura a todos os cidadãos, de forma igual, o exercício de sua liberdade. Nas palavras de Carlos Alberto Bittar:

O que aproxima e identifica igualdade e liberdade, em certo momento, é o fato de haver um ponto em comum entre ambos os conceitos. Ser igual da na liberdade, isto é o que há de comum entre liberdade e igualdade, pois este é o espaço social. Numa sociedade em que se é igualmente livre, se está a construir um espaço comum onde o indivíduo também se mostra atendido em sua necessidade singular de liberdade.¹³⁶

Desta forma, garantir a todos os cidadãos a igualdade na liberdade é garantir a definição dos espaços públicos e dos privados, das coisas comuns e das coisas privadas, pois “ação, liberdade e política são coisas entremeadas num único nó de sentido que faz com que quando se vê um desses elementos afetados, os demais passem a sofrer por sua restrição”.¹³⁷

É este o panorama das obras ora analisadas. O excessivo enfoque na igualdade acabou por exigir a minoração da importância conferida à liberdade e à ação individual, contaminando, assim, toda a vida política destas sociedades.

133 BARROS, op. cit., p. 359.

134 BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Filosofia Política*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 289.

135 TOSI, Giuseppe. Igualdade. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.); CULLETON, Alfredo (coord. adjunto). *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo: UNISINOS, 2010. p. 269.

136 BITTAR, op. cit., p. 289.

137 Ibid., p. 274.

5 CONCLUSÃO

Conforme exposto anteriormente, as obras analisadas no decorrer deste artigo insistem na completa igualdade entre seus cidadãos, com a publicidade e planificação total da vida em comum. Contudo, a igualdade é uma das mais incertas especulações da humanidade, pois “*quanto mais tendem as condições para a igualdade, mais difícil se torna explicar as diferenças que realmente existem entre as pessoas*”.¹³⁸

Ademais, a escolha da ampla igualdade em detrimento da liberdade acarreta na ausência de delimitação entre as esferas públicas e privadas e também impede a realização de escolhas genuínas, sufocando, assim, a liberdade individual, social e política.

Ora, conforme Carlos Fernandez Sessarego “*El ser libre hace la persona, a cada una de ellas, um ser único, idêntico a si mesmo, no intercambiable. [...] responsable de su destino, de su próprio y exclusivo quehacer vital, de su irreplicable devenir histórico-temporal*”.¹³⁹

Desta forma, não há projeto humano pronto e acabado, em face da eterna mudança do homem e, conseqüentemente, só há política verdadeira onde o cidadão tem a liberdade e a possibilidade de exercer sua faculdade de ser agente de mudanças.¹⁴⁰

Com efeito, o que faz do homem um ser político e humano é, justamente, seu constante questionamento, sua inventividade, razão pela qual a liberdade como possibilidade de autodeterminação, para fazer alguma coisa sem impedimentos, ou deixar de fazer alguma coisa, sem constrangimentos, é requisito essencial para a vida política e para a vida individual.

Assim, em face do caráter cambiante e em constante evolução da personalidade humana, já definida como ‘*uma multiplicidade que se pretendeu unidade*’ e, também, da constante evolução da sociedade, é necessário, de tempos em tempos, definir novamente quais os interesses gerais e quais os interesses particulares, porque, conforme asseverado por Santos Cifuentes:

138 ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 76.

139 SESSAREGO, Carlos Fernández. Protección a la persona humana. In: ADORNO, Luis et al. *Daño y protección a la persona humana*. Buenos Aires: La Rocca, 1993. p. 25.

140 BITTAR, op. cit., p. 280.

[...] El totalitarismo es producto de una violación: la del hombre individual; el individualismo de otra: la de la sociedad en su presupuesto, el hombre social. Allí donde el individuo desaparece de la escena, como si no existiera, no hay más que amorfa masificación. [...]. Allí donde el hombre acrecienta los poderes hasta someter a su egoísmo el mundo circundante y la debilidad del prójimo no defendido, pierde a su vez fuerza la unión, se pulveriza. El hombre se hace egocéntrico y decae el verdadero sentido de la justicia.¹⁴¹

Assim, a adequada ponderação entre liberdade e igualdade foi – e ainda o é – um dos principais aspectos da vida política e social e, como afirmado por Will Kymlicka, é justamente quando os princípios entram em conflito que “*recorremos à teoria política em busca de uma solução*”.¹⁴²

A questão é justamente essa: como propiciar a igualdade sem destruir a liberdade? Ora, se considerarmos que a vinculação do particular à comunidade ocorre com a finalidade de fornecer elementos para o desenvolvimento de uma vida harmoniosa e feliz, é certo que igualdade e liberdade devem estar exercendo o papel de proposições fundamentais de forma concomitante. Assim, ante a inevitabilidade e necessidade de convívio, a atuação política faz-se imprescindível para a adequada concepção dos espaços públicos e privados.

Desta forma, recusa-se o estado igualitário que anula a liberdade individual, mas, também, recusa-se um estado totalmente liberal sem limites à liberdade individual, pois permite o abuso de um para com o outro. É preciso repensar, portanto, os arranjos que fazemos para viver em comunidade.

Trata-se, assim, de obter uma ‘relação de valor compensada’, a fim de alcançar a dignidade humana, a qual é realizada quando assegura à pessoa uma esfera onde ela pode atuar como ser independente e moralmente autorresponsável, “*na qual ela nem é submetida a pretensão de poder de uma outra pessoa, nem é transformada em mero meio de uma finalidade comunitária, mas é pessoa autorresponsável livre*”.¹⁴³

Desta forma, a liberdade e igualdade devem andar juntas com a diversidade e tolerância, pois a extensão dos poderes do Estado e dos

141 CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1995. p. 113.

142 KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 65.

143 NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. In: *Direitos Fundamentais e direito privado: textos clássicos*. Org. Luis Afonso Heck, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011. p. 52.

direitos do indivíduo não é algo definitivo, razão pela qual é preciso pensar um modo de fazer política que se baseie na aceitação da pluralidade, atendendo, assim, os anseios desta época.

Resta, assim, a advertência de Norberto Bobbio, citado por Carlos Alberto Bittar, para quem não há liberdade perdida para sempre, nem liberdade conquistada para sempre: a história é uma trama dramática de liberdade e de opressão e toda época se caracteriza por suas formas de opressão e por suas lutas pela liberdade. É como resultado dessa dialética que surgem os direitos e os pleitos de justiça.¹⁴⁴

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ASSY, Bethânia; OLIVEIRA, Antonio Leal. Hannah Arendt. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.); CULLETON, Alfredo (coord. adjunto). *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

BACZKO, Bronislaw. Utopia. In: *Enciclopédia Einaudi*, v. 5, Anthropos — Homem, Lisboa: Einaudi, 1989.

BAHIA, Luiz Henrique. Individualismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.); CULLETON, Alfredo (coord. adjunto). *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

BARROS, Roque Spencer Maciel de. *Introdução à filosofia liberal*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1971.

BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Filosofia Política*. São Paulo: Atlas, 2011.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

_____, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2005.

_____, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

144 BITTAR, op. cit., p. 286

CAMPANELLA, Tommaso. *A cidade do sol*. São Paulo: Martins Claret, 2005.

CHAUÍ, Marilena. Breve consideração sobre a utopia e a distopia. In: SILVA JUNIOR, Ivo da (org). *Filosofia e cultura: festschrift* em homenagem a Scarlett Marton. São Paulo: Barcarolla, 2011.

CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1995.

DELUMEAU, Jean. *O mistério Campanella*. São Paulo: Madras, 2011.

ERNST, Germana. *Tommaso Campanella*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed.), Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/campanella/>>. Acesso em: 10 fev. 2013.

GERARD, W. B; STERLING, Eric. Sir Thomas More's Utopia and the Transformation of England from Absolute Monarchy to Egalitarian Society. *Contemporary Justice Review*, v. 8, no. 1, March 2005.

JASMIN, Marcelo. Utopia. Memória, palavra, conceito. In: *Utopias Agrárias*. Heloísa Maria Murgel Starling; Henrique Estrada Rodrigues, Marcela Telles (org.). Belo Horizonte: UFMG, 2008, Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=nGwQwsgX4wUC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 14 set. 2012.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LOGAN, George M.; ADAMS, Robert M. Introdução. In: MORE, Thomas. *Utopia*. Organização George M. Logan, Robert M. Adams; tradução Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MILL, John Stuart. Sobre a liberdade. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. 2. v. São Paulo: Ática, 2004.

MILLER, David. *Political Philosophy*. A very short introduction. Oxford: Oxford University Press, 2003.

MORE, Sir Thomas, Santo. *Utopia*. Organização George M. Logan, Robert M. Adams; tradução Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MORUS, Sir Thomás, Santo. *Utopia*. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2011.

PARKER, Martin; FORNEY, Valérie; REEDY, Patrick. *Dicionário de alternativas: utopismo e organização*. São Paulo: Octavo, 2012.

NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. In: *Direitos Fundamentais e direito privado: textos clássicos*. Org. Luis Afonso Heck, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011.

RUIZ, Castro M. M. Bartolomé. Tommaso Campanella. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.); CULLETON, Alfredo (coord. adjunto). *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

SANTOS, André Leonardo Coppetti. Coletivismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.); CULLETON, Alfredo (coord. adjunto). *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

SARGENT, Lyman Tower. *Utopianism. A very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

SESSAREGO, Carlos Fernández. Protección a la persona humana. In: ADORNO, Luis et al. *Daño y protección a la persona humana*. Buenos Aires: La Rocca, 1993.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Totalitarismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.); CULLETON, Alfredo (coord. adjunto). *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

TOSI, Giuseppe. Igualdade. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.); CULLETON, Alfredo (coord. adjunto). *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

WARREN, Samuel D; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, n. 5, dez. 1890.

YORAN, Hanan. *More's "Utopia and Erasmus' No-place"*. English Literary Renaissance; Winter 2005, v. 35, issue 1.

NORMAS EDITORIAIS PARA A REVISTA DA AGU

OS ARTIGOS ENCAMINHADOS PARA PUBLICAÇÃO NESTA REVISTA DEVEM SER INÉDITOS.

Deve constar no Artigo:

TÍTULO DO ARTIGO - Descritivo porém conciso (em português e Inglês).

AUTOR(ES) - O(s) nome(s) do(s) autor(es) deve(m) estar acompanhado(s) de breve currículo com no máximo três qualificações na área de atuação.

SUMÁRIO - Não numerar a introdução e separar itens por ponto e vírgula.

Exemplo.

SUMÁRIO: Introdução; 1 tema1; 2 tema2; tema3....., Referências.

RESUMO - De cunho informativo, conter de 100 a 250 palavras. (em português e Inglês).

PALAVRAS-CHAVE - De cinco a oito palavras-chaves separadas entre si por ponto e finalizadas também por ponto. (em português e Inglês).

CORPO DO TEXTO

PARÁGRAFOS: Fonte verdana tamanho 11, espaço entre linhas de 1,5, sem espaços entre parágrafos. Recuo de 1,5 cm para primeira linha do parágrafo. O número máximo de páginas 35 e mínimo de 5 páginas

CITAÇÕES: com mais de três linhas (blocos) devem ter fonte menor tamanho 10 e espaço entrelinhas simples, destacadas com recuo de 1,5 cm da margem esquerda, letra menor que a do texto (verdana tamanho 10) sem aspas e sem itálico. No caso de acrescentar grifo deve ser em itálico e especificar como: (grifo nosso) ou (grifo do autor)

exemplo:

À Presidente - Ministra Ellen Gracie para o exame de empréstimo de preferência ao pregão, ante a *necessidade de o Tribunal Superior Eleitoral baixar ato fixando os parâmetros para a distribuição do fundo*

partidário, tudo a partir dos preceitos da lei 9096/95 questionados. imprimam urgência, remetendo cópia a s. Exa. (grifo nosso).

Para citações que ocupam até três linhas, são inseridas dentro do próprio parágrafo entre aspas duplas. As aspas simples indicam citação no interior da citação.

Para supressões utilizar: [..]

Nos grifos utilizar itálico

NOTAS DE REFERÊNCIAS/RODAPÉ - Para todos os tipos de notas a Escola da AGU adotou o *sistema numerico*. As referências devem seguir o modelo abaixo para as notas de rodapé e Referências bibliográficas obedecendo inclusive a pontuação e o grifo.

Exemplos:

a) Livros: SOBRENOME, Nome. *Título da obra*. Local de publicação: Editora, data. p. xx Ex.: CORRÊA, Roberto. *A rede urbana*. São Paulo: Ática, 1989. p. xx

b) Capítulo de livro: SOBRENOME, Nome. Título do capítulo. In: SOBRENOME, Nome (Org). *Título do livro*. Local de publicação: nome da editora, data. Página inicial-final. Ex.: IANNI, Octavio. Dilemas da integração regional. In: SOUZA, Álvaro (Org). *Paisagem território região: em busca da identidade*. Cascavel: Edunioeste, 2000. p.133-136.

c) Artigo em periódico: SOBRENOME, Nome. Título do artigo. *Título do periódico*, local de publicação, volume, número, página inicial-final, mês(es). ano. Ex.: MACHADO, Lucy. Cognição ambiental, processo educativo e sociedades sustentáveis. *Faz Ciência*, Francisco Beltrão, v. 5, n. 1, p. 131-146, dez. 2003.

d) Dissertações e teses: SOBRENOME, Nome. *Título da tese* (dissertação). edição. Local: Instituição em que foi defendida, data. Número de páginas. (Categoria, grau e área de concentração). Ex.: RIBAS, Alexandre. *Gestão político-territorial dos assentamentos, no Pontal do Paranapanema*. São Paulo: uma leitura a partir da COCAMP. Presidente Prudente: FCT/UNESP, 2002. 224 p.

Observação: As referências são alinhadas somente à margem esquerda, com espaçamento entrelinhas simples, separando as obras por espaçamento duplo. O recurso tipográfico é o itálico para destacar o elemento título.

Quando se tratar da primeira citação de uma obra, deve ser sua referência completa.

EXEMPLO:

Para Moraes¹ a supremacia das normas constitucionais no ordenamento [...].

¹ SOBRENOME, Nome. Obra. 13. ed. Local: Editora, p. 20-23, ano.

As subsequentes citações dessa mesma obra podem aparecer de forma abreviada, utilizando-se das expressões: *Idem*, *Ibidem*, *opus citatum*, *Confira* e *Confronte*.

EXPRESSÕES UTILIZADAS NAS NOTAS DE RODAPÉ

Idem ou *id.* (mesmo autor)

Utilizada para substituir nome na mesma página, quando se tratar de diferentes obras do mesmo autor.

Exemplo:

¹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS, 1989, p.9.

² *Id.*, 2000, p. 19.

Ibidem ou *ibid.* (mesmo autor e mesma obra)

Usada quando o autor e a obra são os mesmos e aparecem na mesma página sucessivas vezes. Para evitar a repetição, substitui-se o nome do autor e da obra por *ibidem* ou *ibid.*

Exemplo:

³ LAMPRECHT, 1962, p. 20.

⁴ *Ibid.*, p. 36.

Opus citatum, *opere citato* ou *op. cit.*

Colocada após o nome do autor, referindo-se à obra já citada anteriormente.

Exemplo:

⁵ GONÇALVES, op. cit., p. 216.

Passim (por aqui e ali, em diversas passagens)

Faz referências a vários trechos da obra.

Exemplo:

⁶ GONÇALVES, 2000, passim.

Cf. (confira, confronto)

Usada para fazer referência a outros autores ou a notas do mesmo autor. Exemplo:

⁷ Cf. MORAES, 2003.

Obs: As pontuações utilizadas nos exemplos abaixo obedecem as normas da ABNT

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS DO ARTIGO

Quando ocorrer de ter o nome do autor referenciado várias vezes, substitui-se por traço e ponto (equivale a seis espaços).

Ex: _____. *Gabriela cravo e canela*. São Paulo: Martins, 1958.