

REVISTA DA
AGU

ANO XIII nº 41 - Brasília-DF, jul./set. 2014

CLASSIFICAÇÃO — QUALIS B2

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

Revista da da AGU	Brasília	n. 41	p. 1- 392	jul./set. 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 41 - Brasília-DF, jul./set. 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

André Petzhold Dias	Fabiano André de Souza Mendonça
Adriana de Oliveira Rocha	Fernanda Menezes
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	Raphael Greco Bandeira
Eliana Gonçalves Silveira	Robson Renaut Godinho
Eliana Pires Rocha	Rui Magalhães Piscitelli
Elomar Lobato Bahia	Valdirene Ribeiro de Souza Falcão
Eugênio Battesini	Valério Rodrigues Dias
Ewerton Marcus de Oliveira Gois	Vânia Maria Bastos Faller

Revisores Internacionais

Gustavo Calvino
Nicolás Rodríguez García
Pedro Tomás Nevado-Batalla Moreno

SUMÁRIO

Editorial..... 7

AUTORA CONVIDADA

A Aplicação de Regras Religiosas de acordo com a Lei do Estado: um panorama do caso brasileiro
Applicable Religious Rules according to the Laws of the State: a report of the Brazilian case
Jane Reis..... 9

INSTITUCIONAL

A Consultoria-Geral da União
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy..... 43

ARTIGOS

Possibilidades e Limitações da Fazenda Pública na Inscrição em Dívida Ativa de Crédito Não Tributário
Possibilities and limitations in Public Treasury in inscribing in Public Debt of non-taxing Credit
Agélio Novaes de Miranda..... 61

(In)Aplicabilidade do CDC aos Serviços de Saúde e Educação Públicas. enfoque: o objeto de consumo
Alberto Canellas Neto..... 85

A Regulamentação do Comércio Eletrônico: comentários ao decreto n. 7.962 de 15 de março de 2013
The Regulation of E-Commerce: Comments of Decree n. 7.962 of 15th march, 2013
Carolina Iwancow Ferreira
Mônica Nogueira Rodrigues..... 117

Avaliação Ambiental Estratégica (AAE), Licenciamento Ambiental e Autocontenção Judicial
Strategic Environmental Assessment (SEA), Environmental Licensing and Judicial Self-Restraint
Eduardo Fortunato Bim 149

A Peculiaridade Jurídico-Constitucional do Poder Constituinte e sua (In)Existente Originalidade no Contexto da União Europeia
The Peculiarity Legal and Constitutional and its Constituent Power (In) Existing Originality in the Context of European Union
Francisco Valle Brum..... 191

Verbas Indenizatórias e a Incidência de Imposto de Renda <i>Indemnities and the Incidence of Income Tax</i> Graziela Mayra Joskowicz	209
Reflexos do Discurso Liberal do Direito de Propriedade nas Decisões Judiciais Proferidas em Ações de Desapropriação Agrária <i>Reflections of Liberal Speech Right to Property in Judgments Delivered in Shares of Agricultural Misappropriation</i> Junior Divino Fideles.....	233
O Subsídio Democrático do Acesso Via Internet ao Contracheque Nominal do Servidor Público <i>The Democratic Subsidy of the Publicity of Nominal Paycheck from Public Servant on the Internet</i> Marco Aurélio Rodrigues Cunha e Cruz Verônica Teixeira Marques Jéffson Menezes de Sousa Crislane Rocha de Souza Cruz.....	257
O Direito do Consumidor nas Relações de Consumo Virtuais <i>The Consumer Rights in Virtual Consumer Relations</i> Michael César Silva Wellington Fonseca dos Santos	275
As Convenções 155 e 161 da OIT sobre Meio Ambiente do Trabalho e seus Reflexos na Jurisprudência do TST <i>Conventions 155 and 161 of the ILO on the Working Environment and their Reflections on the Jurisprudence of TST</i> Solange de Holanda Rocha.....	311
A Efetividade do Precedente Judicial como Técnica de Controle do Excesso de Demanda Judicial <i>The Effectiveness of Judicial Precedente as a Technique for Controlling the Overuse of Lawsuit</i> Vanessa Maria Trevisan.....	337
PARECER	
PARECER Nº 07/2014/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIO/ DEPCONSU/PGF/AGU Leopoldo Gomes Muraro.....	375
Normas Editoriais	389



EDITORIAL

A Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - EAGU, dando continuidade à disseminação do conhecimento para a comunidade jurídica, tem a honra e a satisfação de lançar a 41ª edição da sua revista jurídica, referente ao trimestre de julho a setembro de 2014.

A 41ª Edição da Revista da AGU é composta por onze artigos “regulares”, um artigo “institucional”, um “Parecer”, um “artigo extraordinário”, além das “normas editoriais da EAGU”. Os artigos dessa edição abordam diversos temas do mundo jurídico, dos mais variados ramos do direito.

A Revista que ora apresentamos é aberta com o brilhante trabalho da nossa Autora Convidada, Dra. Jane Reis, Juíza Federal e Professora Adjunta de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), que nos brinda com o artigo intitulado: “A Aplicação de Regras Religiosas de acordo com a Lei do Estado: um panorama do caso brasileiro.” Em sequência, temos o artigo institucional: “A Consultoria-Geral da União”, da lavra de um dos nossos mais valorosos colegas advogados públicos, o Professor Doutor Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Procurador da Fazenda Nacional e Consultor-Geral da União.

A 41ª Edição segue com onze artigos cujos autores são personagens renomadas na elite da comunidade jurídica, e os seus artigos são verdadeiras obras primas que merecem serem lidas e relidas. Os artigos e autores são: “Possibilidades e Limitações da Fazenda Pública na Inscrição em Dívida Ativa de Crédito Não Tributário”, de Agélio Novaes de Miranda; “(In) Aplicabilidade do CDC aos serviços de Saúde e Educação Públicas. Enfoque: o objeto de consumo”, de Alberto Canellas Neto; “A Regulamentação do Comércio Eletrônico: comentários ao decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013”, de Carolina Iwancow Ferreira e Mônica Nogueira Rodrigues; “Avaliação Ambiental Estratégica (AAE), Licenciamento Ambiental e Autocontenção Judicial”, de Eduardo Fortunato Bim; “A Peculiaridade Jurídico-Constitucional do Poder Constituinte e sua (In) Existente Originalidade no Contexto da União Europeia”, de Francisco Valle Brum; “Verbas Indenizatórias e a Incidência de Imposto de Renda”, de Graziela Mayra Joskowicz; “O Subsídio Democrático do Acesso Via Internet ao Contracheque Nominal do Servidor Público”, de Aurélio Rodrigues Cunha e Cruz, Verônica Teixeira Marques, Jéffson Menezes de Sousa e Crislane Rocha

de Souza Cruz; “O Direito do Consumidor nas Relações de Consumo Virtuais”, de Michael César Silva e Wellington Fonseca dos Santos; “As Convenções 155 e 161 da OIT sobre Meio Ambiente do Trabalho e seus Reflexos na Jurisprudência do TST”, de Solange de Holanda Rocha; “Reflexos do Discurso Liberal do Direito de Propriedade nas Decisões Judiciais Proferidas em Ações de Desapropriação Agrária”, de Junior Divino Fidelis; e “A Efetividade do Precedente Judicial como Técnica de Controle do Excesso de Demanda Judicial”, de Vanessa Maria Trevisan.

E por último, fechando também esta edição temos o PARECER Nº 07/2014/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEP CONSU/PGF/AGU, do Procurador Federal, Leopoldo Gomes Muraro, e as NORMAS EDITORIAS da Revista da AGU, tudo que você precisa saber para que seu artigo seja publicado na Revista da AGU.

A Escola da Advocacia-Geral da União, Ministro Victor Nunes Leal ao tempo que agradece, parabeniza os autores dos artigos desta 41ª edição pelos memoráveis trabalhos científicos aqui disponibilizados, e convida os apreciadores da boa leitura jurídica a degustar os ensinamentos que ora apresentamos.

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Diretora da Escola da AGU

A APLICAÇÃO DE REGRAS RELIGIOSAS DE ACORDO COM A LEI DO ESTADO: UM PANORAMA DO CASO BRASILEIRO

*APPLICABLE RELIGIOUS RULES ACCORDING TO THE LAWS OF
THE STATE: A REPORT OF THE BRAZILIAN CASE*

Jane Reis

Juíza Federal

*Professora Adjunta de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)*

Doutora em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (2004)

Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio (1999)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Contexto político, normativo e doutrinário; 2 Adjudicação: conexões entre adjudicação religiosa e jurisdição estatal; 3 Implementação social de regras religiosas (sem qualquer participação estatal); 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo apresentar um panorama das manifestações concretas da interação entre Estado e religião no cenário brasileiro atual. A análise empreendida tem como finalidade mensurar em que medida a moldura normativa e práticas de instituições públicas se conformam ao ideal normativo de laicidade estatal contemplado no texto constitucional. Essa tarefa será realizada através de uma descrição do marco normativo sobre esse tema, o qual será cotejado com as práticas e tradições culturais e institucionais brasileiras nessa seara.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade Religiosa. Confessionalismo. Laicidade. Constituição Federal.

ABSTRACT: The objective of the present study is to present an overview based on concrete expressions of the current relation between State and religion in Brazil. The analysis aims to measure to what extent the legal framework and the institutional practices conform to the normative ideal of State secularism determined by the Constitution. The work bases itself on the descriptive examination of the legal context compared to the official practices and cultural practices of public institutions regarding to religious rights in Brazil.

KEYWORDS: Religious Freedom. Confessionalism. Laicism. Federal Constitution.

RESUMEN: El objetivo del presente estudio es presentar un informe de las manifestaciones concretas de la relación entre el Estado y la religión en el escenario brasileño actual. El análisis tiene como finalidad establecer en qué medida la moldura normativa y prácticas de instituciones públicas se conforman al ideal normativo de un estado laico contemplado en el texto constitucional. Esta tarea se llevará a cabo por medio de una descripción del marco normativo sobre esta cuestión, que será comparada con las prácticas y tradiciones culturales e institucionales brasileñas en esta área.

PALABRAS CLAVE: Libertad Religiosa. Confesionalismo. Laicismo. Constitución Federal.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo apresentar um relato das manifestações concretas da relação entre Estado e religião no cenário brasileiro atual. A descrição empreendida tem como finalidade fornecer um panorama sobre correlação entre a moldura normativa e práticas de instituições com o ideal normativo de laicidade estatal. Essa tarefa será realizada através de uma descrição do marco normativo sobre esse tema, o qual será cotejado com as práticas e tradições culturais e institucionais brasileiras nessa seara.

Neste sentido, o presente artigo se divide em três etapas principais. Na primeira delas, são apresentadas as premissas empíricas, históricas e conceituais que norteiam o restante do texto. Após, será apresentada uma visão geral do contexto político, doutrinário e, principalmente, normativo sobre as relações entre religiosidade e esfera pública. Como será exposto, embora o texto constitucional brasileiro consagre a laicidade estatal, contempla outras normas que encerram aproximações entre instituições religiosas e a esfera pública, o que gera dificuldades e riscos no atendimento satisfatório do ideal de Estado laico. Outro campo de análise percorrido é a identificação de normatizações de caráter infraconstitucional atinentes ao presente tema, bem como de práticas culturais e a forma como são enquadradas por Tribunais diante da moldura normativa existente. Ao final, é apresentada breve conclusão a respeito do estado atual na esfera brasileira de concreção da laicidade.

1.1 CONFIGURAÇÃO ESTATÍSTICA DAS RELIGIÕES NO BRASIL

O Brasil é um país de expressiva maioria católica, que passa atualmente por um processo de importantes transformações no perfil demográfico religioso da população (IBGE, 2012).

O último censo nacional, realizado em 2010, indicou que a proporção de católicos do país – que ainda é a maior nação católica do mundo – vem diminuindo na medida em que ocorre um progressivo aumento no número de evangélicos (protestantes tradicionais e pentecostais). Entre 1960 e 2010 o percentual da população que se declara católica diminuiu de 93,1% para 64,6%. No mesmo período, o percentual de evangélicos cresceu de 4,0% para 22,2%.

Essa reconfiguração estatística é resultado da expansão de uma nova versão do protestantismo, o denominado pentecostalismo, que representa uma força política e social emergente.

Os dados recentes indicam, de um lado, a manutenção da hegemonia da Igreja Católica e a prevalência do cristianismo e, de outro, o progressivo aumento da diversidade religiosa no país. Tal diversidade se manifesta primariamente no âmbito das religiões cristãs, pois que o protestantismo está pulverizado entre os protestantes tradicionais (4,0%) e as diversas igrejas pentecostais (18,1%). No plano geral, ganharam espaço o espiritismo (2,0%) e as pessoas que se declararam sem religião (8,0%).

Dentre as religiões minoritárias, as afro-brasileiras (umbanda e candomblé) totalizam 0,3% da população. Apesar da pequena representatividade estatística, os cultos de origem africana possuem grande importância na paisagem religiosa e cultural brasileira, porquanto influenciaram liturgias e práticas das outras religiões pela via do sincretismo e, também, pelo histórico de estigma e intolerância a elas dirigidos, com reflexos importantes na esfera pública e nas demandas por liberdade e laicidade.

O sincretismo religioso brasileiro teve como ponto de partida o processo de catequese dos negros africanos escravizados, que incorporou diversos elementos das suas tradições religiosas à matriz cristã hegemônica, formando um cenário extramente complexo de interação entre diversas liturgias, símbolos e crenças.

1.2 NOTÍCIA HISTÓRICA

Durante o período colonial e sob a vigência da Constituição imperial, a relação entre Estado e religião no Brasil foi confessional, calcada na *união* entre os dois. A primeira Constituição brasileira, de 1824, foi outorgada por D. Pedro II, antes príncipe regente da colônia e herdeiro do trono português. O monarca que protagonizou a independência dissolveu pela força a Assembleia Constituinte instalada em 1823. O texto constitucional imposto estabelecia a manutenção da religião católica como oficial (art. 5º), previa que o monarca seria coroado “por Graça de Deus” e deveria jurar manter a religião do Estado (art. 103), atribuía direitos políticos apenas aos católicos (art. 95) e consagrava o regime do *padroado*, segundo o qual os sacerdotes eram indicados e pagos pelo Estado, assumindo condição semelhante à dos funcionários públicos (art. 102, II). Previa, ainda, a necessidade de assentimento do monarca para que as bulas papais e decisões da Santa Sé tivessem validade no Brasil (art. 102, XIV). A liberdade religiosa era assegurada de maneira muito limitada: garantia-se o direito ao culto doméstico, sem

a forma exterior de templo, devendo-se respeitar a religião do Estado e não ofender a moral pública (art. 179, V).

A proclamação da república em 1891 inaugura no Brasil o modelo de *separação* entre religião e Estado, seguido pelas constituições subsequentes. A Constituição de 1891 - fortemente influenciada pela Carta norte-americana - substituiu a monarquia pela república, o Estado unitário pelo federal, o parlamentarismo costumeiro pelo presidencialismo e o modelo confessional pelo laico. Entre várias disposições que enunciavam a ruptura com o modelo da *união* entre Igreja e Estado, merecem destaque: a vedação ao Estado de estabelecer, subvencionar ou embaraçar cultos (art. 11); a consagração da liberdade religiosa a todos os indivíduos e confissões (art. 72, §3); a disposição de reconhecimento apenas do casamento civil (art. 74, §4); a secularização dos cemitérios (art. 72, §5); a laicização do ensino público (art. 72, §6) e a previsão de que a crença religiosa não poderia ser alegada para o fim de escusar o cumprimento de obrigação legal a todos imposta (art. 72, §§28 e 29)

O grau de ruptura e afastamento entre Estado e religião que a leitura dessas disposições sugere, porém, não correspondia à compreensão social e política majoritária sobre como a esfera secular e religiosa deviam interagir (GIUMBELLI, 2002; LEITE, 2011). Em verdade, o modelo de estrita separação estabelecido na Constituição sofreu forte resistência da população e da Igreja Católica (GIUMBELLI, 2008). Assim, ao longo dos anos, a interpretação dos dispositivos, as práticas sociais e a regulação infraconstitucional amenizaram o laicismo da Carta de 1891, lançando as bases para construção do modelo da Constituição de 1934, que reaproximou religião e Estado, estabelecendo os contornos da laicidade temperada que influenciou as constituições subsequentes.

O modelo atual de laicidade no Brasil tem raízes da moldura estabelecida na Carta de 1934, que combinou os princípios da liberdade religiosa e laicidade com o reconhecimento do religioso no âmbito público-estatal. A Constituição de 1934 estatuiu a vedação de discriminação por motivo de crença religiosa (art. 113), vedou a privação de direitos motivada por convicções filosóficas, políticas ou religiosas (art. 113, §4) e enunciou a inviolabilidade de consciência e de crença e a liberdade de cultos respeitada a ordem pública (art. 113, §5). Não obstante, previu que a recusa em cumprir obrigação legal a todos imposta por motivo de crença religiosa, filosófica ou política poderia ensejar a perda dos direitos políticos (art. 111, b). A referida Constituição fixou aspectos importantes

de reconhecimento da religião na esfera pública, substituindo o laicismo do texto de 1891 por uma moldura de laicidade temperada. Foram previstos o direito à assistência religiosa nos estabelecimentos oficiais (art. 113, §6), a liberdade de culto em cemitérios e o direito ao sepultamento em cemitérios particulares (art. 113, §7), a possibilidade de reconhecimento civil do casamento religioso (art. 146) e o ensino religioso nas escolas públicas (art. 153).

As linhas mestras do referido modelo de laicidade flexível ou *soft* foram mantidas pelas constituições subsequentes. A Constituição de 1946 introduziu a imunidade tributária de templos de qualquer culto (art. 31) e a possibilidade de prestação alternativa no caso de escusa de consciência (art. 141, §8º). A Carta de 1988, atualmente em vigor, manteve esse esquema geral.

Diversas controvérsias jurídicas acerca das fronteiras que separam Estado e religião no Brasil emergem precisamente da tensão entre o princípio da laicidade e as previsões constitucionais que admitem a inserção do religioso no domínio estatal, como ocorre nas disputas relacionadas ao ensino religioso e à constitucionalidade do acordo firmado em 2008 entre o Estado brasileiro e a Santa Sé.

Sob o enfoque político, as questões relacionadas à liberdade religiosa e à laicidade no Brasil se desenvolvem em três eixos de conflito: (i) os desafios à laicidade deflagrados pela hegemonia histórica da Igreja Católica e sua tradicional influência na esfera pública e estatal; (ii) a crescente demanda dos neopentecostais por reconhecimento e influência na esfera público-estatal; (iii) as ameaças à laicidade e às minorias religiosas que resultam da expressiva preeminência do cristianismo.

1.3 ESCLARECIMENTO TERMINOLÓGICO E CONCEITUAL

No presente relatório a expressão *regras religiosas* será empregada para designar os comandos e imposições advindos da *religião* entendida sob um *enfoque predominantemente funcional*, ou seja, incluindo as exigências que provêm das manifestações conscientes e de crença que desempenham, na vida da pessoa, um papel equivalente àquele reservado às religiões tradicionais (como catolicismo, protestantismo e judaísmo). Ciente do risco de que tal concepção torne-se por vezes hiperinclusiva e desencadeie dificuldades interpretativas, entendo que é a visão que mais se adapta ao caráter dinâmico do fenômeno religioso. Por outro lado, um conceito inclusivo de religião é adequado à exigência de que o Direito

e o Estado mantenham uma posição de neutralidade em face de um cenário social cada vez mais plural e heterogêneo. O conceito de *regras religiosas* aqui adotado apoia-se em uma visão quantitativa e gradual, que considera de forma indicativa, mas não exclusiva, os elementos tradicionalmente relacionados ao reconhecimento das religiões (tais como: a idade da crença, o grau de institucionalização, o número de aderentes, a exigências éticas e morais que encerra, a existência de uma classe sacerdotal, a existência de ritos, dogmas e cerimônias e etc.). Busca-se, assim, uma compreensão das regras religiosas que, ao mesmo tempo que se desprenda de sua matriz cristã, não abrigue manifestações outras que inequivocamente não se enquadrem no fenômeno religioso.

2 CONTEXTO POLÍTICO, NORMATIVO E DOUTRINÁRIO

2.1 ASPECTOS GERAIS

As relações entre Estado e religião no Brasil são profundamente marcadas pelo predomínio ancestral da Igreja Católica e pela crescente influência política e social das igrejas pentecostais. O catolicismo é a religião dominante e sua hegemonia histórica tem repercussões estruturais, que se manifestam em controvérsias importantes, como, *v.g.*, as relativas ao ensino religioso, à presença de crucifixos em tribunais e à celebração do acordo com a Santa Sé, em 2008. O pentecostalismo, por seu turno, teve nas últimas décadas um acréscimo de influência política que não é reflexo, apenas, do aumento quantitativo do número de evangélicos. Esses grupos religiosos organizaram-se com o específico propósito de atuar no campo político, com apoio das igrejas a candidaturas de seus adeptos para cargos políticos e a mobilização de frentes parlamentares que empregam “a identidade religiosa como atributo eleitoral” (GUIMBELLI, 2008; ORO, 2003). Os pentecostais têm atuação política intensa e combativa, buscando exercer influência no debate público, seja em cooperação com a Igreja Católica – em assuntos nos quais convergem, como nas contendas relativas aos direitos sexuais e reprodutivos –, seja buscando um tratamento equivalente ao dado ao catolicismo – a exemplo da tentativa não exitosa de aprovação de uma Lei Geral das Religiões simultaneamente à incorporação ao direito brasileiro do acordo com a Santa Sé em 2008.

Essa presença marcante do discurso religioso na política (TAVARES, 2012) insere-se em um cenário jurídico-normativo complexo. A Constituição consagra o princípio da laicidade e determina a separação entre Estado e religião, mas simultaneamente reconhece

a liberdade religiosa em suas múltiplas dimensões, contemplando a inserção das manifestações religiosas na esfera público-estatal ao prever a possibilidade de cooperação com grupos religiosos para fins de interesse público (art. 19, I), o ensino religioso em escolas públicas (art. 221) e a conversão do casamento religioso em civil (art. 226, §2º).

É possível afirmar que a Constituição brasileira consagra um modelo *laicidade inclusivista*, uma vez que a separação institucional entre religião e Estado e a imposição de neutralidade coexistem com mecanismos normativos de reconhecimento do fenômeno religioso. O principal desafio é evitar que esses canais de inclusão convertam-se em instrumentos de imposição de doutrinas abrangentes (RAWLS, 1993), especialmente considerando o progressivo aumento da influências das confissões majoritárias na esfera política.

2.2 MOLDURA CONSTITUCIONAL DA LAICIDADE E DA LIBERDADE RELIGIOSA NO BRASIL

Embora a Constituição não faça menção expressa à laicidade, o conjunto de comandos que disciplina as relações entre Estado e religião permite identificá-la como princípio basilar do ordenamento brasileiro. Nesse sentido, é vedado ao Estado “estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público” (art. 19, I). Essa previsão de cooperação alicerçada no fluido conceito interesse público gera potenciais conflitos com a diretriz da separação, sendo objeto de controvérsia na doutrina (veja SILVA, 2013; HUACO, 2008; ZYLBERSZTAJN, 2012).

A laicidade é reconhecida pelo STF como “um postulado essencial da organização institucional do Estado brasileiro” (BRASIL, 2008), que opera em duas dimensões: impedindo que o Estado “intervenha em assuntos religiosos, seja como árbitro, seja como censor” e obstando “que os dogmas de fé determinem o conteúdo de atos estatais” (BRASIL, 2012, p. 44).

Adoto aqui, como núcleo conceitual do princípio da laicidade, os comandos de separação formal, de independência institucional e de neutralidade do Estado em relação às confissões religiosas. Partindo desse conceito ideal, é possível afirmar que, desde o nascimento da república, a diretriz da laicidade esteve em conflito com a dinâmica política brasileira (GIUMBELLI, 2008; LEITE, 2011). A tendência

de calibrar o conceito de laicidade para torná-lo amigável às religiões é impulsionada pela força política tradicional da Igreja Católica e pelo poder emergente dos evangélicos (para uma abordagem detalhada desse fenômeno, ver TAVARES, 2012). O grau de influência das religiões na esfera estatal leva alguns estudiosos a afirmar que o Estado brasileiro é “laico, mas nem tanto”.

Nesse sentido, dois aspectos merecem ser destacados em relação à ideia de laicidade no contexto brasileiro. De um lado, a circunstância de que ela sempre operou mais como um ideal regulatório – ou seja, como um princípio jurídico de aplicação graduável – do que como uma regra estrita e binária. De outro, o fato de que o próprio texto constitucional estipula mecanismos de reconhecimento e cooperação entre Estado e religião, os quais abrem portas de conexão que colocam em risco a neutralidade estatal e a igualdade entre religiões.

O preâmbulo da Constituição de 1988 invoca a proteção de Deus. Essa menção é indicativa da influência de parlamentares religiosos nos trabalhos constituintes (LEITE, 2008, pp. 274-275; PIERUCCI, 1996; ZYLBERSZTAJN, 2012). O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o preâmbulo não ostenta caráter normativo e não vincula o legislador infraconstitucional (BRASIL, 2003; Idem, 2008). No entanto, essa referência deísta é frequentemente invocada por doutrinadores favoráveis à interação entre Estado e religião, que a destacam como um indício de que o Estado brasileiro não é hostil às manifestações religiosas na esfera pública (MARTINS, 1996).

No debate político e acadêmico é corriqueira a afirmação de que o Estado brasileiro “é laico, mas não é ateu”, a fim de destacar que a posição de neutralidade e equidistância do poder público em relação às diversas crenças não deve corresponder à rejeição da religiosidade. Entretanto, o uso da assertiva em questão muitas vezes deixa clara a tênue fronteira que separa uma neutralidade tolerante da infiltração de dogmas religiosos no seio do Estado.

A Carta de 1988 enuncia, no capítulo destinado aos direitos fundamentais, a *liberdade de consciência*, a *liberdade de crença*, o *livre exercício de cultos religiosos* e a *proteção, na forma da lei, dos locais destes e suas liturgias* (art. 5º, VI). É prevista, ainda, a *proibição de privação de direitos por motivo de crença religiosa, exceto na hipótese de recusa de se cumprir obrigação legal a todos imposta ou prestação alternativa fixada em lei* (art. 5º, VIII).

A ordem de positivação dos direitos na Constituição sugere o reconhecimento da liberdade religiosa como um desdobramento ou especificação da liberdade de consciência, que pode ser entendida como direito matriz (LEITE, 2008, p. 284; NETO, 2006, p. 93). Assim, a proteção da liberdade de religião envolve tanto o direito a professar uma religião como o direito de não se orientar de acordo com crença alguma. É consenso que a referida cláusula tutela o ateísmo, o agnosticismo e as convicções estritamente filosóficas (SILVA, 2013; LEITE, 2008).

A liberdade religiosa é constitucionalmente protegida tanto na dimensão individual quanto na dimensão institucional. Nesse sentido, a proteção constitucional engloba três tipos relacionados de liberdades: a liberdade de crença, a liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa (SILVA, 2013).

Um importante aspecto da dimensão institucional da liberdade religiosa é a previsão de imunidade tributária para templos de qualquer culto. Essa disposição é interpretada de forma ampla pelo STF, que entende que ela alcança não apenas os imóveis onde se realizam cultos, mas todo o patrimônio, renda e serviços relacionados às atividades essenciais das entidades religiosas, como imóveis alugados e cemitérios por elas mantidos (BRASIL, 2002; Idem, 2008a).

2.3 CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS DE APROXIMAÇÃO ENTRE ESTADO E RELIGIÃO

Ao mesmo tempo em que estabelece as cláusulas gerais de separação entre Estado e religião e tutela da liberdade religiosa, a Constituição contempla expressamente três hipóteses de inserção do religioso na esfera estatal: i) a previsão de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação compulsória ii) a previsão de ensino religioso, de matrícula facultativa e iii) a atribuição de efeitos civis ao casamento religioso.

a) Assistência religiosa nas entidades de internação compulsória

A previsão constitucional de assistência religiosa nos estabelecimentos civis e militares de internação coletiva corresponde ao entendimento da religião como direito fundamental, a ser assegurado mesmo nos contextos de afastamento da pessoa do espaço social.

A Lei nº 9.982/2000 assegura a prestação de assistência religiosa nos hospitais públicos e privados e nas prisões civis e

militares. Tal assistência é também assegurada nos estabelecimentos de internação de menores infratores (Lei nº 8.024/90). A dogmática jurídica tem dedicado pouca atenção ao tema da assistência religiosa nesses locais. Investigações antropológicas, porém, indicam um claro favorecimento das religiões cristãs e deístas em tais ambientes (SIMÕES, 2010).

A assistência religiosa nas prisões civis é também assegurada pela Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984) e foi recentemente regulamentada por meio da Resolução nº 08/2011 do Ministério da Justiça, que buscou uniformizar seus critérios de aplicação. Essa assistência é uma manifestação natural da dimensão positiva da liberdade de religião. No entanto, esse canal de aproximação entre Estado e religião desencadeia uma série de dificuldades e conflitos. A situação de calamidade humanitária dos presídios brasileiros dificulta a materialização garantia de acesso à assistência religiosa de forma equilibrada e igualitária. Por um lado, há relatos de restrição arbitrária ao acesso das autoridades religiosas aos presídios, que seriam motivadas pela resistência dos agentes penitenciários ao papel que desempenham na denúncia de violações aos direitos humanos, pelas dificuldades de se assegurar a segurança desses sacerdotes e, também, pela discriminação sistematicamente sofrida pelas religiões minoritárias. De outro lado, a fragilidade do controle estatal nas prisões faz com que a ocupação desses espaços por representantes das religiões hegemônicas represente um risco para a autonomia dos presos sem religião ou adeptos de religiões minoritárias (GONÇALVES, COIMBRA E AMORIM, 2010).

Há também outra espécie de assistência religiosa institucionalizada, voltada para os militares. A previsão encontra-se na Lei nº 6.923/1981, que contempla a figura dos capelães militares, “selecionados entre sacerdotes, ministros religiosos ou pastores, pertencentes a qualquer religião que não atente contra a disciplina, a moral e as leis em vigor”. A norma é anterior ao advento da Constituição de 1988, que não previu a assistência religiosa aos militares fora das prisões. O referido diploma contém diretrizes que favorecem as religiões majoritárias, de modo que em concursos públicos recentes para capelão foram abertas vagas apenas para padres católicos e pastores evangélicos (ZYLBERSZTAJN, 2012, p. 172). Nesse contexto, muitas vozes sustentam, com razão, que a referida norma não foi recepcionada pela atual Constituição e não poderia continuar a ser aplicada, por estar em conflito com o princípio da isonomia (ZYLBERSZTAJN, 2012, p. 170; LEITE, 2008).

b) *Ensino religioso*

A questão relativa ao regime e objeto do ensino religioso nas escolas públicas é um dos aspectos mais controvertidos da interação entre religião e esfera pública no direito brasileiro.

A Constituição de 1988 prevê que o ensino religioso constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, sendo a matrícula facultativa (art. 210, §1º). A abertura e indeterminação do dispositivo constitucional suscita uma série de problemas ainda não equacionados no sistema jurídico brasileiro (LEITE, 2008, p. 312): i) o ensino religioso pode ser confessional ou deve ser não confessional? ii) o legislador infraconstitucional tem liberdade para determinar o conteúdo do ensino religioso? iii) na hipótese de o ensino ser confessional, a quem cabe recrutar e remunerar os professores?

A discussão gravita em torno de saber que tipo de limitações o princípio da laicidade impõe ao Estado nessa seara. Em um esforço de simplificação, podem ser identificadas três orientações principais sobre o assunto. Parte da doutrina entende que a única modalidade de ensino religioso compatível com o modelo de separação entre Estado e religião é o *não confessional*, com contratação de professores por concurso público e remunerados pelo Estado. Segundo essa visão, oferecer conteúdo pedagógico confessional, ainda que de forma facultativa, violaria o princípio da igualdade e da liberdade de crença dos estudantes (ZYLBERSZTAJN, 2012). Uma segunda vertente afirma que a o legislador pode optar pelo ensino confessional, mas nesse caso deve observar uma série parâmetros para assegurar a neutralidade do Estado, tais como garantir ao aluno a escolha da confissão ministrada e oferecer atividade alternativa no mesmo horário. Ademais, no caso de ser adotado o modelo confessional, os professores não poderiam ser recrutados nem remunerados pelo poder público. Para alguns autores, o Estado deveria se limitar a ceder o espaço para a realização das aulas (LEITE, 2008, p. 331; FERRAZ, 1997). A terceira visão sustenta a adoção do modelo confessional, reconhecendo a possibilidade de o Estado recrutar professores de confissões religiosas (MARTINS, 1996).

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação, que entrou em vigor em 1996, contemplou em sua primeira versão a possibilidade de ensino confessional, sem ônus para os cofres públicos. No entanto, a polêmica

quanto à violação à laicidade pelo dispositivo motivou sua revisão em 1997. A nova redação consagrou a vedação ao proselitismo e suprimiu os dispositivos que contemplavam o ensino confessional. Em verdade, a eliminação da previsão controversa correspondeu à transferência aos Estados do poder de disciplinar e decidir seu esquema de ensino religioso.

Os Estados adotaram sistemas diferentes entre si (ZYLBERSZTAJN, 2012). Cinco adotam o modelo confessional, com variados mecanismos de recrutamento de professores. Sete adotam o modelo interconfessional (de caráter ecumênico) e nove o supraconfessional (visão aproximada à história e antropologia das religiões).

A questão ganhou maior complexidade com a incorporação ao ordenamento nacional, com *status* de lei, do acordo firmado pelo Brasil com a Santa Sé. O art. 11 do acordo prevê “o ensino religioso, *católico e de outras confissões religiosas*” estipulando, assim, um sistema confessional. Nesse contexto normativo, a Procuradoria-Geral da República ajuizou ação de inconstitucionalidade, com o objetivo de que o STF promova uma *interpretação conforme a constituição* da Lei de Diretrizes e Bases no sentido de que o ensino religioso nas escolas públicas não possa ser confessional. Em relação ao art. 11 do acordo entre Brasil e Santa Sé, requereu-se sua interpretação nos mesmos moldes ou, alternativamente, a declaração de inconstitucionalidade das expressões “católico e de outras confissões” (Neto 2013; ONU 2011). Considerando-se hegemonia das religiões de matriz cristã, parece-me que a única forma de harmonizar o ensino religioso nas escolas com o ideal de neutralidade estatal e adotar o modelo supraconfessional, por ser menos permeável ao proselitismo.

c) Atribuição de efeitos civis ao casamento religioso

A Constituição Federal enuncia que o casamento religioso terá efeitos civis nos termos da lei (art. 226, §2º). No plano infraconstitucional, o Código Civil prevê que o casamento religioso que observar os requisitos do casamento civil pode ser registrado, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração. (arts. 1.513 e 1.516). A Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) impõe, além das exigências relativas ao casamento civil, a juntada de “termo ou assento do casamento religioso, subscrito pela autoridade ou ministro que o celebrar, pelos nubentes e por duas testemunhas”.

Já houve controvérsia a respeito da possibilidade de conversão de casamento realizado em centros espíritas e nos cultos afro-brasileiros. Essa hesitação relaciona-se à circunstância de que certas confissões não possuem estruturas hierárquicas e lideranças religiosas institucionalizadas semelhantes às do catolicismo, protestantismo e judaísmo. O fato de a Lei 6.015/73 empregar a noção de autoridade religiosa já serviu como fundamento à rejeição da conversão em casamento civil de uniões efetivadas em centros espíritas – confissão na qual não existe a figura formal do sacerdote. Essa concepção, porém, não se harmoniza com o princípio da laicidade, que requer um tratamento neutro e não discriminatório em relação às várias religiões.

Recentemente, a tendência na doutrina e nos tribunais é reconhecer a possibilidade de validar o ato de celebração de qualquer religião. Alguns autores fazem a ressalva quanto à inviabilidade de registro das uniões que se distanciem de forma muito intensa do modelo civil de casamento, como, por exemplo, na hipótese de múltiplos vínculos simultâneos amparados em religiões que admitem a poligamia (BERENICE, 2008, p. 143).

Os tribunais têm entendido que o casamento exclusivamente religioso de qualquer credo – como o judaico (BRASIL, 2010) e de religiões de matriz africana (BRASIL, 2002a) – deve ser reconhecido como prova da união estável. A união estável é tratada pela Constituição de 1988 como entidade familiar (art. 226, § 3º), e seus requisitos e efeitos pessoais e patrimoniais estão regulados no Código Civil (art. 1.723 a 1.727).

2.4 RELAÇÕES ENTRE FILIAÇÃO RELIGIOSA E REGIME JURÍDICO APLICÁVEL ÀS PESSOAS: AS QUESTÕES QUE EMERGEM DA INCORPORAÇÃO AO DIREITO BRASILEIRO DO ACORDO COM A SANTA SÉ

A adoção da laicidade e a separação formal entre Estado e religião no Brasil requer, como regra geral, a inexistência de regimes jurídicos particulares atrelados à filiação religiosa. Assim, de um modo geral, não existe um sistema de leis pessoais baseadas na filiação religiosa.

No entanto, algumas questões complexas surgem a partir da incorporação à ordem jurídica nacional, em 2010, do “Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil” (Decreto Legislativo nº 698/2009; Decreto Presidencial nº 7.107/2010). O referido ato foi inserido na ordem interna com *status* de lei ordinária e se ocupa de variados temas. O documento

trata, entre outros assuntos, da personalidade jurídica das instituições eclesiásticas, da proteção ao patrimônio histórico, artístico e cultural da Igreja; da tutela dos locais de culto; da assistência espiritual em prisões e do ensino religioso.

Alguns desses tópicos foram ou serão examinados em outros trechos do presente artigo. Neste item, apresentarei brevemente o contexto relacionado à incorporação do acordo e tratarei das implicações jurídicas dos dispositivos que tratam do reconhecimento das regras religiosas.

O Acordo com a Santa Sé foi subscrito em 2008 por representantes dos dois Estados e teve rápida tramitação. Foi aprovado nas duas casas legislativas no ano de 2009 e, a partir do decreto de 2010, passou a integrar o sistema jurídico brasileiro com *status* de lei.

As discussões relativas à viabilidade jurídica e conveniência da sua aprovação gravitaram em torno de duas teses opostas: no sentido de rejeitá-lo, argumentava-se que ele representa uma ameaça à laicidade e à isonomia entre confissões religiosas; em seu favor, sustentou-se a tese de que ele apenas consolida “em um instrumento único disposições já existentes acerca da vida institucional da Igreja Católica no país”. Como relata Emerson Giumbelli (2011), o Acordo, embora rapidamente aprovado, gerou múltiplas reações contrárias. Posicionaram-se formalmente contra sua incorporação a Associação Brasileira de Antropologia, a Sociedade Brasileira de Sociologia e a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência.

O referido acordo, no que tange a pelo menos três aspectos, estabelece uma nítida conexão entre confissão religiosa e regime jurídico aplicável às pessoas: i) a previsão do Ordinariato Militar, ii) o reconhecimento da autonomia da Igreja para estabelecer sua ordenação interna e iii) a previsão do regime de trabalho voluntário diferenciado.

Primeiramente, o acordo faz alusão ao Ordinariato Militar, instituto que não é regulado em seus dispositivos, mas que já era objeto de outro acordo – firmado em 1989 – o qual não chegou a ser regularmente incorporado ao direito brasileiro (veja ZYLBERSZTAJN, 2012). O acordo de 1989 prevê a função de *ordinatário militar* para religiosos com dignidade de Arcebispo, nomeados pela Santa Sé e aprovados pelo governo brasileiro, cuja atividade é submetida à jurisdição segundo as regras canônicas e custeada pelas Forças Armadas brasileiras. Como destaca Joana Zylbersztajn (2012, p.181) “o Ordinariato Militar é uma instituição da Igreja Católica, seguindo sua organização e regras”,

mas “integrado à estrutura organizacional do Ministério da Defesa e sustentado pelo orçamento federal. Há absoluta mistura entre a organização religiosa e estatal.” Como bem pondera a autora, é clara a afronta ao art. 19, I da Constituição.

Outro aspecto que viabiliza a infiltração de regras religiosas no ordenamento é o reconhecimento do poder da Igreja Católica de “livremente criar, modificar ou extinguir todas as Instituições Eclesiásticas” mencionadas no art. 1º do Acordo. Esta disposição cria um mecanismo de validação automática das decisões das autoridades católicas, introduzindo um tratamento privilegiado à Igreja. Trata-se de um regime assimétrico em que os entes católicos, diferentemente dos pertencentes às outras confissões, ficam imunes à atividade estatal de enquadramento nas formas jurídicas.

Por fim, o acordo prevê a não existência de vínculo empregatício entre a Igreja e seus ministros e fiéis consagrados (art. 16, I), criando um regime especial nesse domínio. O objetivo do dispositivo é excluir essas relações da moldura jurídica que regula as relações de trabalho no Brasil.

2.5 REGRAS DE MATRIZ CLARAMENTE RELIGIOSA INCORPORADAS AO ORDENAMENTO JURÍDICO E APLICÁVEIS A TODOS OS INDIVÍDUOS

No Brasil, as normas jurídicas aplicáveis a todos os indivíduos que tem como *background* a tradição cristã são os feriados religiosos. Há uma grande diversidade de feriados nacionais e locais de origem católica. Como destaca Martel (2007), até pouco tempo atrás, “a presença de feriados religiosos em uma República laica não causava maiores controvérsias”. Não obstante, o crescimento dos evangélicos e sua ascensão na política tem modificado esse quadro. A título de exemplo, a Lei do Distrito Federal (Lei nº 893/1995) que instituiu o dia do evangélico teve sua constitucionalidade questionada. Os tribunais têm considerado a referida lei válida, caracterizando a sua comemoração como exercício regular do direito de culto religioso (BRASIL, 2002b).

2.6 REGRAS RELIGIOSAS E AUTONOMIA DAS ENTIDADES RELIGIOSAS

A aplicação pelas organizações religiosas (como escolas e hospitais) de regras próprias em suas dependências não é objeto de previsão legislativa específica. Eventuais acomodações e exceções não estão calcadas em regimes jurídicos singulares a elas aplicáveis, mas no esquema geral de relações entre religião e Estado. A exceção

mais notável é o recente Acordo entre o Brasil e a Santa Sé, analisado no tópico precedente. Assume destaque, quanto ao ponto, a exceção relativa aos “vínculos entre os ministros ordenados ou fiéis consagrados mediante votos e as Dioceses ou Institutos Religiosos” das regras de direito trabalhista, bem como a previsão de que a personalidade das instituições eclesíásticas são estabelecidas pelo direito canônico, desde que não contrariem as leis brasileiras (art. 3º,§ 1º).

2.7 CANAIS DE APLICAÇÃO DE REGRAS RELIGIOSAS NO DIREITO BRASILEIRO

Considerando o modelo laico de separação entre Estado e religião no Brasil, regras religiosas podem ser aplicadas, essencialmente, de maneiras oblíquas, quais sejam: i) pela via da homologação de sentenças estrangeiras de países que adotam o modelo de Estado confessional; ii) por meio de acordos com entidades religiosas, como ocorreu no caso da Acordo com a Santa Sé, que estabeleceu o regime jurídico da Igreja Católica no Brasil (analisado no tópico precedente); e iii) como parte da autonomia privada, já que as organizações religiosas são qualificadas como pessoas jurídicas de direito privado, as quais o Código Civil reconhece liberdade de criação, estruturação interna e funcionamento (art. 44). Neste último caso, cabe notar que as igrejas editam Estatutos que estabelecem sua organização interna e enunciam as condutas exigíveis de seus membros.

2.8 REGRAS GERAIS E ACOMODAÇÃO RAZOÁVEL DE MINORIAS RELIGIOSAS

A separação entre religião e Estado não impõe que indivíduos filiados a determinada crença estará sempre vinculado às normas jurídicas de aplicação geral. A própria Constituição Federal reconhece a possibilidade de se excetuar a imperatividade das normas jurídicas como forma de acomodar o regramento religioso (art. 5º, VIII). A análise de viabilidade e necessidade da acomodação dos ditames religiosos ao contexto jurídico deve levar em consideração as peculiaridades do caso concreto, bem como o balanceamento dos interesses constitucionais contrapostos por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade.

A obrigatoriedade da acomodação razoável é inerente à conjugação do princípio da laicidade e com a proteção da liberdade de crença, uma vez que este representa o tratamento igualitário e respeitoso que deve ser dispensado pelo Estado às minorias religiosas. Um exemplo

relevante desse fenômeno é a controvérsia acerca da aplicação de provas de concursos públicos e vestibulares aos sábados.

Determinadas religiões adotam o sábado como feriado religioso, proibindo a realização de quaisquer atividades nesse dia, inclusive a realização de provas. No Brasil, todavia, alguns tribunais têm reconhecido, com base na garantia de liberdade religiosa e demais princípios a ela relacionada – como pluralismo e dignidade humana –, a necessidade de se acomodar as regras gerais do direito a essas situações especiais, determinando que indivíduos de tais filiações religiosas façam a prova após o por do sol (termo final do resguardo religioso), com o encargo de ficarem isolados nos locais de prova durante todo o tempo destinado à avaliação dos demais candidatos. Em raras situações, as cortes alteraram as datas da realização do certame (LEITE, 2012; MARTEL, 2007). De modo geral, porém, a jurisprudência tem considerado o isolamento do candidato adepto de minorias religiosas que impõe o resguardo como a medida que mais bem acomoda as regras religiosas nessas situações.

Outra controvérsia relevante é a relacionada com os casos de transfusão de sangue de pacientes Testemunha de Jeová. A maior parte dos países, nesse contexto, reconhece que o Estado não teria razões para impor o tratamento médico – em respeito ao direito à vida e à saúde – caso o paciente adulto tenha recusado a transfusão em exercício de sua autonomia privada e capacidade (civil e mental) plenas. Em situações como essas, o direito à liberdade religiosa estaria pautado, acima de tudo, no princípio da dignidade humana – tendo em vista que as escolhas de se submeter a determinado tratamento terapêutico e ser membro de determinado grupo religioso são igualmente opções existenciais, tomadas de maneira consciente e consensual –, devendo prevalecer, pois, quando em conflito com os demais valores constitucionais (BARROSO, 2010).

Apesar de essa tese ter ampla acolhida na doutrina (BARROSO, 2010; LEITE, 2012), os tribunais brasileiros ainda hesitam em adotá-la, tornando a transfusão de sangue imperativa na maioria dos casos, desconsiderando a autonomia do indivíduo sobre o seu próprio corpo, sua religião ou sua dignidade (LEITE, 2011). Entretanto, é possível notar uma progressiva alteração na prática judicial, emprestando maior importância ao aspecto da dignidade humana ligada à liberdade religiosa e se garantindo a opção autônoma do paciente adulto à recusa da transfusão sanguínea.

3 ADJUDICAÇÃO: CONEXÕES ENTRE ADJUDICAÇÃO RELIGIOSA E JURISDIÇÃO ESTATAL

3.1 O MODELO DE JURISDIÇÃO UNA

A Constituição brasileira estipula o princípio da inafastabilidade da jurisdição. O artigo 5º, inciso XXXV, do texto constitucional estabelece que: “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”. O Brasil adota, assim, o sistema de jurisdição una, de maneira que somente o Judiciário tem o poder de decidir controvérsias jurídicas de forma definitiva.

Em vista disso, a adjudicação empreendida por organizações religiosas (tribunais eclesiásticos e similares) é sempre suscetível de contestação no Judiciário. Em tese, ao examinar as demandas, as cortes poderão apreciar a validade das soluções adotadas pelas autoridades religiosas à luz do ordenamento jurídico nacional.

É certo, porém, que as cortes podem adotar uma postura mais ou menos deferente diante de demandas que contestam a correção das soluções adotadas pelas entidades religiosas. Estarão em conflito, de um lado, os direitos supostamente violados pelos tribunais religiosos e, de outro lado, a autonomia privada – já que a adjudicação pelos tribunais religiosos pode ser entendida como um mecanismo de composição privada de conflitos – e a liberdade religiosa em sua dimensão institucional.

É possível notar, porém, certa deferência dos tribunais brasileiros às decisões tomadas pelas organizações religiosas mediante aplicação de suas regras particulares. Nesse contexto, há precedente no sentido de que a destituição de clérigos, pela instituição religiosa, de suas funções administrativas e pastorais, não ensejaria indenização por danos morais, tendo em vista a inexistência de ilícito, uma vez que a decisão foi lastreada pelo Estatuto da Convenção de Igrejas (BRASIL, 2012). Da mesma forma, há decisão de corte estadual no sentido de que a anulação de casamento religioso tomada em consonância com as regras da congregação religiosa de que fazem parte não é apta a gerar dano moral (BRASIL, 2010). Outra decisão entendeu que a sentença de congregação religiosa proibindo indivíduos de frequentar cultos religiosos não configura causa geradora de dano imaterial (BRASIL, 2009).

Há casos, todavia, em que os tribunais estatais tomam em consideração os atos produzidos por tribunais religiosos, sob o

fundamento de que as regras processuais brasileiras admitem todos os meios de prova legais e moralmente legítimos (BRASIL, 2002c). Pela mesma razão, aceitam-se certidões eclesiásticas (aliadas à prova testemunhal) em ações que postulam a retificação da data de nascimento constante no registro civil (BRASIL, 2009a).

3.2 HOMOLOGAÇÃO ESTATAL DE DECISÕES DE TRIBUNAIS RELIGIOSOS

Tradicionalmente, e com base no contexto normativo explicado no tópico anterior, o sistema jurídico brasileiro não contempla a validação de atos de tribunais religiosos. A única exceção a essa regra geral é a hipótese de homologação de sentença estrangeira de tribunais religiosos dos países que reconhecem essa modalidade de jurisdição (BRASIL, 2002d).

O STF não admitia, todavia, a homologação de decisões de cortes religiosas proferidas no Brasil, mesmo que confirmadas por autoridades estrangeiras. Esse entendimento foi adotado, por exemplo, em casos envolvendo divórcio, nos quais se entendeu que “divórcio concedido por autoridade religiosa a qualquer cônjuge domiciliado no Brasil, ou de brasileiro domiciliado no exterior não será homologável pela Suprema Corte. Excepciona-se, quanto aos estrangeiros fixados fora do nosso território, nacionais de país em que a lei faculte à autoridade clerical a concessão de divórcio” (BRASIL, 1981) STF, SE 2838 AgR/Líbano; STF SE 2016).

Nessa linha de raciocínio, somente os atos estrangeiros praticados pelas cortes estatais poderiam ser homologados no Brasil. Entendeu o STF que não cabe homologação de decisão da “Sacra Romana Rota” – que deu pela dispensa do casamento *rato et non consumato* –, mas sim a do Tribunal Civil de Gênova, que tornou aquela decisão exequível para os efeitos civis (BRASIL, 1971).

É relevante notar, portanto, que o STF tem homologado decisões anulatórias de casamentos, proferidas por tribunais eclesiásticos, sempre que estas decisões tenham sido confirmadas por cortes civis de nações signatárias de acordos com o Vaticano (BRASIL, 1982 - STF, SE 2501/Portugal, SE 2613/Espanha; SE 2041/Itália). Por outro lado, cabe relatar o ocorrido no caso SE 2.852/Espanha, em que o Supremo Tribunal Federal considerou inviável a homologação de decisão eclesiástica proferida no Brasil, uma vez que no nosso país “as relações de família submetem-se à jurisdição dos tribunais civis”.

A moldura jurídica do problema foi alterada com a incorporação ao direito brasileiro do controvertido Acordo de 2008 entre a Santa Sé e o Brasil (Decreto Legislativo nº 698/2009; Decreto Presidencial nº 7.107/2010), que prevê que a “homologação das sentenças eclesiais em matéria matrimonial, confirmadas pelo órgão de controle superior da Santa Sé, será efetuada nos termos da legislação brasileira sobre homologação de sentenças estrangeiras” (art. 12, § 1º).

Com fundamento na referida previsão, o STJ já homologou sentença prolatada pelo Tribunal Eclesiástico de Vitória/ES, confirmada pelo órgão competente da Santa Sé, no Vaticano. Apontou-se que, segundo o Acordo, “as decisões eclesiais confirmadas pelo órgão superior de controle da Santa Sé são consideradas sentenças estrangeiras para efeitos de homologação” (BRASIL, 2013).

A principal questão que emerge da possibilidade de homologação das decisões da Santa Sé por tribunais brasileiros diz respeito à quebra da laicidade por violação à isonomia de tratamento entre as várias confissões. Trata-se de um privilégio conferido à Igreja Católica, já que não há previsão semelhante em relação às outras religiões.

4 IMPLEMENTAÇÃO SOCIAL DE REGRAS RELIGIOSAS (SEM QUALQUER PARTICIPAÇÃO ESTATAL)

4.1 CURANDEIRISMO E SACRIFÍCIO DE ANIMAIS

O choque entre comandos religiosos e normas estatais abstratas é um problema que se apresenta sobretudo em relação às religiões minoritárias, afetando de forma mais intensa os cultos de matriz africana.

Duas práticas empreendidas por religiões afrodescendentes suscitam questões jurídicas relacionadas aos choques entre comandos legais abstratos e o exercício da liberdade religiosa: i) a prática de rituais de cura e ii) o sacrifício de animais.

O Código Penal brasileiro, de 1940, tipifica como crime “exercer o curandeirismo” (art. 284), definindo a referida prática como a prescrição de substâncias, o uso de palavras e gestos e a realização de diagnósticos. O crime em questão é previsto no capítulo que se ocupa dos crimes contra a saúde pública.

É importante destacar que a criminalização de tal conduta, em sua origem, se inseria em uma conjuntura de discriminação do espiritismo e perseguição às religiões afro-brasileiras. Vale notar que a legislação penal anterior, de 1890, criminalizava o “espiritismo” e a “magia e seus sortilégios” (GIUMBELLI: 2008, p. 84). Não obstante, as abordagens doutrinárias e decisões judiciais mais recentes destacam a impossibilidade de enquadrar como crime de curandeirismo as práticas religiosas, em vista da proteção constitucional à liberdade de crença e culto. Nesse sentido, em decisão na qual se debatia qualificação como curandeirismo da cura pela fé realizada em centro espírita, destacou o tribunal que o direito penal “*não pode ser utilizado como um filtro e interferir na escolha religiosa das pessoas. Ou seja, não compete ao judiciário dizer qual religião é falsa, pois isso importaria em desrespeito aos que nela acreditam ou acreditaram*” (BRASIL, 2008, grifos nossos).

Outra questão relevante diz respeito ao sacrifício de animais em rituais religiosos, prática incorporada aos cultos de matriz africana. O art. 225, § 1º, VII da Constituição Federal veda práticas que caracterizem crueldade contra animais. Na mesma linha, o art. 32 da Lei nº 9.605/98 tipifica o crime de abuso e maus-tratos de animais.

A questão deverá ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 494.601/RS, interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul. O recurso pretende a reforma da decisão proferida pelo Órgão Pleno do Tribunal de Justiça do referido estado que, por maioria, afirmou a constitucionalidade da Lei 12.131/2004, a qual estabelece que o sacrifício ritual em cultos ou liturgias das religiões de matriz africana não configura violação ao Código Estadual de Proteção aos Animais.

4.2 PROSELITISMO E A UTILIZAÇÃO RELIGIOSA DOS ESPAÇOS PÚBLICOS

A difundida utilização de símbolos religiosos como ornamento em repartições públicas também tem sido foco de recorrente controvérsias. É comum a presença de crucifixos em hospitais, escolas, delegacias e, como exemplo mais representativo, no plenário do Supremo Tribunal Federal. Segundo Lorea (2009, p. 88) a existência desses adereços em prédios funcionais é encarada como “ausência de consciência cívica dos magistrados”, que negligentemente permitem a permanência e a afixação da cruz cristã nos prédios públicos, inclusive naqueles recém construídos.

No ano de 2007, pelo menos quatro representações (Pedidos de Providência n.ºs. 1.344, 1.345, 1.346) foram encaminhadas ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – agência federal responsável pelo controle financeiro e administrativo do sistema judiciário – questionando a aposição de crucifixos em fóruns e tribunais do país. Apesar das controvérsias que orbitam a discussão, o CNJ decidiu que a utilização de símbolos religiosos nas dependências do Judiciário não viola o princípio da laicidade do Estado.

Apesar do entendimento esposado pelo CNJ, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 2009, – seguido, posteriormente, pelo Tribunal do Rio Grande do Sul, em 2012 –, determinou, administrativamente, a remoção dos crucifixos de todas as suas salas de audiência. A medida sofreu certa resistência pelos juízes, que se opuseram publicamente à decisão (ESTADÃO, 2009; BÄCHTOLD, 2012). No âmbito do Poder Executivo, a Presidente Dilma Rousseff retirou tanto a Bíblia, como o crucifixo que decoravam o gabinete presidencial (FOLHA, 2011).

Por fim, o exercício do proselitismo, comum nas religiões pentecostais, deflagra embates sobre o uso de espaços públicos e sociais. A jurisprudência nacional é farta em exemplos de litígios envolvendo cultos religiosos de variados credos em razão da poluição sonora. Os tribunais têm solucionado a questão sob a perspectiva da proteção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, prevista na Constituição Federal (CF, art. 225). Quanto à pregação em locais públicos, já se entendeu ser vedada a celebração de cultos em trens, uma vez que, segundo a corte que apreciou a questão “o direito ao livre culto dos evangélicos não pode expor o direito dos demais passageiros de não serem incomodados com prática religiosa que não aceitam” (BRASIL, 2012).

5 ENCERRAMENTO

Analisando-se todas as questões apresentadas no presente texto, pode-se afirmar que, de um ponto de vista descritivo, o Brasil não é um Estado plenamente imparcial na tratativa de assuntos religiosos. O ideal regulativo de laicidade está em permanente conflito com a forte influência histórica do Cristianismo, que aqui, como em outros países de tradição ocidental, desencadeia um tratamento preferencial da religião hegemônica em detrimento das minoritárias (GRIMM, 2009). Paralelamente, a constante busca pela laicidade conflita com necessidade de proteger a liberdade de crença das minorias religiosas, que não

raro esbarram em práticas estatais tidas como neutras, mas que foram estabelecidas e moldadas pelo paradigma religioso dominante.

Como visto, há uma série de controvérsias e tensões envolvendo questões religiosas que são enfrentadas com uma retórica de neutralidade pelas instituições estatais, mas que refletem a prevalência das uma crenças majoritárias, a exemplo do ensino religioso em escolas públicas e a presença de crucifixos em prédios governamentais. Assim, um dos principais desafios para o Estado brasileiro no futuro próximo é reforçar o ideal normativo de laicidade, harmonizando o pluralismo inclusivo, a liberdade religiosa e a neutralidade – princípios basilares prescritos pela Constituição.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

BÄCHTOLD, Felipe. Magistrados criticam fim de crucifixos no Judiciário. *Folha de São Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/31733-magistrados-criticam-fim-de-crucifixos-no-judiciario.shtml>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

BARROSO, Luis Roberto. *Legitimidade da Recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová*: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas_de_jeova.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2014.

BERENICE, Maria. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRUGGER, Winfried. Da Hostilidade passando pelo reconhecimento até a identificação – Modelos de Estado e Igreja e sua relação com a liberdade religiosa. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, jan./mar. 2010. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/10_Dout_Estrangeira_1.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2014.

ESTADÃO. *Desembargadores criticam retirada de crucifixo do TJ-RJ*. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,desembargadores-criticam-retirada-de-crucifixo-do-tj-rj,321302,0.htm>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. O Ensino Religioso nas escolas públicas: exegeze do §1º do art. 210 da CF de 05.10.1988. *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 20, n. 5, jul./set. 1997.

FERRETTI, Sérgio Figueiredo. *Repensando o Sincretismo*. São Paulo: Edusp, 1995.

FOLHA. 2011. *Bíblia e crucifixo são retirados do gabinete no Palácio do Planalto*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po0901201114.htm>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

GIUMBELLI, Emerson. 2003. O ‘baixo espiritismo’ e a história dos cultos mediúnicos. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, v. 9, n. 19, jul. 2003. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-71832003000100011>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

_____. A presença do religioso no espaço público: modalidades no Brasil.” *Religião & Sociedade*. Rio de Janeiro, v. 28, n. 2, 2008. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0100-85872008000200005>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

_____. O Acordo Brasil-Santa Sé e as relações entre Estado, sociedade e religião. *Ciencias Sociales y Religión*. Porto Alegre, v. 13, n. 14, set. 2011. Disponível em: <<http://www.seer.dev.ufrgs.br/index.php/CienciasSociaiseReligiao/article/viewFile/19321/13647>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

GONÇALVES, José Arthur Teixeira, Mario Coimbra and Daniela Lima Amorim. Assistência Religiosa e suas Barreiras : uma leitura à luz da LEP e do Sistema Prisional. *Revista Intertemas*. Presidente Prudente. v. 15, nov. 2010. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS/article/viewFile/2782/2561>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

GRIMM, Dieter. Conflicts Between General Laws and Religious Norms. *Cardozo Law Review*. Nova York, v. 30, n. 6, 2009. Disponível em: <<http://www.cardozolawreview.com/Joomla1.5/content/30-6/GRIMM.30-6.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

HUACO, Marco. A laicidade como princípio constitucional do Estado de Direito. In: Roberto Arruda Lorea (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. In: *Censo Demográfico 2010*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Estatística, 2012. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2014.

KOENIG, Matthias. Religion and Public Order in Modern Nation-States: Institutional Varieties and Contemporary Transformations. In: BRUGGER, Winfried; KARAYANNI, Michael (Coord.) *Religion in the Public Sphere: a Comparative Analysis of German, Israeli, American and International Law*. Nova York: Springer, 2007. Disponível em: <<http://www.bpatc.org/bd/elibrary/files/12713235713540733558.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2014.

LEITE, Fábio Carvalho. *Estado e Religião no Brasil: a liberdade religiosa na constituição de 1988*. Tese de Doutorado, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 2012.

_____. O Laicismo e outros exageros sobre a Primeira República no Brasil. *Religião & Sociedade*. Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, 2011. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0100-85872011000100003>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

LOREA, Roberto Arriada. Brazilian secularity and minorities in the biggest Catholic nation in the world. *Archives de sciences sociales des religions*, v. 146, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://assr.revues.org/21242>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva - Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Coimbra: Coimbra, 1996.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Laico, mas nem tanto: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. *Revista Jurídica Brasileira*. Brasília, v. 9, n. 86, ago./set. 2007, 11-57. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_86/Artigos/PDF/LeticiaCampos_rev86.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2014.

MARTINS, Ives Gandra. 1996. Educação Religiosa nas escolas públicas – inteligência do art. 210, da CF – opinião legal. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo, v. 145 ano 20, fev. 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NETO, Jayme Weingartner. *A Edificação Constitucional do Direito Fundamental à Liberdade Religiosa*: um feixe jurídico entre a fundamentalidade e o fundamentalismo. Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp013660.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

NETO, Lauro. Ensino religioso é obrigatório em 49% de escolas públicas, contra lei. *O Globo*, 23 de março de 2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/educacao/ensino-religioso-obrigatorio-em-49-de-escolas-publicas-contra-lei-7928028>>. Acesso em: 18 ago. 2013.

ORO, Ari Pedro. Igreja Universal: um poder político?. In: ORO, Ari Pedro; Corten, André; DONZON, Jean Pierre (Org.). *Igreja Universal do Reino de Deus – os novos conquistadores da fé*. São Paulo: Paulinas, 2003.

_____. A laicidade na América Latina: uma apreciação antropológica. In: LOREA, Roberto Arruda (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PIERUCCI, Antônio Flávio. Representantes de Deus em Brasília: a bancada evangélica na Constituinte. In: PIERUCCI, Antônio Flávio; PRANDI, Reginaldo (org.). *A Realidade Social das Religiões no Brasil*: Religião, Sociedade e Política. São Paulo: Hucitec, 1996.

PRANDI, Carlo. As religiões: problemas de definição e de classificação. In: FILORAMO, Giovanni; PRANDI, Carlo. *As Ciências das Religiões*. São Paulo: Paulus, 2003.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI; MITIDIERO, Luiz Guilherme Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SIMÕES, Pedro. *Filhos de Deus*: assistência religiosa no sistema socioeducativo. Rio de Janeiro: ISER, 2010.

TAVARES, Inês Ferreira Dias. *Razões Religiosas na Esfera Pública Brasileira – a atuação dos parlamentares pentecostais à luz do princípio democrático e da dignidade humana*. Dissertação de Mestrado, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Statement by Ms. Farida Shaheed, the Independent Expert in the field of cultural rights, to the Human Rights Council at its 17th session, *Mission to Brazil*. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=11312&LangID=>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

ZYLBERSZTAJN, Joana. *O Princípio da Laicidade na Constituição Federal de 1988*. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo (USP), 2012.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providência nº1344. Relator: Conselheiro Paulo Lôbo. Brasília: 06 jun. 2007. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/downloadDocumento.seam?fileName=1344___Relat%C3%B3rio+e+Voto.pdf&numProcesso=1344&idJurisprudencia=45629&decisao=false>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providência nº1345. Relator: Conselheiro Paulo Lôbo. Brasília: 06 jun. 2007. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/downloadDocumento.seam?fileName=1345___Declara%C3%A7%C3%A3o+de+Voto+do+Cons.+Oscar+Argollo.pdf&numProcesso=1345&idJurisprudencia=45630&decisao=false>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providência nº1346. Relator: Conselheiro Paulo Lôbo. Brasília: 06 jun. 2007. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/downloadDocumento.seam?fileName=1346___Declara%C3%A7%C3%A3o+de+Voto+do+Cons.+Oscar+Argollo.pdf&numProcesso=1346&idJurisprudencia=45631&decisao=false>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providência nº1362. Relator: Conselheiro Paulo Lôbo. Brasília: 06 jun. 2007. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/downloadDocumento.seam?fileName=1362___Declara%C3%A7%C3%A3o+de+Voto+do+Cons.+Oscar+Argollo.pdf&numProcesso=1362&idJurisprudencia=45632&decisao=false>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 97236/PB. Relator: Ministro Paulo Gallotti. Brasília: 23 abr. de 2008. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=3863150&num_registro=200703038126&data=20080423&formato=PDF>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira nº 6516/Vaticano. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília: 22 mai. de 2013. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=28836037&num_registro=201100182504&data=20130522&formato=PDF>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira nº 3917/LB. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília: 03 mai. de 2013. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=28458093&num_registro=200801956970&data=20130503&formato=PDF>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira nº 8556/LB. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília: 21 ago. de 2012. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=23906404&num_registro=201201301903&data=20120821&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira nº 9079/LB. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília: 05 dez. de 2012. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=26103189&num_registro=201202174470&data=20121205&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília: 29 mai. de 2008. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=112&dataPublicacaoDj=20/06/2008&incidente=2299631&codCapitulo=2&numMateria=20&codMateria=4>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2649/DF. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília: 17 out. de 2008. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=197&dataPublicacaoDj=17/10/2008&incidente=2018332&codCapitulo=5&numMateria=33&codMateria=1>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2076/DF. Relatora: Ministro Carlos Velloso. Brasília: 08 ago. 2008. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=151&dataPublicacaoDj=08/08/2003&incidente=1780165&codCapitulo=5&numMateria=22&codMateria=1>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília: 12 abr. 2012. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=80&dataPublicacaoDj=30/04/2013&incidente=2226954&codCapitulo=5&numMateria=58&codMateria=1>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 325822/SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília: 15 out. de 2002. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=199&dataPublicacaoDj=15/10/2002&incidente=2049224&codCapitulo=6&numMateria=154&codMateria=3>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 578562/BA. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília: 12 set. de 2008. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=172&dataPublicacaoDj=12/09/2008&incidente=2596133&codCapitulo=5&numMateria=28&codMateria=1>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Sentença Estrangeira nº 2004/Vaticano. Relator: Ministro Carlos Thompson Flores. Brasília: 26 nov. de 1971. *Diário de Justiça*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=265349>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Sentença Estrangeira nº 2016/Tribunal Confessional Israelita de São Paulo. Relator: Luiz Gallotti. Brasília: *Diário de Justiça*. *Diário de Justiça*. 26 set. 1969.

_____. Supremo Tribunal Federal. Sentença Estrangeira nº 2838 AgR/ República do Líbano. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Brasília: 18 dez. de 1981. *Diário de Justiça*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=265623>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Sentença Estrangeira nº 2613-9 AgR/ Espanha. Relator: Ministro Antônio Neder. Brasília: 29 ago. 1980. *Diário de Justiça*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345877>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Sentença Estrangeira nº 2041/ Itália. Relator: Ministro Antônio Neder. Brasília: 05 mar. 1975. *Diário de Justiça*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=265380>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Sentença Estrangeira nº 2501/Portugal. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Brasília: 25 fev. 1982. *Diário de Justiça*. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19164063/sentenca-estrangeira-se-2501-stf>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Sentença Estrangeira Contestada nº 5529/República Árabe da Síria. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília: 07 jun. 2002. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=107&dataPublicacaoDj=07/06/2002&incidente=1766409&codCapitulo=5&numMateria=18&codMateria=1>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível nº 2001.01.1.087576-6. Relator: Desembargador Jair Soares. Brasília: 27 fev. 2002. *Diário de Justiça da União*. Disponível em: <<http://juris.tjdft.jus.br/docjur/148149/149202.Doc>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível nº 2005.01.1.003612-0. Relator: Desembargador José Divido de Oliveira. Brasília: 03 jul. de 2007. *Diário de Justiça da União*. Disponível em: <<http://juris.tjdft.jus.br/docjur/274275/275517.Doc>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 490713-7. Relator: Desembargador Nilson Mizuta. Curitiba: 20 fev. 2009. *Diário de Justiça*. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1762265/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-490713-7>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0007514-34.2002.8.19.0000. Relator: Desembargador Fabrício Paulo Bagueira Bandeira Filho. Rio de Janeiro: 12 nov. 2002. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200200209782>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0000267-08.2003.8.19.0019. Relator: Desembargadora Luisa Cristina Bottrel Souza. Rio de Janeiro: 02 set. 2010. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000357973173328A90DB6DAD77B79411E23530C4024D1E2D>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0023741-26.2007.8.19.0000. Relator: Desembargador Ismenio

Pereira de Castro. Rio de Janeiro: 08 ago. de 2007. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003E885AD72138E75E4E065C88FE38AE49077C402091329>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70027429802. Relator: Desembargador Ricardo Raupp Ruschel. Porto Alegre: 09 jun. 2009. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?ano=2009&codigo=747072>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70030311385. Relator: Desembargador Rui Portanova. Porto Alegre: 22 jul. 2009. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?ano=2009&codigo=1103169>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 7003296555. Relator: Desembargador Rui Portanova. Porto Alegre: 27 jun. 2009. *Diário de Justiça*, 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70044235885. Relator: Desembargador Leonel Pires Ohlweiler. Porto Alegre: 02 maio 2012. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?ano=2012&codigo=653936>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação nº 2007.064090-8. Relator: Desembargador Nelson Schafer Martins. Florianópolis: 16 ago. 2010. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp#>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0001919-69.2010.8.26.0197. Relator: Desembargador Leonel Costa. São Paulo: 04 out. 2012. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigit oAnoUnificado=0001919-69.2010&foroNumeroUnificado=0197&dePesquisaNuUnificado=0001919-69.2010.8.26.0197&dePesquisaNuAntigo=#>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

LEGISLAÇÃO

_____. *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824. Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brasil. Rio de Janeiro, 1924. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 ago. 2014.

_____. Decreto Legislativo nº 698, de 7 de outubro de 2009. *Diário do Senado Federal*. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2009/decretolegislativo-698-7-outubro-2009-591628-publicacaooriginal-116679-pl.html>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Decreto Presidencial nº 7.107, de 11 de fevereiro de 2010. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7107.htm>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. Lei do Distrito Federal nº 893, de 28 de julho de 1995. *Diário Oficial do Distrito Federal*. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://legislacao.cl.df.gov.br/Legislacao/buscarLei-4382!buscarLeiAtualizada.action>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

- _____. Lei nº 6.923, de 29 de junho de 1981. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6923.htm>. Acesso em: 19 ago. 2014.
- _____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execuções Penais. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 19 ago. 2014.
- _____. Lei nº 8.024, de 12 de abril de 1990. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8024.htm>. Acesso em: 19 ago. 2014.
- _____. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Lei de Diretrizes e Bases da Educação. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: 19 ago. 2014.
- _____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 19 ago. 2014.
- _____. Lei nº 9.982, de 14 de julho de 2000. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9982.htm>. Acesso em: 19 ago. 2014.
- _____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 19 ago. 2014.
- _____. Lei nº 11.915, de 21 de maio de 2003. Código Estadual de Proteção aos Animais. *Diário Oficial da União*. Porto Alegre, 2003. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legiscomp/arquivo.asp?Rotulo=Lei%20n%BA%2011915&idNorma=32&tipo=pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

A CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO

*Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy
Procurador da Fazenda Nacional
Consultor-Geral da União*

*Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo-USP. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do
Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC-SP.*

À Consultoria-Geral da União-CGU *direta e imediatamente subordinada ao Advogado-Geral da União, incumbe, principalmente, colaborar com este em seu assessoramento jurídico ao Presidente da República produzindo pareceres, informações e demais trabalhos jurídicos que lhes sejam atribuídos pelo chefe da instituição*¹. A CGU é instância de assessoramento e de aconselhamento jurídicos e que exerce importante função na advocacia pública. Sua feição contemporânea efetiva data de 2002², ainda que previsão em lei orgânica de 1993³ a tenha indiretamente regido até sua organização definitiva.

Por intermédio de arbitramento a CGU tem por incumbência também o alcance de uma convergência de entendimentos entre as várias opiniões jurídicas que se enfrentam dentro do Poder Executivo. A CGU detém competência para preparar informações em nome do Presidente da República em ações que tramitam no Supremo Tribunal Federal, bem como para a fixação de entendimento a ser seguido *uniformemente* por toda a Administração. Nesse último caso, a CGU transforma-se em instância revisora e definidora dos vários entendimentos que há, na Administração Pública Federal, isto é, no Poder Executivo, chefiado pelo Presidente da República.

Presentemente organizada nos termos do Ato Regimental nº 5, de 27 de setembro de 2007, à CGU compete, além do acima indicado, preparar as informações a serem prestadas pelo Presidente da República ao Supremo Tribunal Federal. Não só no que toca à legalidade, o conteúdo dessas informações deve ser absolutamente cauteloso, na medida em que, no mais das vezes, são políticas públicas que exigem defesa.

Um caso muito emblemático dessa atuação deu-se com as informações prestadas na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.693, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, na discussão da tarifa de energia elétrica no *apagão* de 2002⁴. Naquela ocasião contestou-se, especialmente, o *periculum in mora* invocado pela requerente. Chama-se a atenção para o conteúdo relativo à fixação de políticas públicas então discutido. Invocava-se que o adicional tarifário deveria ser mantido porque:

[...] Sem essa receita e dada a dificuldade de financiamento de novo endividamento público, a eventual paralisação do programa de aumento de oferta de energia elétrica implicaria a adoção de novas

1 Art. 10 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

2 Ato Regimental nº 1, de 22 de janeiro de 2002.

3 Art. 10 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

4 Informações AGU/AS 01/2002.

práticas compulsórias de redução de consumo. Tal necessidade pode ocorrer ainda que o regime atual de chuvas não se mostre (ao contrário do que vem acontecendo) compatível com a média histórica de precipitações. Essa constatação decorre do simples fato de que, considerando a necessidade de equilíbrio intertemporal dos níveis de reservatórios e a incerteza quanto ao regime pluviométrico das próximas estações, poderia vir a ser necessário introduzir racionamentos preventivos ainda que a média atual de chuvas não fosse – como é – inferior à respectiva média histórica. Nessa medida, impõe-se, pela ausência dos requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, o indeferimento da medida cautelar pleiteada⁵.

Outro exemplo de encaminhamento de informações, em tema de relevante interesse de realização de políticas públicas é o que se relaciona com a ação direta de inconstitucionalidade nº 4.424, proposta pelo Procurador-Geral da República⁶. Discutia-se a necessidade (ou não) de se estabelecer *interpretação conforme* a alguns dispositivos da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha). Defendeu-se que a Lei Maria da Penha resultava, entre outros, de compromissos assumidos pelo Brasil em acordos internacionais, a exemplo da *Convenção de Belém do Pará*, devidamente internalizada no direito brasileiro⁷.

O *ato regimental* de que aqui se trata também dispõe que a CGU deve assistir o Advogado-Geral da União na interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal. Essa incumbência faz da CGU órgão nuclear na hipótese que se pretende alavancar, e alguns exemplos justificam a assertiva.

Junto à CGU há também a atuação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da União-CCAF. Questões de quilombolas, de afetação de áreas indígenas e de preservação ambiental, de patrimônio público, controvérsias que ocupam interesse da imprensa, a exemplo da destinação da Casa de Espetáculos do Canecão no Rio de Janeiro, da revitalização do Cais Mauá em Porto Alegre, da ocupação do Parque Nacional de Descobrimento no sul da Bahia, da discussão sobre as invasões e

5 Informações AGU/AS 01/2002 prestadas por André Serrão Borges de Sampaio, Consultor-Geral da União, em 2 de agosto de 2002.

6 Informações nº 20/2010/CC/AGU.

7 Informações nº 20/2010/CC/AGU prestadas por Célia Maria Cavalcanti Ribeiro, Consultora da União, em 27 de julho de 2010.

reintegrações de posse no Parque do Jardim Botânico, também no Rio de Janeiro, são assuntos que comprovam a importância da CCAF.

Presentemente, a CCAF aprecia cerca de 240 processos administrativos de conciliação⁸. A divisão das matérias discutidas bem desenha o conjunto de questões que dividem as vontades que se formam na Administração. Matéria fiscal parece ser o campo de maior discussão: 46 dos 240 processos. Em seguida, matéria previdenciária, com 45 dos 240 processos. Matéria de patrimônio público e de infraestrutura, com 29 processos cada uma, revelam desentendimentos graves na Administração, especialmente no que toca a orientações ministeriais dissonantes. São questões estruturais, que tem como pano de fundo conceitos muito voláteis, a exemplo de *desenvolvimento sustentável*, em sua dinâmica real. Há também questões trabalhistas, são igualmente 29 processos, num limbo muitas vezes de difícil compreensão, e que ficam entre rotinas e estruturas de trabalho estatutário e trabalho celetista.

Problemas agrários (21 processos) e ambientais (18 processos) suscitam disputas entre representantes do MDA, do INCRA, do MMA, do IBAMA, do ICMBio; muitas vezes tem-se sobreposição de áreas, questões que se interligam também a problemas de política indígena (13 processos). Nesse conjunto de processos há também a presença eventual do MME e de autarquias, a exemplo da ANEEL. O restante se divide em questões pontuais de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço-FGTS, de comunicações e de saúde.

A CCAF conta com feição atual desde o Ato Regimental nº 5, de 27 de setembro de 2007⁹. O referido texto normativo organiza e disciplina o funcionamento da Consultoria-Geral da União¹⁰. É nesse Ato Regimental que se dispunha que à CCAF cabe:

Identificar os litígios entre órgãos e entidades da Administração Federal; manifestar-se quanto ao cabimento e à possibilidade de conciliação; buscar a conciliação entre órgãos e entidades da

8 Advocacia-Geral da União. Consultoria-Geral da União. Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal-CCAF, dados colhidos em junho de 2012.

9 No referido Ato identifica-se a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal-CCAF como instância integrante da Consultoria-Geral da União.

10 Conferir, Brasil. Advocacia-Geral da União. Consultoria-Geral da União. Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal-CCAF: *Referencial de Gestão CCAF*. Brasília: AGU, 2012. Conferir também Brasil. Advocacia-Geral da União. Consultoria-Geral da União. Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal-CCAF: Cartilha. Brasília: AGU, 2012.

Administração Federal; e, supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito de outros órgãos da Advocacia-Geral da União¹¹. Tal conjunto de competências foi alargado, como se verá.

À CCAF, vinculada e coordenada pela CGU compete, prioritária e institucionalmente, a articulação de políticas de aproximação e de conciliação entre órgãos e entes da Administração Federal, bem como entre estes e Estados e Municípios da Federação, de acordo com recentes alterações normativas.

O modelo da CCAF radica originalmente em *Câmaras ad hoc*, criadas a partir de projeto inovador da AGU, e que tinha como objetivo pacificar administrativamente questões que eram levadas ao Poder Judiciário. A leitura e o estudo dessas primeiras manifestações nos mostram inovação e arrojo institucional. Havia despachos que encomendavam certidões positivas com efeitos de negativa, na hipótese de discussões tributárias, o que indicava certa amplitude interpretação do art. 151, III do Código Tributário Nacional.

A estrutura normativa da CCAF radica na Constituição Federal, em cujo art. 131 se dispõe que à Advocacia-Geral da União cabe, entre outros, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo. Essa dicção constitucional precisa ser realizada, e a CCAF pode ser uma das formas mais eficientes para seu alcance.

A CCAF é também instrumento também muito eficaz para a instrumentalização de políticas públicas, bem como para o fortalecimento da atuação presidencial. Ao Advogado-Geral da União cabe também *unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre órgãos jurídicos da Administração Federal*¹². A CCAF faz parte da estrutura regimental da Advocacia-Geral da União, em função de documento no qual suas competências são objetivamente nomeadas¹³. Nos termos da norma infralegal de regência à CCAF compete¹⁴:

I - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União;

11 Ato Regimental nº 5, de 27 de setembro de 2007, art. 17, incisos.

12 Lei Complementar 73, de 1993, art. 4º, XI.

13 Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010.

14 Decreto nº 7.392, de 2010, art. 18.

II - requisitar aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal informações para subsidiar sua atuação;

III - 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;

IV - 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;

V - promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos casos submetidos a procedimento conciliatório;

VI - propor, quando couber, ao Consultor-Geral da União o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação; e,

VII - orientar e supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito das Consultorias Jurídicas nos Estados.

Esse conjunto de competências delinea também o processamento das discussões perante à CCAF. Na medida em que requerimentos para composição de instâncias de conciliação chegam ao referido centro de conciliação deve-se, em primeiro lugar, fixar-se juízo de admissibilidade de processamento administrativo para composição da demanda. Esse juízo de admissibilidade exige, de um ponto de vista prático, que a parte em face da qual a demanda para conciliação se pretende instaurar deva ser ouvida, antes de qualquer outra providência. Bem entendido, a negativa na participação no processo de conciliação não o obstaculiza. Em princípio, a hipótese do arbitramento pode ser o desate da contenda.

O poder de controle da Administração, exercido pelo Presidente da República, justifica que eventual arbitramento aprovado por parecer pelo Advogado-Geral da União, e pelo Presidente em seguida aprovado e publicado, obrigue à parte resistente, no que se refere ao cumprimento da diretriz fixada pela Advocacia-Geral da União, mediante atuação da CCAF.

A possibilidade de requisição de informações a órgãos e entidades da Administração Pública Federal confere à CCAF certa autonomia para diligenciar e conduzir processo de convergência de vontades na

Administração. O papel da CCAF está na possibilidade de dirimir por conciliação controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Não há limitação quanto à matéria e extensão da conciliação que se possa alcançar.

A atuação da CCAF não se limita a conflitos postos pela Administração, ainda em primeiro nível de discussão. Matéria judicializada por ser levada à CCAF, inclusive com consentimento e aprovação judicial, como se vê, com recorrência, em questões que o STF afeta à CCAF. A possibilidade de celebração de *termos de ajuste de conduta* fornece instrumento muito útil no enfrentamento eficiente das demandas que são à CCAF encaminhadas. O rito da CCAF é explicitado na Portaria AGU nº 1.099, de 28 de julho de 2008, que:

Dispõe sobre a conciliação, em sede administrativa e no âmbito da Advocacia-Geral da União, das controvérsias de natureza jurídica entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados ou do Distrito Federal.

Na redação dada pela Portaria AGU nº 481, de 6 de abril de 2009, que alterou a redação da citada Portaria AGU nº 1.099, de 2008, dispôs-se que:

O deslinde, em sede administrativa, de controvérsia de natureza jurídica entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e de Municípios que sejam capital de Estado, ou que possua mais 200 mil habitantes, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União, far-se-á nos termos desta Portaria¹⁵.

Como regra o procedimento se instaura com pedido feito ao Advogado-Geral da União, por Ministros de Estado, por dirigentes de entidades da Administração Federal Indireta, pelo Consultor-Geral da União, pelo Procurador-Geral da União, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, pelo Procurador-Geral Federal, pelos Secretários-Gerais de Contencioso e de Consultoria, pelos Governadores ou Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, bem como por Prefeitos e Procuradores-Gerais de Municípios¹⁶.

15 Portaria AGU nº 481, de 6 de abril de 2009, art. 1º.

16 Cf. Art. 2º da Portaria AGU nº 1.099, de 28 de julho de 2008, com redação do art. 1º da Portaria AGU nº 481, de 2009.

Pedidos são instruídos por indicação de representante do solicitante - - para participação em reuniões e trabalhos - -, pelo entendimento jurídico do órgão ou entidade, inclusive com prévia análise dos pontos controvertidos, a par de cópia de documentos necessários¹⁷. Há todo um ritual de instrução que segue uma forma cartorial.

O conciliador pode - - em qualquer fase do procedimento - - solicitar informações ou documentos, demandar a participação de representantes de outros órgãos ou entidades interessadas, bem como sugerir que a atividade conciliatória seja realizada por outros órgãos da AGU¹⁸. Na hipótese que se alcance a conciliação deve-se lavrar termo que será assinado pelo Advogado-Geral e pelos representantes jurídicos máximos dos entes envolvidos, nos casos de que ente federado seja parte¹⁹.

Divergências ocorridas na Administração recorrentemente são pacificadas na CGU no contexto de atuação do Departamento de Orientação e Coordenação dos Órgãos Jurídicos-DECOR. Ilustro com alguns casos.

Houve divergências entre Ministério da Defesa e Ministério do Planejamento quanto à possibilidade de alienação e arrendamento de imóveis administrados pelas Forças Armadas. Para o Ministério da Defesa haveria desnecessidade de intervenção do Ministério do Planejamento, via Serviço de Patrimônio da União-SPU. Invocaram o princípio da especialidade, que determinaria que o assunto fosse tratado por duas normas especiais, da década de 1970, para as quais às Forças Armadas caberia definir hipóteses e procedimentos para as mencionadas alienações e arrendamentos de imóveis. O § 2º do art. 2º da Lei de Introdução de Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil²⁰) justificaria, assim, que se aplicasse a regra que sufragou a posição do Ministério da Defesa.

Por outro lado, a Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento invocou a aplicação de regra geral relativa à alienação de bens da União, contida na Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998, no

17 Cf. art. 3º da Portaria AGU nº 1.099, de 2008.

18 Cf. art. 7º da Portaria AGU nº 1.099, de 2008.

19 Cf. art. 9º da Portaria AGU nº 1.099, de 2008.

20 Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1943, Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, denominado de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, nos termos da Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010.

sentido de que ao SPU compete, efetivamente, a definição de hipóteses e procedimentos para as referidas alienações e arrendamentos.

Divergência entre Ministério da Defesa e Ministério do Planejamento são focos de litigância, ainda que administrativa, que resulta em perda de eficiência da atuação do Poder Executivo. Tratada pela CGU²¹, a questão exige convergência, como decidido, de modo que se deve acomodar a regra geral de competência para definição do assunto em favor do SPU, sem que se deixe de ouvir o Ministério da Defesa, a propósito, entre outros, de imóveis de interesse à segurança nacional.

Outro exemplo. O Ministério dos Transportes, a Secretaria dos Portos e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários-ANTAQ manifestaram-se a propósito de consulta da Associação Brasileira de Terminais Portuários-ABTP, quanto a vigência (ou não) de contratos de arrendamento portuários firmados antes da vigência da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, que normatizou o procedimento referente à modernização dos portos. Levada a questão à CGU²², e com a urgência que a insegurança e a inquietação de investidores efetivamente provocavam, especialmente porque 65 contratos de arrendamento estavam na dependência dessa aflitiva situação, alcançou-se proposta de solução, que foi levada à consideração e aprovação do Advogado-Geral da União. Prevenindo eventual conflito entre órgãos e entes acima indicados, seguiu-se linha geral anteriormente proposta pela ANTAQ. Findos os contratos que então vigoravam, orientou-se para realização de nova licitação. Em relação aos prazos vencidos, opinou-se pela possibilidade de prorrogação dos contratos, bem como pela necessidade de adaptação. Opinou-se pela necessidade de adaptação da situação aos interesses da Administração. A prorrogação, no entanto, deveria ser feita uma única vez, no exato prazo de vigência do contrato originário, preservado o interesse das partes.

Mais um exemplo. A Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil-SAJ da Presidência da República e a Assessoria Jurídica da Controladoria-Geral da União divergiram quanto à fixação da autoridade competente para aplicar penalidade em processo administrativo disciplinar quando a infração fosse cometida em órgão distinto do qual o servidor estivesse lotado. É o caso de servidor cedido, ou detentor de cargo de confiança em outro órgão da Administração, que cometesse a

21 Processo 00400.01449/2008-16.

22 Processo 045/2010/DECOR/CGU/AGU.

infração no órgão que o recebeu ou que lhe conferiu o cargo de confiança. A SAJ entendia que a penalidade deveria ser aplicada pelo chefe do órgão no qual o infrator estivesse exercendo o cargo de comissão, ou então estivesse cedido. A Controladoria-Geral da União, no sentido oposto, insistia que a competência para a aplicação da penalidade era do chefe do órgão no qual o servidor faltoso fosse lotado. Levada a divergência para a CGU²³ definiu-se que a competência era, de fato, da autoridade do órgão de lotação do infrator. Deve-se levar em conta que eventual indefinição, nesse caso, seria eficiente arma para discussão da aplicação da pena, no Judiciário, por parte do servidor eventualmente demitido. Por isso, necessário o registro que a divergência *intragovernamental*, se não resolvida, pode ter como resultado a perpetuação do impasse, ainda que em outro campo de discussão, isto é, no Judiciário.

Divergências internas podem ocorrer também nas várias subdivisões da CGU. Nas unidades da Federação há projeções da CGU, até pouco tempo denominadas de Núcleos de Assessoramento Jurídicos-NAJ. Um exemplo ilustra a questão.

Divergiu-se a propósito da inexigibilidade (ou dispensa) de licitação na contratação de serviços de distribuição de publicidade legal com a Empresa Brasileira de Comunicação-EBC. A projeção da CGU em Santa Catarina entendia pela *inexigibilidade* de licitação, naquele caso.

Os núcleos do Rio Grande do Sul, São Paulo, Pernambuco e Rio de Janeiro opinavam pela *dispensa* da licitação, também naquele caso. O núcleo de Minas Gerais havia utilizado as duas teses, isto é, uma vez opinou pela *inexigibilidade* e outra pela *dispensa* de licitação na contratação de serviços de distribuição de publicidade legal com a EBC. A CGU entendeu²⁴ que havia monopólio legal em favor da EBC e, com base em acórdãos do TCU²⁵, prolatados à época da RADIOBRÁS, que de certa forma a EBC sucede, sedimentou entendimento de que no caso se tinha *inexigibilidade* de licitação, conquanto que se demonstrasse compatibilidade entre os preços da EBC e os preços do mercado.

Outro exemplo. A propósito de ato de aposentadoria de Ministro do Tribunal Superior do Trabalho-TST divergiram o Ministério da Justiça e

23 Processo 01180.000808/209-25. Parecer 013/2012/DECOR/CGU/AGU.

24 Processo 00400.016883/2009-11. Parecer 041-2010/DECOR/CGU/AGU.

25 Tribunal de Contas da União-TCU. Acórdão 539 e Acórdão 689/ Plenário.

o Ministério da Previdência Social. A questão foi levada à CGU²⁶. Discutia-se, no fundo, o significado da expressão *efetivo exercício no serviço público*, utilizada no art. 40, III, da Constituição Federal, bem como em várias emendas constitucionais que trataram da reforma da Previdência.

A solicitação para resolução da divergência partira da SAJ da Casa Civil. Verificou-se que pedido de aposentadoria voluntária de magistrado do TST não estava apto para seguir para aprovação presidencial. Não havia apropriado esclarecimento quanto a correta aplicação, para efeitos daquela aposentadoria, da expressão *efetivo exercício no serviço público*. O problema consistia na possibilidade (ou não) de se contar o tempo de aposentadoria do magistrado em relação a serviços prestados a empresas públicas e a sociedades de economia mista.

O Ministério da Justiça apresentava compreensão do caso que convergia com o entendimento do TCU, isto é, haveria possibilidade de contagem de tempo, como *efetivo exercício no serviço público*, em relação a serviços prestados a empresas públicas e a sociedades de economia mista. O Ministério da Previdência Social, por outro lado, defendia interpretação mais restritiva da locução, reconhecendo como tempo efetivo de serviço público apenas aquele ocorrido no exercício de cargo, função ou emprego público, ainda que descontínuo, na administração direta, autárquica ou fundacional de qualquer dos entes federativos.

Numa primeira vista, Advogado da União lotado na CGU opinou em favor da tese do Ministério da Justiça. O Consultor-Geral da União que à época chefiava aquele órgão discordou desse entendimento, forte no argumento de que serviços prestados a empresa pública e a sociedade de economia mista não poderiam ser considerados como de *efetivo exercício no serviço público*.

Levada ao Advogado-Geral da União, este despachou no sentido de que os entendimentos não eram divergentes, necessariamente. Acolheu a primeira das manifestações, no sentido de afirmar que o magistrado reunia condições para aposentadoria voluntária, devendo-se contar o tempo de serviço a empresa pública e a sociedade de economia mista como de *efetivo exercício no serviço público*.

Divergência entre o Ministério do Meio Ambiente e o Ministério da Ciência e Tecnologia, relativa à competência da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança-CTNBio para exigir estudo prévio de

26 Processo 00400.002345/2010-75. Parecer 028/010/DECOR/CGU/AGU.

impacto ambiental também foi assunto levado à CGU²⁷. Confirmou-se a competência da CTNBio, nos termos de ementa em seguida reproduzida:

O poder de exigir estudo prévio de impacto ambiental par instalação de obra o atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, que envolva organismos geneticamente modificados (OGM) é da competência do Ministério do Meio Ambiente que, todavia, deverá submeter-se e submetê-los ao entendimento manifestado nos pareceres da CTNBio²⁸.

Ainda que não se tivesse (naquele momento) divergência na Administração, a CGU se pronunciou sobre anistia de militares, no que se referia à definição da natureza jurídica e limites da reparação econômica do militar anistiado²⁹. Havia possibilidade de divergência, contida a tempo. Concluiu-se, no sentido de que

[...] não resta [restava] dúvida de que a reparação econômica a que fará jus o militar anistiado deve ser equivalente aos valores que teria percebido se tivesse permanecido em atividade, consideradas todas as promoções a que faria jus, independentemente do atendimento de requisitos objetivos, excluídas, tão somente, aquelas promoções que dependam do atendimento de requisitos objetivos³⁰.

Divergência entre a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional-PGFN, o Ministério do Desenvolvimento Indústria-MDIC e Comércio e a SAJ da Casa Civil, referente à definição de quem seria sujeito passivo da Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica-CONDECINE, é mais um exemplo de composição de divergência *intragovernamental* discutida a partir da CGU³¹.

Originariamente, a divergência se deu entre a Secretaria da Receita Federal-SRF e a SAJ da Casa Civil. O parágrafo único do art. 32 da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001 dispunha que *a CONDECINE também incidirá [incidiria] sobre o pagamento, o*

27 Parecer AGU/MP- 02/02. Miguel Pró de Oliveira Furtado. Consultor da União. 27 de maio de 2002.

28 Parecer AGU/MP- 02/02. Miguel Pró de Oliveira Furtado. Consultor da União. 27 de maio de 2002.

29 Parecer AGU/JD-001/2002. João Francisco Drumond de Aguiar. Consultor-Geral da União Substituto. 19 de dezembro de 2002.

30 Parecer AGU/JD-001/2002. João Francisco Drumond de Aguiar. Consultor-Geral da União Substituto. 19 de dezembro de 2002.

31 Parecer AGU/SF/02/2002. Oswaldo Othon Pontes de Saraiva Filho. Consultor da União. 12 de novembro de 2002.

crédito, o emprego, a remessa ou a entrega, aos produtores, distribuidores ou intermediários no exterior, de importâncias relativas a rendimento decorrente da exploração de obras cinematográficas e videofonográficas ou por sua aquisição ou importação, a preço fixo. A SRF baixou ato declaratório identificando o contribuinte na empresa estrangeira. A SAJ, por sua vez, ao instruir mandado de segurança que havia sido impetrado contra ato do diretor da Agência Nacional de Cinema-ANCINE, havia afirmado que o contribuinte da exação seria a empresa nacional.

No desdobramento da discussão, a PGFN afirmou que o contribuinte da CONDECINE seria a empresa nacional ou sediada no país responsável pela remessa ao exterior. O MDIC assegurou que o contribuinte era o produtor, distribuidor ou intermediário, destinatário no exterior, das quantias relativas aos rendimentos da exploração, no território nacional, de obras cinematográficas, ou por sua aquisição ou importação a preço fixo. A SAJ reiterou entendimento pretérito afirmando que o contribuinte da CONDECINE seria a empresa nacional ou filial de empresa estrangeira com escritório o sede no Brasil³².

Concluiu-se que as empresas domiciliadas no Brasil seriam as contribuintes da exação, devendo-se em levar em conta também isenção prevista na mesma medida provisória, pelo que, no caso de programação internacional, o contribuinte da CONDECINE seria a empresa programadora estrangeira; à sediada no Brasil, imputava-se, tão somente, a responsabilidade tributária em sentido estrito.

Anterior divergência entre o Ministério da Defesa e a SAJ da Casa Civil, relativa à aplicação de algumas exigências na atividade de mineração em faixa de fronteira, suscitou opinião da CGU. Na ocasião, expressou-se também a propósito da competência do Conselho de Defesa Nacional para se pronunciar sobre a matéria³³. Nos termos da ementa do parecer elaborado no caso, entendeu-se que:

[...] A manifestação do Conselho de Defesa Nacional nos casos de pedidos de autorização para pesquisa, lavra, exploração e aproveitamento de recursos minerais na faixa de fronteira é indispensável, antecede o ato de outorga do título mineral e, quando contrária ao deferimento do pleito, impeditiva dessa outorga³⁴.

32 Dados obtidos no Parecer AGU/SF/02/2002 de autoria de Oswaldo Othon Pontes de Saraiva Filho.

33 Parecer AGU/JD-1/2004. José Francisco Aguiar Drumond. Consultor da União. 12 de maio de 2004.

34 Parecer AGU/JD-1/2004. José Francisco Aguiar Drumond. 12 de maio de 2004.

Divergiu-se também a propósito da possibilidade (ou não) de se aplicar procedimento licitatório simplificado às subsidiárias da PETROBRÁS. O Ministério das Minas e Energia-MME entendia que as subsidiárias da PETROBRÁS poderiam licitar de forma simplificada, a partir da premissa de que a empresa deveria ser compreendida como um sistema, isto é, de modo orgânico. A PGFN, por outro lado, percebia o problema restritivamente, isto é, a literalidade do texto legal não admitiria que as subsidiárias se beneficiassem da permissão dada à matriz³⁵. Vingou a tese do MME.

O tema da aplicabilidade (ou não) da multa entre pessoas jurídicas de direito público, que já havia sido apreciado pela Consultoria-Geral da República, retornou para reexame³⁶, quando se entendeu que *as multas previstas em lei seriam aplicáveis às pessoas jurídicas de direito público e que o favorecimento, pela exclusão, caracteriza desvio de poder*³⁷. Na origem desse novo entendimento, *preocupação da Controladoria-Geral da União com irregularidades nas anotações das Carteiras de Trabalho de empregados municipais, apuradas pela Justiça do Trabalho*³⁸.

Propondo a revisão do entendimento então consolidado, quanto a impossibilidade da imposição de multas à pessoa jurídica de direito público, e a propósito da questão suscitada pela Justiça do Trabalho, argumentou o Consultor-Geral da União:

O Sistema constitucional de imunidades das pessoas jurídicas de direito público tem por finalidade pô-las a salvo da ação fiscal ou administrativa de qualquer outro quando no desempenho lícito ou regular de seus próprios encargos. O mesmo não se haverá de afirmar quando desgarrados da legalidade, ou pela mora ou pela inadimplência, puderem ser penalizados. A imunidade pressupõe logicamente a legalidade de ação estatal, sem o que fica aberta à sanção administrativa tal qual o particular infrator. A imposição de penalidades e fiscalização do cumprimento das regras administrativas revelam a prevalência do interesse ou necessidade pública ao que inclusive o administrador está sujeito. Assim, a multa como expressão do poder de polícia tão facilmente visível quando endereçada ao particular, em face do administrador - não tanto como resultado do ato de polícia senão como

35 Parecer AGU/GV- 01/2003. Galba Velloso. Consultor da União. 20 de maio de 2003.

36 Parecer AGU/GV- 01/2004. Galba Velloso. Consultor da União. 18 de fevereiro de 2004.

37 Parecer AGU/GV- 01/2004. Galba Velloso. Consultor da União. 18 de fevereiro de 2004.

38 Parecer AGU/GV- 01/2004. Galba Velloso. Consultor da União. 18 de fevereiro de 2004.

conformação do próprio administrador ao princípio da legalidade que lhe cabe de ofício respeitar - revela-se perante o Poder Público como instrumento de autocontrole e autotutela em favor de interesses maiores constitucionalmente previstos³⁹.

Alterou-se, assim, entendimento que sufragava a impossibilidade de multa entre pessoas jurídicas de direito público o que, no limite, e no futuro, pode acarretar execução fiscal em face de pessoa jurídica de direito público.

Conflito entre o Ministério da Defesa e o Ministério da Educação referente a direito de servidor militar e de seus dependentes se matricularem em estabelecimento de ensino superior público, ainda que oriundos de instituições privadas, suscitou também intervenção da CGU⁴⁰, resolvida, em forma de parecer. No pano de fundo, divergência entre lei militar e lei escolar. O Ministério da Defesa opinava que ao militar transferido *ex-officio* não poderia haver obstáculos para efetivação de matrícula, própria ou de familiares, em instituições de ensino superior que fossem ou não congêneres. Isto é, no que interessa, militar transferido, que fosse estudante, ou familiar deste, teria direito a vaga em escola pública, inclusive faculdade, ainda que originariamente estivesse matriculado em escola particular.

Por outro lado, para o Ministério da Educação, seria imprescindível a identidade entre as instituições de educação envolvidas. Militar removido *ex-officio* que estudasse em escola pública teria direito a vaga em escola pública; no caso de ser originariamente matriculado em escola privada, não teria direito a vaga em escola pública. A CGU opinou em favor do Ministério da Defesa, com base em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e da interpretação da expressão *congêneres*, nos termos da ementa que segue:

ASSUNTO: Transferência de estudante - instituições de educação superior - transferência *ex officio* de servidor militar - controvérsia entre os pareceres jurídicos nos 092, de 11 de junho de 2003, da Consultoria Jurídica do Ministério da Defesa, 021, de 13 de janeiro de 2000, e 547, de 2 de junho de 2003, ambos da consultoria jurídica do Ministério da Educação, sobre o direito de o servidor militar e de seus dependentes se matricularem em estabelecimento de ensino superior público mesmo quando provenientes de instituições privadas. I O servidor militar transferido *ex officio*, bem como

39 Despacho do Consultor-Geral da União, Manoel Lauro Volkmer de Castilho no Parecer AGU/GV- 01/2004.

40 Parecer AGU/RA- 02/2004. Rafaelo Abritta. Consultor da União. 3 de agosto de 2004.

seus dependentes, têm direito à matrícula em estabelecimento de ensino superior público, mesmo na hipótese de terem ingressado originariamente em faculdade particular, ainda que no novo domicílio exista instituição de ensino privado. II O servidor militar e seus dependentes estão sujeitos exclusivamente à disciplina da Lei n. 9.536, de 11 de dezembro de 1997, a qual não faz referência ao termo “congêneres”. III O termo “congêneres”, previsto no art. 99 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, não deve ser aplicado nas hipóteses em que o servidor militar é transferido, consoante a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça⁴¹.

O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional-IPHAN, autarquia federal vinculada ao Ministério da Cultura, e o Instituto Brasileiro de Museus-IBRAM, também autarquia federal, e também ligada ao Ministério da Cultura, divergiram em relação à competência para tutelar bens passíveis de musealização. Disputava-se quem daria a competência para declarar de interesse público móveis e imóveis, materiais ou imateriais, de importância para a sociedade brasileira, e relativos à preservação de nossa memória, cultura, identidade e ambiente natural⁴².

Entendeu-se que o campo de atuação do IBRAM era mais específico, de mais proximidade com bens musealizáveis e musealizados. A competência do IPHAN, assim, seria residual. Por outro lado, concluiu-se⁴³, a competência é - - na essência - - dupla, devendo o ente interessado justificar a finalidade buscada. Isto é, ainda que detentor de competência específica, a atuação do IBRAM não excluiria a do IPHAN, quando adequadamente justificada.

A CGU atua intensamente também junto ao Tribunal de Contas da União, ao Conselho Nacional de Justiça e ao Conselho Nacional do Ministério Público. Essa atuação é protagonizada pelo Departamento de Assuntos Estratégicos-DEAEX. Tem-se nesse contexto o

41 Parecer AGU/RA- 02/2004. Rafaelo Abritta. Consultor da União. 3 de agosto de 2004.

42 A definição é legal. Conferir, Lei 11.904, de 14 de janeiro de 2009 (Estatuto dos Museus). Art. 5º Os bens culturais dos museus, em suas diversas manifestações, podem ser declarados como de interesse público, no todo ou em parte. § 1º Consideram-se bens culturais passíveis de musealização os bens móveis e imóveis de interesse público, de natureza material ou imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência ao ambiente natural, à identidade, à cultura e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. § 2º Será declarado como de interesse público o acervo dos museus cuja proteção e valorização, pesquisa e acesso à sociedade representar um valor cultural de destacada importância para a Nação, respeitada a diversidade cultural, regional, étnica e linguística do País.

43 Processo 00400.00176/2011-37. Parecer 109/2011/DECOR/CGU/AGU.

acompanhamento de gestores públicos, e de fiscalização de seus respectivos atos.

A um Departamento de Análise de Atos Normativos-DENOR compete o acompanhamento de toda a produção legislativa de interesse da União, preparando-se manifestações relativas à inconstitucionalidade de normas, que são submetidas ao crivo e à apreciação do Advogado-Geral da União.

A CGU conta também com um Departamento de Análise de Informações Jurídico-Estratégica-DEINF, ao qual incumbe a apreensão, o processamento e o gerenciamento das informações de interesse temático da CGU. A esse braço da CGU compete também a formulação de estratégias para o órgão.

O Gabinete conta com uma chefia e com um grupo de assessores, que atendem ao Consultor-Geral em demandas específicas, com distribuição prioritariamente feita com base em especialidade em áreas de conhecimento.

Na CGU há também a atuação de Consultores da União, com competência para avaliação e preparação de estudos em vários assuntos, também distribuídos prioritariamente por critérios de área de especialidade.

Por fim, há extensões da CGU em várias unidades da federação, bem como em São José dos Campos, nas quais se presta assessoria à Administração federal. Trata-se das Consultorias Jurídicas da União nos Estados, A Consultoria Jurídica da União no Rio de Janeiro, por exemplo, atende a conjunto expressivo de órgãos. De igual modo, as várias Consultorias Jurídicas que há nos Estados prestam apoio aos administradores federais em todo o país.

São essas, em linhas gerais, as características que plasmam a atuação da CGU. Trata-se de órgão que conta com natureza prioritariamente preventiva, no sentido de avançar soluções que permitam resolução de problemas e conflitos, em âmbito interno, propiciando-se à Administração Federal um contexto marcado pela segurança jurídica.



POSSIBILIDADES E LIMITAÇÕES DA FAZENDA PÚBLICA NA INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA DE CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO

*POSSIBILITIES AND LIMITATIONS IN PUBLIC
TREASURY IN INSCRIBING IN PUBLIC DEBT OF
NON-TAXING CREDIT*

Agélio Novaes de Miranda

Procurador Federal da AGU

Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade de Brasília - UnB

Graduado pela Universidade Federal de Alagoas - UFAL

SUMÁRIO: Introdução; 1 Providências administrativas e a busca por instrumentos eficazes de ressarcimento; 2 Da possibilidade de apuração, inscrição e execução do crédito antes do processamento e julgamento da Tomada de Contas Especial; 3 Limitações e possibilidades para a constituição de crédito não tributário referente a indenizações e alcances dos responsáveis por danos ao erário; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo aborda as possibilidades e limitações da fazenda pública na constituição do crédito não tributário com foco nas indenizações e alcances dos responsáveis por atos lesivos ao erário. Situa o dever-poder de agir da Administração à luz do controle interno e sua relação com o controle externo analisando as providências prévias, dentre elas a própria constituição do crédito, relativas ao dever de instaurar a tomada de contas especiais para ressarcimento. O alcance do conceito de crédito não tributário é objeto de verificação à luz da doutrina, bem como da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Indica-se, por fim, restrições e possibilidades de inscrição self-executing, consoante aos paradigmas do devido processo e da reserva de jurisdição.

PALAVRAS-CHAVE: Possibilidades. Limitações. Constituição. Fazenda Pública. Crédito não tributário. Controle. Contas. Responsáveis. Danos. Ressarcimento. Reserva. Jurisdição.

ABSTRACT: this paper approaches possibilities and limitations faced by Public Treasury in the making of non-taxable credit. It also focuses on indemnifications and reaching the liable individuals for damaging actions within the public revenue. The author attempts to situate the binomial must-can in Administration actions in face of inbound control and its relationship with the outbound control, as well as analyzing the preventive measures, for instance the non-taxable credit, in regards to special accounts counteraction for indemnity. The reach of the concept on non-taxable credit is verifiable in the light of Management/Law principles, as well as of the Supreme Court of Justice. As a conclusion, this paper indicate restrictions and possibilities to self-execution pattern / rule / treaty / inscription along with the due process and jurisdiction reserve.

KEYWORDS: possibilities. Limits. Constitution. Public Treasury. Non-taxable credit. Control. Accounts / bills. Liability. Damage. Indemnification. Reserve. Jurisdiction.

INTRODUÇÃO

A Fazenda Pública possui a prerrogativa de apurar e inscrever em dívida ativa créditos tributários e não tributários, formando título executivo apto a viabilizar a execução com suporte na Lei 6.830/1980.

Constitui dívida ativa não tributária, dentre outras, os créditos da Fazenda Pública, tais como, *indenizações, reposições, restituições e alcances dos responsáveis definitivamente julgados* (art.39, § 2º da Lei nº 4.320 de 17 de março de 1964).

Assim, considerando que o primeiro contato com o ato causador de lesão ao erário dá-se, normalmente, no âmbito interno da própria Administração, é natural que a esta caibam as primeiras providências para apuração e ressarcimento, mercê de seu dever-poder de agir independentemente da atuação dos órgãos de controle externo ou mesmo de providências judiciais.

Nesse contexto, a inscrição de crédito não tributário relativo a indenizações e alcance de responsáveis por danos ao erário é objeto de análise com apresentação de possibilidades e restrições quanto à referida prerrogativa do ente público.

Busca-se ainda contextualizar a possibilidade de inscrição do crédito, bem como o momento de fazê-lo, quando os mesmos fatos também impõem a instauração da Tomada de Contas Especiais – TCE, cujo procedimento é iniciado na seara administrativa, mas processado e julgado pelo Tribunal de Contas que, se decidir pela irregularidade das contas, pode imputar débito constituindo, igualmente, título executivo (CF, art. 71, § 3º).

Ressalte-se, por fim, que o objetivo é oferecer um indicativo de atuação minimamente segura quanto ao exercício da legítima prerrogativa da Administração de constituição do crédito não tributário, sem perder de vista as garantias fundamentais do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição.

1 PROVIDÊNCIAS ADMINISTRATIVAS E A BUSCA POR INSTRUMENTOS EFICAZES DE RESSARCIMENTO

O primeiro contato com o ato causador de dano ou desfalque ao erário dá-se, normalmente, no âmbito interno da própria Administração.

É natural que a esta caibam as primeiras providências para apuração e instauração de mecanismos de ressarcimento, mercê de seu dever-poder de agir independentemente da atuação dos órgãos de controle externo.

Em que pese, a independência de atuação dos órgãos que desempenham o controle interno e externo, há diretriz constitucional que impõe ao controle interno de cada um dos Poderes da República a finalidade de apoiar o controle externo em sua missão institucional (art. 74, VI c/c § 1º da CF). Essa diretriz é representada, em boa medida, pelo instrumento da Tomada de Contas Especiais - TCE.

A Tomada de Contas Especiais é extraída da Constituição Federal (art.71, inciso II), mas tem sua sistemática disciplinada na Lei 8.443/92 cujo art. 8º assim dispõe:

Art. 8º Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5º desta Lei, *da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário*, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano. [grifo nosso]

O primeiro aspecto de destaque, é que a tomada de contas especiais, por suas características, apresenta-se como mecanismo de ligação entre o controle interno e externo no cumprimento da diretriz constitucional que impõe àquele apoiar este último em sua missão institucional.

Nesse passo, impende ressaltar que a TCE “apresenta no curso de seu desenvolvimento duas naturezas jurídicas distintas, que se subsumem à mesma nomenclatura.”¹ Tal constatação decorre das diferentes feições que o instituto se reveste em seu desenvolvimento.

Porquanto, a TCE possui, nitidamente, duas fases: *uma interna*, onde a Administração *spont propria* ou por determinação do TCU, verifica a regularidade na guarda e aplicação dos recursos públicos,

1 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tomada de contas especiais*: Processo de procedimento na administração pública e nos Tribunais de Contas. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 29.

possuindo, assim, *natureza verificadora e investigatória*, que confirmará ou não a existência do prejuízo ao erário, o valor correspondente e os indícios de autoria (assemelhando-se, numa comparação com o direito processual penal, ao inquérito); e *outra fase externa*, em que se constitui em verdadeiro processo com o objetivo de julgamento (exclusivamente pelo TCU) da regularidade das contas e da responsabilidade dos agentes na aplicação dos recursos públicos, mediante a observância dos princípios do devido processo legal e ampla defesa.

Atento a esta característica da tomada de contas especial e cioso da necessidade de formular uma definição do instituto que revele o movimento e a mudança que ele experimenta, apresenta-nos um conceito *dinâmico* da TCE que merece transcrição, *verbis*²:

Tomada de Contas Especial, é, na fase interna, um procedimento de caráter excepcional que visa determinar a regularidade na guarda e aplicação de recursos públicos e, diante da irregularidade, na fase externa, um processo para julgamento da conduta dos agentes públicos.

A tomada de contas é instaurada, em regra, por um agente do próprio órgão administrativo ou superior hierarquicamente àquele em que se deu a omissão na prestação de contas, as irregularidades ou o dano ao erário. Nesta fase, como dito, é prescindível a observância do contraditório que, contudo, far-se-á presente quando do julgamento, já não pela autoridade instauradora, mas sim pelo TCU.

A Lei 8.443/92 em seu art.15, prescreve que o Tribunal de Contas ao julgar as contas decidirá se estas são *regulares*, *regulares com ressalva*, ou *irregulares*, trazendo, assim, três modalidades de julgamento de contas. Em seguida, o próprio diploma legal se encarrega de definir cada uma das modalidades de julgamento, *verbis*:

Art. 16. As contas serão julgadas:

I - *regulares*, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável;

2 FERNANDES, op. cit., p. 30.

II - *regulares com ressalva*, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao Erário;

III - *irregulares*, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

- a) omissão no dever de prestar contas;
- b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;
- c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico;
- d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos. [sem grifo no original].

A decisão definitiva do TCU que julgar pela irregularidade das contas e imputar débito ou multa, constituirá título executivo bastante para cobrança judicial, permitindo o ressarcimento do débito por meio da execução forçada (CF, art. 71, § 3º).

Os acórdãos do TCU que julgarem as contas irregulares, ademais, devem ser encaminhados ao Ministério Público e às Procuradorias das entidades onde ocorrido o desvio ou desfalque para as providências devidas. Ao *parquet*, cabendo a promoção de medidas com vistas à responsabilização civil e criminal. Às procuradorias para a cobrança judicial, bem como, em concorrência com o próprio Ministério Público, promover o eventual ajuizamento da ação civil de improbidade administrativa.

Impende registrar que, embora o art. 8º da Lei 8443/1992 estabeleça que diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos, da ocorrência de desfalque ou desvios de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário, a autoridade administrativa competente, *sob pena de responsabilidade solidária*, deverá *imediatamente* adotar providências com

vistas à instauração da tomada de contas especial, resoluções do próprio TCU mitigaram a imposição legal de instauração imediata da TCE³.

Tem-se, portanto, nos termos do art. 1º da IN –TCU nº 56/2007, que a autoridade administrativa federal competente deve adotar providências para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis, quantificação do dano e obtenção do ressarcimento, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias. Findo o qual, sem resultado, deve ser instaurada, de pronto, a TCE⁴, acarretando grave violação da norma legal a omissão em não o fazer, uma vez que sujeita o agente omissor à responsabilidade solidária e às demais sanções legais cabíveis.

Cumpra frisar que, em se tratando de convênio, o marco temporal para que a administração obtenha algum sucesso na tentativa de sanar as irregularidades encontradas, antes da instauração da TCE, é de 30 (trinta dias). É que, *in casu*, há norma especial - trata-se da IN/STN nº 01/97 – que se mostra, ademais, em maior consonância com a regra do art. 116, § 6º, da Lei nº 8.666/93. Nesse sentido, é o escólio de J.U. Jacoby Fernandes (2009, p. 240) que por cautela recomenda: “*que, em matéria de convênio, dê-se primazia à norma específica, instaurando TCE em 30 dias.*”

Nesse contexto, as providências administrativas prévias à instauração da TCE, têm, inicialmente, o intuito de proporcionar a resolução de irregularidades, bem como a recomposição do erário sem o dispêndio de energia que mecanismos complexos e excepcionais como a tomada de contas demandariam.

É neste sentido, que se reconhece o caráter *excepcional* da tomada de contas especial. (AGUIAR, *et al.* 2004, p. 61)

Com isso, prestigia-se ainda o *princípio da razão suficiente abrogável*⁵ que significa a observância do postulado de que a atuação

3 Primeiro, a IN-TCU nº 13, de 04 de dezembro de 1996; atualmente a IN-TCU nº 56, de 05 de dezembro de 2007 que substituiu a anterior e dispõe sobre instauração e organização do processo de tomada de contas especial e dá outras providências.

4 Observe-se que há limite de alçada na resolução predita (art. 5º) para instauração e encaminhamento da TCE à Corte de Contas. AGUIAR, Ubiratan et al. *Convênio e tomada de contas especiais*: manual prático. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 61.

5 Para maior aprofundamento sobre o princípio consulte-se: FERNANDES, J.U. Jacoby. *Tomada de contas especiais*: Processo e procedimento na administração pública e nos Tribunais de Contas. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 88/89.

afastando do mundo jurídico a causa da TCE conseqüentemente torna dispensável a instauração dela. Tais providências, também contribuem para evitar perda de escala na atuação da Corte de Contas, em casos de fácil recomposição, ante uma atuação administrativa diligente ou mesmo para os casos de irregularidades formais e boa-fé dos responsáveis.

Visto que a administração tem o dever-poder de agir previamente à instauração da tomada de contas especial, é de se indagar quais instrumentos pode ela se valer, já nesta fase, para recompor o patrimônio lesado?

2 DA APURAÇÃO, INSCRIÇÃO E EXECUÇÃO DO CRÉDITO ANTES DO PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL

Inicialmente, deve-se reconhecer que a Administração pode contar com a boa-fé do agente indicado como autor de irregularidades passíveis de gerar uma tomada de contas. E se este, uma vez notificado, corrigir as irregularidades apontadas e recompor o patrimônio público lesionado sem que sua conduta anterior caracterize ato indisciplinar, ímprobo ou criminoso estará resolvida a questão. Com efeito, neste caso, é também dispensada, desde logo, a instauração da tomada de contas seja pelo seu caráter excepcional seja pelo princípio da razão suficiente ab-rogável.

O fato, contudo, deve ser comunicado à Corte de Contas *quando da prestação de contas ordinária*, nos termos do art. 197, § 3º do regimento interno do TCU aprovado pela resolução nº 155, de 04 de dezembro de 2002.

Pois bem, visto que o dever de instauração da tomada de contas não afasta a prerrogativa administrativa de adotar providências outras para assegurar o ressarcimento. Reconhecido como legítimo até mesmo um atuar prévio à própria instauração da TCE, necessário perquirir sobre a possibilidade de formalização, já nessa fase, de um título executivo extrajudicial pela inscrição do débito em dívida ativa e o respectivo manejo de execução forçada com base na Lei 6.830/80 quando não factível a recomposição voluntária acima referida.

A tomada de contas, indiscutivelmente, *não constitui instrumento exclusivo* a ser utilizado pela autoridade administrativa que toma conhecimento de qualquer irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

Os acontecimentos que ensejam a instauração da tomada de contas especial também são suporte fáticos autorizadores de outras medidas visando à restauração do patrimônio público lesado.

Vislumbra-se, de pronto, a possibilidade de utilização por parte da administração de uma ação ordinária de cobrança, do manejo da ação civil de improbidade (mercê de seu viés também ressarcitório) e, por fim, da formalização imediata de título executivo extrajudicial com a inscrição do débito em dívida ativa, sem embargos das medidas cautelares que podem acompanhar cada uma dessas medidas.

Oportuno ressaltar que sequer há impeço à utilização concomitante desses instrumentos quando já em curso a tomada de constas especial no Tribunal de Contas, como já deixou assentado o STF no seguinte julgado, *verbis*:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA. ART. 71, II, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E ART. 5º, II E VIII, DA LEI N. 8.443/92. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 148 A 182 DA LEI N. 8.112/90. INOCORRÊNCIA. PROCEDIMENTO DISCIPLINADO NA LEI N. 8.443/92. AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PREJUDICIALIDADE DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVA. QUESTÃO FÁTICA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA DENEGADA. 1. A competência do Tribunal de Contas da União para julgar contas abrange todos quantos derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, devendo ser aplicadas aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, lei que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado aos cofres públicos [art. 71, II, da CB/88 e art. 5º, II e VIII, da Lei n. 8.443/92]. 2. A tomada de contas especial não consubstancia procedimento administrativo disciplinar. Tem por escopo a defesa da coisa pública, buscando o ressarcimento do dano causado ao erário. Precedente [MS n. 24.961, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, DJ 04.03.2005]. 3. Não se impõe a observância, pelo TCU, do disposto nos artigos 148 a 182 da Lei n. 8.112/90, já que o procedimento da tomada de contas especial está disciplinado na Lei n. 8.443/92. 4. O ajuizamento de ação civil pública não retira

a competência do Tribunal de Contas da União para instaurar a tomada de contas especial e condenar o responsável a ressarcir ao erário os valores indevidamente percebidos. Independência entre as instâncias civil, administrativa e penal. 5. A comprovação da efetiva prestação de serviços de assessoria jurídica durante o período em que a impetrante ocupou cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região exige dilação probatória incompatível com o rito mandamental. Precedente [MS n. 23.625, Relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 27.03.2003]. 6. Segurança denegada, cassando-se a medida liminar anteriormente concedida, ressalvado à impetrante o uso das vias ordinárias.⁶

Nesse sentido, antes mesmo da própria instauração da TCE, a Administração possui a prerrogativa de por um processo administrativo, obviamente com as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, apurar a liquidez e certeza do crédito e inscrevê-lo em dívida ativa, desde que observado o que dispõe a Lei nº 4.320 de 17 de março de 1964, *verbis*:

Art. 39. [...]

§ 1º - Os créditos de que trata este artigo, *exigíveis pelo transcurso do prazo para pagamento*, serão inscritos, na forma da legislação própria, como Dívida Ativa, em registro próprio, após apurada a sua liquidez e certeza, e a respectiva receita será escriturada a esse título. (Parágrafo incluído pelo Decreto Lei nº 1.735, de 20.12.1979)

§ 2º - Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e *Dívida Ativa não Tributária* são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, *indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados*, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia,

6 STF. MS 25880 / DF. Relator(a): Min. EROS GRAU. Julgamento: 07/02/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

de contratos em geral ou de outras obrigações legais. (Parágrafo incluído pelo Decreto Lei nº 1.735, de 20.12.1979). [sem grifo no original]

Nesse passo, o art. 2º da Lei 6.830/80 dispõe que constitui dívida ativa da Fazenda Pública, apta a instrumentalizar a execução fiscal mediante a extração da certidão de dívida ativa, aquela definida como tributária ou não tributária pelo dispositivo legal acima transcrito.

Ora, em face de tais prerrogativas, e considerando que a autoridade administrativa diante de fatos ensejadores de tomada de contas especial deve adotar medidas para o pronto ressarcimento ao erário, é fácil concluir que deve ser dada preferência à inscrição do débito como dívida ativa não tributária, formalizando-se o título executivo extrajudicial apto a dar ensejo diretamente ao processo satisfativo da execução forçada, nos termos da Lei de Execução Fiscal.

Com efeito, tal medida - por encurtar o caminho que seria percorrido com as ações de conhecimento (ordinárias de cobrança ou cível de improbidade) e com a própria TCE (dado seu caráter de acerto com feição *judicialiforme*, quando da fase de julgamento pelo TCU) - revela-se instrumento mais vantajoso e célere para a implementação da tutela ressarcitória.

Impende registrar, que há, no âmbito da Advocacia Geral da União, mais especificamente da Procuradoria Geral Federal, parecer⁷ em caso envolvendo irregularidades em convênio para transferência voluntária de recursos, onde se indica expressamente a possibilidade de apuração e formalização do crédito independentemente de tomada de contas especiais realizada pelo Tribunal de Contas da União, mediante a aplicação dos princípios da autotutela e do devido processo legal administrativo.

Nessa mesma manifestação, é apresentada posição do Tribunal de Contas da União reconhecendo possível a formalização e inscrição pela Administração sem prejuízo da Tomada de Conas Especial a ser eventualmente instaurada. Vale transcrever o excerto do TCU, *verbis*:

8.2 – responder ao consulente que, com o advento da Lei nº 9784, de 29/01/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da

7 BRASIL. Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral Federal. Parecer CGCOB/DICON nº 20/2008. *Ressarcimento decorrente de descumprimento de convênio*. LOPES, Paulo Cesar. Brasília: Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral Federal.

administração pública federal, não haveria óbice, uma vez presentes indícios de malversação, desvios ou aplicação irregular de recursos do SUS, a que a autoridade competente instaurasse processo administrativo com o objetivo de apurar a liquidez e certeza do crédito de natureza não tributária e, após conclusão dos trabalhos, adotasse as providências para a inscrição em dívida ativa da União, desde que tal procedimento não suprimisse a concomitante instauração de Tomada de Contas Especial, cuja competência para julgamento cabe a este Tribunal, ante o que dispõe a Lei nº 8.443/92 e a IN/TCU nº 13/96; – [sem grifo no original].

Mais recentemente o entendimento foi reafirmado⁸, o que revela que, para além da tese fixada, constitui providência real para a Administração constituir o crédito não tributário na fase anterior a própria instauração da tomada de contas especial, desde que se observe o devido processo legal administrativo, como expressamente ressalvado nas manifestações aqui citadas.

Essa possibilidade de inscrição e cobrança executiva, prévia ou até paralelamente à tomada de contas especiais, *não é*, contudo, *irrestrita*, havendo algumas limitações à prerrogativa estatal, como passaremos a demonstrar.

3 LIMITAÇÕES E POSSIBILIDADES PARA A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO REFERENTE A INDENIZAÇÕES E ALCANCES DOS RESPONSÁVEIS POR DANOS AO ERÁRIO

Pois bem, primeiramente, há de se considerar que só deve haver inscrição daqueles créditos definidos em lei como de origem tributária ou não tributária. Cuida-se aqui de analisar a inscrição do crédito de *natureza não tributária*.

Dispõe o § 2º do art. 39 da Lei nº 4.320/1964 que constitui dívida ativa *não tributária* os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, *indenizações*,

8 BRASIL. Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral Federal. Parecer nº 16/2011/DIGEAP/CGCOB/PGF/AGU. *Tomada de Contas Especial – Inscrição em Dívida Ativa – Divergência entre execução fiscal ajuizada e Acórdão do Tribunal de Contas da União*. Teresa Cristina de Souza. Brasília: Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral Federal.

reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais.

Para os que interpretam que o § 2º do art. 39 da Lei 4.320/64 não contempla no conceito de dívida ativa *não tributária* os valores decorrentes *de indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis “não” definitivamente julgados*, haveria óbice à inscrição nas situações de danos, desfalque, malversação, não prestações de contas, etc., que somente seria possível com a decisão definitiva do Tribunal de Contas ou por formação de título judicial.

Nesse sentido, vale trazer à colação a posição de Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho⁹ sobre o tema:

Colime-se que o § 2º, do artigo 39, da lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando se refere aos créditos *não tributários* passíveis de inscrição em dívida ativa, *excetua os valores decorrentes de indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis não definitivamente julgados.*

A ação executiva do débito e da multa, antes da decisão definitiva do Tribunal de Contas, só poderia suceder, na hipótese, com a criação de título executivo judicial, após a obtenção de decisão judicial condenatória transitada em julgado, com a adoção do rito do Código de Processo Civil. [Sem grifo no original].

Tal ponderação, tem sua razão de ser no fato de que as fontes de receita da Fazenda Pública para configurar crédito exequível, na forma da Lei 6.830/80, devem se revestir, dentre outros, do atributo de certeza.

Ora, o procedimento de inscrição como dívida ativa *não tributária* de créditos cujas causas decorram de situações *ilícitas* relativas a práticas lesivas ao patrimônio público (malversação, dano, corrupção,

9 SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Decisões do TCU resultantes de débito ou multa por alcance: Alguns pontos polêmicos. Belo Horizonte, *Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, ano 10, n. 109, mar 2010. p. 3. Disponível em: <HTTP://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=65898>. Acesso em: 13 abr. 2010.

desfalque, etc...) cuja quantificação, identificação, e responsabilização do agente, não decorrem de vinculação específica a contrato, convênio ou determinado ato previamente firmado, deve ser objeto de ação judicial.

A ressalva, quanto a não possibilidade de inscrição em dívida ativa não tributária em situações em que irrazoável o exercício de tal prerrogativa pela Fazenda Pública, é encontrada ainda em escólio de José da Silva Pacheco¹⁰, *verbis*:

A dívida ativa não tributária será a resultante de qualquer outro crédito da Fazenda Pública, inscrito na repartição administrativa competente, após a apuração: a) da sua procedência; b) do seu exato valor; c) do sujeito passivo; d) da falta de pagamento no vencimento, no prazo ou no ato, determinados em lei, em regulamento, no contrato, no respectivo título ou em decisão final irrecurável na esfera administrativa. *Vê-se, pois, que nem sempre seria possível fazer a inscrição de tal dívida, principalmente quando não pudesse o órgão encarregado do controle constatar, com exatidão, a certeza ou a liquidez do crédito, por não ficarem claramente caracterizado os quatro elementos assinalados sob as alíneas a, b, c, d, supra. Nessas hipóteses, o poder público tinha de propor ação adequada, cujo processo seguiria as normas pertinentes do CPC.* [Sem grifo no original].

No mesmo sentido é a posição de Humberto Theodoro Júnior¹¹ que, sem excetuar expressamente da definição de dívida ativa não tributária os valores decorrentes de indenizações, reposições, restituições e alcances dos responsáveis *não definitivamente julgados*, reconhece como possível de inscrição e execução, tal como disciplinado na lei 6.830/80, apenas o crédito oriundo de ato ou contrato administrativo, vejamos:

Para cobrar-se executivamente, segundo os moldes da Lei nº 6.830, a dívida ativa deve proceder de obrigação tributária ou não tributária, desde, porém, que esteja prevista em lei, regulamento ou contrato. É preciso que a origem do crédito fazendário seja ato ou contrato administrativo típico. *Nessa categoria, não se inclui o débito decorrente de dano ao patrimônio da pessoa jurídica de direito público, que se rege pelas normas comuns de responsabilidade civil disciplinada pelo direito privado* [...] [grifamos]

10 PACHECO, José da Silva. *Comentários à lei de execução fiscal*: (Lei nº 6.830, de 22-9-1980). 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 78.

11 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal*: comentário e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 16.

Nessa linha, pensamos que a melhor leitura do § 2º, do artigo 39, da Lei nº 4.320/1964 não deve excluir, de chofre, a possibilidade de constituição do crédito não tributário nos casos de indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis *não* definitivamente julgados. Mas, possibilitá-las, apenas nas situações em que as indenizações, reposições, restituições e alcances sustentam-se em vínculo administrativo traduzido em contrato, convênio, ato específico, ou mesmo em imposição legal de efeitos concretos.

Não é diferente a posição do STJ sobre a matéria. Impende sublinhar, contudo, que o E. Tribunal apenas tangencia a questão da interpretação do § 2º, do artigo 39, da lei nº 4.320, de 17 de março de 1964 quanto à visão excludente do conceito de dívida ativa não tributária das indenizações, reposições, restituições e alcances dos responsáveis *não definitivamente julgados*.

De toda sorte, resta evidente a posição do Tribunal de que não é possível a constituição e formalização do crédito em situações que não decorram de um ato ou contrato administrativo típico ou que não haja um vínculo estatutário formalizado com o ente público. Para retratar a posição da Corte Superior, segue alguns julgados:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. FRAUDE CONTRA O INSS. INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. 'TOMADA DE CONTAS ESPECIAL'. CRÉDITO QUE NÃO SE ENQUADRA NO CONCEITO DE DÍVIDA ATIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. APURAÇÃO EM PROCESSO JUDICIAL PRÓPRIO, ASSEGURADOS O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA.

1. Recurso Especial contra v. Acórdão que, apreciando execução fiscal, *fundada em inquérito administrativo*, movida pelo ora recorrente, lastreada em pretensa dívida ativa não tributária, *relativa à indenização por desvio de valores apurados unilateralmente*, considerou que a responsabilidade do embargado/recorrido deve ser apurada pela via ordinária, sob o fundamento de que o crédito não se enquadra no conceito de dívida ativa.

2. O INSS tem, sem sombra de dúvidas, o direito de ser ressarcido por danos materiais sofridos em razão de concessão de aposentadoria fraudulenta, devendo o beneficiário responder, solidariamente, pela reparação dos referidos danos.

3. *O conceito de dívida ativa não tributária, embora amplo, não autoriza a Fazenda Pública a tornar-se credora de todo e qualquer débito.* A dívida cobrada há de ter relação com a atividade própria da pessoa jurídica de direito público.

4. In casu, pretende o INSS cobrar, por meio de execução fiscal, prejuízo causado ao seu patrimônio, apurados em 'tomada de contas especial'.

5. A apuração de tais fatos devem ser devidamente apurados em processo judicial próprio, assegurado o contraditório e a ampla defesa. Inexistência de discussão se a Lei nº 4.320/64 excetua ou inclui como dívida ativa não tributária os valores decorrentes de indenizações e restituições.

6. Recurso não provido." (REsp 439.565/PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 11.11.2002, pág. 160).

“PROCESSUAL – EXECUÇÃO FISCAL – DÍVIDA ATIVA NÃO TRIBUTÁRIA - TÍTULO EXECUTIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL – CRIAÇÃO UNILATERAL DO TÍTULO – IMPOSSIBILIDADE – NECESSIDADE DE PROCESSO JUDICIAL - EMBARGOS À EXECUÇÃO – RECEBIMENTO.

1. A dívida tributária já nasce certa e líquida, porque o lançamento gera presunção de certeza e liquidez. Isso não ocorre com os créditos oriundos de responsabilidade civil que somente recebem tais atributos, após acerto amigável ou judicial.

2. Os créditos incertos e ilíquidos não integram a dívida ativa, suscetível de cobrança executivo-fiscal. É que o conceito de dívida ativa não tributária, a que se refere a Lei de Execuções Fiscais, envolve apenas os créditos assentados em títulos executivos. Há créditos carentes de certeza e liquidez necessárias ao aparelhamento de execução.

3. *Crédito proveniente de responsabilidade civil não reconhecida pelo suposto responsável não integra a chamada dívida ativa, nem autoriza execução fiscal. O Estado, em tal caso, deve exercer, contra o suposto responsável civil, ação condenatória, em que poderá obter o título executivo.*

4. É nula a execução fiscal por dívida proveniente de responsabilidade civil, aparelhada assentada em títulos.” (REsp 440.540/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 1º.12.2003, pág. 262)

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - EXECUÇÃO FISCAL - DÍVIDA ATIVA – DNER - INDENIZAÇÃO POR DANOS AO PATRIMÔNIO DECORRENTES DE ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO - DÍVIDA ATIVA NÃO-TRIBUTÁRIA – IMPROPRIEDADE - EXERCÍCIO EXORBITANTE DE COMPETÊNCIA - VIA PROCESSUAL INADEQUADA.

I - Dívida Ativa da Fazenda Pública, definida como não-tributária, é a que resulta qualquer outro crédito da Fazenda Pública, inscrita no setor administrativo competente, após apuração na forma prevista na legislação de regência; decorre do exercício do poder de império, exercido na modalidade do poder de polícia, e da atividade legalmente conferida à autoridade de direito público.

II - Não é cabível a utilização da via de inscrição da dívida ativa no DNER, para propositura do executivo fiscal visando obter ressarcimento de dano causado ao patrimônio da autarquia em virtude de acidente automobilístico.

III - A competência da Procuradoria-Geral do DNER para apurar liquidação e certeza de créditos de qualquer natureza, para inscrevê-los em dívida ativa e cobrá-los, é restrita àqueles (créditos) inerentes às atividades da autarquia.

IV - Recurso improvido. (REsp 330.703/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 19.11.2001, pág. 242) [sem grifo no original]

Encontram-se ainda, dentre outros, os seguintes precedentes em ambas as Turmas do STJ: REsp nº 867.718 - PR, Primeira Turma, Relator: Teori Albino Zavascki, DJe: 04/02/2009 e REsp nº. 1.125.508 - GO, Segunda Turma, Relator: Mauro Campbell Marques, Unânime, DJe: 24/08/2010.

Do exposto, decorrem algumas implicações quanto à apuração e formalização do crédito por meio da inscrição e cobrança executiva decorrente de providências administrativas para apuração e busca do pronto ressarcimento.

Inicialmente, impende rememorar que a tomada de contas *na fase interna* constitui procedimento de natureza *verificadora e investigatória* desprovida das características da ampla defesa, daí ser afastada de plano, enquanto presentes essas características, sua utilização como suporte para eventual constituição do crédito.

A Administração, como visto, poderá instaurar processo administrativo com os atributos do contraditório e ampla defesa para constituição do crédito não tributário até mesmo previamente ao início da fase interna da TCE.

Com efeito, para essas situações, apenas as obrigações com espeque em contrato ou convênio, vínculo regulamentar ou lei de efeito concreto - sem embargos das atividades decorrentes do poder de polícia do órgão - podem ser inscritas em dívida ativa, entendimento que prestigia o art. 52 da Lei 4.320, de 17 de março de 1964, *verbis*:

Art. 52. São objeto de lançamento os impostos diretos *e quaisquer outras rendas com vencimento determinado em lei, regulamento ou contrato.* [grifo nosso]

Estreme de dúvidas que o conceito de dívida ativa envolve apenas os créditos certos e líquidos. Assim, tanto a dívida ativa tributária como a não tributária requer o preenchimento desses requisitos.

Alguns créditos não tributários – como os provenientes de multas de polícia – transformam-se em dívida ativa, após procedimento administrativo. Nesses créditos, assim como nos tributários, a própria Administração cria o título executivo.

Isso não ocorre, entretanto, com os créditos oriundos de responsabilidade civil por ato ilícito apurado unilateralmente. Para que tais créditos se revistam do atributo de títulos executivos, é necessário o acerto capaz de superar discussões que podem dizer respeito ao objeto, aos sujeitos e ao próprio *quantum* devido. Isso é conseguido mediante processo judicial, transigência, ou reconhecimento.

Tais casos são aqueles em que a origem da dívida não é o exercício do poder de polícia, nem o contrato, ou o convênio administrativos, ou o regulamento, ou mesmo a imposição legal específica de uma determinada obrigação com vencimento certo (lei de efeito concreto).

Por tal razão, é que o entendimento do STJ e de respeitável segmento doutrinário, quanto à vedação de constituição do crédito não tributário, não alcança relação tipicamente administrativa e instrumentalizada por ato jurídico formal.

Bons exemplos são os convênios para transferências voluntária de recursos, com destinação previamente acertada e onde há sujeito e objeto previamente definidos, em que, constatadas as irregularidades, abre-se as vias da constituição do crédito não tributário e do ressarcimento por meio da execução estribada no título formado pela fazenda pública prejudicada.

Note-se, que os gestores de recursos federais transferidos mediante convênio, desde a formalização do termo de repasse de recursos, vinculam-se aos procedimentos concernentes à correta aplicação e devida prestação de contas dos recursos transferidos.

Não é demais afirmar que o termo de avença constitui “*a fonte primeira de todas as regras básicas ajustadas para a execução do objeto pactuado e para a apresentação da prestação de contas.*”¹². Trata-se, ademais, de instrumento tipicamente administrativo a ser manejado numa federação cooperativa como a nossa.

Nesse passo, verificada a não prestação de contas, o desfalque, a malversação ou qualquer outra irregularidade danosa em detrimento das verbas repassadas, dispõe a administração repassadora, nos termos do próprio convênio pactuado, de todos os fundamentos para, após processo administrativo, proceder à inscrição do crédito como dívida ativa não tributária.

Porquanto, no próprio termo de ajuste já consta a procedência do crédito; o exato valor do mesmo; o sujeito passivo; as faltas ensejadoras de eventual ressarcimento, etc.

Enfim, conquanto seja objeto de inúmeras tomadas de contas e ações de improbidade, as irregularidades que gravitam em torno deste valioso instrumento, podem encontrar na pronta inscrição dos valores em dívida ativa não tributária um importante esteio de recuperação dos créditos, já na fase de atuação inicial da administração na fiscalização do cumprimento do ajuste.

12 AGUIAR, Ubiratan et al., op. cit. p. 22.

Não se pode dizer o mesmo, como visto, quanto às demais situações ilícitas que causam prejuízo ao erário. Nesses casos, para caracterizar a responsabilidade de âmbito civil e obter o ressarcimento há necessidade de *provimento judicial*, ante a impossibilidade de pronta apuração e inscrição do crédito como dívida ativa não tributária.

Com efeito, cumpre asseverar que a situação idealizada não comportaria, mesmo após o regular processo administrativo, a inscrição do débito em dívida ativa não tributária. É que, a conduta ilícita geradora da obrigação de ressarcir não estribada em contrato ou vínculo administrativo específico é insuscetível, pela incerteza e iliquidez, de pronta inscrição. Nessas hipóteses, a pretensão ressarcitória há de ser buscada na via judicial.

Assim, se a administração pode e deve agir numa seara prévia à tomada de contas, deverá fazê-lo ciente das restrições que envolvem a prerrogativa de constituição do crédito. O Estado não pode inscrever *self-executing*, sem acesso à justiça, *quantum* indenizatório decorrente de responsabilidade por ilícito por ele apurado unilateralmente, posto ser imprescindível ação de cognição, em obediência ao devido processo legal e ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Nas hipóteses em que vedada a inscrição, considerando as peculiaridades do caso concreto, cabe à administração lesada, contudo, valer-se das ações judiciais cabíveis, a exemplo da ação ressarcitória, da ação de improbidade e respectivas cautelares. Pode ainda optar por executar o acórdão do TCU que julgando a TCE tenha imputado débito e/ou multa, mercê de sua qualificação constitucional como título executivo.

5 CONCLUSÃO

Cumpre ao Ente Estatal as primeiras providências para apuração e instauração de mecanismos de ressarcimento, mercê de seu dever-poder de agir, independentemente da atuação dos órgãos de controle externo. Essa possibilidade de agir da administração, revela-se desejável até mesmo em providências prévias à instauração da tomada de contas especiais, quando os fatos subjacentes também ensejem esta medida.

Dentre os instrumentos à disposição do poder público está a prerrogativa de apurar e inscrever, em dívida ativa, créditos não tributários relativos a indenizações, reposições, restituições e alcances

dos responsáveis (§ 2º do art.39 da Lei 4320/64), formando título executivo apto a viabilizar a execução com suporte na Lei 6.830/1980.

Nessa linha, pensamos que a melhor leitura do § 2º, do artigo 39, da Lei nº 4.320/1964 não deve excluir, de chofre, a possibilidade de constituição do crédito não tributário nos casos de *indenizações, reposições, restituições e alcances dos responsáveis não definitivamente julgados*. Mas, possibilitá-las nas situações em que as indenizações, reposições, restituições e alcances sustentam-se em vínculo administrativo traduzido em ato jurídico formal, como contrato, convênio, ou mesmo em imposição decorrente de vínculo regulamentar ou legal específico.

Destarte, a vedação de constituição do crédito *não tributário* não alcança relação tipicamente administrativa e traduzida em instrumento jurídico formal, uma vez que os atributos de certeza e liquidez são facilmente identificáveis, a exemplo do que ocorre com os casos de dano ao erário envolvendo os convênios para transferências voluntárias de recursos.

Essa prerrogativa encontra restrição, contudo, quanto aos créditos oriundos de responsabilidade civil por ato ilícito apurado unilateralmente. Para que tais créditos sejam qualificados com o atributo de títulos executivos, é necessário o acertamento capaz de superar discussões, que podem dizer respeito ao objeto, aos sujeitos e ao próprio *quantum* devido. O que constitui reserva de jurisdição.

Por fim, nas hipóteses em que vedada a inscrição poderá a administração, considerando as peculiaridades do caso concreto, valer-se das ações judiciais cabíveis, a exemplo da ação ressarcitória ou de cobrança, bem como da ação de improbidade. Pode ainda optar por executar o acórdão do TCU que, julgando a tomada de contas especiais, tenha imputado débito e/ou multa, mercê de sua qualificação – constitucional – como título executivo.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ubiratan et al. *Convênio e tomada de contas especiais: manual prático*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. atualizada por Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998.

BALLEIRO, Aliomar. *O tribunal de contas e o controle de execução orçamentária*. São Paulo: Revista de Direito Administrativo, 1953.

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade administrativa. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral Federal. *Parecer CGCOB/DICON n. 20/2008*. Ressarcimento decorrente de descumprimento de convênio. LOPES, Paulo Cesar. Brasília: Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral Federal.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Resolução nº 155, de dez de 2002*. Aprova o regimento interno do Tribunal de Contas da União. Brasília: ano x l n. 1 de 13 fev. 2007.
- BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. Celebração de Convênios. *Instrução Normativa n. 01, de 15 de janeiro de 1997*. Brasília: Diário Oficial da União de 31 jan. 1997.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Dispõe sobre instauração e organização de processo de tomada de contas especial e dá outras providências. *Instrução normativa n. 56, de 05 de dezembro de 2007*. Brasília: Diário Oficial da União, 21 set. 2007.
- BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. Belo Horizonte: *Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público - FA*, ano 05, n 47, jan 2005. Disponível em em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=5954>>. Acesso em: 12 abr. 2010.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Execução provisória e antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *A nova etapa da reforma do código de processo civil*. v.1. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CARREIRA ALVIM, J. E. *Nova execução de título extrajudicial*. Comentários à Lei 11.382/06. Curitiba: Juruá, 2007.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- CRETELA, Júnior. *Natureza das decisões do Tribunal de Contas*. São Paulo: RT, 1988.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Dialética, 2003.

DARCIE, Jonathan Doering. *As decisões do Tribunal de Contas e seu controle judicial*. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/BID/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=57791>>. Acesso em: 12 abr. 2010.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tomada de contas especiais: Processo de procedimento na administração pública e nos Tribunais de Contas*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das Leis*. Brasília: CEAD/UNB, 2009. Pós-graduação lato sensu em Direito Público. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/9/biblioteca/textos-complementarpdf>>. Acesso em: 05 mar. 2010.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRACIE, Ellen. *Notas sobre a revisão judicial das decisões do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Biblioteca Digital Fórum de contratação e gestão pública – FCGP, ano 7, n. 82, out. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShouw?idConteudo=55272>>. Acesso em: 4 abr. 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores - Lei 7 347/1985 e legislação complementar. 11. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Sobre as execuções proferidas pelo Tribunal de Contas especialmente a legitimação*. Disponível em: <<http://www.revistasrtonline.com.br/portalartr/template.htm?view=main>>. Acesso em: 19 mar. 2010.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibição administrativa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Controle da administração pública*. São Paulo: RT, 1993.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Delso Balestero Aleixo e José Emanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1998.

MILANO, Célio Lucas. (Im)prescritibilidade das pretensões da Fazenda Pública de ressarcimento ao erário decorrente de atos ilícitos. (Comentários a Acórdão do Supremo Tribunal Federal). *Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, out./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=49387>>. Acesso em: 6 jun. 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NETTO, Menelick de Carvalho. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito*. n. 6. Brasília: Notícia do Direito Brasileiro, 1998.

PACHECO, José da Silva. *Comentários à lei de execução fiscal: (Lei nº 6.830, de 22-9-1980)*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2008.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. *Decisões do TCU resultantes de débito ou multa por alcance: Alguns pontos polêmicos*. Belo Horizonte: Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA, ano 10, n. 109, mar 2010. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=65898>>. Acesso em: 13 abr. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal: comentário e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Dívida ativa da Fazenda Pública. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1315>>. Acesso em: 09 ago. 2009.

(IN)APLICABILIDADE DO CDC AOS SERVIÇOS DE SAÚDE E EDUCAÇÃO PÚBLICAS. ENFOQUE: O OBJETO DE CONSUMO

(IN)APPLICABILITY OF BRAZILIAN CONSUMER PROTECTION LAW TO PUBLIC HEALTH AND EDUCATION

Alberto Canellas Neto
Procurador da Fazenda Nacional

SUMÁRIO: Introdução; 1 Aspectos gerais; 1.1 A relação de consumo; 1.2 Serviço público: conceito e classificações; 1.3 Características dos serviços públicos de saúde e de educação públicas; 2 A aplicabilidade do CDC aos serviços públicos de saúde e de educação públicas com base na remuneração; 2.1 Preliminares; 2.2 Noções de direito tributário; 2.3 Análise das correntes baseadas no elemento relacional; 3 A inaplicabilidade do CDC aos serviços de saúde e de educação públicas em razão do elemento objetivo; 3.1 Problemas do critério fundado na remuneração; 3.2 Aspectos do enfoque objetivo; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: *A aplicabilidade do CDC aos serviços de saúde (restrita à assistência médica e hospitalar) e de educação (ensino infantil, fundamental, médio e universitário), quando prestados pelas pessoas jurídicas de direito público interno, tem sido discutida, pela doutrina e jurisprudência, com base no elemento relacional – a remuneração (envolvendo pontos de direito tributário). Contudo, a questão pode ser encarada, com vantagens interpretativas, sob o prisma do objeto da relação jurídica de consumo. Acredita-se que é preciso ressaltar a expressão “fornecida no mercado de consumo” (Lei nº 8.078/1990, art. 3º, § 2º, in fine), porque aquelas atividades, cujo habitat é a Ordem Social da CRFB/1988, não se confundem com os serviços prestados por clínicas médicas e universidades particulares, contextualizados em uma Ordem Econômica.*

PALAVRAS-CHAVE: Serviço Público. Remuneração. Exação. Consumidor. Mercado.

ABSTRACT: The applicability of the Brazilian Consumer’s Code to health services (restricted to medical and hospitalar assistences) and the educational services (kindergarten, preliminary and high school), when rendered by public entities, has been discussed by doctrine and jurisprudence based on the remuneration (which involves matters related to Financial Law). Nevertheless, the question can be faced with interpretative advantages, under the prism of the consumer’s judicial relationship object. It is also of utmost importance to highlight the expression “provided in the consumption market” (Law nº 8.078/1990, art. 3º, § 2º, in fine), inasmuch as these activities, whose habitat is the Social Order of the Brazilian Federal Constitution of 1988 cannot be confused with services of medical clinics and private universities, contextualized in an Economical Order.

KEYWORDS: Public Service. Remuneration. Tax. Consumer. Market.

INTRODUÇÃO

O direito privado, além de sua nova roupagem a partir do ano de 2003, primeiro com a Constituição de 1988, e, em seguida, com a Lei nº 8.078/1990, sofreu significativa alteração, deixando de encontrar no Código Civil sua principal fonte axiológica (quase ao mesmo tempo em que este diploma perdeu o maior volume das relações jurídicas que, até então, regulava).¹

Em razão de essa radical mudança ser relativamente recente, é natural que ainda se discuta, tanto na doutrina, como na jurisprudência, a abrangência de certos conceitos que foram modificados.

Assim, o exame do problema sob o ponto de vista do elemento objetivo da relação jurídica de consumo, especificamente o serviço, senão inovador, ao menos não é encontrado nos melhores autores com a abordagem que merece.

A relevância do problema proposto consiste, precisamente, no efeito que eventual aplicação do CDC acarreta: apesar de nos sistemas de responsabilidade civil da CRFB/1988, art. 37, § 6º, e do microssistema consumerista não seja necessária a perquirição quanto à culpa do agente, se incidir o último sobre os serviços de saúde e de educação públicas, terão lugar, conseqüentemente, instrumentos característicos deste diploma legal. Contudo, tendo em vista a melhor solução hermenêutica aqui sugerida, não será possível lançar mão de suas normas, até porque atualmente não se encontram mecanismos semelhantes no texto constitucional nem no CPC.

1 ASPECTOS GERAIS

1.1 A RELAÇÃO DE CONSUMO

Comentam os autores do Anteprojeto, que o nosso CDC tem a *ratio* de *reequilibrar a relação de consumo*, seja reforçando a posição do consumidor, *tendo em vista sua vulnerabilidade*, seja proibindo ou limitando certas práticas de mercado, através, por exemplo, de deveres específicos (pré-contratuais, contratuais e pós-contratuais) para os fornecedores, sobretudo quando estas

¹ Nada obstante, o direito objetivo comum não perdeu sua importância face ao chamado microssistema consumerista; atualmente, deve-se encará-lo tal qual um estatuto integrador de todo direito privado, com substancial função suplementar.

atividades forem consideradas essenciais, daí o elenco de princípios (art. 4º), de instrumentos (art. 5º) e de direitos básicos (art. 6º).²

A dita relação de consumo nada mais é do que uma *relação jurídica composta de elementos subjetivos, objetivos e relacional próprios. Deve-se, por conseguinte, identificar cada um, para visualizar a incidência da Lei 8.078/90.*

Como *sujeitos*, ou seja, titulares de direito, em uma atribuição bilateral³, temos, no pólo ativo, o *consumidor* e, no passivo, o *fornecedor*. Nos termos do art. 2º, *caput*, do CDC: “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Não obstante a controvérsia entre finalistas e maximalistas sobre a abrangência da supracitada definição, sabe-se que sua figura pode ser muito mais ampla. Além desse consumidor *stricto sensu*, há, ainda, os equiparados (art. 2º, §), os *bystanders* (art. 17) e as pessoas expostas às práticas comerciais previstas nos Capítulos V e VI (art. 29). Por outro lado, dispõe o artigo 3º: “fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. Cuida-se de qualquer sujeito (*e. g.*: comerciante; industrial; empresa estatal) ou ente despersonalizado que ofereça habitualmente o produto ou o serviço no mercado para o consumidor⁴. Tal definição, porém, não encerra todos os seus tipos; coloca-se, *e. g.*, ao lado do *stricto sensu*, o fornecedor solidário (arts. 18 e 20), responsabilizado por fazer parte, direta ou indiretamente, da cadeia de fornecimento de um produto ou de um serviço viciado, mesmo sem ter firmado contrato com o consumidor⁵.

Os seus *objetos* de direito, ou melhor, os bens jurídicos (coisas ou ações) com valor são os *produtos e os serviços de consumo*.⁶ Pelo art. 3º, § 1º, *in verbis*, “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”. Na prática, “é qualquer objeto de interesse em dada relação de consumo, e destinado a satisfazer uma necessidade do adquirente, como destinatário

2 GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 7-26 passim.

3 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 24; AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 167.

4 GRINOVER, et al. *op. cit.*, passim.

5 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 334-335.

6 PEREIRA, *op. cit.*, p. 26; AMARAL, *op. cit.*, p. 167.

final”⁷, sendo que Adalberto Pasqualotto adverte que a distinção entre bens de consumo e bens de capital “permite isolar o conceito das relações de consumo quanto ao seu objeto. São relações de consumo apenas aquelas que envolvem bens (ou produtos) entregues ao seu destinatário final”, dizendo ainda que “o mesmo conceito serve para os serviços, também abrangidos nas relações de consumo”.⁸ Prescreve, ainda, o mesmo artigo, em seu § 2º: “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”. Em outras palavras, “serviços podem ser considerados como *“atividades, benefícios ou satisfações que são oferecidos à venda”*” (grifo do autor).⁹

Deve-se consignar que, aqui, revelam-se os dois primeiros institutos fundamentais para o estudo: a) o *serviço público*, pois, tendo em mira a existência do *art. 22 do CDC*, isola-se qualquer dúvida relativa ao seu enquadramento no *art. 3º, § 2º*; e b) a *remuneração*, que, como vínculo (um complexo de situações jurídicas – poderes e deveres – estabelecido pela lei para a tutela de interesses, ou, mais concretamente, forma na qual os sujeitos encontram-se a respeito dos objetos efetivando o poder da vontade)¹⁰, materializa-se, naturalmente, quando o consumidor paga (*onerosidade*) ao fornecedor o valor cobrado por um produto ou um serviço.

Contudo, *a questão da remuneração* (elemento relacional) não é tão simples, devendo ser considerada como repasse direto ou indireto (mediante outro produto ou outro serviço, por exemplo) *de custos ao preço final*. Por isso, também os serviços, inclusive públicos, com *“aparência de gratuidade”* estão abrangidos, em regra, pela tutela ao consumidor.¹¹

1.2 SERVIÇO PÚBLICO: CONCEITO E CLASSIFICAÇÕES

Se o objeto deste estudo é a aplicabilidade do CDC aos *serviços de saúde e de educação públicas (mais especificamente ao atendimento médico e hospitalar e ao ensino infantil, fundamental, médio e universitário pelo Poder Público)*, resta imprescindível compreender que espécies de atividades são essas, tendo em vista sua natureza jurídica e suas características.

7 GRINOVER, et al. op. cit., p. 44, nota 99.

8 PASQUALOTTO, Adalberto. Conceitos fundamentais do código de defesa do consumidor. *Revista dos tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 666, p. 48-53, abr. 1991. p. 50.

9 GRINOVER, et al. op. cit., p. 44.

10 PEREIRA, op. cit., p. 28; AMARAL, op. cit., p. 155.

11 NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*: direito material: (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000. p. 102.

“Constitui traço de unanimidade na doutrina a dificuldade de definir, com precisão, serviço público”¹² (modalidade de atividade administrativa fim, ao lado da intervenção, da polícia e do fomento). Tal dificuldade prende-se a diversos aspectos. Num primeiro patamar está sua própria variação, decorrente da postura do Estado no tempo. Hely Lopes Meirelles ressalta que o conceito de serviço público “flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico”¹³. Outro problema são os sentidos que a expressão comporta, permitindo a adoção de conceitos amplos ou restritos, resultantes da combinação dos elementos do serviço público, quais sejam: atividades de interesse coletivo (material); presença do Estado (subjeto); e procedimento de direito público (formal)¹⁴.

Maria Sylvia Di Pietro, embora seja entusiasta da definição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵, acredita que a mesma resultou numa restrição excessiva¹⁶, propondo que *serviço público* é “*toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público*”.¹⁷

Devem, também, ser destacadas quatro *classificações dos serviços públicos*:

- *próprios X impróprios*: os serviços públicos são próprios quando “se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público e para os quais a Administração usa de sua supremacia sobre os administrados”. Já os serviços públicos impróprios seriam “os que não afetam substancialmente as necessidades da comunidade, mas satisfazem interesses comuns de seus membros”. Tendo em vista esses aspectos, os serviços públicos próprios “só devem ser prestados por órgãos ou entidades

12 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 231.

13 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 306.

14 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 95.

15 “Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios do sistema normativo.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 575.

16 DI PIETRO, op. cit., p. 97.

17 *ibid.*, p. 99.

públicas, sem delegação a particulares” e “geralmente são gratuitos ou de baixa remuneração, para que fiquem ao alcance de todos os membros da coletividade”; enquanto que, em relação aos serviços públicos impróprios, pelo fato de serem atraentes financeiramente, “a Administração os presta remuneradamente, por seus órgãos ou entidades descentralizadas, ou delega sua prestação a concessionários, permissionários ou autorizados”, podendo “ser realizados com ou sem privilégio, mas sempre sob regulamentação do Poder Público competente”¹⁸. O critério seria a *essencialidade do interesse da coletividade, combinado com o sujeito que o exerce* (ou, como prefere José dos Santos Carvalho Filho¹⁹, por entender mais preciso, a *delegabilidade do serviço público*), entretanto, Di Pietro, buscando a diferenciação original, adverte que tanto o serviço público próprio como o serviço público impróprio atenderiam a “necessidades coletivas”, porém os primeiros “o Estado assume como seus e os executa diretamente (por meio de seus agentes) ou indiretamente (por meio de concessionários)”; ao passo que os outros, “não são assumidos nem executados pelo Estado, seja direta ou indiretamente, mas apenas por ele autorizados, regulamentados e fiscalizados”; nesse sentido, ao seu ver, a *classificação perderia relevância, posto que incorre em um vício*: “inclui, como espécie do gênero serviço público, uma atividade que é, em face da lei, considerada particular e que só tem em comum com aquele o fato de atender ao interesse geral”²⁰.

- *originários (ou congênitos) X derivados (ou adquiridos)*: centrada na *facultatividade do serviço*, a classificação é atribuída a Caio Tácito, para quem “a evolução moderna do Estado exaltou de tal forma a sua participação na ordem social, que a *essencialidade* passou a abranger tanto os encargos tradicionais de garantias de ordem jurídica como as prestações administrativas que são emanadas dos modernos direitos econômicos e sociais do homem, tão relevantes, na era da socialização do direito, como os direitos individuais o foram na instituição da ordem liberal” [...] “há, todavia, uma sensível diferença entre os serviços públicos que, por sua natureza, são próprios e privativos do Estado e aqueles que, passíveis em tese de

18 MEIRELLES, op. cit., p. 308.

19 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 235.

20 DI PIETRO, op. cit., p. 103-104.

execução particular, são absorvidos pelo Estado, em regime de monopólio ou de concorrência com a iniciativa privada. Aos primeiros poderíamos chamar de serviços estatais *originários* ou *congênitos*; aos últimos, de serviços estatais *derivados* ou *adquiridos*” (grifo do autor)²¹. Na realidade, os serviços públicos derivados (ou adquiridos) equivalem aos serviços de utilidade pública de outros autores, que em relação aos serviços públicos originários (ou congênitos) apresentam terminologias perigosas, seja porque a nomenclatura é a mesma de outra classificação que será vista adiante (*e. g.*: serviços administrativos), seja porque não ajuda a fixar com exatidão o seu alcance (*e. g.*: serviços públicos “propriamente ditos”)²².

- *coletivos X singulares*: esta classificação corresponde à que os divide em serviços públicos *uti universi* e *uti singuli*, sendo que alguns utilizam ainda as expressões “gerais” e “individuais”, respectivamente.²³ Então, partindo do critério “*maneira como concorrem para satisfazer ao interesse geral*”²⁴, os serviços públicos dividem-se em coletivos, “aqueles prestados a grupamentos indeterminados de indivíduos, de acordo com as opções e prioridades da Administração, e em conformidade com os recursos de que disponha”; ou singulares, que “se preordenam a destinatários individualizados, sendo mensurável a utilização por cada um dos indivíduos”²⁵. Meirelles explica que os serviços públicos gerais “satisfazem indiscriminadamente toda a população, sem que se erijam em direito subjetivo de qualquer administrado à sua obtenção” e destaca que, “*normalmente*, os serviços *uti universi* devem ser *mantidos por imposto (tributo geral)*, e não por taxa ou tarifa, que é remuneração mensurável e proporcional ao uso individual do serviço”; ao revés, os serviços públicos singulares, “desde que implantados, geram direito subjetivo à sua obtenção para todos os administrados que se encontrem na área de sua prestação ou fornecimento e satisfaçam as exigências regulamentares”. Esse autor frisa que os serviços *uti singuli* “são sempre serviços de utilização individual,

21 DI PIETRO, op. cit., p. 106.

22 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 236; MEIRELLES, op. cit., p. 307.

23 *ibid.*, loc. cit.; DI PIETRO, op. cit., p. 105-106; MEIRELLES, op. cit., p. 307 e 309, *passim*.

24 DI PIETRO, loc. cit.

25 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 236.

facultativa e mensurável, pelo quê devem ser *remunerados por taxa (tributo) ou tarifa (preço público)*, e não por imposto²⁶.

- *administrativos X comerciais (ou industriais) X sociais*: esta classificação toma como foco o *objeto dos serviços públicos*²⁷. “Serviços públicos administrativos são os que a Administração Pública executa para atender a suas necessidades internas ou preparar outros serviços que serão prestados ao público”²⁸. “Serviço público comercial ou industrial é aquele que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para atender às necessidades coletivas de ordem econômica”²⁹. “Serviços públicos sociais são os que o Estado executa para atender aos reclamos sociais básicos, e representam ou uma atividade propiciadora de comodidade relevante, ou serviços assistenciais e protetivos”³⁰.

Deve-se frisar ainda que *os serviços públicos podem ser prestados das seguintes formas*: a) *centralizado*: “é o que o Poder Público presta por seus próprios órgãos em seu nome e sob sua exclusiva responsabilidade [...] o Estado é, ao mesmo tempo, titular e prestador do serviço”³¹; b) *descentralizado*: “em que o Poder Público transfere a sua titularidade ou, simplesmente, sua execução, por *outorga* ou *delegação*, a autarquias, fundações, empresas estatais, empresas privadas ou particulares individualmente” (grifo do autor)³²; c) *desconcentrado*: “é todo aquele que a Administração executa centralizadamente, mas o distribui entre vários órgãos da mesma entidade, para facilitar a sua realização e obtenção dos usuários”³³.

26 MEIRELLES, op. cit., p. 309.

27 DI PIETRO, op. cit., p. 104.

28 MEIRELLES, op. cit., p. 308, nota 125.

29 Maria Sylvania Di Pietro, divergindo de outros autores, assevera que “a este não se aplica o artigo 173, mas o artigo 175 da Constituição”. DI PIETRO, op. cit., p. 104-105, nota 126.

30 Nesse ponto, Hely Lopes Meirelles – ao falar em serviços públicos administrativos e industriais – e José dos Santos Carvalho Filho – em serviços públicos sociais e econômicos – pecam em suas classificações, por não abrangerem toda a gama de atividades consideradas serviço público. MEIRELLES, op. cit., p. 308; CARVALHO FILHO, op. cit., p. 237.

31 MEIRELLES, op. cit., p. 308 e 317, *passim*.

32 Para Hely Lopes Meirelles, existe *outorga* “quando o Estado cria uma entidade e a ela transfere, por lei, determinado serviço público ou de utilidade pública”; por outro lado, quando se fala em *delegação*, quer dizer que o ente público “transfere, por contrato (concessão) ou por ato unilateral (permissão ou autorização), unicamente a execução do serviço, para que o delegado o preste ao público em seu nome e por sua conta e risco, nas condições regulamentares e sob controle estatal” (grifos do autor). *ibid.*, p. 317.

33 MEIRELLES, op. cit., p. 318.

Em qualquer desses casos, a *execução dos serviços públicos* distingue-se, grosso modo, em: a) *direta*: “o encarregado de seu oferecimento ao público o realiza pessoalmente, ou por seus órgãos, ou por seus prepostos (não por terceiros contratantes)”³⁴; e b) *indireta*: “é a que o responsável pela sua prestação aos usuários comete a terceiros para realizá-lo nas condições regulamentares”³⁵.

1.3 CARACTERÍSTICAS DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE E DE EDUCAÇÃO PÚBLICAS

Os serviços de saúde e de educação facilmente são enquadráveis no conceito de serviço público, sobretudo quando prestados diretamente pelo próprio Poder Público. Nessa linha, cumpre destacar suas características e situar tais atividades no ordenamento jurídico pátrio, não sem antes fazer um importante alerta: *os aspectos que serão traçadas não têm em mira o serviço público de saúde e de educação em sua acepção mais lata, senão desviar-se-ia da perspectiva do trabalho; as expressões saúde pública, como sinônimo de assistência médica e hospitalar; e educação (ensino infantil, fundamental, médio e universitário) pública correspondem sim a atividades específicas, cujo conteúdo procurar-se-á esmiuçar*.

Primeiramente, os serviços de saúde e de educação públicas “só podem ser prestados pelo Estado diretamente, ou seja, por seus próprios órgãos ou agentes”³⁶, o que não significa que a saúde e a educação sejam serviços “exclusivos do Estado”³⁷. Outro ponto é que tais atividades são “pró-cidadão”, porque, na prática, “embora reflexamente interessem a toda comunidade, atendem precipuamente às conveniências de seus membros individualmente considerados”³⁸. Em terceiro lugar, são serviços que “têm usuários determinados e utilização particular e mensurável para cada destinatário”³⁹. Diga-se ainda que a saúde e a educação públicas atendem “necessidades coletivas em que a atuação do Estado é essencial, mas que

34 *ibid.*, loc. cit.

35 *ibid.*, p. 318-319. Maria Sylvania Di Pietro dá a entender que segue essa mesma orientação ao se referir ao art. 10, § 1º, “c”, do Decreto-lei nº 200/1967, contudo José dos Santos Carvalho Filho emprega outro sentido, considerando que há execução direta se o serviço está a cargo das pessoas federadas, e, indireta, quando se liga a qualquer outra espécie de pessoa. DI PIETRO, *op. cit.*, p. 356; CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 246-247. Sem embargo, fique esclarecido que o meio de execução (direta ou indireta) não se confunde com a idéia de Administração direta e indireta, que remonta às formas de prestação do serviço público. MEIRELLES, *op. cit.*, p. 317-318.

36 CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 235.

37 DI PIETRO, *op. cit.*, p. 106-107.

38 MEIRELLES, *op. cit.*, p. 308.

39 *ibid.*, p. 319.

convive com a iniciativa privada⁴⁰. Quanto à forma de prestação de tais atividades, pode-se afirmar, seguramente (*e. g.*: ponto de vista político), que existem, “pelo menos, duas pessoas entre as quais se repartem as competências”⁴¹. Por fim, saliente-se que a execução dos serviços de saúde e de educação públicas não é realizada, de regra, por terceiros (contratados)⁴².

Em poucas palavras, pode-se dizer que OS SERVIÇOS DE SAÚDE E DE EDUCAÇÃO PÚBLICAS (no limitado contexto *supra*) SÃO SERVIÇOS PÚBLICOS PRÓPRIOS, DERIVADOS (OU DE UTILIDADE PÚBLICA), SINGULARES (OU *UTI SINGULI*), SOCIAIS, DESCENTRALIZADOS E DE EXECUÇÃO DIRETA.

A respeito de sua positivação, a primeira observação a ser feita é caracterização da saúde e da educação como direitos sociais (CRFB/1988, art. 6º), porém se tem aí uma perspectiva individual, não a de serviço público. Quando se faz referência a serviços de saúde e de educação públicas, o pilar constitucional é Ordem Social. Na Seção II do Capítulo II e na Seção I do Capítulo III, ambos do Título VIII da CRFB/1988, disciplinaram-se com profundidade – inclusive abordando aspectos outros que não interessam a esse trabalho – a saúde e a educação (nessa seqüência), sendo que, partindo dos artigos componentes desses setores, pode-se extrair as características explanadas anteriormente (*e. g.*: arts. 197; 198, I; 209; 211; etc.).

2 A APLICABILIDADE DO CDC AOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE E DE EDUCAÇÃO PÚBLICAS COM BASE NA REMUNERAÇÃO

2.1 PRELIMINARES

*“Poucos são os estudos sobre o tema, em particular sobre a aplicabilidade das normas de proteção ao consumidor em favor dos usuários do serviço público”. Cuida-se um assunto “enganoso, sinuoso e difícil”, sendo que “uma leitura apressada do Código de Defesa do Consumidor poderia nos deixar com a impressão de que se trata de um tema relativamente óbvio”.*⁴³

40 DI PIETRO, op. cit., p. 105-107, passim.

41 MEIRELLES, op. cit., p. 349.

42 *ibid.*, p. 356.

43 Realmente, O CDC prevê em diversos de seus artigos o serviço público (*e. g.*: arts. 4º, VII; 6º, X), mas, sem dúvida, a análise da questão deve começar pelo disposto no art. 22, que remete às definições do Capítulo I do Título I da Lei 8.078/1990. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A proteção dos usuários de serviços públicos : a perspectiva do direito do consumidor. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 37, p. 77-91, jan./mar. 2001. p. 77.

*Levantando a escassa bibliografia sobre essa norma, encontram-se três correntes. Na primeira linha, “não são enfrentadas as questões relativas a saber em que medida ou quais serviços públicos estariam regulados pelo Código de Defesa do Consumidor e quais normas deste diploma legal a eles se aplicariam”.⁴⁴ O segundo posicionamento conta com a autoridade do Ministro Antônio Herman Benjamin, para quem o CDC aplicar-se-ia “a todos os serviços públicos, tanto aos *uti universi* quanto aos *uti singuli*, indistintamente”.⁴⁵ De acordo com o grupo seguinte, “para que exista uma relação de consumo, é necessário que a prestação do serviço seja remunerada, conforme disposto no art. 3º, § 2º, do CDC [...] assim, o serviço público gratuito não se enquadraria no âmbito de incidência do Código”, em outras palavras, “o Código de Defesa do Consumidor seria aplicado apenas aos serviços em que houvesse uma remuneração, o pagamento de uma taxa ou tarifa, ou seja, que houvesse uma remuneração específica e o serviço fosse divisível”.⁴⁶ A última doutrina, que merece ser prestigiada até pelo peso de seu defensor, José Geraldo Brito Filomeno, espelha o Enunciado 06 da Súmula de Estudos do Centro de Apoio às Promotorias de Defesa do Consumidor de São Paulo, na qual se conclui que a Lei 8.078/90 tutela “os serviços prestados *uti singuli* ou mediante retribuição por tarifa ou preço público, em qualquer regime de prestação”⁴⁷.*

Tomando os posicionamentos em conjunto, exceto o primeiro, por sua inutilidade, percebe-se que, concretamente, poderá haver enorme diferença no palco de atuação das normas benéficas à parte vulnerável da relação de consumo no tocante aos diversos tipos de serviços públicos, e isto gera riscos (o esvaziamento dos mecanismos protetivos do Código, por exemplo) e (des)vantagens (e. g.: fixar os vínculos jurídicos somente no âmbito privado).⁴⁸

Posto que a “remuneração” apresenta-se, nas teorias mencionadas, como critério para distinguir quais serviços públicos estão sob égide do CDC, não se pode prescindir de sua verificação pormenorizada em cada uma das mesmas, especialmente porque a distinção em epígrafe tem sido fundamento para incontáveis decisões judiciais⁴⁹. Antes de mergulhar

44 *ibid.*, loc. cit.. É o caso do artigo de MENEZELLO, Maria d' Assunção C.. Código de defesa do consumidor e a prestação dos serviços públicos. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19, p. 232-235, jul./set. 1996.

45 MACEDO JÚNIOR, op. cit., p. 78, nota 148.

46 *ibid.*, p. 77-91, jan./mar. 2001. p. 79.

47 *ibid.*, p. 80.

48 *ibid.*, p. 81-82.

49 O STF, no RE nº 248191, proferiu que “tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) relação de consumo ...”.

propriamente em cada uma das correntes, é mister traçar, em linhas gerais, alguns institutos de direito tributário encontrados nas mesmas.

2.2 NOÇÕES DE DIREITO TRIBUTÁRIO

“Consumo” (um dos índices de capacidade contributiva) não é um tema totalmente estranho à “disciplina jurídica dos tributos”⁵⁰; além disso, a extrafiscalidade (CRFB/1988, art. 155, § 1º) vinculada ao consumo também aproxima o consumidor e a tributação, na medida em que consiste em instrumento “para obtenção de finalidades [...] estimulantes, indutoras ou coibidoras de comportamentos”.⁵¹ *Todavia, apesar da na CRFB/1988 estarem previstos os arts. 150, § 5º e 155, § 2º, VII e IX, além dos arts. 153, § 3º, I e II e 155, § 2º, I e III, que têm por um dos escopos o “consumidor”, não é ele a estrela naquele ramo do direito público*⁵², *diferentemente do que se passa no CDC. No Código Tributário Nacional as luzes estão voltadas para o “contribuinte”, definido no inc. I do § do art. 121, sendo uma espécie de sujeito passivo da relação jurídica tributária (Lei nº 5.172/1966, art. 121, caput).*

O contribuinte é devedor de uma “prestação pecuniária não sancionatória de ato ilícito, instituída em lei e devida ao Estado ou a entidades não estatais de fins de interesse público”⁵³, ou, simplesmente, de tributo (definido no CTN, art. 3º).

O STJ tem diversos acórdãos (AgREsp nº 325528; EREsp nº 106993; REsp nº 252803; MC nº 3668) nos quais também não se permitiu a equiparação de consumidores e de contribuintes, quando o objeto da relação jurídica fosse uma taxa.

Igualmente restritivos são os arestos Ag nº 83493 e o ReO nº 7676 do TRF da 3ª Região e da 4ª, respectivamente.

A 6ª Câmara Cível do TJRS, na Apelação Cível nº 70003928157, pronunciou que “conquanto os serviços públicos sejam efetivamente disciplinados por aquele Código, só são abrangidos os que atenderem ao requisito do art.

3º, qual seja, os prestados mediante remuneração específica. São os denominados serviços prestados uti singuli, distintos dos prestados uti universi. Estes, por se caracterizarem como serviços essenciais e subsidiados pelo recolhimento de impostos, estão excluídos da incidência do CDC”.

Sem compartilhar dessa interpretação extensiva mitigada, o TJPR têm decisão (processo nº 137571300) de sua 8ª Câmara Cível que é contundente: “as normas deste (CDC) não se aplicam às obrigações de natureza tributária”.

No Estado do Rio de Janeiro, o egrégio Tribunal de Justiça, através de sua 8ª Câmara Cível prolatou decisum (Ap. Civ. nº 2002.002.06852), na qual a pretensão do apelante em aplicar à relação tributária as normas contidas no CDC não prosperou, porque “não se pode confundir a relação existente entre o contribuinte e o sujeito ativo da obrigação tributária com a relação existente entre o consumidor e o fornecedor”.

Já Turma Recursal deste mesmo Estado-membro, em trecho do acórdão referente ao processo nº 2001.700.012805-9, argumentou que a “indivisibilidade da iluminação pública impede a aferição da cota-parte atribuível a cada consumidor”, dando margem a uma interpretação (ao menos) extensiva mitigada.

50 AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 2.

51 *ibid.*, p. 100.

52 *ibid.*, p. 2 e 5, *passim*.

53 AMARO, *op. cit.*, p. 25.

Dentre as exações, torna-se obrigatório compreender os *impostos* e as *taxas*, figuras que interessam mais de perto a este tópico, devido às *feições do fato gerador*⁵⁴ de cada uma.

No primeiro, de acordo com o que se deduz do art. 16 do CTN, “não é preciso que o Estado preste algo determinado”⁵⁵. Aliomar Baleeiro leciona que o imposto “é alheio a qualquer idéia de retribuição”⁵⁶ e Hugo de Brito Machado, que “não é contraprestacional”⁵⁷. Nesse contexto, Adilson Rodrigues Pires alega ser “a mais típica das espécies de tributo, visto que, para a sua instituição, prescinde o legislador da referibilidade de sua atuação, em relação ao contribuinte, como fator de exigência tributária”.⁵⁸ Com efeito, Luciano Amaro elucida: “a atuação do Estado dirigida a promover o bem comum beneficia o contribuinte, mas este frui das utilidades que o Estado fornece porque é membro da comunidade e não por ser contribuinte”.⁵⁹ Ricardo Lobo Torres percebe argumentamente que os impostos “destinam-se a remunerar as necessidades globais do serviço público indivisível”, ou seja, têm “a finalidade principal ou acessória de obtenção de receita para as necessidades públicas gerais”.⁶⁰

Já as outras (CRFB/1988, art. 145, II) diferenciam-se “pela circunstância de se atrelarem a determinadas manifestações da atuação estatal, que condicionam e legitimam tais exações”, ou seja, “o Estado exerce determinada atividade e, por isso, cobra a taxa da pessoa a quem aproveita”.⁶¹ Três são as correntes para a fundamentação filosófica desse tributo: “as diversas teorias sobre as taxas ora sublinham a existência de um *benefício* ou *vantagem* para o contribuinte, dando a elas um caráter *contraprestacional*, ora as vêem como reembolso do *custo da atuação estatal*, ora as caracterizam meramente como tributo ligado à *atuação específica do Estado*, abstraídas eventuais vantagens que possam ser fruídas pelo contribuinte.” (grifo do autor)⁶²

54 Cf. CTN, art. 114.

55 AMARO, op. cit., p. 25 e 30, passim.

56 BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 273.

57 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 21. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 260.

58 PIRES, Adilson Rodrigues. *Manual de direito tributário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 23.

59 AMARO, op. cit., p. 30.

60 TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 8. ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 336.

61 AMARO, op. cit., p. 30 e 31, passim.

62 *ibid.*, p. 31.

Adilson Rodrigues Pires traz a seguinte manifestação sobre os pressupostos de cobrança de taxa de serviço: “o serviço público de que se trata pode ser prestado ou tão-somente colocado à disposição do contribuinte. Assim, mesmo que o beneficiário o dispense ou dele, por qualquer motivo, não faça uso, a taxa será devida, uma vez que basta seja posto à disposição para que se verifique a obrigatoriedade do tributo. [...] Por outro lado, considera-se específico o serviço que pode ser destacado em unidades autônomas para sua prestação, e divisível o que é suscetível de utilização, separadamente, por parte de cada usuário.”⁶³

Tratando da dificuldade de tais requisitos explicitados no art. 79 do Código Tributário Nacional, Luciano Amaro faz interessantes colocações: “... é ocioso dizer que os serviços, sobre serem divisíveis, precisam ser *específicos* para que se sujeitem a taxação. [...] no caso dos serviços que ensejam a cobrança de taxa, sua *necessária divisibilidade* pressupõe que o Estado os destaque ou *especialize*, segregando-os do conjunto de suas tarefas, para a eles vincular a cobrança de taxas. A partir do momento em que o Estado se aparelha para executar o serviço, está atendida a exigência de “especificação”. Se (específico embora) o serviço for *indivisível*, descabe taxá-lo; se divisível, a taxa pode ser instituída. Ou seja o que importa é a *divisibilidade*, e não a *especificidade* do serviço. ... se determinado serviço estatal é posto à disposição de um *grupo de indivíduos da comunidade* (atingindo, por exemplo, só os bairros centrais de uma cidade), é de justiça que o serviço seja financiado pelos indivíduos integrantes *desse grupo que dispõe do serviço* (ainda que este ou aquele indivíduo não queira fruir *efetivamente* do serviço). Não seria justo que *toda a comunidade* (através de imposto) suportasse o custo do serviço que só atinge *parte dela*. Mas também não seria justo deixar de cobrar a taxa dos indivíduos integrantes do grupo a cuja disposição está posto o serviço ainda que não o utilizem efetivamente), pois como anotou Aliomar Baleeiro, ter o serviço à disposição representa em si mesmo uma vantagem. Todo o *grupo que tem o serviço à disposição* deve, pois, custear a atividade estatal, ainda que este ou aquele indivíduo não queira fruir efetivamente o serviço. Ora, quanto aos serviços (divisíveis), que o Estado põe à disposição de *toda a comunidade* (por exemplo, a administração de justiça, o serviço funerário), se se quiser cobrar de *todos* os membros da comunidade, não é preciso criar *taxas*; eles podem ser financiados com os *impostos*. A razão de ser taxa (nos casos de serviços divisíveis que estejam

63 PIRES, op. cit., p. 24-26, passim.

à disposição de *toda* a comunidade) está exatamente em que ela pode ser cobrada *apenas* de quem *efetivamente* utilize o serviço.” (grifo do autor)⁶⁴

Uma grande controvérsia que envolve a taxa é a sua distinção em face da tarifa (ou preço público), “(contra)prestação pecuniária, fundamentada na proporcionalidade, de caráter não-tributário”⁶⁵. Em um primeiro instante, pode-se dizer que: “ taxa é um tributo, sendo, portanto, objeto de uma obrigação instituída *por lei*; já o preço é obrigação *contratual*. O preço é, pois, obrigação assumida *voluntariamente*, ao contrário da taxa de serviço, que é *imposta* pela lei a todas as pessoa que se encontrarem na situação de usuários (efetivos ou potenciais) de determinado serviço estatal.” (grifo do autor)⁶⁶

A rigor, tormentosos “não são esses conceitos (taxa e preço público), mas sim os critérios que permitiriam segregar, de um lado, os serviços que deversem ser taxados e, de outro, os serviços que ensejariam a cobrança de preço público”⁶⁷. “O problema surge da ausência de dispositivos constitucionais de voz afirmativa, que obriguem a cobrança de taxa e de preço público conforme se complete a definição de cada um desses”. Não obstante, Ricardo Lobo Torres acredita que “a distinção, embora difícil, encontra sólidos fundamentos jurídicos, pois se baseia sobretudo no grau de proteção aos direitos fundamentais e no próprio papel do Estado Social de Direito”.⁶⁸

Nesse sentido, não é sem razão que Luciano Amaro considera que, “além dos serviços cuja a característica de emanção própria do Estado é generalizada”, há atividades “cuja execução (por motivos de higiene, saúde etc.) *interessa à coletividade*, não podendo, por isso, ficar a critério dos indivíduos implementá-las ou não. Nesse campo, o Estado deve agir, por meio do instrumento que modernamente pauta todas as suas ações: a lei. E pode agir de duas maneiras: a) *obrigando o indivíduo a executar a tarefa no interesse da coletividade* [...] e cominando sanções administrativas ou mesmo penais para quem infrinja a lei; ou b) *executando ele próprio, Estado, os serviços necessários* e, na medida em que estes sejam divisíveis, cobrando taxas dos indivíduos a quem tais serviços se destinem [...] *se o Estado tomar a seu cargo a execução dessas tarefas*, a prestação pecuniária a ser cobrada do particular (que não propriamente “solicita”, mas “provoca”

64 AMARO, op. cit., p. 39-40.

65 TORRES, op. cit., p. 168.

66 AMARO, op. cit., p. 39-41, passim.

67 *ibid.*, p. 41.

68 TORRES, op. cit., p. 169.

o serviço) há de ser *legal* (taxa) e não *contratual* (preço). Veja-se que a atuação do Estado, nessas situações, é análoga à que ele desenvolve no exercício do poder de polícia [...]. Assim, o Estado adstringe-se a adotar a figura da taxa, se o serviço (que *ele* executa), *deve ser realizado* por imperativo de ordem pública. Por outro lado, se o serviço puder ser remunerado por preço público, por não apresentar as características que o restrinjam à remuneração por taxas, o legislador *pode optar* pela adoção do regime de taxas.” (grifo do autor)⁶⁹

Construindo sobre o Enunciado nº 545 das Súmulas do STF, Hugo de Brito Machado mostra que “à liberdade que tem o Poder Público na fixação do preço público corresponde a liberdade do cidadão de utilizar, ou não, o serviço correspondente. Se o cidadão não tem essa liberdade, o Poder Público deve estar igualmente limitado pela ordem jurídica no pertinente aos critérios para fixação do valor a ser cobrado”.⁷⁰ A importância de tudo isso é: “se a lei denominou a receita como *taxa*, vinculou ao regime jurídico tributário. Tal receita ficará, portanto, sujeita aos princípios constitucionais da tributação, entre os quais o da legalidade e o da anterioridade da lei ao exercício financeiro da respectiva cobrança”.⁷¹ Outro detalhe é que “a adoção do regime jurídico das taxas permitirá, por razões assinaladas anteriormente, a opção do legislador pela incidência mesmo nos casos em que não haja *efetiva* utilização do serviço público. Os preços, evidentemente, só poderão ser cobrados *nos termos do contrato* firmado, não cabendo *impor* ao indivíduo o pagamento, se ele se recusa a contratar; nada impede, por outro lado, cobrar preço pela simples colocação do serviço à disposição, *se isso tiver sido contratado*”. (grifo do autor)⁷²

Expostas tais idéias, pode-se passar à essência de cada linha doutrinária que utiliza da remuneração como elemento-chave para a aplicação da Lei 8.078/90 aos serviços públicos.

2.3 ANÁLISE DAS CORRENTES BASEADAS NO ELEMENTO RELACIONAL

Os autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor salientam, liminarmente, que, no art. 3º, § 2º, “não se inserem os “tributos” em geral, ou “taxas” e “contribuições de melhoria”, especialmente, que se inserem no âmbito das relações de natureza tributária”. Complementam

69 AMARO, op. cit., p. 44.

70 MACHADO, op. cit., p. 383.

71 MACHADO, op. cit., p. 381.

72 AMARO, op. cit., p. 46.

tal assertiva dizendo ainda que “não há de se confundir, por outro lado, os referidos tributos com as “*tarifas*”, estas, sim, inseridas no contexto dos serviços ou, mais particularmente, “*preço público*”, pelos “*serviços*” prestados diretamente pelo Poder Público, ou então mediante sua concessão ou permissão pela iniciativa privada.” (grifo do autor). Segundo eles a explicação é simples: “o que se pretende dizer é que o “*contribuinte*” não se confunde com o “*consumidor*”, já que no primeiro caso o que subsiste é uma relação de Direito Tributário, inserida a prestação de serviços públicos, genérica e universalmente considerada, na atividade precípua do Estado, ou seja a persecução do bem comum.” (grifo do autor)⁷³

Na mesma obra, Zelmo Denari, comentando o art. 22 da Lei 8.078/1990, ressalta que “as pessoas jurídicas de Direito Público – centralizadas ou descentralizadas – podem figurar no pólo ativo da relação de consumo como fornecedoras de serviços”. Todavia, faz uma restrição ao advertir que, em relação à possibilidade de as concessionárias de serviços públicos cortarem o fornecimento de luz, água ou telefone, na hipótese de inadimplemento dos respectivos usuários, *a obrigação de pagar tais contas não é tributária, em razão de a remuneração efetuar-se através de tarifas, pois a prestação está sob regime de Direito Privado*.⁷⁴

Rizzato Nunes afirma que segue o entendimento anterior (corrente restritiva), entretanto demonstra-se muito cauteloso, parecendo não estar convicto quanto ao posicionamento, ao excluir: “nossa ressalva fica para a necessidade que existe, quando se trata de questão envolvendo o administrado-contribuinte, de levar em consideração as outras leis do sistema constitucional brasileiro aplicáveis no que for compatível com o subsistema da Lei n. 8.078”.⁷⁵ Com certa dose de contradição, escreve que não haveria alternativa, pois, “se, na relação jurídica estabelecida, de um lado estiver o consumidor, que recebe o serviço (público ou privado), e de outro o fornecedor do serviço, que o presta, a relação é típica de consumo e está protegida pelas regras do CDC”. Justifica isto (linha extensiva) porque “o fato de não existir pagamento direto não exclui a norma da relação, pois o que vale é o conceito de custo para a oferta do serviço e este é repassado direta ou indiretamente para o consumidor final”.⁷⁶

73 GRINOVER, et al. op. cit., p. 44.

74 DENARI, op. cit., p. 194-195, passim.

75 NUNES, op. cit., passim.

76 *ibid.*, p. 318.

De toda sorte, para ele, no estágio atual da aplicação do Código de Defesa do Consumidor prosseguirá o embate entre correntes, uma defensora de que, “posto o serviço público à disposição, o administrado que o recebe se confunde com a figura do consumidor”, sendo aplicável a lei consumerista sempre que a relação tiver por objeto um serviço público; e outra, que “afasta a figura do consumidor quando o administrado participa da relação que envolve o serviço público como contribuinte”, já que o primeiro estaria à disposição deste por força da justiça distributiva, apanhando-o, em sentido fiscal, na condição da pessoa obrigada a pagar tributos.⁷⁷

Já Cláudia Lima Marques começa a apreciar a questão sustentando que “*“remuneração” (direta ou indireta) significa um ganho direto ou indireto para o fornecedor. “Gratuidade” significa que o consumidor não “paga”, logo não sofre um minus em seu patrimônio*”(grifo nosso)⁷⁸. Chega, então, à seguinte síntese: “na prática, só existem três possibilidades: a) ou o serviço é remunerado diretamente pelo consumidor; b) ou o serviço não é oneroso para o consumidor, mas remunerado indiretamente, não havendo enriquecimento ilícito do fornecedor, pois o seu enriquecimento tem causa no contrato de fornecimento de serviço, causa esta que é justamente a remuneração indireta do fornecedor; c) ou o serviço não é oneroso de maneira nenhuma (serviço gratuito totalmente) e nem o fornecedor remunerado de nenhuma maneira, pois se este fosse “remunerado” indiretamente haveria enriquecimento sem causa de uma das partes. Conclui-se, pois, que *no mercado de consumo, em quase todos os casos, há uma remuneração do fornecedor, direta ou indireta, como um exame do “enriquecimento” dos fornecedores pelos serviços ditos “gratuitos” pode comprovar*”.⁷⁹ E, pincelando sobre o assunto, a autora, apoiada na interpretação literal da definição do art. 3º, § 2º, discorre que “os serviços públicos *uti universi*, isto é, aqueles prestados a todos os cidadãos, com os recursos arrecadados em impostos, ficariam excluídos da obrigação de adequação e eficiência previstos pelo CDC”. E acrescenta em nota de rodapé de seu magnífico livro: “não visualizo base ou motivo legal para diferenciar entre diversos tipos de taxas e outros serviços prestados *uti singuli*, que considero todos incluídos no âmbito de aplicação do CDC”.⁸⁰

77 *ibid.*, p. 317.

78 MARQUES, *op. cit.*, p. 328.

79 MARQUES, *op. cit.*, p. 329-330.

80 *ibid.*, p. 486.

Coerentemente, Adalberto Pasqualloto adere a essa idéia (grupo extensivo mitigado), afirmando que “a disciplina correta dos serviços públicos protegidos pelo CDC deve considerar a interrelação existente com a disciplina desses mesmos serviços no Direito Constitucional e no Direito Administrativo. Segundo esses parâmetros, não são abrangidos no CDC os serviços públicos próprios, prestados *uti universi* diretamente pelo Estado, mantido pelos tributos gerais, porque falta-lhes, sob a ótica do Código do Consumidor, o requisito da remuneração específica. Segundo esse mesmo critério, os serviços públicos impróprios, prestado direta ou indiretamente pelo Estado ou, ainda, por meio de concessão, autorização ou permissão, estão sob a tutela do CDC, porque remunerados pelo pagamento específico de taxas ou tarifas”.⁸¹

Este posicionamento temperado é semelhante ao de Regina Helena Costa, para quem “é a exigência de uma remuneração específica pela prestação de determinado serviço público que vai determinar sua sujeição à disciplina legal da relação de consumo”.⁸² Para apreender a sutileza dessa sua opinião, deve-se ter em mente que “a prestação de serviços públicos que não se revestem dos atributos da *especificidade* e da *divisibilidade* é realizada independentemente da exigência de remuneração específica; é custeada pelos impostos, espécies tributárias não vinculadas a nenhuma atuação estatal” (grifo do autor)⁸³. Conseqüentemente, na esteira dessa lição, “o usuário-consumidor de serviço público, cuja prestação é remunerada mediante taxa, goza da proteção contemplada no Código de Defesa do Consumidor” (grifo do autor).⁸⁴

Já Álvaro Lazzarini pode ser enquadrado no grupo daqueles que interpretam extensivamente o art. 22 do CDC ao esclarecer que “como destinatário final dos serviços prestados pelo Estado, por si ou por suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de fornecimento desses serviços, sujeito que está ao pagamento de tributos, o consumidor, pessoa física ou jurídica, está ao abrigo do Código de Defesa do Consumidor”.⁸⁵

81 PASQUALLOTO, Adalberto. Os serviços públicos no código de defesa do consumidor. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 1, p. 130-148, jan./mar. 1997. p. 145.

82 COSTA, Regina Helena. A tributação e o consumidor. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 21, p. 97-103, jan./mar. 1997. p. 102.

83 *ibid.*, p. 102.

84 *ibid.*, p. 103.

85 LAZZARINI, Álvaro. Serviços públicos nas relações de consumo. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 29, p. 21-28, jan./mar. 1999. p. 25.

Ana Cláudia Pagano também defende, em sua monografia, a aplicação irrestrita do CDC, não distinguindo, na prática, figura do consumidor e do contribuinte.⁸⁶

Essa linha também é a de Fábio Jun Capucho, mas sob uma perspectiva diversa: “tem-se, assim, que por *serviço público*, para efeitos da incidência do aparato legal de consumo, deve ser entendida toda e qualquer atividade prestada pelo Poder Público, por si ou por terceiros (concessionários, permissionários) sob sua direção e controle, *independentemente da forma de sua remuneração*. Entende-se que, por essa via estar-se-á atendendo ao princípio da universalidade da tutela, tão caro ao direito social, em geral, e ao do consumidor, em particular, sem prejuízo ao sistema em apreço.” (grifo do autor)⁸⁷

Deve-se citar, por fim, realçando a complexidade da controvérsia, a confusa tentativa de deslinde do problema de Gláucia Aparecida Ferraroli Cazzaniga, que, em um primeiro momento, filia-se à corrente da interpretação restritiva (“... incumbe ao Estado, de acordo com as conveniências políticas de cada momento e do sistema jurídico do país a opção de custeio do serviço público, se através de tributo ou através de preço público ou tarifa [...] desta opção estará a adequação ou não do serviço público na categoria de consumo. Dessa forma somente a prestação de serviços públicos impróprios, em decorrência de sua remuneração, será enquadrável na categoria de serviços, para fins de aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Outro tipo de interpretação geraria uma tal abrangência, vez que incluiria no CDC serviços, que por sua própria natureza, consubstanciam-se em funções inerentes, peculiares ao Poder Público”⁸⁸) para, poucas páginas adiante, concluir como se fosse defensora da interpretação extensiva (“dessa forma, mais uma vez demonstrado que o serviço de saúde pública não foi prestado de forma adequada, eficiente, segura e contínua, por se tratar de serviço essencial, caberá ao consumidor o direito de acionar o Estado com base no art. 22 do Código”).⁸⁹

86 Cf. PAGANO, Ana Cláudia de Carvalho. *A saúde pública em face do código de defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Mauad, 1998.

87 CAPUCHO, Fábio Jun. O poder público e as relações de consumo. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 41, p. 96-116, jan./mar. 2002. p. 109-110.

88 CAZZANIGA, Gláucia Aparecida Ferraroli. Responsabilidade dos órgãos públicos no código de defesa do consumidor. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, p. 144-160, jul./set. 1994. p. 153.

89 *ibid.*, p. 158.

3 A INAPLICABILIDADE DO CDC AOS SERVIÇOS DE SAÚDE E DE EDUCAÇÃO PÚBLICAS EM RAZÃO DO ELEMENTO OBJETIVO

3.1 PROBLEMAS DO CRITÉRIO FUNDADO NA REMUNERAÇÃO⁹⁰

*Aquelas correntes são, usualmente, desatentas nas classificações de serviço público, cometendo deslizos, principalmente, na consideração dos serviços *uti singuli* e *uti universi*, e lhes falta rigor ao vincular o serviço público ao tipo de custeio⁹¹.*

Outro aspecto (mesmo para os que se posicionam entre os restritivistas) é que “quer o consumidor pague quer não pelo serviço público, não é esse fato que vai afastar a incidência da norma”⁹². Nesse sentido, Cláudia Lima Marques, apesar de se incluir no grupo dos que interpretam de maneira extensiva mitigada o art. 3º, § 2º do Código de Defesa do Consumidor, vale-se de ponderações relevantes: “o CDC não se utiliza da distinção clássica de contratos onerosos de prestação de serviço e de contratos “gratuitos”. O que não pode inexistir no sistema do CDC é a “obrigação de pagamento”⁹³. Por conseguinte, admite que “a opção pela expressão “remunerado” significa uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor final que paga, mas a coletividade (facilidade diluída no preço de todos) ou quando ele paga indiretamente o “benefício gratuito” que está respondendo. A expressão remuneração permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar um sinalagma escondido (contraprestação escondida) uma remuneração indireta do serviço de consumo”. (grifo nosso)⁹⁴

Antes de prosseguir, tendo em vista que os serviços de saúde e de educação públicas, enquanto assistência médico-hospitalar e ensino

90 “REMUNERAÇÃO. Do latim remuneratio, de remunerare (remunerar, compensar, retribuir), em sentido amplo exprime a recompensa, o pagamento ou a retribuição feitos por serviços prestados ou em sinal de agradecimento. Nesta razão, tudo que se recebe ou tudo que se paga, em retribuição ou pagamento é, sem dúvida, uma remuneração. Assim, são remunerações os salários, as diárias, os vencimentos, as comissões, os honorários, os soldos, as corretagens etc. Originariamente, portanto, remuneração contém sentido amplo e genérico, referindo-se a qualquer espécie de retribuição ou compensação, sem indagação da procedência nem do motivo por que se realizou (grifo do autor)”. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 17. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 699.

91 Retornando ao ponto 2.1 deste trabalho, poder-se-á verificar que a doutrina administrativista, no máximo, visualiza uma coincidência dessas situações, chegando mesmo a utilizar expressões como “normalmente” MEIRELLES, op. cit., p. 309.

92 NUNES, op. cit., p. 318.

93 MARQUES, op. cit., p. 328.

94 *ibid.*, p. 328.

pré-escolar, fundamental, médio e universitário, respectivamente, não são prestações de natureza contratual, *convém repisar que não há necessidade da existência de um contrato para que aperfeiçoe uma relação de consumo*. De acordo com Ronaldo Porto Macedo Jr., “diversas legislações de defesa do consumidor, como a mexicana que serviu de ponto de partida para o Código de Defesa do Consumidor nacional, definem a existência de uma relação de consumo quando houver uma relação contratual. No entanto, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro estabelece, em seu art. 2º, que o consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou *utiliza* produto ou serviço como destinatário final. Sendo assim, *o Código de Defesa do Consumidor não fez esta restrição, pois compreende a relação de utilização do serviço e não a relação contratação do serviço como sendo a relação de consumo protegida pelo Código de Defesa do Consumidor*.”

Apesar de essa norma ser expressa e clara, encontramos ainda no âmbito da doutrina e da jurisprudência, alguma resistência a entender que há relação de consumo mesmo quando não há relação de contrato de consumo *stricto sensu*. A partir disso, cabe retornar à questão da remuneração do serviço através de taxas e observar que o fato de vir a existir uma relação contratual na remuneração, através de uma taxa, não se constitui como óbice para o reconhecimento de que há uma relação de consumo, na medida em que há uma remuneração específica, ainda que não seja ela de natureza contratual” (grifos do autor e nosso).⁹⁵

Trazendo à baila, ainda, a atual redação do art. 167, IV de nossa Lei Fundamental (princípio da não afetação da receita de impostos), autorizada fica a asserção de que, em matéria de saúde e de educação públicas, existe exceção à não vinculação.

Assim, EM UM PRIMEIRO MOMENTO, PODE SER FEITA UMA RESERVA AOS AUTORES QUE CONSIDERAM ABRANGIDOS PELA LEI Nº 8.078/1990 OS SERVIÇOS REMUNERADOS INDIRETAMENTE (APARÊNCIA DE GRATUIDADE), E, CONTUDO, EXCLUEM TODOS OS PAGAMENTOS DE TRIBUTOS DESSA ESFERA; E, EM SEGUIDA, PODE-SE REPUTAR, TAMBÉM, SEMPRE ALGUMA DOSE DE ARBITRARIEDADE AOS QUE AGREGAM À PALAVRA “REMUNERAÇÃO” O ADJETIVO “ESPECÍFICA”, PARA EFEITO DE NÃO INCIDÊNCIA DO CDC ÀS HIPÓTESES DE SERVIÇOS PÚBLICOS, CUJAS DESPESAS SEJAM COBERTAS POR IMPOSTOS, VISTO

95 MACEDO JÚNIOR, op. cit., p. 77-91, jan./mar. 2001. p. 82-83.

EXISTIREM CERTAS RESSALVAS CONSTITUCIONAIS QUANTO À MATÉRIA ABORDADA.

Curiosamente, das três teorias suscitadas, vingaria a que tem menor respaldo numérico entre as autoridades em direitos do consumidor. Porém, não merece prosperar a interpretação extensiva por razões que antecedem a compreensão da relação de consumo, como se verá no próximo tópico.

3.2 ASPECTOS DO ENFOQUE OBJETIVO

Os autores que “idolotram a remuneração”, haja vista “que pertence à hermenêutica jurídica o princípio que: não se presumem na lei palavras inúteis”⁹⁶, não dão muita importância à expressão “mercado”⁹⁷ (de consumo) do mesmo dispositivo (Lei 8.078/1990, art. 3º, § 2º), expressão, aliás, que aparece outras dezesseis vezes no texto do Código de Defesa do Consumidor:

Somando-se a isso os fatos de a) o CDC conceituar as pessoas e os objetos característicos da relação de consumo, “embora seja historicamente aconselhado que as leis evitem as definições”⁹⁸, e b), teoricamente, a questão tributária (perigosa quando se fala em remuneração) ter como pano de fundo, como se viu, alguns problemas enfrentados pela doutrina administrativista, no tocante aos serviços públicos, pode-se assumir que todos esses aspectos estão a sugerir maior atenção para o elemento objetivo, pois não se pode aceitar a lei consumerista como sido criada para regular indistintamente todos os tipos de situações⁹⁹.

96 MENEZELLO, Maria d' Assunção C. Código de defesa do consumidor e a prestação dos serviços públicos. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19, p. 232-235, jul./set. 1996. p. 235.

97 “MERCADO. Do latim mercatus (mercado, praça do mercado), de mercari (fazer comércio, traficar), indica, geralmente, o lugar em que se vendem gêneros alimentícios e outros mercados tendo assim, sentido equivalente a feira, e, por extensão, à praça em que ela se realiza, pois que a feira sempre se efetiva em uma praça pública. [...] Mercado. Na técnica mercantil, [...], designa a localidade, considerada pelo conjunto de comerciantes e de estabelecimentos comerciais, em que se localizam as várias operações de comércio sem atenção à sua espécie ou natureza. Nesse sentido, também se emprega a expressão praça. É costume, ainda, fazendo-se alusão à espécie ou natureza da mercadoria, adotar-se o vocábulo para referência à totalidade de operações e ao movimento de negócios acerca da mesma mercadoria. Assim se diz, por exemplo, mercado do café para se aludir à situação ou à posição dos negócios acerca deste produto (grifo do autor)”. SILVA, op. cit., p. 530.

98 ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao código de defesa do consumidor*: direito processual: (arts. 6º, VIII, 38 e 81 a 119). São Paulo: Saraiva, 2000. p. 57.

99 Apesar de Cláudia Lima Marques defender que “para identificarmos quais são os contratos submetidos às novas normas de Código é necessário ter uma visão clara do campo de aplicação desta lei, tanto *ratione personae*, definindo quem será considerado consumidor e quem são os fornecedores de bens e serviços, quanto *ratione materiae*, incluindo ou excluindo contratos especiais”, Gustavo Tepedino extrapola, acreditando que “será possível tranquilamente a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, mesmo em situações em que não haja propriamente uma relação de consumo, desde que identifiquemos os pressupostos essenciais de hipossuficiência que justificam e dão legitimidade normativa à tutela do

Considerando que “as relações de consumo, que estão na base de nosso Código de Defesa do Consumidor, são explicitamente relações do mercado de consumo”¹⁰⁰, deve-se procurar no texto da Constituição alguma ajuda sobre a matéria.

Antes, porém, auxilia esta tarefa consignar que as *relações de consumo* não constituíram um direito próprio, no sentido de sua autonomia plena frente a outros ramos jurídicos; *sua imbricação adequada é o Direito Econômico*, como assevera Fábio Konder Comparato. O Direito Econômico, por sua vez, insere-se no chamado Direito Social e “expressa a vontade do Estado de organizar sua intervenção dentro da economia, com o fim de fortificá-la, de velar pelos interesses dos membros mais fracos da sociedade, do ponto de vista econômico, como são os consumidores, e de propender para uma melhor distribuição de riqueza”.¹⁰¹ Deve-se frisar também que “os direitos sociais são direitos a um mínimo de bem-estar e têm nos serviços públicos sociais (a educação [...]) em primeiro lugar sua institucionalidade. Os direitos sociais são mecanismos de distribuição dos benefícios sociais da vida comum. O Estado provedor quer distribuir os benefícios da vida social: garantindo a acumulação capitalista e isentando as unidades produtivas, “minimiza” – pela dispersão dos custos sociais da reprodução da mão-de-obra – alguns “impactos negativos” do mercado [...]. Os direitos sociais não dizem respeito só ao proibido, mas sobretudo ao que é devido e esperado – contra a lógica da punição (penalização), a lógica da prevenção. Direitos sociais implicam não mais a liberdade, mas a vida como valor fundamental.”¹⁰²

Em termos *formais*, a CRFB/1988 inovou ao separar a Ordem Social da Ordem Econômica. Ciente disso, Eros Roberto Grau assevera que “nossas Constituições anteriores, salvo a de 1937, [...], dispuseram sobre a “ordem econômica e social”, cuidando a de 1988, de duas ordens,

consumidor. Este antes de ser consumidor é pessoa humana, para cuja proteção volta-se inteiramente o constituinte. Cuida-se de localizar, portanto, os pressupostos essenciais que segundo o Código de Proteção do Consumidor, são necessários e suficientes para atrair uma série de princípios em defesa do sujeito de direito em situação de inferioridade.” MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 252; TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 211-212, passim.

100 LOPES, José Reinaldo de Lima. Responsabilidade do estado por empresas fiscalizadas. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 18, p. 77-93, abr./jun. 1996. p. 77.

101 PASQUALOTTO, Adalberto. Conceitos fundamentais do código de defesa do consumidor. *Revista dos tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 666, p. 48-53, abr., 1991, p. 48-49.

102 LOPES, op. cit., p. 77 e 79, passim.

uma “econômica”, outra “social”¹⁰³. *A previsão constitucional da “Ordem Econômica” e, porque não dizer, sua cisão (inclusive, em boa monta, em termos principiológicos) em relação à “ordem social” parecem estar impregnadas da idéia de um Estado voltado para as necessidades (bem-estar) sociais, como pondera o eminente professor: “a introdução, no nível constitucional, de disposições específicas, atinentes à conformação da ordem econômica (mundo do ser), não consubstancia, em rigor, uma ruptura dela. Antes, pelo contrário, expressa [...] o desígnio de se a aprimorar, tendo em vista a sua defesa. A ordem econômica (mundo do dever ser) capitalista, ainda que se qualifique como *intervencionista*, está comprometida com a finalidade de preservação do capitalismo. Daí a feição *social*, que lhe é atribuída, a qual, longe de desnudar-se como mera concessão a um modismo, assume, nitidamente, conteúdo ideológico.”*¹⁰⁴

Encarando a “Ordem Econômica” por um prisma *material*, aquele autor conceitua esta “parcela da ordem jurídica (mundo do dever ser)” como o “conjunto de normas que institucionaliza determinada ordem econômica (mundo do ser)”¹⁰⁵.

Essa série de dispositivos guarda em seus princípios uma lógica: “no desempenho do seu *novo papel*, o Estado, ao atuar como agente de implementação de políticas públicas, enriquece suas funções de integração, de modernização e de legitimação capitalista. Essa sua atuação, contudo, não conduz à substituição do sistema capitalista por outro. Pois é justamente a fim de impedir tal substituição [...] que o Estado é chamado a atuar sobre e no domínio econômico. O *sistema*

103 Sem embargo, o Ministro do STF bombardeia pesadamente tal distinção: “a alusão, [...], a uma ordem econômica e social é creditada a um modismo no uso do adjetivo social, o mesmo que se manifesta na expressão questão social e vai repercutir nas escolhas das expressões Direito Social e Legislação Social. A Constituição de 1988, separando uma da outra – a ordem econômica da ordem social –, permanece a fazer concessão ao modismo. Tanto antes, como agora, no entanto, a alusão a uma e a outra, além de injustificada, conduz a ambigüidades. De uma parte, a menção a uma ordem social (seja econômica e social ou tão-somente social) como subconjunto de normas constitucionais poderia nos levar a indagar do caráter das demais normas constitucionais – não teriam elas, acaso, caráter social? O fato é que toda ordem jurídica é social, na medida em que voltada à ordenação social. Ademais, poder-se-ia mesmo tudo inverter, desde a observação de que a ordem social – ordem normativa da sociedade – abrange, além da ordem jurídica positiva, uma ordem ética, inúmeras ordens religiosas e diversas ordens jurídicas não “positivadas”. De outra parte, a alusão a uma ordem econômica e social ou a uma ordem econômica e a uma ordem social reproduz o equívoco semântico que supõe econômica a produção e social a repartição.” (grifo do autor). GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 59-60. Essa censura procede, porém é exagerada. Evidentemente, lembrando, ainda, que as “ordens” constitucionais interrelacionam-se permanentemente, o destaque que se deu à Ordem Social, na atual Lei Fundamental, tem poderosa conotação política, já que revela uma vontade séria de incorporar concretamente os direitos sociais em nosso país, em outras palavras, há um comprometimento maior em realizar o princípio da dignidade da pessoa humana.

104 *ibid.*, p. 64.

105 *ibid.*, p. 61.

capitalista é assim preservado, renovado sob *diverso regime*. O modo de produção, os esquemas de repartição do produto e os mercados capitalistas, no âmbito interno e no quadro internacional são mantidos em sua integridade. Daí porque interessa ao capitalismo uma Constituição “progressista”. [...] Paralelamente a isso, ademais, o capitalismo modernizado – “progressista” – promove a fragmentação social, o que também é induzido pela Constituição formal: os cidadãos se refletem nela como parte não da sociedade de classes, mas da sociedade de massa. O crescimento populacional implica a ocupação dos espaços do mundo. Mas essa ocupação é fragmentada, na medida em que a intercomunicação entre os indivíduos é comprometida. Embora os homens estejam mais próximos uns dos outros, não se comunicam entre si: a competição em que estão envolvidos os aparta... E assim – o que é mais importante para a integridade do capitalismo – essa fragmentação, além de comprometer a autenticidade da representação política, impede a superação da “ordem capitalista”, que apenas se autotransforma – isto é, se aperfeiçoa.” (grifo do autor)¹⁰⁶

Em suma: o MERCADO *capitalista (neoliberal)*, caracterizado pelo *intuito lucrativo e pela “concorrência”*, É O ESPAÇO (“*inconfundível com os da ordem exclusivamente social*”) ONDE O CONSUMIDOR PROMOVE SUAS RELAÇÕES COM OS FORNECEDORES, TANTO QUE SE PRETENDEU PROTEGÊ-LO (CRFB/1988, ART. 170, V).

*Baseando-se nessa última afirmação e sabendo, por outro lado, que a prestação estatal dos serviços de educação e de saúde não visa locupletar os cofres públicos, nem à competição, justifica-se o tratamento diferenciado outorgado pela Constituição de 1988 a tais atividades, ou seja, substancialmente não são semelhantes os serviços econômicos e os serviços sociais, embora se entenda que “os bens imateriais também se incluem na categoria de bens de consumo”, entre os quais “a saúde, a educação, a cultura de modo geral, as atividades de lazer, os espetáculos públicos de qualquer natureza...”*¹⁰⁷.

Nesse quadro, somente as iluminadas diferenciações de Celso Antônio Bandeira de Melo podem situar tudo sobre o que se discorreu: “dentre o *total* de atividades ou serviços suscetíveis de serem desenvolvidos por uma sociedade, alguns são públicos e outros privados. Para separar uns dos outros, identificando aqueles que o Estado pode colocar debaixo do regime de Direito público (serviços públicos), temos que nos valer de

¹⁰⁶ *ibid.*, p. 28-30.

¹⁰⁷ PASQUALOTTO, *op. cit.*, p. 52.

duas ordens de indicações contidas no Texto Constitucional. A primeira delas é a de que certas atividades a própria Carta Constitucional definiu como serviços públicos: *alguns deles em todo e qualquer caso e outros deles apenas quando prestados pelo Estado*; pois ou (a) entregou-os expressamente à responsabilidade privativa do Estado, ora devendo ser prestados exclusivamente por ele ou por empresa sob o controle acionário estatal, caso dos arrolados no art. 21, X e XI, ora cabendo sua prestação quer ao Estado, quer a terceiros, mediante autorização, concessão ou permissão, caso dos previstos no inciso XII do mesmo art. 21; ou então, (b) previu-os como serviços incluíveis na categoria de serviços públicos *quando prestados pelo Estado*. É o caso dos serviços: (I) de *saúde*, conforme previsão do art. 196 (“dever do Estado”), os quais, entretanto, também estão entregues à livre iniciativa, como estabelece o art. 199 (“A assistência à saúde é livre à iniciativa privada), sendo de todo modo qualificados como “serviços de relevância pública” (art. 197, primeira parte); e (II) de educação, *ex vi* do art. 205 (dever do Estado), inobstante também eles estejam entregues à livre iniciativa, a teor do art. 209 (“O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público”). Estes últimos, de conseguinte, *não serão serviços públicos quando desempenhados pelos particulares*, uma vez que a Carta Magna não limitou a prestação deles ao Estado ou a quem lhe faça as vezes. Segue-se que o Estado jamais poderia pretender outorgá-lo em concessão a alguém, sob pena de ferir os direitos de prestá-los que assistem às demais pessoas que preencham os requisitos legais necessários à comprovação de suas habilitações. A segunda ordem de indicações residente no Texto Constitucional é a que consta do art. 173, o qual, como já se viu, deixa clara a excepcionalidade da intervenção do Estado na esfera econômica. *Logo é correto concluir que os serviços correspondentes à exploração de atividade econômica são serviços privados, atividades privadas, e não serviços públicos* (excetuado o caso dos serviços de educação e saúde, que, como se acaba de ver, embora também assistam no campo da atividade econômica, serão serviços públicos quando prestados pelo Estado).¹⁰⁸ (grifo nosso)

Assim, merece aplauso José Reinaldo de Lima Lopes ao opinar que “é preciso distinguir, quando se fala dos serviços públicos, aqueles serviços sujeitos a relações de mercado e aqueles que respondem a direitos de cidadania. Esta é a distinção fundamental que se insere no art. 22 do CDC: submetem-se ao Código os serviços prestados segundo relações

108 MELLO, op. cit., p. 596-597.

de consumo, não segundo relações de cidadania. O Estado aparece, pois, de duas formas no CDC: a) equiparado a fornecedor quando se trata de serviços e produtos sujeitos à lógica do mercado, e b) como autoridade reguladora, fiscalizadora, adjudicadora, em uma palavra, como autoridade pública do mercado de consumo quanto ao mais. (grifo nosso)¹⁰⁹

Levando-se em conta, ainda, que a observação de Pasqualotto sobre a diferença entre bens de capital e de consumo (vide ponto 2.1) – não sendo relações de consumo aquelas que envolverem produtos ou serviços compatíveis com a primeira espécie –, fica permitido forçar uma comparação ilustrativa: poder-se-ia encarar os serviços sociais de saúde e de educação públicas como “serviços de capital” (“insumo”), em razão de sua funcionalidade, pois seriam pressupostos da plena atuação da pessoa, ou melhor, para o exercício da liberdade do ser humano (inclusive no mercado consumidor); ao contrário da saúde e educação privadas (que deveriam, idealmente, vestir caráter suplementar), as quais podem configurar bem imaterial de consumo.

Por derradeiro, *questionável a própria vulnerabilidade¹¹⁰ do usuário dos serviços públicos de saúde e de educação, porque a situação da pessoa frente ao Poder Público não é de conflito de interesses (a merecer tutela corretiva de desigualdade pela lei consumerista), porque, em tese, a Administração Pública quer o mesmo o que o cidadão deseja: a adequada satisfação d(aquel)as necessidades. Não tendo sentido a idéia de harmonização, deduz-se não ser avesso à justiça o afastamento da incidência do CDC nesses casos, posto que não haveria uma inferioridade do consumidor justificadora da presença do Código.¹¹¹*

4 CONCLUSÃO

Enquanto cidadão, parece-me, no mínimo, estranho dizer que não “remunero” os serviços de saúde e de educação públicas, uma vez que custeio tais atividades através de impostos (o que importa às pessoas, em geral, é que elas, de alguma maneira, pagam pelo serviço, tendo direito ao mesmo).

109 LOPES, op. cit., p. 80.

110 “A vulnerabilidade é traço universal a todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade – mas nunca a todos os consumidores”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. op. cit., p. 325. O professor Rizzato, debatendo sobre o inc. I do art. 4º, percebe que “tal reconhecimento é uma primeira medida de realização da isonomia garantida na Constituição Federal”. In: NUNES, op. cit., p. 106.

111 GRINOVER, et al. op. cit., p. 325.

Colocando, entretanto, no cerne da questão o elemento objetivo (o serviço de consumo), consigo aceitar com maior tranquilidade que determinados serviços que financio não podem ser encarados num mesmo patamar, justificando-se o tratamento diferenciado da saúde e da educação prestadas diretamente pelo Poder Público frente a uma viagem de ônibus, de um conserto de eletrodoméstico, entre outros.

Enquanto operador do direito, a preocupação é outra: a correta interpretação e aplicação da lei, de modo a submeter os casos aos quais esta se dirige a uma série de efeitos próprios.

Compreendendo-se que uma relação jurídica compõe-se de certos elementos – sujeito, objeto e vínculo – e sabendo-se que, quando se fala em CDC, temos um regime fechado, vez que estão definidos o consumidor, o fornecedor, os produtos e os serviços, a lógica aponta – ao tratarmos de saúde (assistência médica e hospitalar) e de educação (ensino infantil, fundamental, médio e universitário) públicas – para uma perquirição mais detida, não sobre a nebulosa (por falta de tratamento legal adequado) remuneração, mas sobre o serviço de consumo, no intuito de se chegar a alguma ilação a respeito da aplicabilidade do referido diploma legal.

Realizada tal análise, tenho que NÃO SE APLICA A LEI Nº 8.078/1990 AOS SERVIÇOS DE SAÚDE E DE EDUCAÇÃO PÚBLICAS, PORQUE ESTES ESTÃO FORA DO MERCADO (cujos pilares são o lucro e a concorrência) DE CONSUMO, sem falar que não seriam exatamente serviços de consumo nem demandariam propriamente legislação voltada a restaurar o equilíbrio das partes envolvidas.

Desavisado quem pensa não trazer a conclusão deste trabalho, na prática, nenhum valor, já que, tanto no CDC, como no art. 37, § 6º da CRFB/1988 (seguramente, ao menos, no tocante às condutas comissivas), a responsabilidade civil é objetiva. As conseqüências da distinção não são mera perda de tempo, revelando-se algumas realmente fundamentais, tais como: a) a responsabilidade civil no CDC (arts. 12-25) é bem minuciosa, sendo muito mais “atraente”, na medida em que facilita a tarefa do intérprete; e b) não haverá de se falar em responsabilidade solidária em serviços públicos de saúde e de educação, pois a entrada do ente público na cadeia de fornecimento, nessas hipóteses, cria uma verdadeira ruptura, ao transformar o serviço de consumo em serviço social. Outro corolário, agora do ponto de vista processual, sobre a repercussão prática da inaplicabilidade da lei consumerista aos serviços de saúde e de educação públicas, é que a

inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII) não poderá ser utilizada pelos usuários desses serviços, posto que só há incidência dos “direitos básicos do consumidor” quando estivermos diante de uma relação de consumo.

REFERÊNCIA

- AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao código de defesa do consumidor*: direito processual: (arts. 6º, VIII, 38 e 81 a 119). São Paulo: Saraiva, 2000.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 33, jan./mar. 2000.
- BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- CAPUCHO, Fábio Jun. O poder público e as relações de consumo. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 41, jan./mar. 2002.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- CAZZANIGA, Gláucia Aparecida Ferraroli. Responsabilidade dos órgãos públicos no código de defesa do consumidor. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, jul./set. 1994.
- COSTA, Regina Helena. A tributação e o consumidor. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 21, jan./mar. 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- LAZZARINI, Álvaro. Serviços públicos nas relações de consumo. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 29, jan./mar. 1999.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Responsabilidade do estado por empresas fiscalizadas. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 18, abr./jun. 1996.

- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A proteção dos usuários de serviços públicos: a perspectiva do direito do consumidor. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 37, jan./mar. 2001.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 21. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. revista atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MENEZELLO, Maria d' Assunção C. Código de defesa do consumidor e a prestação dos serviços públicos. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19, jul./set. 1996.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor: direito material: (arts. 1º a 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- PAGANO, Ana Cláudia de Carvalho. *A saúde pública em face do código de defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Mauad, 1998.
- PASQUALOTTO, Adalberto. Conceitos fundamentais do código de defesa do consumidor. *Revista dos tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 666, abr. 1991.
- _____. Os serviços públicos no código de defesa do consumidor. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 1, 1992.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- PIRES, Adilson Rodrigues. *Manual de direito tributário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 17. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 8. ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

A REGULAMENTAÇÃO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO: COMENTÁRIOS AO DECRETO N. 7.962 DE 15 DE MARÇO DE 2013

*THE REGULATION OF E-COMMERCE: COMMENTS OF DECREE N.
7.962 OF 15TH MARCH, 2013*

*Carolina Iwancow Ferreira¹
Mônica Nogueira Rodrigues²*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Regulamentação do comércio eletrônico; 2 Acesso à informação; 3 Compras coletivas no Comércio eletrônico; 4 Atendimento ao consumidor; 5 Direito de arrependimento; 6 Obrigações e punições de fornecedores; 7 Proteção de dados; 8 Planejamento estratégico; 9 Redução de conflitos; 10 Ética nas empresas; 11 Considerações finais; Referências.

1 Doutora e Mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela PUC-SP. Professora de Direito Empresarial da PUC-Campinas. Advogada com atuação empresarial e internacional. Endereço Profissional: Rua Marechal Deodoro, 1.099, Campus Central, Faculdade de Direito, Campinas/SP, Brasil, CEP 13.010-920. Telefone: (19) 3735.5875 ou (11) 98361.9435. Home Page: www.iwancow.adv.br. E-mail: caroliwancow@hotmail.com.

2 Bacharelada em Direito pela PUC-Campinas, bolsista FAPIC/Reitoria e membro do grupo de pesquisa ética, política e religião: questões de fundamentação no biênio 2012-2013, e do grupo de pesquisa direito e realidade social no biênio 2013-2014. E-mail: mo_nr@hotmail.com.

RESUMO: Este artigo apresenta as recentes modificações trazidas pelo Decreto nº 7.962/2013, que regula o comércio eletrônico no Direito Brasileiro. De acordo com este Decreto, que já está em vigor, os sítios eletrônicos devem cumprir os requisitos necessários no atendimento ao consumidor. São abordadas diversas questões, como o acesso à informação, as compras coletivas, o direito de arrependimento, o atendimento adequado ao consumidor, bem como as obrigações e sanções. Nossa proposta é a implantação de um verdadeiro planejamento estratégico pelo empresariado interessado na temática, tendo em vista a permanente construção da credibilidade e idoneidade de seus negócios, com conseqüente redução dos conflitos inerentes.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Consumerista. Comércio Eletrônico. Regulamentação. Planejamento. Redução de Conflitos. Ética nas Empresas.

ABSTRACT: This article presents the recent changes about Decree nº 7.962/2013, which regulates the e-commerce in Brazilian Law. According to this Decree, in force, the website must accomplish the main requirements about customer service. Different issues were examined, such as information access, collective purchasing, consumer rights, appropriate consumer service, besides obligations and sanctions. Our proposal is an effective strategic planning by the economic enterprise activities interested in this subject, towards the construction of credibility and reputation of theirs business, with the consequent reduction of inhered conflicts.

KEYWORDS: Consumer Law. E-Commerce. Regulation. Planning. Conflict Reduction. Ethics of Companies.

INTRODUÇÃO

O e-commerce demanda conhecer de varejo, entender de marketing, mas, essencialmente, entender de gente (Viviane Vilela, diretora executiva na E-Commerce Brasil; Tiago Luz, sócio-diretor da Plataforma Vtex)³.

A Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 criou o *Código de Defesa do Consumidor* (CDC) e, apesar de proteger o consumidor nas tradicionais relações de consumo, tornou-se insuficiente no tocante ao comércio eletrônico, diante dos avanços e mudanças das últimas décadas.

As contratações virtuais merecem atenção especial pela expressa vulnerabilidade do consumidor, sendo a hipossuficiência, em sua maioria, econômica e tecnológica. Nesse sentido, a falta de informação do que, como e com quem está contratando, além de garantias de entrega, devolução, vícios e defeitos, tornam o negócio ainda mais inseguro e objeto de muitas ações judiciais.

Nos contratos de venda *online* e de bens informáticos aos consumidores, os produtos vendidos podem ser materiais, que serão entregues *a posteriori* no local indicado pelo consumidor, e imateriais (*software*, etc.), cujo envio é imediato ou retardado no tempo, mas pelo mesmo meio eletrônico. Os problemas mais comuns são a não entrega, ou entrega em endereço errado, as taxas não especificadas de correio ou de recebimento, o retardo na entrega, a falta de sanção pelo retardo na entrega, a falta de garantia para o produto, a impossibilidade de executar o direito de arrependimento (produto aberto, *software* já enviado, endereço incongruente ou incompleto), a lei aplicável e a jurisdição competente (por vezes até uma jurisdição arbitral virtual compulsória), a venda casada, a recusa de venda, a falha na segurança com os danos do consumidor (dados privados e dados sensíveis, como o seu número de cartão de crédito), a falha na cobrança do cartão de crédito (cobrança a mais, cobrança antes da entrega etc.), as diferenças entre as fotografias do *site* e os produtos recebidos, a compra involuntária ao apertar o ícone, o erro não sanável na contratação⁴.

O comércio eletrônico (*e-commerce*) revolucionou os modos de se fazer negócio. E como toda revolução, vem gerando instabilidade na sociedade. Os

³ Disponível em: <www.adflip.com.br>. Acesso em: 17 nov. 2014.

⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 114.

negócios *online* têm ganhado força, sendo cada vez mais comum a circulação de bens e serviços pactuados através da rede mundial (*internet*).

Trata-se do denominado “comércio eletrônico”, comércio entre fornecedores e consumidores realizado através de contratações à distância, que são conduzidas por meios eletrônicos (*e-mail*, etc.), por *internet (online)* ou por meios de telecomunicação de massa (*telemarketing*, TV, TV a cabo, etc.), sem a presença física simultânea dos dois contratantes no mesmo lugar (e sim à distância)⁵.

Este novo tipo de comércio está em fase de desenvolvimento, momento em que ocorrem muitos erros ante a falta de logística das empresas e preparação efetiva para atender ao consumidor.

Atualmente, importante ressaltar, há três modalidades de estabelecimentos virtuais:

B2B (que deriva da expressão *business to business*), em que os internautas compradores são também empresários, e se destinam a negociar insumos; B2C (denominação derivada de *business to consumer*), em que os internautas são consumidores, na acepção legal do termo (CDC, art. 2º); e C2C (*consumer to consumer*), em que os negócios são feitos entre internautas consumidores, cumprindo o empresário titular do *site* apenas funções de intermediação (é o caso dos leilões virtuais). Os contratos celebrados via página B2B regem-se pelas normas do direito comercial. Os celebrados via página B2C, pelo direito do consumidor. No caso da página C2C, as relações entre o empresário titular do estabelecimento virtual e os internautas regem-se também pelo direito do consumidor, mas o contrato celebrado entre esses últimos está sujeito ao regime contratual do direito civil⁶.

Porém, os empresários estão enfrentando um novo tipo de negócio, que funciona sete dias por semana, vinte e quatro horas por dia, tendo que criar novas regras de funcionamento para atendimento ao consumidor, de modo a obter lucro e manter a qualidade dos serviços e produtos.

No comércio eletrônico o consumidor tem maior facilidade em pesquisar e comparar preços entre os diversos estabelecimentos eletrônicos, além da possível rapidez na entrega e qualidade do produto

5 MARQUES, op. cit., p. 114.

6 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 96.

e/ou serviço. Se no negócio real o empresário preocupa-se com o bom atendimento para aumentar a clientela, no negócio virtual isso permanece e se potencializa. “Entre essas pressões, pode-se citar: competição global, necessidades de operações em tempo real, orientação ao cliente, inovação tecnológica, excesso de informações, entre outras”.

O mundo tecnológico oferece, de fato, maior probabilidade de lucro ao empresário, que disponibiliza seus produtos e/ou serviços a qualquer momento do dia, em qualquer lugar do mundo que deseja negociar. Entretanto, ainda se mantém vinculado a determinadas atividades físicas, vez que precisa controlar pedidos, estoque, entrega e demais atividades inerentes ao negócio virtual.

Durante o processo de transição e conhecimento deste novo tipo de negócio, o consumidor não pode sofrer as consequências da atividade que é responsabilidade do empresário-fornecedor.

Os conflitos gerados pelo comércio eletrônico que chegaram ao Poder Judiciário foram resolvidos pelos princípios presentes no CDC, que são os mesmos em qualquer relação consumerista, adaptando as normas aos casos concretos. Entretanto, os contratos pactuados através de sítios eletrônicos continuaram carentes de regulamentação para melhor atendimento ao cliente.

Nessa esteira, torna-se fundamental a análise de tão inovadora tentativa de regulamentação do comércio eletrônico, atual e vigente, assim como o foi o intitulado *Marco Civil da Internet* (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014), que regulou o uso da *internet* no Brasil, por meio da previsão de princípios, garantias, direitos e deveres para aqueles que utilizam a rede, bem como da determinação de diretrizes para a atuação do Estado.

1 REGULAMENTAÇÃO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Diante de tal necessidade, foi sancionado o Decreto nº 7.962 em 15 de março de 2013, no qual a atual Presidente da República dispôs sobre o comércio eletrônico, regulando as relações de consumo *online*.

O Decreto vislumbra como principais objetivos as disposições relativas à contratação eletrônica, à proteção do consumidor diante da instabilidade dos sítios eletrônicos, ao fornecimento de informações coerentes e confiáveis

7 SCANDIUZZI, Fernando; OLIVEIRA, Márcio Mattos Borges; ARAÚJO, Geraldo José Ferraresi de. *A logística do comércio eletrônico B2C: um estudo nacional multicasos*. Estudos do CEPE, 2011. p. 232.

do produto, serviço e do empresário-fornecedor, bem como referências ao atendimento adequado ao consumidor. Por fim, há que falar em respeito ao direito de arrependimento, indispensável nas relações em que o consumidor não tem acesso físico àquilo que está sendo contratado.

Inteligível o veloz e considerável desenvolvimento do comércio eletrônico global, mas com notável incipiente regulação mediante Tratados Internacionais. Dada a ausência de regras internacionais unificadas, férteis tornaram-se os debates pertinentes à temática, em todos seus aspectos.

Destarte, evidente relevância é constatada nos esforços de organismos internacionais, na tentativa de balizamento de princípios e/ou cláusulas abertas com regras mínimas para o comércio global, sem os quais a insegurança jurídica poderá predominar sobre os negócios mais expressivos e corriqueiros.

2 ACESSO À INFORMAÇÃO

Os artigos segundo e terceiro do Decreto abordam em seus incisos o princípio da informação, que designa o conjunto de condições e modalidades de difusão para o público, sob as formas mais apropriadas, de notícias ou elementos de conhecimento, ideias ou opiniões⁸.

O direito de ser informado nasce, sempre, do dever que alguém tem de informar. [...] No que tange ao dever de informar das pessoas em geral e das pessoas jurídicas privadas, é o Código de Defesa do Consumidor que estabelece tal obrigatoriedade ao fornecedor⁹.

Tamanha é a importância do direito à informação, que está previsto no inciso XIV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, no título “Dos direitos e garantias fundamentais”, segundo o qual “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

Art. 2º Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações:

8 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 245.

9 NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 114.

I - Nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda;

Essas informações são indispensáveis, afinal, trata-se de um contrato, no qual o consumidor se obriga a pagar determinado valor em troca de determinado produto e/ou serviço. Desse modo, saber se um empresário ou sociedade empresária é regular, cumprindo com seus deveres perante a lei comercial, é primordial em qualquer relação contratual, inclusive a consumerista. Ao verificar tais dados, é possível conhecer a idoneidade da empresa, o patrimônio que possui, dentre outras informações.

[...] adota-se no direito brasileiro a expressão unificadora nome empresarial, para designar a firma individual, a firma social ou a denominação, com as quais se faz a identificação das empresas mercantis no país¹⁰.

Nesse sentido, um empresário, sociedade empresária ou qualquer outro fornecedor que age irregularmente e, portanto, contraria a lei, tampouco se preocupará com os danos que poderão ser causados ao consumidor por eventual vício ou defeito.

Importante ressaltar que o empresário ou sociedade irregular não deixa de se responsabilizar perante os terceiros de boa fé, principalmente no caso do consumidor, que em casos extremos, afetará o patrimônio particular até mesmo daquele que age regularmente¹¹.

Ainda que o empresário ou sociedade irregular e os fornecedores tenham as mesmas responsabilidades (ou até maiores) perante o consumidor que os regulares, é um direito do consumidor contratar com aquele que acredita ser melhor empreendedor e que transmite maior segurança.

II - O endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato;

A negativa de disponibilização do endereço físico, bem como qualquer endereço eletrônico para sua localização, torna-se um dos

10 REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 272.

11 Na relação de consumo, poderá ocorrer a desconsideração da personalidade jurídica, conforme o artigo 28 do CDC, quando houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração.

motivos de insegurança nas relações eletrônicas de comércio. Grande parte dos problemas restariam evitados se houvesse a possibilidade de negociação entre fornecedor e consumidor.

Se o nome empresarial é fundamental por trazer as características do contratante, o endereço o é por trazer a localização do responsável.

O responsável que não é localizado para sanar dúvidas, dificilmente o será para responder por vícios e defeitos. Essa é uma questão de segurança jurídica, vez que muitos fornecedores não são encontrados para serem responsabilizados, gerando danos efetivos ao consumidor.

Ademais, nas demandas judiciais o endereço é fundamental para a citação da empresa requerida.

III - Características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e a segurança dos consumidores;

Este inciso ressalta o disposto no art. 6º do CDC a respeito dos direitos básicos do consumidor. O sítio deve disponibilizar todas as características essenciais do produto e/ou serviço, incluindo os riscos que possam apresentar à saúde e à segurança dos consumidores. A despeito dos riscos, deve-se levar em consideração a expectativa padrão do consumidor.

Uma das possíveis consequências da falta de informação do produto ou serviço é o fornecimento perigoso.

O fornecimento é perigoso se da utilização dos produtos ou serviços decorre dano, motivado pela insuficiência ou inadequação das informações prestadas pelo fornecedor sobre os riscos a que se expõe o consumidor¹².

Os danos decorrentes do fornecimento perigoso terão como responsáveis, objetivamente, o fabricante, o produtor, o construtor, o importador (art. 12, CDC) e o prestador de serviços (art. 14, CDC).

Os riscos à saúde e à segurança do consumidor são protegidos pelo princípio supraconstitucional da “dignidade da pessoa humana”, ressaltado em todo ordenamento jurídico brasileiro.

¹² COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 122.

A dignidade humana é um valor já preenchido *a priori*, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato já de ser pessoa. Se – como se diz – é difícil a fixação semântica do sentido de dignidade, isso não implica que ela possa ser violada. Como dito, ela é a primeira garantia das pessoas e a última instância de guarda dos direitos fundamentais. Ainda que não seja definida, é visível sua violação, quando ocorre¹³.

IV- Discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros;

As contratações efetuadas via *internet*, seja de bens ou serviços, necessariamente devem chegar ao consumidor por meio da entrega. Sendo assim, caso o valor da entrega ou de eventual seguro não esteja embutido no próprio produto, devem estar discriminados. Nesse sentido, o *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária*¹⁴ dispõe:

Art. 27. O anúncio deve conter uma apresentação verdadeira do produto oferecido, conforme disposto nos artigos seguintes desta Seção, onde estão enumerados alguns aspectos que merecem especial atenção:

§ 3º Valor, Preço, Condições. O anúncio deverá ser claro quanto a:

A. valor ou preço total a ser pago pelo produto, evitando comparações irrealistas ou exageradas com outros produtos ou outros preços; alegada a sua redução, o anunciante deverá poder comprová-la mediante anúncio ou documento que evidencie o preço anterior;

B. entrada, prestações, peculiaridades do crédito, taxas ou despesas previstas nas operações a prazo;

C. condições de entrega, troca ou eventual reposição do produto;

D. condições e limitações da garantia oferecida.

O consumidor não pagará pela entrega ou por seguro que não for informado previamente à contratação. Esta informação deve ser clara e precisa em local de destaque.

13 NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 79.

14 Disponível em: <www.conar.org.br>. Acesso em: 21 nov. 2014.

V - Condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo de execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto;

Os prazos estipulados são, frequentemente, desrespeitados ou mal informados aos fornecedores. No CDC, há disposição a respeito da prestação de serviço em que:

Art. 40. O fornecedor de serviço será obrigado a entregar ao consumidor orçamento prévio discriminando o valor da mão de obra, dos materiais e equipamentos a serem empregados, as condições de pagamento, bem como as datas de início e término dos serviços.

A oferta vincula o fornecedor, por isso as informações devem ser expressas e claras no tocante à essência do negócio pactuado. As relações de consumo ocorrem por *contrato de adesão*, não havendo paridade para pactuar livremente. Por isso, o empresário-fornecedor deve disponibilizar todos os dados da oferta, formas de pagamento, prazos para execução ou entrega do serviço.

Contrato de adesão, nome que lhe deu SALEILLES, é aquele em que todas as cláusulas são previamente estipuladas por uma das partes, de modo que a outra, no geral mais fraca e na necessidade de contratar, não tem poderes para debater as condições, nem introduzir modificações, no esquema proposto. Este último contraente aceita tudo em bloco ou recusa tudo por inteiro¹⁵.

Tais informações são imprescindíveis, vez que o seu descumprimento enseja punições ao fornecedor. Nesse sentido:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. BEM MÓVEL. CONTRATO DE ADESÃO. COMPRA E VENDA DE BEM POR MEIO ELETRÔNICO. INFORMAÇÃO A RESPEITO DE PRAZO DE ENTREGA DO PRODUTO E DA MORA DO FORNECEDOR. MULTA MORATÓRIA PARA AMBAS AS PARTES. EQUILÍBRIO CONTRATUAL QUE SE IMPÕE. DIREITO DE ARREPENDIMENTO NO PRAZO DE REFLEXÃO. ART. 49 DO CDC. DEVOLUÇÃO IMEDIATA DA QUANTIA PAGA. MULTA EM CASO DE ATRASO POR PARTE DA FORNECEDORA.

15 MASSINEO apud RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 44.

Todo contrato de consumo deve trazer, necessária e claramente, o prazo de cumprimento das obrigações do fornecedor. Se é estipulada multa moratória para o consumidor inadimplente, com razão a fixação de penalidade para o fornecedor que não cumpre a sua obrigação no prazo estabelecido, sob pena de desigualdade e rompimento do equilíbrio contratual.

Demonstrado efetivamente acerca dos prazos e condições do contrato de adesão para as compras efetuadas no portal virtual da empresa e que a entrega das compras efetuadas em seu site depende da localização em que se encontra o consumidor, despicienda a condenação para impor referido prazo.

A imposição de multa para somente uma das partes configura evidente desequilíbrio contratual que fere o disposto no art. 51, inc. IV, § 1.º, inc. II, do CDC. Assim, a fim de tornar o contrato equilibrado para ambas as partes, razoável a fixação de multa para o caso de descumprimento do prazo de entrega da mercadoria por parte do fornecedor, no montante de 2% do preço do produto, quantia que corresponde à penalidade imposta ao consumidor em caso de inadimplemento. A imposição de multa e prazo para a restituição dos valores pagos durante o prazo de reflexão tem a mesma finalidade que a multa fixada para atraso na entrega da mercadoria, ou seja, inadimplência no cumprimento da obrigação por parte do fornecedor. Recurso parcialmente provido (Apelação nº 0225413-47.2008.8.26.0100 de 16 de julho de 2013).

VI - Informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.

Se para contratar o produto e/ou serviço ofertado for necessária qualquer outra atitude, ou se estiver restrita apenas a parte do produto ou serviço, ou ainda a determinados consumidores, tais informações deverão ser muito claras.

Importante ressaltar que não é permitida a “venda casada” de produtos ou serviços, em conformidade com o CDC:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos.

No tocante ao artigo segundo do Decreto, tais informações devem estar em destaque na página dos sítios. Qualquer consumidor deve ter acesso facilitado a todas essas informações, podendo conferir o que está contratando e em quais condições. Além do princípio da informação, já citado, também se refere ao princípio da publicidade. “O anúncio publicitário não pode faltar com a verdade daquilo que anuncia, de forma alguma, quer seja por afirmação quer por omissão¹⁶”.

3 COMPRAS COLETIVAS NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

O artigo terceiro traz a principal inovação do Decreto, qual seja, regula as compras coletivas realizadas no comércio eletrônico, a nova “febre” de consumo.

A compra coletiva nada mais é do que um sítio eletrônico que age como intermediário entre o fornecedor e consumidor propicia elevados descontos, desde que um número fixo de pessoas compre o produto ofertado. E esses produtos possuem uma elevada variedade: perfumes, viagens, corridas de *kart*, *shows*, teatro, restaurantes, salões de beleza, centro de estética¹⁷.

As compras coletivas trazem benefícios ao empresário-fornecedor, pela maior contratação de bens e serviços, e ao consumidor, que paga menos por isso. São os novos mecanismos aplicados para manter a sociedade de consumo em constante movimento.

Ao oferecer descontos massivos em serviços e produtos a grupos de compradores durante curtos intervalos de tempo, esses sites viraram febre na rede. Segundo o Ibope Nielsen, 7,4 milhões de brasileiros acessaram sites de compras coletivas em outubro. O mercado cresce a um ritmo de 30% ao mês, em média, e deve terminar o ano com faturamento de 500 milhões de reais¹⁸.

Regular este tipo de contratação é fundamental pela complexidade e pelos fatores que envolvem fornecedores e consumidores.

16 NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 124.

17 GONÇALVES, Antonio Baptista. Compras coletivas e as lesividades na relação de consumo. Publicado em: *Cognitio Juris*. João Pessoa: ano II, n. 5, ago. 2012. p. 1.

18 FAUST, Andre. A histeria das compras coletivas: cada vez mais empresas se lançam no Brasil no segmento mais promissor do comércio eletrônico. Haverá espaço para todos? Publicado em: *Exame*, 29 dez. 2010. p. 1.

Art. 3º Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para ofertas de compras coletivas ou modalidades análogas de contratação deverão conter, além das previstas no art. 2º, as seguintes:

I - Quantidade mínima de consumidores para a efetivação do contrato;

As compras coletivas têm como característica os preços inferiores aos produtos e serviços de mercado. Estas contratações somente são possíveis, para o fornecedor, por que ele disponibiliza o mesmo produto ou serviço a um número superior de consumidores. Dessa maneira é possível a obtenção de lucro mesmo a preços inferiores.

Nesse sentido, é indispensável a informação do número mínimo de consumidores para o contrato ser efetivado, ressalvados os riscos do negócio não ocorrer. Apesar de necessário um número mínimo de consumidores, a relação contratual ocorre entre cada consumidor e o fornecedor, exclusivamente, não havendo qualquer vínculo com os demais consumidores. A única interferência é a necessidade de outras contratações para efetivação do negócio. Uma vez pactuado, a desistência de outro consumidor não anula nem interfere no contrato.

II - Prazo para utilização da oferta pelo consumidor;

Outra importante característica dos produtos e/ou serviços contratados virtualmente é que eles não precisam ser adquiridos ou utilizados no momento da compra.

No caso das compras coletivas, elas ocorrem mais pela oportunidade de adquirir produtos e serviços por bons preços do que pela necessidade de tais produtos. Sendo assim, os sítios devem disponibilizar o prazo para utilização do serviço ou para entrega do produto. Essa informação deve estar visível em local de destaque, sob pena de ser adquirido ou utilizado a qualquer momento.

III - Identificação do fornecedor responsável pelo sítio eletrônico e do fornecimento do produto ou serviço ofertado, nos termos dos incisos I e II do art. 2º.

Grande parte dos sítios de compra coletiva são utilizados como “ponte” entre vários empresários-fornecedores e consumidores, portanto, também devem conter as informações dos incisos I e II do artigo anterior (endereço físico e eletrônico, bem como todas as informações necessárias

para a localização e contato, além das características essenciais do produto e/ou serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores), para que possam ser localizados sem maiores dificuldades.

Este inciso trata da responsabilidade solidária existente entre aqueles que atuam na cadeia de consumo. Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DO CONSUMIDOR COMPRA DE APARELHO CELULAR REALIZADA PELA INTERNET - SOLIDARIEDADE ENTRE O SITE DE COMPRA ON LINE E A EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO DE INTERMEDIÇÃO COMERCIAL POR MEIO ELETRÔNICO QUANTO À FINALIZAÇÃO DA TRANSAÇÃO - NÃO ENTREGA DO PRODUTO RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE TODOS QUE INTEGRAM A "CADEIA DE FORNECIMENTO" - RISCO DO EMPREENDIMENTO - CIRCUNSTÂNCIA EM QUE O AUTOR, ATÉ A PRESENTE DATA, NÃO RECEBEU A RESTITUIÇÃO - SITUAÇÃO QUE DESBORDA DO MERO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL, TORNANDO INAPLICÁVEL A SÚMULA 75 DO TJRJ FRUSTRAÇÃO DA LEGÍTIMA EXPECTATIVA DO CONSUMIDOR REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA (2193188-70.2011.8.19.0021 - APelação - 1ª Ementa- DES. MARCELO LIMA BUHATEM - Julgamento: 26/08/2011 - QUARTA CÂMARA CÍVEL).

São, portanto, responsáveis pelo cumprimento do contrato, o sítio eletrônico de compras coletivas e os fornecedores que negociam com estes para ter seus produtos e serviços disponíveis.

[...] É o consumidor quem escolhe qual fornecedor irá acionar. No caso de uma televisão que não sintonize os canais, ele pode requerer o conserto da assistência técnica, na fábrica ou na loja em que adquiriu. Esse fornecedor será parte passiva de todas as reivindicações¹⁹.

Deve ser ressalvado o direito de regresso daquele que for acionado pelo consumidor. Cabe a quem figurar no polo passivo da demanda, requerer dos demais responsáveis pela relação consumerista o cumprimento da obrigação assumida. Entretanto, quem regula esta situação é o Código Civil e não interfere na relação com o consumidor.

19 NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 256.

4 ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR

O artigo quarto dispõe sobre o atendimento adequado dos sítios eletrônicos, de modo que o consumidor possa contratar com clareza e segurança, sendo tratado com dignidade, atenção e respeito necessários a qualquer relacionamento.

O objetivo maior é estruturar de maneira facilitada os direitos e obrigações de ambos, esclarecer o que está sendo contrato e minimizar as dúvidas e inseguranças do consumidor em relação ao negócio que está sendo pactuado pela via eletrônica.

Art. 4º Para garantir o atendimento facilitado ao consumidor no comércio eletrônico, o fornecedor deverá: Apresentar sumário do contrato antes da contratação, com as informações necessárias ao pleno exercício do direito de escolha, enfatizadas as cláusulas que limitem direitos;

As cláusulas contratuais devem ser expressas de modo esclarecedor, para que o consumidor saiba o que realmente está adquirindo e a quais condições está se submetendo. Este inciso tem por objetivo evitar fraudes e obscuridades contratuais pela falta de informação ao consumidor.

O sumário deve conter informações de fácil compreensão pelo consumidor, evidenciando qualquer cláusula que limite seus direitos. As informações contidas serão, basicamente, as mesmas dos incisos anteriores, somadas as de todo contrato de consumo.

Assim como os artigos anteriores, na contratação em sítios de compras coletivas também prevalece o princípio da informação, isto é, direito básico do consumidor.

I - Fornecer ferramentas eficazes ao consumidor para identificação e correção imediata de erros ocorridos nas etapas anteriores à finalização da contratação;

O processo de contratação eletrônica é realizado em várias etapas: confirmação do cadastro, do produto e conclusão, dentre outras, de acordo com a preferência e disposição do sítio.

A contratação eletrônica é realizada em etapas e o sítio deve ter ferramentas de correção para qualquer erro eventualmente

cometido, evitando o que ocorre atualmente na maioria dos sítios, em que o consumidor tem que começar todo o processo ao errar em qualquer parte. É questão de qualidade no atendimento e respeito ao consumidor.

II - Confirmar imediatamente o recebimento da aceitação da oferta;

Assim que o contrato for concluído o consumidor deverá receber a confirmação através do meio eletrônico que efetuou a compra. Esta é uma medida importante de segurança jurídica, vez que ao efetuar essa contratação no estabelecimento físico, a confirmação é feita imediatamente e pessoalmente. A partir deste Decreto os sítios estão obrigados a enviar a confirmação, imediatamente, nas contratações eletrônicas.

III - Disponibilizar o contrato ao consumidor em meio que permita sua conservação e reprodução, imediatamente após a contratação.

Além da confirmação, o sítio deverá enviar ao consumidor uma cópia do contrato via *e-mail*. É também questão de segurança jurídica, além de medida protetiva do cliente para os casos em que o contrato não é cumprido conforme o anteriormente pactuado.

O consumidor não pode estar obrigado a cumprir cláusulas que desconhece, principalmente quando confeccionadas unilateralmente pelo fornecedor. Sendo assim, se o consumidor não tiver a oportunidade de conhecer todas as cláusulas contratuais, não estará a elas sujeito.

Este inciso decorre do princípio da transparência, que obriga o fornecedor a disponibilizar o contrato, bem como todas as suas cláusulas para que a contratação produza efeitos perante o consumidor. Este princípio está expresso no artigo 4º do CDC.

IV - Manter serviço adequado e eficaz de atendimento em meio eletrônico, que possibilite ao consumidor a resolução de demandas referentes à informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento do contrato;

Se o produto e/ou serviço é contratado pela via eletrônica, qualquer controvérsia também deverá ser solucionada pela mesma via. O consumidor deve ser atendido de maneira adequada e respeitosa. Tampouco deve encontrar dificuldades em cancelar o contrato ou contatar o responsável para sanar eventuais dúvidas.

Este problema é muito comum, principalmente nos contratos de prestação de serviços, em que há resistência dos fornecedores em cancelar ou suspender o contrato, apresentando diversos empecilhos.

V - Confirmar imediatamente o recebimento das demandas do consumidor referidas no inciso, pelo mesmo meio empregado pelo consumidor. Utilizar mecanismos de segurança eficazes para pagamento e para tratamento de dados do consumidor.

Parágrafo único. A manifestação do fornecedor às demandas previstas no inciso V do caput será encaminhada em até cinco dias ao consumidor.

A segurança da contratação é de responsabilidade do sítio, que deve dispor de mecanismos e ferramentas adequadas à proteção da privacidade do consumidor. Os dados pessoais, bem como os financeiros, não poderão ser repassados a terceiros.

A confirmação do recebimento da demanda deve ser realizada imediatamente, todavia, o fornecedor tem o prazo de até cinco dias para responder a demanda enviada ao consumidor. O Código de Defesa do Consumidor também dispõe sobre o atendimento. Vejamos:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

O atendimento deve ser eficaz, seguro e célere, prezando pela satisfação na contratação. Tal controle deve ser realizado pelos órgãos de proteção ao consumidor, o denominado PROCON²⁰.

5 DIREITO DE ARREPENDIMENTO

O quinto artigo do Decreto em pauta dispõe sobre o direito de arrependimento²¹ no comércio eletrônico. No Código de Defesa do Consumidor, tal direito vem explicitado da seguinte maneira:

20 Disponível em: <www.portaldodoconsumidor.gov.br/procon.asp>. Acesso em: 18 nov. 2014.

21 O fornecimento de informações sobre prazo de entrega de produtos adquiridos, possibilidade de incidência de multa ao fornecedor em caso de atraso na entrega do produto ou na devolução do dinheiro, em caso de arrependimento, constitui, como visto, direito básico do consumidor, e a ação civil pública

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 (sete) dias a contar de sua assinatura ou ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviço ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

O Decreto não se manifesta a respeito do prazo para o direito de arrependimento, portanto, aplica-se o disposto no referido Código, ou seja, sete dias.

APELAÇÃO CÍVEL. PACOTE TURÍSTICO NÃO REALIZADO. DIREITO DE ARREPENDIMENTO DO CONSUMIDOR. SENTENÇA A QUO QUE DECIDIU PELA CONDENAÇÃO DOS FORNECEDORES AO PAGAMENTO DO VALOR PAGO COMO ENTRADA RETIDO QUE DEVE SER MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO (TJ-SC - AC: 206294 SC 2007.020629-4,16/11/2011, Primeira Câmara de Direito Civil).

Entretanto, se o fornecedor disponibilizar prazo superior ao legal prevalece o contratado, levando-se em consideração a vinculação da oferta. Caso o prazo pactuado seja inferior a sete dias, será considerado ilegal.

Cada vez mais os consumidores, sem tempo de ir às compras e/ou porque é bastante cômodo, adquirem produtos e serviços sem sair de casa. Com o implemento do setor, os vendedores passaram a ofertar prazo maior do que 7 dias para reflexão e desistência. São vários os anunciantes que garantem 10, 15, e até 30 dias para a desistência do negócio²².

Art. 5º O fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento do consumidor.

ajuizada pelo Ministério Público busca apenas dar efetividade àqueles direitos garantidos pela legislação consumerista (Apelação n.º 0161383-66.2009.8.26.0100, 22.3.2012).

22 NUNES, Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 645.

Além das informações explicitadas nos artigos anteriores, o fornecedor deverá, também, informar no sítio os meios para o exercício do direito de arrependimento, ou seja, deverá ser encontrada facilmente essa opção com as informações necessárias.

Este é um direito básico do consumidor, que pode exercê-lo mesmo sem esta informação. Entretanto, a falta desta informação poderá acarretar ao fornecedor a obrigação de aceitar a devolução a qualquer momento.

§ 1º O consumidor poderá exercer o seu direito de arrependimento pela mesma ferramenta, utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados.

O consumidor poderá exercer o direito de arrependimento pelo meio eletrônico, sem prejuízo de outros meios. Mais uma vez tornam-se importantes as informações a respeito daquele que contrata, devendo ser encontrado facilmente por endereço eletrônico e físico.

Embora o contrato seja pactuado através do sítio eletrônico, o consumidor pode contatar o fornecedor a respeito do direito de arrependimento através de telefone, endereço físico ou qualquer outro meio possível. Desde que o exerça no tempo previsto em lei, o meio tampouco importa.

§ 2º O exercício do direito de arrependimento implica a rescisão dos contratos acessórios, sem qualquer ônus para o consumidor.

O arrependimento é um direito previsto em lei, por isso o consumidor não pode ter qualquer ônus ao exercê-lo. O mesmo se aplica aos contratos acessórios, já que estão ligados ao principal.

Sendo assim, o consumidor não arcará com ônus, se exercer seu direito no prazo de sete dias contados da assinatura do contrato ou do ato do recebimento do produto. A contagem deste prazo é a mesma aplicada no Código Civil, excluindo o dia do início e incluindo o dia do fim.

Como o risco do empreendimento é do fornecedor, que vende e entrega o produto ou serviço com a possibilidade legal da devolução, e como o efeito da desistência é *ex tunc*, toda e qualquer despesa

necessária à devolução do produto ou serviço é de responsabilidade do vendedor, inclusive transporte, caso seja preciso²³.

§ 3º O exercício do direito de arrependimento será comunicado imediatamente pelo fornecedor a instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito ou similar, para que:

A transação não seja lançada na fatura do consumidor; ou

Seja efetivado o estorno do valor, caso o lançamento na fatura já tenha sido realizado.

O direito de arrependimento pode ser exercido, independentemente da forma de pagamento pactuada. A instituição financeira, administradora do cartão de crédito ou quem for responsável, vincula-se ao disposto em lei e está obrigada a estornar o valor ou se abster de lançar o valor na fatura, conforme for o caso.

O fornecedor também deve disponibilizar um meio eficaz de comunicação com essas instituições, para que o cancelamento seja concretizado de maneira eficaz e sem causar prejuízos ao consumidor.

Há quem defenda que a instituição financeira responde solidariamente aos fornecedores, vez que também compõe o negócio e obtém lucros através dele.

Acontece que a administradora do cartão do crédito recebe pelo serviço efetuado aos vendedores, normalmente cobrado por meio de descontos dos valores a serem a eles creditados. Logo, as administradoras de cartões e os fornecedores-vendedores são parceiros nos negócios, já que ambos têm interesse jurídico e comercial na venda²⁴.

Ademais:

Agravo retido Interposição contra decisão que concedeu a tutela antecipada - Falta de interesse recursal - Recurso não conhecido - Responsabilidade Civil - Indenização - Compra e venda de móveis planejados - Inexistência de entrega dos produtos - Legitimidade passiva da financiadora e da fabricante - Desnecessidade de

²³ NUNES, op. cit., p. 712.

²⁴ NUNES, op. cit., p. 717.

denúnciação da lide à revendedora - Rescisão contratual - Restituição dos valores dos cheques compensados - Reparação material devida - Ofensa à autoridade legítima do consumidor, ao sossego e à tranquilidade - Reparação moral igualmente devida - Avaliação do *quantum* indenizatório - Dogma de RIPERT Arbitramento suficiente - Manutenção - Apelações desprovidas (Apelação nº 0049532-54.2011.8.26.0002 – São Paulo – VOTO Nº 25355 – MTM).

§ 4º O fornecedor deve enviar ao consumidor confirmação imediata do recebimento da manifestação de arrependimento.

Ao receber a manifestação do consumidor, o fornecedor deve enviar comunicado à instituição financeira para realizar o cancelamento, mas também deve enviar a confirmação ao consumidor para que este saiba que seu direito foi exercido.

O direito de arrependimento, também chamado de “direito de reflexão²⁵” foi um importante avanço nas relações de consumo e se estende as contratações eletrônicas. Esse direito pode ser exercido sem existência de qualquer motivo ou justificação. O único critério exigido é a manifestação objetiva da desistência dentro do prazo previsto.

Não cabe ao fornecedor qualquer resistência a esse direito, vez que é uma garantia da relação jurídica de consumo.

6 OBRIGAÇÕES E PUNIÇÕES DE FORNECEDORES

O sexto e sétimo artigos referem-se às obrigações e punições aos fornecedores pelo não cumprimento do disposto em lei.

Art. 6º As contratações no comércio eletrônico deverão observar o cumprimento das condições da oferta, com a entrega dos produtos e serviços contratados, observados prazos, quantidade, qualidade e adequação.

A oferta vincula o fornecedor, que deve responder por aquilo que propôs.

As condições de entrega do produto ou do fornecimento do serviço têm de ser expressas: “consumidor retira”; “fornecedor entrega”; “preço do frete incluso”; “cobrado à parte”; etc. (art. 27, §3º, c, CDC).

25 Ibidem, p. 712.

Art. 7º A inobservância das condutas descritas neste Decreto ensejará aplicação das sanções previstas no art. 56 do CDC.

As punições pela inobservância das condutas obrigatórias por parte dos fornecedores traz as mesmas consequências das relações comerciais pactuadas fora do comércio eletrônico.

O artigo refere-se às punições administrativas, que não impedem eventuais punições de natureza civil, penal ou de norma específica. Tais punições são: multa; apreensão do produto; inutilização do produto; cassação do registro junto ao órgão competente; proibição de fabricação do produto; suspensão de fornecimento de produto ou serviço; suspensão temporária de atividade; revogação de concessão ou permissão de uso; cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; intervenção de contrapropaganda. Dispõe, ainda, que tais medidas podem ser aplicadas cumulativamente.

Esse rol de sanções descritas no art. 56 é *taxativo* e, portanto, não poderá ser aplicada, administrativamente, sanção diversa. Os artigos seguintes do CDC dispõem especificamente a respeito das sanções, quando e como devem ser aplicadas.

Todos esses critérios continuam válidos, já que o Decreto apenas acrescenta novas relações jurídicas de consumo, advindas do comércio eletrônico, àquelas já previamente tuteladas pelo CDC.

Art. 8º O Decreto nº 5.903 de 20 de setembro de 2006, passa a vigorar com as seguintes alterações: “art.10 [...] O disposto nos arts. 2º, 3º e 9º desde Decreto aplicam-se às contratações no comércio eletrônico”.

O Decreto nº 5.903 de 20 de setembro de 2006 dispõe sobre o direito básico do consumidor à informação daquilo que está contratando. O Decreto é posterior ao Código de Defesa do Consumidor e reafirmou os direitos dos consumidores.

Referem-se aos preços dos produtos e/ou serviços, que devem ser informados de maneira precisa aos consumidores. Esses preços devem ser informados em todas as formas de pagamento, à vista ou a prazo, com os detalhes que configurem cada possibilidade, bem como juros e acréscimos.

A informação deve ser correta, ou seja, não pode induzir o consumidor a erro; clara, àquela entendida facilmente e sem maiores dificuldades de compreensão ou que necessite de cálculo; precisa, diretamente ligada ao consumidor; ostensiva, devendo ser entendida sem qualquer esforço; e legível, estando em local visível.

São infrações ao direito de informação do consumidor quando utilizadas letras que dificultem ou não permitam a percepção correta do produto; preços expostos com as mesmas cores das letras e do fundo; caracteres apagados, rasurados ou borrados; apenas preços parcelados, forçando o consumidor a calcular o preço final; utilizar moeda estrangeira sem conversão, dentre outras que firam ou tenham por objetivo ferir esse direito basilar à informação.

Art. 9º Este Decreto entra em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

O Decreto foi publicado em 15 de março de 2013, ou seja, atual e vigente, podendo ser exigido dos fornecedores nas relações pactuadas através do comércio eletrônico.

7 PROTEÇÃO DE DADOS

A implantação da *criptografia* é uma das principais alternativas para a segurança e proteção de dados. Dessa forma, ficam protegidas as informações disponibilizadas pelos usuários da rede, podendo ser vistas apenas por quem criou o sistema, através de uma codificação inserida no sítio eletrônico.

Isto é, através de sistemas de criptografia dos dados será possível manter a integridade das mensagens e a privacidade das pessoas. A criptografia de uma mensagem consiste em uma técnica de combinação alfanumérica que terá o objetivo de codificar, ou tornar ininteligível, um determinado texto ou informação através da utilização de algoritmos, tornando-o protegido em caso de uma interceptação não desejada por terceiros. A recuperação dos dados em sua forma legível só é possível por meio de um processo inverso, ao qual se dá o nome de descryptografia, que exige do destinatário da mensagem uma certa informação para proceder, a chamada chave ou padrão criptográfico²⁶.

Com a *criptografia* é assegurada dupla proteção na negociação *online*: os dados daquele que a emitiu e o conteúdo original da mensagem.

²⁶ NUNES, p. 173.

Esse sistema garante não só a assinatura digital identificadora do emitente como também, a inviolabilidade do conteúdo da mensagem, uma vez que a chave só abre o documento assinado digitalmente, de forma que se ele for alterado a chave não o abrirá, sendo dessa forma, possível saber se o documento foi adulterado²⁷.

Para que esse sistema criptográfico funcione é necessária a ação de um terceiro (*entidade certificadora*), que não faz parte da relação contratual, entretanto, assegura a sua proteção.

Assim, ao enviar uma mensagem codificada, o remetente deverá encriptá-la utilizando a chave privada da sua assinatura digital, devendo comunicar ao destinatário do documento a assimétrica chave pública da assinatura digital que permitirá a deciptação da mensagem para a linguagem convencional²⁸.

Desde 2001, o Brasil oferece a *assinatura digital* regulamentada pela Medida Provisória 2.200-2. Esta MP criou a chamada *Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira*, implantada, coordenada e fiscalizada por um Comitê Gestor.

Ainda quanto à assinatura digital, a política de certificado do ICP-Brasil estabelece vários níveis de certificados de segurança, que vão desse um nível ordinário até um alto nível, sendo a escolha do titular da assinatura. Em razão desses níveis, a assinatura digital pode ser aposta por um *software* existente no computador do titular da assinatura ou por um elemento externo – cartão ou *token* – que, conectado ao computador, permite a assinatura digital do documento²⁹.

*A Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira*³⁰ (ICP-Brasil) é uma cadeia hierárquica e de confiança que viabiliza a emissão de certificados digitais para identificação virtual do cidadão. Observa-se que o modelo adotado pelo Brasil foi o de certificação com raiz única, sendo que o *Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI)*, além de desempenhar o papel de Autoridade Certificadora Raiz (AC-Raiz), também tem o papel de credenciar e descredenciar os demais participantes da cadeia, supervisionar e fazer auditoria dos processos.

27 ANDRADE, Ronaldo Alves. *Contrato eletrônico no novo Código Civil e no Código do Consumidor*. Barueri: Manole, 2004. p. 71.

28 *Ibidem*, p. 72.

29 ANDRADE, *op. cit.*, p. 88.

30 Disponível em: <www.iti.gov.br/icp-brasil>. Acesso em: 20 nov. 2014.

Posteriormente, a Lei nº 11.419 de 2006 dispôs sobre a informatização dos processos judiciais, que passaram a ser eletrônicos, autenticados por assinatura judicial. Tal procedimento tornou-se efetivo desde o início de 2013, ao menos no Estado de São Paulo, onde as ações são propostas eletronicamente e as decisões judiciais são efetuadas pelo mesmo meio, os quais têm sido considerados muito práticos e eficazes.

8 PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO

O planejamento estratégico é um processo *gerencial* que se refere à formulação de objetivos na seleção de programas de ação e para sua execução, levando em consideração as condições internas e externas à empresa em sua evolução. Também considera premissas básicas que a empresa deve respeitar para que todo o processo tenha coerência e sustentação.

A administração estratégica é um processo que envolve administradores de todas as camadas da organização, que formulam e implementam os objetivos estratégicos³¹.

O planejamento estratégico, em si mesmo, é o processo de confecção da estratégia, na qual se define a correlação entre a organização e seus ambientes interno e externo, bem como os objetivos organizacionais, também com a delimitação de estratégias supletivas.

O planejamento estratégico prevê o futuro e a saúde do empreendimento, com enfoque em sua longevidade e sustentabilidade, ou seja, “o que deve ser executado e de que maneira deve ser executado”.

Isso é crucial para o sucesso da organização e preservação de seu agregado social, sendo que a responsabilidade desse planejamento assenta, sobretudo, nos principais gestores, dado o nível de decisões que lhe são exigidas.

Genericamente, então, o planejamento pode ser dividido em três categorias: planejamento estratégico; planejamento tático; planejamento operacional.

31 PEREIRA, Maurício Fernandes. *Planejamento estratégico: teorias, modelos e processos*. v. 1, São Paulo: Atlas, 2010.

9 REDUÇÃO DOS CONFLITOS

Em se tratando de relações jurídicas de consumo, o Código Civil subsidia a aplicação do CDC. Não há conflito de normas, pois as realidades aqui tratadas são completamente distintas. As relações estritamente cíveis se apresentam em menor número do que as relações consumeristas, mas a função social dos contratos, a boa fé, a responsabilidade civil objetiva, são ainda coincidentes.

Ocorre que, as relações de consumo não são julgadas por uma Justiça Especial, como a Justiça do Trabalho, e o julgador aplica o CDC e o Código Civil, simultaneamente, muitas vezes sem o devido zelo na análise da distinção entre relação cível ou consumerista.

O amadurecimento jurisprudencial na aplicação do vigente Código Civil de 2002 aproxima-o da racionalidade do CDC e, portanto, representa um avanço social.

Sempre advirão valiosas experiências estrangeiras que podem subsidiar o aprimoramento do sistema nacional. Porém, no âmbito das relações de consumo, o Direito Brasileiro é especialmente vanguardista.

Ademais, resta a experiência portuguesa, onde foi vislumbrado o *Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo*³²:

Os meios de resolução alternativa de litígios são voluntários para as partes, pelo que o profissional não é obrigado a participar num processo de mediação ou de arbitragem. No caso de a mediação e a arbitragem não serem eficazes para a resolução do conflito, o consumidor tem de recorrer à via judicial. Ainda antes dos tribunais judiciais, existem em alguns conselhos portugueses os *juízos de paz*, que procuram a resolução dos litígios com procedimentos orientados por princípios de simplificação processual, oralidade e informalidade. No caso de não existir juízo de paz, é necessário recorrer a um tribunal judicial, devendo o consumidor contactar um advogado.

32 Disponível em: <www.arbitragemdeconsumo.org>. Acesso em: 20 nov. 2014.

A arbitragem, destarte, funciona como jurisdição alternativa, especializada, conhecedora das regras e práticas específicas, tudo para a rápida e competente solução de determinada pendência³³.

Então, embora o Decreto em pauta possua naturais limitações ao não tratar do comércio eletrônico em sua profundidade, a nova regra, indubitavelmente, trouxe maior segurança aos consumidores em geral, possibilitando a uniformização das ofertas de produtos e/ou serviços pela *internet*.

Inegável, portanto, a relevância dos esforços da *Secretaria Nacional do Consumidor* (SENACON) e do Ministério da Justiça em regulamentar, de maneira corajosa, o texto do CDC, que embora consiga resolver grande parte dos conflitos atuais, devido à consistência e efetividade de suas regras principiológicas e atemporais, foi editado há mais de vinte anos e não poderia prever a complexidade dos temas mais contemporâneos.

10 ÉTICA NAS EMPRESAS

São múltiplas as motivações para a promoção da ética na cultura de gestão empresarial, especialmente nas últimas décadas.

Embora muitos renomados administradores estejam comprometidos com os mais elevados padrões éticos, outros não estão ainda convencidos de que a ética pode muito bem harmonizar-se com a economia e competitividade, ou então a encaram como questão de moralidade de caráter meramente pessoal.

Ética nos negócios é o estudo da forma pela qual normas morais pessoais se aplicam às atividades e aos objetivos da empresa comercial. Não se trata de um padrão normal separado, mas de estudo de como o contexto dos negócios cria seus problemas próprios e exclusivos à pessoa moral que atua como um gerente deste sistema³⁴.

Os Códigos de Governança Corporativa, verdadeiros Códigos de Conduta Ética, hoje são a regra, não a exceção.

33 FERREIRA, Carolina Iwancow. *Arbitragem internacional e sua aplicação no direito brasileiro*. Campinas: Reverb, 2011, p. 171.

34 NASH, Laura L. *Ética nas empresas: guia prático para soluções de problemas éticos nas empresas*. São Paulo: Makron Books, 2001. p. 7.

[...] a Governança Corporativa é real e concreta necessidade para o universo corporativo. Não se trata de modismo, nem de falácia. É ferramenta de gestão na busca da interação transparente com o mercado, acionistas, investidores, fornecedores, trabalhadores, consumidores, governo e sociedade, nacional ou transnacional, como meio de fortalecimento da conduta ética e da responsabilidade social do empreendedorismo em geral³⁵.

Enfim, os escândalos empresariais que se apresentam na imprensa, seja nacional ou internacional, são provas veementes de que os gestores, assim como grande parte da humanidade, nem sempre conseguem fazer da boa ética um fator concreto de conduta nos negócios.

11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

São os sistemas jurídicos, políticos e institucionais de cada Estado, baseados em seus princípios, em consonância com suas próprias realidades sociais, fundados em seus valores morais e culturais, que permitirão a efetivação entre os modelos adotados e os verdadeiramente praticados (Carolina Iwancow Ferreira)³⁶.

Após a análise do Decreto, bem como da doutrina e jurisprudência no tocante ao comércio eletrônico, destacam-se algumas considerações finais.

O comércio eletrônico se apresenta como uma realidade no final do século XX e início do século XXI; “de fato, até 1991, nos Estados Unidos da América, o comércio através da *internet* era proibido pela *National Science Foundation*³⁷”.

Importante ressaltar que o comércio eletrônico não representa nova forma de contratação, mas sim um novo meio de efetivação dos contratos já previstos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. Trata-se, pois, de contrato de compra e venda com causas e efeitos diferentes ante o modo de contratação.

35 FERREIRA, Carolina Iwancow. *Manual de governança corporativa: nacional e internacional*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014. p. 278.

36 *Ibid.*, p. 271-272.

37 MULLHOLLAND, Caitlin. *Internet e Contratação: panorama das relações contratuais eletrônicas de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 70-71.

Tendo-se que o contrato é formado pela convergência das vontades manifestadas pelas partes, é importante fixar o momento dessa convergência, pois só a partir daí podemos falar em contrato. No caso do contrato eletrônico, a convergência de vontades ocorre e considera-se formado o contrato quando uma das partes faz a oferta de contratar e a outra manifesta aceitação³⁸.

Apesar da distância física entre consumidor e fornecedor, os contratos realizados através dos sítios eletrônicos são considerados “entre presentes”, pois estes, ao dispor os produtos eletronicamente, a oferta torna-se pública, necessitando apenas da aceitação.

[...] os contratos celebrados via *internet*, por analogia ao sistema utilizado no caso dos contratos celebrados pelo telefone, e utilizando-se do mesmo princípio da interatividade e comunicação direta, devem considerar-se como contratos celebrados entre presentes, sendo a estes atribuídos os efeitos quanto à sua formação e conclusão³⁹.

Os contratos realizados via *e-mail*, entretanto, são considerados “entre ausentes”, pois inexistente a simultaneidade. Há um intervalo de tempo, além de condições de aceitação. Ainda assim, o fato do sítio eletrônico enviar um *e-mail* confirmando a efetuação da compra não retira a sua característica de comunicação direta, vez que a oferta vincula o fornecedor e o contrato já foi assinado pelo consumidor.

Entretanto, por disposição legal do Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 40, as relações de consumo, ainda que efetivadas “entre presentes”, submetem-se às regras da venda à distância, cujo fornecimento de produto e/ou serviço se dá *fora* do estabelecimento do fornecedor.

Isto porque, apesar da contemporaneidade da formação contratual, isto é, da imediatidade do encontro de proposta e aceitação, existe ainda assim uma separação especial, física, que vai ser o elemento de conceituação destas relações contratuais como sendo formados à distância, ou seja, sem a presença física dos contraentes⁴⁰.

38 ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Contrato eletrônico no novo Código Civil e no Código do Consumidor*. Barueri: Manole, 2004. p. 32.

39 MULHOLLAND, Caitlin. *Internet e Contratação: panorama das relações contratuais eletrônicas de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 79.

40 *Ibid.*, p. 82.

Enfim, uma das principais características do comércio eletrônico é sua *transnacionalidade*, vez que possibilita a troca de informações em tempo real, superando as barreiras do comércio nacional.

Por tratar-se de rede aberta gera insegurança quanto aos dados e informações lá armazenados. A tecnologia, atualmente, não apresenta limites, sendo indispensável uma postura mais protetiva e coercitiva com o fim de evitar inseguranças e fraudes ao consumidor.

Ainda hoje é evidente a falta de investimento tecnológico dos sítios eletrônicos para atender ao consumidor, principalmente no tocante à proteção dos dados.

Ora, se o Brasil possui tecnologia suficiente para proteção de dados *online*, não há motivos para postergar a exigência de tal medida de segurança aos sítios de cunho comercial, efetivando de tal modo a proteção ao consumidor, que é um direito constitucionalmente reconhecido.

Então, efusivamente, a defesa do consumidor, espelhada no respeito aos direitos básicos inerentes e na boa fé na contratação, com cumprimento efetivo das condições pactuadas e disponibilização de pessoal treinado nos canais de comunicação, só poderá potencializar, e muito, o desenvolvimento do mercado competitivo, mas com questões mais apuradas de responsabilidade social empresarial.

Por fim, para que o empresariado voltado ao *e-commerce* consiga adequar suas atividades econômicas às disposições do Decreto nº 7.962/2013, torna-se imprescindível que procurem por auxílio especializado na elaboração de um verdadeiro “planejamento estratégico”, com os aparatos necessários para evitar ou, ao menos, diminuir os conflitos com seus consumidores, proporcionando-lhes maior credibilidade e idoneidade no desenvolvimento de seus negócios.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Contrato eletrônico: no novo Código Civil e no Código do Consumidor*. Barueri: Manole, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FAUST, Andre. *A histeria das compras coletivas: cada vez mais empresas se lançam no Brasil no segmento mais promissor do comércio eletrônico. Haverá espaço para todos?* Publicado em Exame, 29/12/2010.

FERREIRA, Carolina Iwancow. *Arbitragem internacional e sua aplicação no direito brasileiro*. Campinas: Reverbo, 2011.

_____. *Manual de governança corporativa: nacional e internacional*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

GONÇALVES, Antonio Baptista. *Compras coletivas e as lesividades na relação de consumo*. Publicado em *Cognitio Juris*. João Pessoa: ano II, n. 5, ago. 2012. Disponível em: <<http://www.cognitiojuris.com/artigos/05/02.html>>. Acesso em: 19 ago. 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. [Et. al.] *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MULHOLLAND, Caitlin. *Internet e Contratação: panorama das relações contratuais eletrônicas de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NASH, Laura L. *Ética nas empresas: guia prático para soluções de problemas éticos nas empresas*. São Paulo: Makron Books, 2001.

NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Maurício Fernandes. *Planejamento estratégico: teorias, modelos e processos*. v. 1, São Paulo: Atlas, 2010.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SCANDIUZZI, Fernando; OLIVEIRA, Márcio Mattos Borges; ARAÚJO, Geraldo José Ferraresi de. *A logística do comércio eletrônico B2C: um estudo nacional multicase*. Estudos do CEPE, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

AVALIAÇÃO AMBIENTAL ESTRATÉGICA (AAE), LICENCIAMENTO AMBIENTAL E AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL

*STRATEGIC ENVIRONMENTAL ASSESSMENT (SEA),
ENVIRONMENTAL LICENSING AND JUDICIAL SELF-RESTRAINT*

Eduardo Fortunato Bim

Procurador Federal

Mestre em Direito pela Unimep

doutorando em Direito do Estado pela USP

SUMÁRIO: Introdução; 1 A exigência da AAE como requisito para o licenciamento estatal; 2 A mensuração de impactos cumulativos e sinérgicos no estudo de impacto ambiental: ausência de exclusividade da AAE para tal mister; 2.1 A excessiva confiança na Avaliação Ambiental Estratégica; 2.2 O argumento da relação entre as partes e o todo; 2.3 A desnecessidade do Zoneamento Ecológico-Econômico para a licença ambiental; 3 A AAE

como espécie da avaliação de impacto ambiental (AIA): possibilidade de criação por ato infralegal? Por quem?; 3.1 A situação da AAE nos EUA e a diferença com a possibilidade regulatória brasileira; 3.2 A impossibilidade de se exigir a AAE como ato impositivo baseado na mera discricionariedade técnica do órgão ambiental; 4 Autocontenção judicial no procedimento administrativo de licenciamento ambiental: impossibilidade de se exigir a AAE; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Existente em vários países, a avaliação ambiental estratégica (AAE) tem sido exigida como requisito para o licenciamento ambiental de alguns empreendimentos, especialmente os hidrelétricos. Neste artigo, essa exigência é analisada sob três aspectos: da não exclusividade da AAE para medir impactos cumulativos e sinérgicos, da necessidade de lei para estabelecer a AAE como requisito do licenciamento ambiental e, por fim, da autocontenção judicial para impô-la.

PALAVRAS-CHAVE: Avaliação Ambiental Estratégica. Avaliação Ambiental Integrada. Avaliação de Sustentabilidade. Licenciamento Ambiental. Autocontenção Judicial.

ABSTRACT: Existing in various countries, strategic environmental assessment (SEA) has been demanded as a requirement for the environmental licensing of some projects, especially those relating to the hydroelectric power station. In this article, this requirement is analyzed under three aspects: non-exclusive SEA to measure cumulative and synergistic impacts, need for law to establish the SEA as a requirement of the environmental licensing and, finally, judicial self-restraint to enforce it.

KEYWORDS: Strategic Environmental Assessment. Programmatic Environmental Impact Statement. Sustainability Assessment. Environmental Licensing. Judicial Self-restraint.

INTRODUÇÃO

Apesar de a Avaliação Ambiental Estratégica (AAE) ser conhecida por imposição de organismos financiadores internacionais, foi a sua previsão na legislação da comunidade europeia que impulsionou os estudos da AAE no Brasil e, conseqüentemente, a sua cobrança no licenciamento ambiental, mormente naquele relacionado aos empreendimentos de infraestrutura do setor elétrico.

A AAE é conhecida sob uma variedade de nomes nos EUA,¹ e como Avaliação Ambiental de Planos e Programas² ou *Strategic Environmental Assessment* (SEA), na legislação da comunidade europeia,³⁻⁴ mas no Brasil ela não tem nem denominação específica e muito menos previsão legal. Frise-se que em Portugal, a nova Lei de Bases do Ambiente (Lei 19/2014) previu a AAE conjuntamente com a AIA-projetos: “Os programas, planos e projetos, públicos ou privados, que possam afetar o ambiente, o território ou a qualidade de vida dos cidadãos, estão sujeitos a avaliação ambiental prévia à sua aprovação, com vista a assegurar a sustentabilidade das opções de desenvolvimento” (art. 18, 1).

No Estudo da Dimensão Territorial para o Planejamento (vol. VII) – efetuado pela Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

- 1 Programmatic impact statement; programmatic environmental impact statement ou, simplesmente, programmatic EIS; cumulative EIS; comprehensive impact statement; generic environmental impact statement (PORTERFIELD, Matthew. Agency action, finality and geographical nexus: judicial review of agency compliance with NEPA's programmatic environmental impact statement requirement after Lujan v. National Wildlife Federation. *University of Richmond Law Review*, v. 28, 1994. p. 619).
- 2 Cf. Diretiva 2001/42/CE, prevendo que as legislações locais a instituísem em seus respectivos países até 21 de julho de 2004 (art. 13).
- 3 Na Inglaterra também é conhecida como strategic environmental assessment (SEA), na França como évaluation environnementale stratégique, na Espanha como evaluación ambiental estratégica, bem como ainda é denominada de sustainability appraisal (THERIVEL, Riki. *Strategic Environmental Assessment in Action*. 2. ed. Londres: Earthscan, 2010. p. 6). Na Itália é conhecida como valutazione ambientale strategica (VAS) (FILIPPUCCI, Leonardo. *La Valutazione di Impatto Ambientale e la valutazione strategica, alla luce delle modifiche introdotte dal Dlgs 4/2008*. Milano: Edizioni Ambiente, 2009. p. 165).
- 4 Na Europa a AAE parece ser resultado do aperfeiçoamento da avaliação de impacto transfronteiriços. Aperfeiçoamento porque a Convenção de Espoo (1991) já havia tratado de tal questão em impactos transfronteiriços, tendo a Convenção de Kiev (2003), que foi uma reunião extraordinária das partes da Convenção de Espoo, desenvolvido o tema em âmbito nacional sob o fundamento do artigo 20, 7, da Convenção Mãe: “As avaliações dos impactos ambientais determinadas pela presente Convenção serão efetuados pelo menos na fase de projeto da atividade proposta. As Partes esforçar-se-ão, na medida do necessário, por aplicar os princípios da avaliação dos impactos ambientais às políticas, planos e programas.”

(SPI/MPOG) em 2008⁵ – a AAE é conhecida como *Avaliação de Sustentabilidade (AS)*, ou, no setor do petróleo, como *Avaliação Ambiental de Área Sedimentar (AAAS)*, instituída pela Portaria Interministerial MME/MMA 198/12, ainda que não seja um instrumento da política nacional do meio ambiente.

A relevância da AAE está diretamente relacionada à sua utilização como instrumento de diagnóstico amplo dos impactos ambientais e, quando relacionada aos impactos cumulativos e sinérgicos, não é exclusiva, uma vez que a Resolução Conama 01/86 também prevê a ampla avaliação de impacto ambiental, embora somente para projetos, não para políticas, planos e programas (PPP).

Distingue-se a AAE da Avaliação Ambiental Integrada (AAI) pelo escopo de ambas: enquanto a primeira é geral (aplica-se a diversas atividades), a segunda é mais específica (apenas um setor ou tipo de obra, *v.g.*, o aproveitamento hidrelétrico em uma bacia hidrográfica). No presente trabalho, emprega-se apenas o acrônimo AAE como gênero englobante da AAI e demais espécies de avaliações de planos, programas e políticas.⁶ Isso porque AAE “é o termo usado para descrever o processo de avaliação ambiental de políticas, planos e programas (PPP), que devem ser aprovados previamente à formulação e à decisão sobre a implementação de projetos”,⁷ dando-lhe elasticidade suficiente para abranger a AAI ou outros nomes que venham a surgir.

5 BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos – SPI. *Estudo da Dimensão Territorial para o Planejamento*: Volume VII – Avaliação de Sustentabilidade da Carteira de Investimentos. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos. Brasília: MPOG, 2008.

6 Ressalte-se que o conceito de AAE é de difícil compreensão, o que fica claro pela variedade de conceitos apresentados em estudo do Ministério do Meio Ambiente sobre a AAE (Avaliação Ambiental Estratégica. Brasília: MMA/SQA, 2002. p. 15-16). Luis Enrique Sánchez também sublinha tal dificuldade: “Assim como a noção de desenvolvimento sustentável, o termo “avaliação ambiental estratégica” admite diferentes interpretações. Seu sentido e significado são potencialmente muito amplos, e se não forem definidos por meio de legislação, regulamentação ou outro tipo de acordo entre os interessados, seus objetivos, alcance e potencialidades podem facilmente ser objeto de discórdia” (Avaliação Ambiental Estratégica e sua Aplicação no Brasil. 2008. p. 15. Disponível em: <<http://www.revistaestudosavancados.usp.br/iea/aeartigo.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2013). Jon Cooper (Broad programmatic, policy and planning assessments under the national environmental policy act and similar devices: a quiet revolution in an approach to environmental considerations. *Pace Environmental Law Review*, v. 11, no 1, 1993. p. 89-156, p. 94) doutrina que existe pouco consenso sobre o que exatamente se inclui na AAE, o que não vem impedindo seu uso.

7 TEIXEIRA, Izabella Mônica Vieira. *O uso da avaliação ambiental estratégica no planejamento da oferta de blocos para exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil*: uma proposta. 2008. 288 p. (Tese em Engenharia). Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, p. 29. A

O intuito do presente texto é tecer considerações gerais sobre a AAE, sob o ponto de vista do direito ambiental e não do planejamento governamental puro e simples. Qualquer órgão ou entidade pública pode inserir a questão ambiental em seu processo decisório, mas isso não transforma tal exigência em instrumento da política nacional do meio ambiente e, conseqüentemente, pode ser vinculante às avaliações de impacto ambientais subsequentes ou mesmo exigido como sendo um dever de proteger um direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

1 A EXIGÊNCIA DA AAE COMO REQUISITO PARA O LICENCIAMENTO ESTATAL

Ao se exigir a AAE como pré-requisito do licenciamento ambiental, utilizam-se os seguintes argumentos que, embora interconectados, são analisados separadamente.

- 1) A mensuração dos impactos cumulativos e sinérgicos somente seria possível na AAE ou na AAI; o estudo de impacto ambiental (EIA) seria inapropriado para tal, ainda mais porque, neste, as medidas mitigadoras não teriam uma visão holística dos impactos cumulativos e sinérgicos. Em outras palavras, sem a AAE/AAI o meio ambiente estaria desprotegido;
- 2) A AAE e/ou AAI seriam espécies de avaliações de impacto ambiental com respaldo na Lei 6.938/81 (art. 9º, III), o que levaria ao terceiro argumento;
- 3) A desnecessidade de lei formal para a sua exigência, no Brasil, pela via judicial, com o respaldo da redação genérica do artigo 225 da CF.

2 A MENSURAÇÃO DE IMPACTOS CUMULATIVOS E SINÉRGICOS NO ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL: AUSÊNCIA DE EXCLUSIVIDADE DA AAE PARA TAL MISTER

Ao contrário do que é defendido por parte da doutrina, a mensuração de impactos cumulativos e sinérgicos não é exclusividade

Agência de Avaliação Ambiental Canadense (Canadian Environmental Assessment Agency) define a AAE (SEA) como "a ferramenta que contribui para decisões informadas em prol do desenvolvimento sustentável pela incorporação de considerações ambientais no desenvolvimento de políticas públicas e decisões estratégicas" (tradução livre). Disponível em: <<http://www.ceaa-acee.gc.ca/default.asp?lang=En&n=A4C57835-1>>. Acesso em: 29 maio 2013.

da AAE, pois também tem essa mesma função o Estudo de Impacto Ambiental (EIA), tal qual previsto na Resolução Conama 01/86.

Essa redução do âmbito do EIA é defendida por Leonardo Castro Maia ao aduzir que decisões ambientais sobre empreendimentos hidrelétricos “sejam precedidas de uma avaliação ambiental capaz de considerar os impactos agregados de várias obras e/ou atividades, tais como os denominados efeitos sinérgicos e cumulativos de uma série de empreendimentos idealizados para uma bacia hidrográfica.”⁸ Esse mesmo entendimento já contou com o apoio de Édís Milaré ao doutrinar que uma das circunstâncias que justificam a AAE “é o efeito cumulativo que decorre de obras sucessivas ou de efeito sinérgico que resulta de obras que se implantam em determinada área e que, em princípio, nada têm a ver umas com as outras.”⁹

Um dos problemas de se impor a AAE como requisito ao licenciamento ambiental é pressupor que esse é um processo estanque, compartimentado, desconsiderando, desse modo, uma visão mais ampla do empreendimento ou atividade. Embora a AAE seja “o nome que se dá a todas as formas de avaliação de impacto de ações mais amplas que projetos individuais”,¹⁰ isso está longe de significar que o licenciamento ambiental careça de visão ampla.

O EIA considera os efeitos reflexos ou indiretos do empreendimento, não se limitando à sua análise isolada. O artigo 6º, II, da Resolução Conama 01/86, é categórico em citar as propriedades cumulativas e sinérgicas do impacto ambiental.¹¹

Não procede, ainda, o argumento de que o EIA não precise contemplar uma visão holística ou ignorar planos e programas

8 MAIA, Leonardo Castro. Usinas hidrelétricas e a atuação do Ministério Público em defesa do meio ambiente. *Revista dos Tribunais*, n. 921, jul. 2012. p. 121-162, p. 141.

9 MILARÉ, Edis. *Direito Ambiental*. 6. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 416.

10 SANCHÉZ, Luis Enrique. *Avaliação Ambiental Estratégica e sua Aplicação no Brasil*. 2008. p. 01. Disponível em: <<http://www.revistaestudosavancados.usp.br/iea/aaeartigo.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2013.

11 Artigo 6º. O estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas:

[...]

II – Análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais. (sem destaques no original)

governamentais (políticas públicas). O artigo 5º da Resolução Conama 01/86 é expresso em preceituar que o estudo de impacto ambiental definirá “os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos” (área de influência), devendo ainda considerar, “em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza” (inc. III) e considerará “os planos e programas governamentais, propostos e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade” (inc. IV).

Paulo Affonso Leme Machado, ao tratar do conteúdo do Estudo de Impacto Ambiental, tal qual previsto na Resolução Conama 01/86, ressalta:

[...] os impactos deverão ser avaliados em suas ‘propriedades cumulativas e sinérgicas’ [...] Levando-se em conta os efeitos sinérgicos advindos da execução de uma obra e/ou atividade, o EPIA terá que, em determinados casos, indicar medidas de alteração do sistema de produção em outras obras e/ou atividades já existentes na área.¹²

Como bem destacado por Marga Tessler, ao examinar a Resolução Conama 1/86, “verifica-se que no item IV deve ser considerada a inclusão do projeto em exame nos planos e programas governamentais propostos e em implantação na área de influência do projeto. Ressaltamos o que já foi antecipado, a Resolução nº 1/86 tinha perspectiva estratégica.”¹³

Na proposta de resolução Conama, a criação de uma AAE para o setor dos Aproveitamentos Hidrelétricos (AHE) é fundamentada no fato de que a análise do enfoque global da influência de cada projeto não pode ser substituída pela mera consolidação dos estudos de impactos ambientais relativos aos aproveitamentos hidrelétricos implementados e barramentos de grande porte: “Estudos parciais dificilmente mostrarão, quando unidos, a dinâmica do todo, pois a dinâmica global pode também ser variável e não refletida

12 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 237.

13 TESSLER, Marga Barth. Análise da Resolução no 1/86 Conama sob perspectiva da avaliação ambiental estratégica. *Revista do TRF da 4ª Região*. Porto Alegre, a. 18, no 63, p. 15-66, 2007. p. 25.

numa simples somatória de trabalhos parciais” (fls. 05 do Proc. 02000.002863/2010-27- DCONAMA/SECEX/MMA).¹⁴

A avaliação dos impactos cumulativos e sinérgicos do EIA não deve ser uma mera soma aritmética destes. Por exemplo, *quando se instala o segundo empreendimento, o seu EIA tem que considerar que já existe um anterior, e analisar ambos globalmente, não efetuar uma mera soma, como se eles não tivessem nenhuma interligação agregadora.*¹⁵ Essa soma deve ocorrer até para o efeito de se exigir avaliação de impacto ambiental (AIA) quando a legislação a dispensa pela insignificância isolada do impacto, uma vez que a cumulação de pequenos impactos pode alterar a insignificância presumida pela legislação, tornando necessária a realização da AIA ou de uma AIA mais complexa.

Por tais motivos não procede sustentar que soma dos impactos de cada empreendimento (impactos cumulativos e sinérgicos) é superior à mera soma aritmética, como argumento para tornar a AAE obrigatória, pois, mesmo que os impactos entre os empreendimentos gerem uma reação/potencialização recíproca, superando a sua mera soma aritmética, o EIA é ainda suficiente para aferi-los.

Existem autores que criticam essa tendência de ver na AAE um papel sobreposto ao EIA, em relação aos impactos cumulativos e sinérgicos. Izabella Teixeira observa que:

[...] parece haver uma demanda de estudos ambientais adicionais para avaliar questões e aspectos que deixaram de ser tratados nos estudos de impacto ambiental [...] ganhando ressonância [...] fazer uso da AAE para discutir questões pertinentes aos processos de avaliação de impacto ambiental, conforme rezam os regulamentos, por exemplo, a cumulatividade de impactos ambientais e as implicações ambientais secundárias (impactos ambientais indiretos) decorrentes da implantação de empreendimentos ditos estruturantes. Um ajuste ou aperfeiçoamento nos processos de proposição de termos de referência ou de instruções técnicas de EIA/RIMA por parte

14 Informação constante do site do Ministério do Meio Ambiente (3a Reunião da CT de Controle Ambiental, em 26/10/12): Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/F053739B/PropostaResolucao.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2013.

15 Por isso, como ressaltado, em alguns casos a doutrina aduz que o EIA pode até “indicar medidas de alteração do sistema de produção em outras obras e/ou atividades já existentes na área” (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 17. ed. 2009. p. 237).

dos órgãos licenciadores poderia evitar esse tipo de demanda, contribuindo para a prática da AAE no Brasil fosse mais direcionada aos propósitos e funções do instrumento.¹⁶

Não existe exclusividade da AAE para avaliar impactos cumulativos e sinérgicos, sendo juridicamente possível que tal mister também seja efetuado pelo EIA/RIMA, ao menos tendo em vista o atual regramento da matéria em nosso ordenamento. O resultado prático disso é que o EIA/RIMA tem aptidão para preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Isso não significa que a AAE não deva ser inserida em nosso ordenamento, via legal, detalhando quando, quem e como. O que se defende é que o meio ambiente ecologicamente equilibrado não fica à deriva sem a previsão da AAE em nosso ordenamento jurídico. Assim, não é incomum a concessão de suspensões de segurança, em face da ausência de risco inverso, como ocorreu na SS 1.863/PR, julgada pela Corte Especial do STJ:

Discute-se, em resumo, se é possível condicionar a concessão de licença de instalação (LI) de usinas hidrelétricas (UHE) à prévia avaliação ambiental integrada (AAI) das consequências da obra para toda a bacia hidrográfica que compreende o rio onde se pretende implantar o empreendimento. [...]

A construção dos empreendimentos hidrelétricos na Bacia do Rio Tibagi – narram os autos – não está sendo planejada sem estudos de impacto ambiental. Ao invés de um estudo maior, englobando toda a bacia, optou-se pela elaboração de estudos menores, individualizados para cada empreendimento.

Não há, portanto, risco de que a proteção ao meio ambiente seja esquecida. [...]

Tal rapidez – repito – não se dará à custa de ignorar os impactos ambientais: no caso, a exigência constitucional de realização prévia de estudo de impacto ambiental está sendo observada.

16 TEIXEIRA, Izabella Mônica Vieira. *O uso da avaliação ambiental estratégica no planejamento da oferta de blocos para exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil: uma proposta*. 2008. 288 p. (Tese em Engenharia). Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, p. 91-92.

Ciente de que cada um dos empreendimentos será precedido de EIA, não me parece razoável – ao contrário, parece-me mesmo desproporcional – exigir avaliação ambiental integrada prévia como condição para a concessão de licença de instalação.¹⁷

Também se observa que a exigência de AAE já foi rechaçada até em mandados de segurança, como foi decidido pelo TRF da 4ª Região:

Diante da imperiosa necessidade econômica e social da construção de usinas hidrelétricas, respeitada a proteção ao meio ambiente, configurada a partir da emissão de licença prévia e licença de instalação pelo Instituto Ambiental do Paraná, incabível a exigência da avaliação ambiental integrada (AAI) como condição para a concessão da licença de instalação (LI) nos termos pretendidos pelo presente mandado de segurança.¹⁸

Na verdade, a instituição da AAE como instrumento da política nacional do meio ambiente entre nós pode ser vantajosa a medida em que ela reduzir a abrangência de estudos ambientais subsequentes. Doutrina Frederico Rodrigues Silva que Sibout Nootboom “demonstra como as avaliações ambientais em níveis estratégicos podem realmente reduzir a abrangência e o escopo dos estudos de impacto ambiental de ações subsequentes.”¹⁹

Em Portugal, prevê-se a articulação do estudo de impacto ambiental com a AAE (DL 232/07, art. 13), mesmo sabendo-se que ela ocorrerá naturalmente. Na Portaria Interministerial MME/MMA 198/12 (art. 3o, IV e V), que instituiu a *Avaliação Ambiental de Área Sedimentar* (AAAS), estabelece-se que esta serve para “promover a eficiência e aumentar a segurança jurídica nos processos de licenciamento ambiental” e “possibilitar maior racionalidade e sinergia necessárias ao desenvolvimento de estudos ambientais nos processos de licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos de exploração e produção de petróleo e gás natural, por meio do

17 STJ, CE, v.u., AR na SS 1.863, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 18/02/2009, DJe 12/03/2009.

18 TRF da 4ª Região, 2ª Seção, v.u., MS 2008.04.00.015393-9/PR, rel. Des. Fed. Jorge Antonio Maurique, j. em 09/12/10, DJe 17/01/2011.

19 SILVA, Frederico Rodrigues. Avaliação ambiental estratégica como instrumento de promoção do desenvolvimento sustentável. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*. v. 8, no 8, p. 301-329, jul./dez. 2010, p. 312. No mesmo sentido, cf. ALICIARDI, Maria Belen. Evaluación Ambiental Estratégica. In: CAPPARELLI, Mario Augusto. *El Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental*. San Isidro: Centro Norte, p. 68-88, 2010, p. 85.

aproveitamento e da utilização dos dados e informações da AAAS nos referidos estudos”.

Ainda deve-se citar, como possível vantagem da instituição da AAE, o de ajudar naqueles cenários de ausência de sensibilidade dos órgãos licenciadores em face de empreendimentos com impactos ambientais que não exijam uma AIA, mas que estejam relacionados com outros que potencializem os impactos para níveis que exigem a AIA. Frise-se, sua vantagem é possível, não necessária, porque esses casos poderiam ser resolvidos com exegese das normas sobre o licenciamento ambiental para obrigar a confecção da AIA ou de uma AIA mais complexo, como o EIA. Sem considerar que, adicionalmente, o órgão licenciador poderia utilizar os estudos ambientais de outros empreendimentos efetuados na área.

2.1 A EXCESSIVA CONFIANÇA NA AVALIAÇÃO AMBIENTAL ESTRATÉGICA

Paulo Procópio Burian aduziu que “o principal problema em relação aos EIA’s estão na sua excessiva valorização, gerando grandes expectativas que acabam frustradas.”²⁰ Deposita-se uma fé exagerada no EIA, acusando-o de ser deficitário em termos de avaliação de impacto ambiental, mas se esquece que as limitações do EIA podem ser ampliadas na AAE, que trabalha com o nível de políticas e, conseqüentemente, com maiores abstrações do que o EIA ou outros processos de AIA.²¹

A AAE faz conjecturas ambientais para orientar a elaboração de políticas públicas e quanto mais gerais elas são, mais especulativas se tornam as avaliações/prognósticos ambientais, sem considerar que a metodologia da AAE ainda é nebulosa. Tanto é que na Portaria Interministerial MME/MMA 198/12 está prevista a criação de um comitê (Comitê Técnico de Acompanhamento – CTA) para cada AAAS

20 BURIAN, Paulo Procópio. *Avaliação Ambiental Estratégica como instrumento de licenciamento para hidrelétricas – o caso das bacias do rio Chopim no Paraná*. p. 01-20, 2004 (Trabalho apresentado no II Encontro da Associação Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Ambiente e Sociedade (ANPPAS), p. 06. Disponível em: <http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro2/GT/GT06/paulo_burian.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2013.

21 Há a limitação técnica de que a discussão ambiental na AAE “não pode ter o mesmo grau de detalhe se comparada com o processo de AIA” (AGRA FILHO, Severino Soares; EGLER, Paulo Cesar Gonçalves. *Avaliação Ambiental Estratégica – AAE – Texto básico*. p. 01-52, nov. 2006. p. 26. Disponível em: <<http://www.uems.br/propp/conteudopos/AAE/aaepantanal.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2013).

(art. 80), que fará o termo de referência (art. 90, I), mas nada garante que este, ainda que com base legal e regulamentar, seja eficiente e resolva os problemas que o EIA supostamente é inapto.

Como Michel Prieur assevera, “a integração do meio ambiente em todas as decisões e estratégicas públicas e privadas é uma exigência fundamental para garantir o desenvolvimento sustentável”,²² embora não seja minimizado o fato de que – e com frequência isso também ocorre no EIA – a AAE é apenas um estudo *preditivo* que orienta a política, mas jamais é a política em si. Frederico R. Silva alerta que a AAE “deve ser usada na formulação e desenvolvimento de planos e programas e não para submissão desses planos ao processo AAE.”²³

Ademais, se no licenciamento não se pode falar em vinculação da licença a partir das conclusões do EIA – restará sempre uma esfera discricionária para decidir,²⁴⁻²⁵ fruto da compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação do meio ambiente (Lei 6.938/81, art. 4º, I) –, com tanto mais razão quando se tratar de políticas públicas. Tão intrincada é a questão, que o monitoramento

22 PRIEUR, Michel. *Droit de l'Environnement*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2011. p. 85 – tradução livre.

23 SILVA, Frederico Rodrigues. Avaliação ambiental estratégica como instrumento de promoção do desenvolvimento sustentável. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*. v. 8, n. 8, p. 301-329, jul./dez. 2010. p. 326.

24 Clássica a lição de Hermann Benjamin: “É bom ressaltar que o EIA não aniquila, por inteiro, a discricionariedade administrativa em matéria ambiental. O seu conteúdo e conclusões não extinguem a apreciação de conveniência e oportunidade que a Administração Pública pode exercer, como, por exemplo, na escolha de uma entre múltiplas alternativas, optando, inclusive, por uma que não seja a ótima em termos estritamente ambientais. Tudo desde que a decisão final esteja coberta de razoabilidade, seja motivada e tenha levado em conta o próprio EIA.” (BENJAMIN, Antonio Herman V. Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa. *Revista Forense*, no 317, p. 25-45, Rio de Janeiro: Forense, jan./mar. 1992. p. 27).

25 Corroborando a discricionariedade dos órgãos ambientais sob o NEPA e sua própria jurisprudência, a Suprema Corte estadunidense decidiu em *Robertson v. Methow Valley Citizens Council* (1989) que o NEPA não impõe nenhum resultado particular, basta que os efeitos adversos estejam adequadamente identificados e avaliados, não obrigando o órgão ambiental a decidir que uns valores são mais importantes do que outros (490 U. S. 350). Um dos precedentes citados foi *Strycker's Bay Neighborhood Council v. Karlen* (1980), no qual ficou consignado: “Vermont Yankee [1978] nitidamente rechaça a conclusão da Corte de Apelação, no sentido de que a agência, ao selecionar um curso de ação, precisa priorizar as questões ambientais sob outras considerações apropriadas. Ao contrário, uma vez que a agência tenha tomado uma decisão sujeita aos requisitos procedimentais do NEPA, o único papel da corte é garantir que a agência tenha considerado as consequências ambientais; não se pode intervir na área de discricionariedade do Executivo quanto à escolha da ação a ser tomada. *Kleppe v. Sierra Club*, 427 U. S. 390, 427 U. S. 410, n. 21 (1976). Veja também: *FPC v. Transcontinental Gas Pipe Line Corp.*, 423 U. S. 326 (1976)” (444 U. S. 227-228) (tradução livre).

dos resultados da AAE é, no mínimo, discutível, chegando mesmo a inexistir para alguns. É o que induz Maria Belen Aliciardi a doutrinar que “em nível estratégico não se pode medir nada.”²⁶

A AAE não é a panaceia para os males da AIA-projetos e alguns impactos, ainda que seja desagradável admitir, são apenas estimados, mormente os indiretos, estejam na AAE ou, por exemplo, no EIA.²⁷ Os limites são de cognoscibilidade e não do instrumento utilizado, como são abordados no próximo item.

2.2 O ARGUMENTO DA RELAÇÃO ENTRE AS PARTES E O TODO

Outra forma de apresentar o argumento de que a soma dos impactos de cada empreendimento (impactos cumulativos e sinérgicos) é superior à mera soma aritmética, está o argumento de que o todo não é simplesmente a soma das partes. Esse argumento trabalha com a correta ideia de que na natureza tudo está interligado.

Como dito anteriormente, dizer que a soma das partes é maior do que o todo não exime o EIA de avaliar os impactos cumulativos e sinérgicos do empreendimento. Da mesma forma, não implica no milagroso aperfeiçoamento do conhecimento técnico-científico, a ponto de se prever todos os impactos indiretos do empreendimento. A AAE é apenas uma estimativa dos impactos tanto quanto o EIA, embora ela seja sensivelmente mais abstrata.

Em outras palavras, sobrevalorizar a AAE em face do EIA não garante que os impactos indiretos – que supostamente avaliariam o todo – sejam corretamente apontados. A limitação é muito mais cognitiva do que propriamente do EIA.

Para reforçar que as relações entre a parte e o todo são complicadas e demonstrar que o problema reside na limitação do conhecimento humano, cita-se Edgar Morin. Para esse filósofo francês “o todo é ao mesmo tempo mais e menos do que a soma das partes”, explicando as razões nas seguintes palavras:

26 ALICIARDI, Maria Belen. Evaluación Ambiental Estratégica. In: CAPPARELLI, Mario Augusto. *El Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental*. San Isidro: Centro Norte, p. 68-88, 2010. p. 84 – tradução livre.

27 Tão difícil é apurar os impactos indiretos que certos doutrinadores aduzem “que a apuração do impacto indireto, que é o resultante de uma reação secundária em relação à ação ou é parte de uma cadeia de reações, tornou-se praticamente impossível nos tempos atuais” (FARIAS, Talden. *Licenciamento Ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 50).

Tomemos uma tapeçaria contemporânea. Ela comporta fios de linho, de seda, de algodão e de lã de várias cores. Para conhecer esta tapeçaria seria interessante conhecer as leis e os princípios relativos a cada um desses tipos de fio. Entretanto, a soma dos conhecimentos sobre cada um desses tipos de fios componentes da tapeçaria é insuficiente para se conhecer esta nova realidade que é o tecido, isto é, as qualidades e propriedades próprias desta textura, como, além disso, é incapaz de nos ajudar a conhecer sua forma e configuração.

Primeira etapa da complexidade: temos conhecimentos simples que não ajudam a conhecer as propriedades do conjunto. Uma constatação banal cujas consequências não são banais: a tapeçaria é mais do que a soma dos fios que a constituem. *Um todo é mais do que a soma das partes que o constituem.*

Segunda etapa da complexidade: o fato de haver uma tapeçaria faz com que as qualidades deste ou daquele tipo de fio não possam se exprimir plenamente. Essas são inibidas ou virtualizadas. *O todo é então menor do que a soma das partes.*

Terceira etapa: isto apresenta dificuldades para nosso entendimento e nossa estrutura mental. *O todo é ao mesmo tempo mais e menos do que a soma das partes.*²⁸

Não apenas a natureza (*v.g.*, florestas, os rios, o ar) está interligada, mas todo planeta, que, afinal, nada mais é do que o meio ambiente, natural, transformado ou criado. Tal fato fica mais evidente à medida que o conhecimento evolui, o que infelizmente não significa que a AAE seja a solução para essa visão holística.

2.3 A DESNECESSIDADE DO ZONEAMENTO ECOLÓGICO-ECONÔMICO/AGROECOLÓGICO PARA A LICENÇA AMBIENTAL

Na esteira do princípio da eventualidade, algumas impugnações a empreendimentos também dizem que se faz necessário o Zoneamento Ecológico-Econômico (ZEE), na sua previsão específica de zoneamento agroecológico.

²⁸ MORIN, Edgar. *Introdução ao Pensamento Complexo*. Tradução de Eliane Lisboa. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007. p. 85-86.

Como ressaltado na introdução, tal tendência se acentua no caso dos aproveitamentos hidrelétricos, principalmente por causa da parte final do artigo 19, III, da Lei 8.171/91 (dispõe sobre a política agrícola):

Art. 19. O Poder Público deverá: [...]

III – realizar zoneamentos agroecológicos que permitam estabelecer critérios para o disciplinamento e o ordenamento da ocupação espacial pelas diversas atividades produtivas, bem como para a instalação de novas hidrelétricas;

A mera citação de novas hidrelétricas faz com que se almeje o estancamento dos seus licenciamentos ambientais, sendo que o dispositivo cita “ocupação espacial pelas diversas atividades produtivas”, ou seja, quaisquer atividades, “bem como” novas hidrelétricas.

Em outras palavras, se o zoneamento for necessário, ele deve abranger toda a atividade produtiva no campo, uma vez que o artigo 19, III, da Lei 8.171/91, assim preceitua. Ocorre que essa exegese é tão absurda e desarrazoada que nunca foi implementada, a não ser como argumentação de isoladas ações civis públicas contra novos aproveitamentos hidrelétricos.

Ademais, a inexistência de zoneamento não pode impedir o licenciamento ambiental porque não é seu requisito. Se fosse assim, nada mais poderia ser licenciado no país.

Embora o Decreto 4.297/02 tenha escolhido uma das interpretações possíveis em relação à eficácia do ZEE, preceituando a obediência do licenciamento aos “critérios, padrões e obrigações estabelecidos no ZEE, quando existir” (art. 20), ele apenas demonstra que somente há vinculação entre o licenciamento ambiental e o ZEE quando este existe de fato, além de ser instituído de direito.

3 A AAE COMO ESPÉCIE DA AVALIAÇÃO DE IMPACTO AMBIENTAL (AIA): POSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO POR ATO INFRALEGAL? POR QUEM?

A Lei 6.938/81 prevê como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente a avaliação de impactos ambientais (art. 9º, III), o que faz surgir a leitura de que a AAE é espécie da avaliação de impacto ambiental (AIA).

Marcela Albuquerque entende que para diferenciar as espécies de AIA passou-se a utilizar os termos *AIA de Projetos* e *AIA de PPPs* “que, posteriormente, receberam terminologias próprias, como Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e Avaliação Ambiental Estratégica (AAE), respectivamente.”²⁹

Como corolário do fato de a AAE ser espécie da AIA prevista na Lei 6.938/81 (art. 9º, III),³⁰ Marcela Albuquerque doutrina ser razoável compreender que:

[...] o instrumento avaliação de impactos ambientais instituído corresponde a todos os níveis de decisão, de projetos a políticas, planos e programas, ou seja, é o gênero no qual é inserido não só o Estudo de Impacto Ambiental (EIA), mas também diversos outros estudos ambientais.

Por esta razão, conclui: “para a implementação das demais tipologias de AIA, como a AAE, basta, portanto, a adoção de regulamentação específica nesse sentido. Não é necessária qualquer alteração legislativa.”³¹ Defendendo a mera regulamentação para a inserção da AAE em nosso ordenamento, Marga Tessler, por sua vez, propugna:

Não se acredita seja necessária uma lei para introduzir a AAE formalmente nas práticas dos gestores ambientais. Aliás, lineamentos de estratégia já estão na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – Lei nº 6.938/81, bastará uma Resolução do Conama.³²

29 MACIEL, Marcela Albuquerque. *Compensação Ambiental: instrumento para a implementação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012. p. 106.

30 Aparentemente, Karina Pinto Costa defende a mesma ideia ao doutrinar que a “AAE, novo modelo de avaliação ambiental, baseado na Política Nacional de Meio Ambiente (Lei 6.938/1981), surgiu há bastante tempo, aproximadamente na década de 70, e passou a ser implementada em vários países em razão das dificuldades em lidar com fatores complexos e problemas de forma integrada” (COSTA, Karina Pinto. A (in) efetividade do direito ambiental brasileiro: análise prática das normas, dos instrumentos processuais e casos concretos, *Revista de Direito Privado*, v. 36, p. 206-226, out. 2008. Disponível em: Revista dos Tribunais Online. Acesso em: 01 jun. 2013).

31 MACIEL, Marcela Albuquerque. *Compensação Ambiental: instrumento para a implementação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação*, 2012. p. 108.

32 TESSLER, Marga Barth. Análise da Resolução no 1/86 Conama sob perspectiva da avaliação ambiental estratégica. *Revista do TRF da 4ª Região*. Porto Alegre, a. 18, no 63, p. 15-66, 2007. p. 27.

O licenciamento ambiental é atividade exclusiva dos órgãos de execução do SISNAMA (art. 17-A da Lei 6.938/81), logo se submete às regulamentações do Conama.

Pelo Decreto 99.274/90 (art. 7º, inc. I), regulamentador da Lei 6.938/81, compete ao Conama “estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras”. É esse órgão do Sisnama que deve legislar, usando seu poder regulamentar, sobre o licenciamento ambiental, estipulando seus critérios. Segundo Talden Farias, “cabe ao CONAMA deliberar sobre o licenciamento ambiental de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras”.³³

Salvo previsão legal específica, não compete a qualquer ministério, manual etc., a imposição de critérios ao licenciamento ambiental, mas ao Conama. De qualquer modo, não existe um licenciamento de planos, programas e políticas públicas. A importância do reconhecimento da ausência de competência para os ministérios preverem regras atinentes ao meio ambiente reside no fato de que exigências de AAE, ou mesmo AAI, como ocorre no Manual de Inventários Hidrelétricos das Bacias Hidrográficas (2007) do MME,³⁴ não podem ser consideradas como normas ambientais relativas ao licenciamento, mas meros procedimentos administrativos sem impacto jurídico sindicável sob o prisma do direito ambiental.

A maior prova dessa desvinculação das normas ministeriais com o direito ambiental é que o órgão licenciador é o responsável pela licença ambiental e por suas consequências jurídicas, não se eximindo por eventualmente aproveitar o material da AAE. Esse aproveitamento pertence à discricionariedade do órgão licenciador, só podendo se tornar vinculante com base em lei ou, talvez, com base no poder hierárquico. Além disso, é no mínimo discutível tornar compulsório o estudo (ambiental), como etapa de planejamento, da política pública, na qual o meio ambiente é apenas uma das preocupações, sem que haja lei prevendo a metodologia etc., que possibilite ao órgão licenciador fazer um aproveitamento não apenas

33 FARIAS, Talden. *Licenciamento Ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 119.

34 Cujo uso é obrigatório pela Portaria MME 372/09.

racional da AAE, mas jurídico também, trazendo segurança a todos, meio ambiente, Estado e empreendedor.

Nessa senda, é importante ressaltar a rejeição da proposta de resolução no Conama para a criação da AAE como requisito dos licenciamentos ambientais dos Aproveitamentos Hidrelétricos (AHE), Usinas Hidrelétricas (UHE) e Pequenas Centrais Hidrelétricas (PCH). Seu artigo 2º estabelecia que as licenças ambientais AHE, UHE ou PCH devem ser precedidas de *Estudo Integrado de Bacias Hidrográficas* (EIBH), com critérios mínimos previstos no termo de referência anexado, “de maneira a constatar e averiguar precipuamente os impactos cumulativos (seja acumulação de alterações nos sistemas ambientais ao longo do tempo e no espaço, de maneira aditiva e interativa dos empreendimentos hidrelétricos instalados e em vias de instalação)” (fls. 06 do Proc. 02000.002863/2010-27 – DCONAMA/SECEX/MMA).³⁵

O Conama, na 3ª Reunião da Câmara Técnica de Controle Ambiental, em 26 de outubro de 2012, rejeitou proposta de resolução para a instituição do Estudo Integrado de Bacias Hidrográficas, que, na verdade, era uma AAE.³⁶

Sem dúvida, a AAE pode ser compreendida como uma espécie de avaliação de impacto ambiental (AIA), uma vez que seu escopo é exatamente o de mensurar o impacto ambiental. Entretanto, tal reconhecimento como espécie deve passar pelo prisma jurídico, ou seja, não se deve usar somente uma concepção funcional da AAE para concluir que ela é espécie da AIA, mormente porque não se está tratando de um licenciamento ambiental, mas da análise de um plano, programa ou política pública.

A AAE não é uma simples avaliação de impacto ambiental, ela se aplica às políticas públicas, podendo influenciar a ação governamental em seu sentido mais puro e não se limitando à execução das políticas públicas –

35 Informação constante do site do Ministério do Meio Ambiente (3ª Reunião da CT de Controle Ambiental, em 26/10/12): <http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/F053739B/PropostaResolucao.pdf>. Acesso em: 05 abril 2013.

36 Na justificativa da proponente da resolução consta a necessidade de se conhecer o planejamento os impactos ambientais de todos os AHE e “estudar os efeitos sinérgicos e cumulativos dos grupos de AHE nas bacias hidrográficas correspondentes por meio dos estudos integrados das bacias hidrográficas (EIBH)” (fls. 09 do Proc. 02000.002863/2010-27 – DCONAMA/SECEX/MMA).

vedando, por exemplo, qualquer empreendimento previsto em alguma delas –, mas atingindo a sua própria formulação, e em todos os níveis federativos.

Na pior das hipóteses, tem-se uma cláusula muito ampla que poderia ter sido precisada pelo legislador nas inúmeras reformas legislativas na Lei 6.938/81, sendo as últimas efetuadas pela LC 140/11 e pela Lei 12.651/12. Nesse sentido, os projetos de lei que almejavam implantar a AAE entre nós – como o PL 2.072/2003, o substitutivo ao Projeto de Lei 3.729/04, no qual a AAE é opcional (art. 3º, § 1º), os PL 261/11 e 4.996/13 – são bons exemplos de como o tema deve ser tratado, isto é, no mínimo, por lei. Alguns dos projetos de lei, como o 4.996/13, é expresso em inserir a AAE como instrumento da política nacional do meio ambiente.

De qualquer modo, nossa legislação, ao tratar sobre o licenciamento, preceituou que este é necessário à “construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais” (Lei 6.938/81, art. 10), e não para o planejamento, algo ideal e que pode não ser implementado, inclusive, por razões ambientais. O poder normativo do Conama não poderia ir tão longe.

Por tais motivos, é razoável exigir-se expressa previsão legal, como ocorreu nos Estados Unidos (*National Environmental Policy Act* – NEPA, Sec. 102 [42 USC § 4332], 2, C c/c 40 CFC § 1508.18, 2-3) e na Europa, ressaltando que essa, através da Diretiva 2001/42/CE, não impôs à AAE de forma direta, mas estabeleceu prazo para que os Estados o fizessem (art. 13). Tal observação é necessária por dois motivos: (i) o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (C-40/07) condenou a Itália pela mora em prever a AAE em seu ordenamento,³⁷ mas não substituiu a autonomia da Itália em tal julgamento, recusando-se a impor a AAE judicialmente; (ii) antes e depois da Itália ser condenada, a jurisprudência italiana se recusava a aceitar a aplicabilidade direta da Diretiva 2001/42/CE, exigindo previsão legal interna (italiana) para tanto,³⁸ o que ocorreu em 2008 (Dlgs 4/2008).

Não por outra razão, Aparecida Antônia de Oliveira e Marcel Bursztyn lecionam que “diversos países têm realizado um esforço considerável no

37 “Incumprimento de Estado – Diretiva 2001/42/CE – Avaliação dos efeitos de determinados planos e programas no ambiente – Não transposição no prazo estabelecido” (TJCE, 8ª Seção, C-40/07, j. em 08/11/07, resumo do caso disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62007CJ0040:PT:PDF>>. Acesso em: 03 jun. 2013).

38 FILIPPUCCI, Leonardo. *La Valutazione di Impatto Ambientale e la valutazione strategica, alla luce delle modifiche introdotte dal Dlgs 4/2008*. Milano: Edizioni Ambiente, 2009. p. 165, nota 1.

sentido de adotar os procedimentos da AAE. Em alguns casos, a legislação ambiental está sendo modificada para incluir os requisitos para AAE.”³⁹

A criação da AAE com o objetivo de propiciar uma visão mais holística da avaliação ambiental, não pode mascarar que tal conceito não é ainda normatizado e muito menos obrigatório. Esse é o motivo de Luis Enrique Sánchez elencar, como uma das características das avaliações ambientais estratégicas, a *voluntariedade*, ou seja,

[...] elas não foram apresentadas como resposta ou para atendimento de alguma exigência legal – como é o caso do estudo de impacto ambiental necessário para o licenciamento de obras ou atividades potencialmente causadores de significativa degradação ambiental –, mas como iniciativas de planejamento.⁴⁰

Ao estudar o caso da AAE do Rodoanel, Rie Kawasaki segue a mesma linha.⁴¹

Pelas mesmas razões, o estudo do MMA sobre a AAE reconhece a necessidade de alteração legislativa para a sua criação: “Para a instituição da AAE no País, é de todo necessário criar uma base legal mínima que apoie e facilite sua implementação”.⁴² O MMA voltou a se manifestar no mesmo sentido na Nota Técnica nº 02 GPLA/DLAA/SMCQ/MMA/2011:

[...] considera-se que não há previsão legal que forneça alicerces seguros para sustentar o Conama, com propriedade, em uma iniciativa dessa natureza. O colegiado, afinal, tem a incumbência, entre outras, de estabelecer normas e critérios para o licenciamento ambiental, não

39 OLIVEIRA, Aparecida Antônia de; BURSZTYN, Marcel. Avaliação de impacto ambiental de políticas públicas. *Interações – Revista Internacional de Desenvolvimento Local*. v. 2, n. 3, p. 45-56, set. 2001. p. 49.

40 SANCHÉZ, Luis Enrique. *Avaliação Ambiental Estratégica e sua Aplicação no Brasil*. 2008. p. 01. Disponível em: <<http://www.revistaestudosavancados.usp.br/iea/aaeartigo.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2013.

41 “A AAE consiste em um instrumento de gestão ambiental não regulamentado com força de lei no País, razão pela qual há que se buscar na literatura e em experiências nacionais e internacionais conceitos, princípios, diretrizes, objetivos, elementos fundamentais, procedimentos e metodologias. Existem regulamentos infralegais e projetos de lei dispendo sobre a Avaliação Ambiental Estratégica; mas por serem regras legais que estão hierarquicamente abaixo da lei formal, isto é, elaborada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Chefe do Poder Executivo, não obrigam particulares nem o Poder Público, eis que, nos termos do art. 5º, II da Constituição Federal de 1988, ‘...ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.’” (KAWASAKI, Rie. Análise dos estudos de impacto ambiental e dos relatórios de impacto ambiental elaborados antes e após a realização da avaliação ambiental estratégica – Caso do rodoanel Trecho Sul. Monografia (Aperfeiçoamento/Especialização em Perícia e Auditoria Ambiental) – Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo, 2007. p. 43-44).

42 Avaliação Ambiental Estratégica. Brasília: MMA/SQA, 2002. p. 68.

podendo ir além do que a Lei nº 6.938/81 determina (fls. 12 do Proc. 02000.002863/2010-27 – DCONAMA/SECEX/MMA).⁴³

Mesmo quem defende que pode haver uso de regulamentação do Poder Executivo, por colegiado interministerial, além da lei, entende que

[...] seria temerário, por exemplo, adotar-se uma deliberação do Conselho Nacional de Meio Ambiente, na medida em que se trata apenas de um colegiado no âmbito de um dos ministérios. A possibilidade do entendimento de que isso constituiria uma subordinação dos outros ministérios ao de Meio Ambiente, poderia suscitar resistências.⁴⁴

Embora seja uma aproximação de fundo mais institucional do que jurídica, a advertência pode ser jurídica porque sem lei não se pode subordinar um ministério a outro, exceto se houver expressa vontade do Presidente da República.

3.1 A SITUAÇÃO DA AAE NOS EUA E A DIFERENÇA COM A POSSIBILIDADE REGULATÓRIA BRASILEIRA

A questão da instituição da AAE nos EUA é importante elemento de direito comparado para se entender o porquê da impossibilidade de implementá-la por aqui sem exposto respaldo legal.

O NEPA não previu de forma direta a AAE, mas apenas que, da maneira mais ampla possível, todos os órgãos e entidades governamentais deverão incluir em cada recomendação ou relatório de “propostas de legislação e outras importantes ações federais” que afetam significativamente a qualidade do meio ambiente humano, uma declaração detalhada do impacto ambiental desta ação (Sec. 102 [42 USC § 4332], 2, C).⁴⁵

43 Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/F053739B/NotaTecnica02.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2013.

44 AGRA FILHO, Severino Soares; EGLER, Paulo Cesar Gonçalves. *Avaliação Ambiental Estratégica – AAE – Texto básico*. p. 01-52, nov. 2006. p. 47. Disponível em: <<http://www.uems.br/prop/contenudopos/AAE/aeepantanal.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2013.

45 A Seção 102 [42 USC § 4332] do NEPA preceitua: “The Congress authorizes and directs that, to the fullest extent possible: (1) the policies, regulations, and public laws of the United States shall be interpreted and administered in accordance with the policies set forth in this Act, and (2) all agencies of the Federal Government shall – (C) include in every recommendation or report on proposals for legislation and other major Federal actions significantly affecting the quality of the human environment, a detailed statement by the responsible official on -- (i) the environmental impact of the proposed action, (ii) any adverse environmental effects which cannot be avoided should the proposal be implemented, (iii) alternatives

Adicionalmente, houve a previsão, pelo NEPA, da publicidade dessa avaliação ambiental. Depois de analisada mediante conhecimento técnico, qualquer comprometimento de recursos considerado irreversível diante dos padrões ambientais deve ser citado e realçado, e cópias do acordo, comentários e pontos de vista dos órgãos públicos locais, estaduais e federais devem estar disponíveis para o Presidente, o Conselho de Qualidade do Meio Ambiente e ao público.

Quem regulamentou a AAE nos Estados Unidos foi o *Council on Environmental Quality* (CEQ – Conselho em Qualidade Ambiental),⁴⁶ cuja criação foi ordenada pelo NEPA (§ 202 [42 USC § 4342]) e que se encontra na estrutura da Casa Branca. A regulamentação da matéria pelo CEQ veio pela definição de um conceito de *major action*, utilizado pelo NEPA ao tratar das avaliações de impacto ambiental.

No § 1.508.18 (B) do *Code of Federal Regulations* (CFR), definiu-se que as ações federais tendem a se enquadrar em quatro categorias: (1) políticas oficiais, como regras, regulações e interpretações etc.; (2) planos formais; (3) programas; (4) projetos específicos.⁴⁷

to the proposed action, (iv) the relationship between local short-term uses of man's environment and the maintenance and enhancement of long-term productivity, and (v) any irreversible and irretrievable commitments of resources which would be involved in the proposed action should it be implemented. Prior to making any detailed statement, the responsible Federal official shall consult with and obtain the comments of any Federal agency which has jurisdiction by law or special expertise with respect to any environmental impact involved. Copies of such statement and the comments and views of the appropriate Federal, State, and local agencies, which are authorized to develop and enforce environmental standards, shall be made available to the President, the Council on Environmental Quality and to the public as provided by section 552 of title 5, United States Code, and shall accompany the proposal through the existing agency review processes;"

46 PORTERFIELD, Matthew. Agency action, finality and geographical nexus: judicial review of agency compliance with NEPA's programmatic environmental impact statement requirement after *Lujan v. National Wildlife Federation*. *University of Richmond Law Review*, v. 28, p. 619-667, 1994. p. 625

47 CFR, § 1508.18 (Major Federal action).

(b) Federal actions tend to fall within one of the following categories: (1) Adoption of official policy, such as rules, regulations, and interpretations adopted pursuant to the Administrative Procedure Act, 5 U.S.C. 551 *et seq.*; treaties and international conventions or agreements; formal documents establishing an agency's policies which will result in or substantially alter agency programs. (2) Adoption of formal plans, such as official documents prepared or approved by federal agencies which guide or prescribe alternative uses of Federal resources, upon which future agency actions will be based. (3) Adoption of programs, such as a group of concerted actions to implement a specific policy or plan; systematic and connected agency decisions allocating agency resources to implement a specific statutory program or executive directive. (4) Approval of specific projects, such as construction or management activities located in a defined geographic area. Projects include actions approved by permit or other regulatory decision as well as federal and federally assisted activities.

Na previsão de planos e programas se inclui a AAE, uma vez que toda importante (ou “de vulto”⁴⁸) ação federal (*major action*) – como são os planos e programas públicos – que afeta significativamente a qualidade do meio ambiente humano, deve ser precedida de uma recomendação ou relatório detalhada do impacto ambiental desta ação (Sec. 102 [42 USC § 4332], 2, C).

A implementação da AAE nos EUA ocorreu via regulamentar, o que poderia levar a conclusão de que o mesmo seria possível no Brasil. No entanto, existem diferenças significativas entre a situação estadunidense e a brasileira que não autorizam tal comparação.

Nos EUA, a lei da política nacional do meio ambiente (NEPA) prevê que deve haver avaliação de impacto ambiental quando existir importantes ações (*major action*) governamentais, que, pela regulamentação da CEQ, abrangem planos e programas públicos. No Brasil, a Lei 6.938/81 apenas impõe o licenciamento para “construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais” (Lei 6.938/81, art. 10), não para o planejamento, planos ou programas.

Ampliar o conceito de “avaliação de impactos ambientais” (Lei 6.938/81, art. 9º, III) para incluir o que nele nunca esteve, ultrapassando as possibilidades semânticas do artigo 10, não parece possível no atual contexto jurídico brasileiro. Ainda mais num contexto no qual a própria Constituição exigiu EIA para “obra ou atividade” (CF, art. 225, § 1º, IV).

Caso se admita a desnecessidade de lei específica para instituir a AAE como instrumento da política nacional do meio ambiente, por causa da previsão genérica do artigo 9º, III, da Lei 6.938/81, deve haver expressa regulamentação deste dispositivo legal pela Presidência da República, posto que a AAE interferirá na própria atividade de planejamento do Poder Executivo, não sendo aconselhável que, sem expressa previsão legal, um órgão de um Ministério interfira na concepção das políticas públicas dos demais.

Consequentemente, as normas que preveem AAE devem ser lidas nesse contexto, uma vez que algumas delas somente a impõe

48 Para usar a tradução de Antonio F. G. Beltrão, *Aspectos Jurídicos do Estudo de Impacto Ambiental* (EIA). São Paulo: MP, 2007. p. 93

como objetivo (Decreto 4.339/0249), outras *disciplinam competências* dentro do órgão para propor normas e definir estratégias relativas a ela (Decreto 6.101/07⁵⁰) ou a aguardam como *resultados esperados* na Avaliação do Potencial Mineral da Plataforma Continental Jurídica Brasileira e Áreas Oceânicas – Remplac (Decreto 6.678/0851). Tal contextualização evidencia que essas previsões estão longe de implantar a AAE ou torná-la compulsória, seja do ponto de vista da legislação administrativa, seja do da legislação ambiental.

Mesmo assim, ainda restaria a questão da sua aplicação aos demais entes federados, tendo em vista a autonomia federativa.

3.2 A IMPOSSIBILIDADE DE SE EXIGIR A AAE COMO ATO IMPOSITIVO BASEADO NA MERA DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA DO ÓRGÃO AMBIENTAL

Por causa da redação da Resolução Conama 01/86 (art. 5º, III), que prevê que o EIA/RIMA deve delimitar a “*área de influência do projeto*”, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza”, existe entendimento de que isso geraria o dever de realizar uma AAE, uma vez que o empreendimento para o aproveitamento hidrelétrico tem que ser holisticamente avaliado.

Com base nesse entendimento, o órgão estadual ambiental do Paraná (IAP), por meio da Portaria IAP/GP 120/04, que condicionava “o licenciamento ambiental atinentes aos empreendimentos de geração de energia hidrelétrica do Paraná, a realização de avaliação ambiental estratégica relativas às bacias hidrográficas”, resolveu:

49 O Decreto 4.339/02, ao instituir princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade, traçou como objetivo “Estabelecer mecanismos para determinar a realização de estudos de impacto ambiental, inclusive Avaliação Ambiental Estratégica, em projetos e empreendimentos de larga escala, inclusive os que possam gerar impactos agregados, que envolvam recursos biológicos, inclusive aqueles que utilizem espécies exóticas e organismos geneticamente modificados, quando potencialmente causadores de significativa degradação do meio ambiente” (13.2.19).

50 O Decreto 6.101/07 prescreve, dentro da estrutura do MMA: “Art.14. À Secretaria de Mudanças Climáticas e Qualidade Ambiental compete: I – propor políticas e normas e definir estratégias nos temas relacionados com: a) a avaliação ambiental estratégica; [...] Art.16. Ao Departamento de Licenciamento e Avaliação Ambiental compete: I – subsidiar a formulação de políticas e normas e a definição de estratégias para a implementação de programas e projetos em temas relacionados com: a) a avaliação ambiental estratégica;”

51 No caso o resultado esperado, no VII Plano Setorial para os Recursos do Mar, que inclui a AAE/AAI é: “áreas de relevante interesse minero-energético identificadas por meio de avaliação ambiental estratégica; estudos de avaliação ambiental integrada (AAI) desenvolvidos para petróleo e gás em águas rasas.”

Condicionar, o licenciamento ambiental atinentes aos empreendimentos de Geração de Energia Hidrelétrica do Estado do Paraná, a realização de avaliação ambiental estratégica relativas às Bacias Hidrográficas e, principalmente, da execução do Zoneamento Ecológico-Econômico do território paranaense em elaboração pelo Governo do Estado do Paraná.

Excetua-se desta exigência processos de renovação de Licença de Operação e regularização de empreendimentos, já em funcionamento.

Esta Portaria tem efeitos a partir de 01 de maio de 2004.

Portaria que, independentemente de ter sido excepcionada pela Portaria IAP 70/05, cometeu a ilicitude de crescer, ao processo de licenciamento, a AAE de uma política pública que não lhe pertence e sem base legal.

Somente o ente federativo competente para elaborar o plano, programa ou política é que deve realizar a AAE. Sem previsão legal, não pode o Estado-membro interferir em política pública da União e de autarquia federal (ANEEL). Pelo nosso atual direito positivo, a AAE deve ser efetuada por órgãos responsáveis por fazer a política, plano ou programa, somente podendo ser exigidas por estes, nunca por terceiros. A intenção do Estado do Paraná, nesse contexto, se caracteriza como autêntico desvio de poder. Ainda que sobreviesse lei estadual, haveria desvio de poder legislativo, tão pernicioso quanto o administrativo, como advertiu Miguel Reale.⁵²

Não existe poder criativo dos órgãos do SISNAMA para impor ao seu bel prazer a AAE, ainda que arguindo o princípio da precaução. Por tal motivo, é equivocado o acórdão do TRF da 4ª Região ao manter a necessidade de AAE/AAI para o licenciamento ambiental de aproveitamentos hidrelétricos.⁵³

52 “Não se creia que só haja desvio de poder por parte do Executivo. Na estrutura do Estado Federal, quando há um ‘código superior de deveres’, o ato legislativo local não escapa da mesma increpação se a lei configurar o emprego malicioso de processos tendentes a camuflar a realidade, usando-se dos poderes inerentes ao ‘processo legislativo’ para atingir objetivos que não se compadecem com a ordem constitucional.” (REALE, Miguel. Abuso do poder de legislar. *Revista de Direito Público*, n. 39-40, p. 73-82, São Paulo: RT, jul./dez. 1976. p. 76-77)

53 “ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. RECURSO DE APELAÇÃO. REGULARIDADE FORMAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. CITAÇÃO DA UNIÃO. DESNECESSIDADE. PRESENÇA NO FEITO DA ANEEL. LICENCIAMENTO AMBIENTAL: PREVISÃO LEGAL, NATUREZA E HIPÓTESES DE

Em outro acórdão,⁵⁴ ainda mais incoerente – uma vez que sua fundamentação se ateve essencialmente à elaboração de um EIA/RIMA que abrangesse os impactos cumulativos e sinérgicos da bacia hidrográfica em questão, o que estaria de acordo com a Resolução Conama 1/86 (arts. 5º, III c/c 6º, II), mas cujo dispositivo acabou exigindo uma AAI pura e simples –, houve equívoco ainda maior, uma vez que foi criada uma AAE não apenas sem base legal alguma, o que traz à tona a questão da autocontenção, desenvolvida no próximo item, mas com fundamentação incongruente.

O equívoco se torna ainda mais evidente quando se constata que no Paraná, com base nessa portaria, é o empreendedor que arcou com os custos da AAE efetuada por empresa de consultoria ambiental. Em outras palavras, além de não ter base legal e querer mudar a política pública da União (MME)/Aneel, onera o empreendedor ao exigir o pagamento do desenvolvimento de políticas *públicas*.

CANCELAMENTO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI Nº 6.938/81. RESOLUÇÕES CONAMA N.OS 001/86 E 237/97. CONCESSÃO DE LICENÇA CONDICIONADA À REALIZAÇÃO DE AVALIAÇÃO AMBIENTAL ESTRATÉGICA DAS BACIAS HIDROGRÁFICAS E ZONEAMENTO ECOLÓGICO-ECONÔMICO NO ESTADO DO PARANÁ. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE COMO OBJETIVO DA POLÍTICA ENERGÉTICA NACIONAL. LEGALIDADE DO ATO DE CANCELAMENTO DA LICENÇA DE INSTALAÇÃO EXPEDIDA PELO INSTITUTO AMBIENTAL DO PARANÁ. Estando caracterizado que o empreendimento pertinente à central hidrelétrica discutida na demanda, cuja licença foi cancelada, oferece risco ao meio ambiente, no mínimo relativamente à incerteza quantos aos possíveis impactos ambientais decorrentes da central hidrelétrica, não há reparo a fazer no ato administrativo que cancelou a licença para o empreendimento” (TRF da 4ª Região, 3ª T., v.u., AMS 2004.70.00.033268-5/PR, rela. Des. Fed. Vânia Hack de Almeida, j. em 26/09/06, DJU 16/11/2006, p. 481 – destacou-se).

54 “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO TIBAGI. USINA HIDRELÉTRICA. ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL. AVALIAÇÃO AMBIENTAL INTEGRADA. NECESIDADE. [...] 3. Necessidade da realização de Avaliação Ambiental Integrada da Bacia do Rio Tibagi como pré-requisito para a concessão de licença ambiental para construção de qualquer Usina Hidrelétrica nessa Bacia Hidrográfica, exceção feita a UHE de Mauá. 4. Apelações da Copel, da ANEEL e da União parcialmente providas para afastar as exigências postas na sentença apenas para a UHE de Mauá. Apelação do Ministério Público Federal parcialmente provida para que, à exceção da UHE de Mauá, os órgãos ambientais não efetuem o licenciamento sem a realização prévia da Avaliação Ambiental Integrada” (TRF da 4ª Região, 3ª T., v.u., AC 0007514-38.1999.404.7001 ou 1999.70.01.007514-6/PR, rel. Des. Fed. Fernando Quadros da Silva, j. em 26/04/11, DJe 04/05/2011). Processo cujo REsp (1.324.924/PR) foi monocraticamente negado, em 14/06/2013, pelo Min. Mauro Campbell Marques, por questões processuais, e que está para ser julgado pela 2ª Turma do STJ.

4 AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL: IMPOSSIBILIDADE DE SE EXIGIR A AAE

Mesmo que não se admita que a AAE possa ser implementada no Brasil via regulamentação, tendo em vista o atual quadro normativo da matéria, deve-se, apenas para argumentar – ainda que se admitisse a exigência da AAE no licenciamento ambiental via poder regulamentar –, indagar se seria possível a sua imposição via judicial?

Em outras palavras, podendo ser instituída como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente por ato infralegal, deveria haver autocontenção judicial ou seria permitido ao Judiciário impor a AAE? Vários argumentos militam em favor da autocontenção judicial em matéria de AAE.

Em primeiro lugar, como visto, a ausência da AAE não faz com que o meio ambiente fique desprotegido, uma vez que a aferição dos impactos cumulativos e sinérgico não apenas é possível, como é obrigatória no EIA/RIMA, tal como previsto na Resolução Conama 1/86.

Em segundo lugar, a proteção ao meio ambiente (CF, art. 225) materializa-se de diversas formas, sendo uma delas através do estudo prévio de impacto ambiental, “na forma da lei” para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente (CF, art. 225, § 1º, IV). A própria Constituição exigiu o EIA para “obra ou atividade” como um mínimo garantidor do meio ambiente ecologicamente equilibrado, impedindo a lesão jurídica em previsões do próprio constituinte originário, tendo em vista a inexistência de normas constitucionais inconstitucionais quando a previsão constitucional for originária. É somente esse mínimo que pode ser exigido judicialmente.

Não existe base para sacar a AAE, sem intermediação legislativa, do artigo 225 da CF. A expansão da proteção ao meio ambiente não tem a força normativa de criar procedimentos com bases em cláusulas vagas. Quando a Constituição assim quis, ela foi expressa, motivo pelo qual o nosso artigo 225 é mundialmente citado por ser exaustivo ao preceituar sobre o mínimo de proteção ao meio ambiente. Por este motivo, discorda-se de Édis Milaré, quando ele, ao tratar da AAE, aduz que a Lei Maior

[...] contemplou, em seu art. 225, atribuições específicas para governos e gestores da coisa pública. Em particular está implícito

que a Administração Pública deve incorporar em seus procedimentos rotineiros a variável ambiental, principalmente quando se tratar de formulação e implementação de planos de governo.⁵⁵

Esse posicionamento é tão expansivo que o doutrinador ainda vai além, mostrando, a nosso ver, o perigo desta argumentação:

Aliás, precaução e prevenção deveriam constituir exigências prévias, anteriores à formulação mesma de políticas governamentais: é como se fosse um 'ativo exigível' aos partidos políticos e às plataformas eleitorais por parte dos cidadãos e da coletividade.⁵⁶

Em terceiro lugar, “a AAE tem natureza política e de decisão, mais do que técnica”,⁵⁷ o que leva alguns doutrinadores e tribunais estadunidenses a defenderem, mormente após o caso *Lujan v. Natural Wildlife Federation*, julgado pela Suprema Corte em 1990, que não se pode judicializar a questão por não se ter ainda uma ação estatal com densidade suficiente para ser contrastada.⁵⁸ Em decisões mais recentes, a Suprema Corte estadunidense assim decidiu novamente. Em *Ohio Forestry Ass'n v. Sierra Club* (1998), por unanimidade, concluiu que contestar o plano de manejo da Floresta Nacional Wayne, especialmente sobre a previsão para o corte de árvores, antes de alguma implantação concreta, seria uma espécie de “divergências abstratas sobre políticas administrativas” (“*abstract disagreements over administrative policies*”) (523 U. S. 736 – tradução livre).⁵⁹

55 MILARÉ, Edis. *Direito Ambiental*. 8. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 661.

56 *Ibidem*, p. 661-662.

57 Avaliação Ambiental Estratégica. Brasília: MMA/SQA, 2002, p. 17.

58 PORTERFIELD, Matthew. Agency action, finality and geographical nexus: judicial review of agency compliance with NEPA's programmatic environmental impact statement requirement after *Lujan v. National Wildlife Federation*. *University of Richmond Law Review*, v. 28, p. 619-667, 1994. p. 643.

59 Em *Norton v. Southern Utah Wilderness Alliance* (2004), a Suprema Corte analisou a contestação de que era necessário realizar estudo de impacto ambiental para avaliar a passagem de veículos off-road em certas áreas do parque (Wilderness Study Areas) do plano de manejo. Por unanimidade, a Corte entendeu que discordâncias sobre políticas não deviam ser resolvidas no judiciário e que, nas palavras de Michael C. Blumm e Sherry L. Bosse, os termos do plano não podiam ser impostos judicialmente (BLUMM, Michael C.; BOSSE, Sherry L. *Norton v. SUWA and the unraveling of federal public land planning*. *Duke Environmental Law & Policy Forum*, v. 18, no 1, p. 105-161, 2007. p. 108). “Se as cortes fossem habilitadas a emitir decisões gerais para obrigar o cumprimento de leis amplas [broad statutory mandates]... isso se tornaria tarefa de supervisão da corte, em vez de da agência, no sentido de impor o cumprimento de leis amplas, inserindo o juiz no gerenciamento do dia a dia da agência” (542 U.S. 66-67 – tradução livre).

A AAE seria um requisito meramente formal do qual não se conseguiria nenhum contraste de legalidade porque a decisão que ela influenciaria seria política. Uma coisa é influenciar um ato administrativo, que, mesmo não vinculado ao conteúdo do EIA/RIMA, tem elementos sindicáveis; outra é controlar a política pública, em princípio insindicável jurisdicionalmente (*political question doctrine*).⁶⁰ Frederico R. Silva doutrina que a AAE “objetiva promover o desenvolvimento sustentável através da incorporação da variável ambiental no processo de planejamento estratégico das políticas públicas” e alerta que a AAE “deve ser usada na formulação e desenvolvimento de planos e programas e não para submissão desses planos ao processo AAE”.⁶¹ Adicione-se, ainda, a limitação técnica de que a discussão ambiental na AAE “não pode ter o mesmo grau de detalhe se comparada com o processo de AIA.”⁶²

Embora a política pública deva ser informada sobre os aspectos ambientais, não necessariamente deve se servir apenas da AAE – cuja definição já é difícil de precisar, quanto mais a metodologia – para tal fim. Ademais, adentrar na esfera da formulação das políticas públicas poderia ainda afrontar a separação de poderes (CF, art. 2º).⁶³

Em quarto lugar, em nosso atual direito positivo não existe a possibilidade de se inserir a AAE como requisito do processo de licenciamento ambiental, uma vez que ele é limitado pelo nosso ordenamento jurídico a obras e atividades, não alcançando o planejamento. A Lei 6.938/81, com a redação que lhe foi dada pela LC 140/2011, estabelece:

60 Elival da Silva Ramos observa que “a função de governo, na maioria das vezes, se desenvolve mediante a elaboração de programas de governo, de planos de ação, globais ou setoriais” e que “enquanto se mantenha no plano exclusivamente político, a função de governo revela-se judicialmente incontrolável” (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 3ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2013. p. 154-155)

61 SILVA, Frederico Rodrigues. Avaliação ambiental estratégica como instrumento de promoção do desenvolvimento sustentável. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*. v. 8, no 8, p. 301-329, jul./dez. 2010. p. 307 e 326.

62 AGRA FILHO, Severino Soares; EGLER, Paulo Cesar Gonçalves. *Avaliação Ambiental Estratégica – AAE – Texto básico*. nov. 2006. p. 26. Disponível em: <<http://www.uems.br/propp/conteudopos/AAE/aaepantanal.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2013.

63 “[...] 2. As restrições impostas ao exercício das competências constitucionais conferidas ao Poder Executivo, entre elas a fixação de políticas públicas, importam em contrariedade ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes” (STF, Pleno, v.u., ADI-MC-REF 4.102/RJ, rela. Mina. Cármen Lúcia, j. em 26/05/2010, DJe 24/09/2010).

Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental.

Para licenciar algo, o nosso ordenamento elegeu diversos tipos de avaliação de empreendimentos, sendo o EIA o mais significativo, mesmo porque é previsto na Constituição.

Impor, por ação judicial, a AAE como requisito do licenciamento, inclui elemento estranho à nossa legislação nesse processo decisório. Estabelecer a AAE como algo prévio ao licenciamento, nada mais é do que inseri-la como requisito do licenciamento ambiental.

Existem instrumentos específicos que foram eleitos pela nossa Constituição, por nossas leis e resoluções do Conama, não cabendo, portanto, ao Judiciário aditar a legislação para impor a AAE ou a AAI como requisito do processo decisório de licenciamento ambiental.

Dessa forma, tem-se o quinto argumento: a superprocedimentalização (*overproceduralization*) do processo decisório de licenciamento ambiental porque impõe requisito (AAE) não previsto para ele.

A autocontenção judicial em matéria procedimental não é novidade e decorre da obediência à lei e da discricionariedade administrativa. Em outras palavras, ela nada mais faz do que prestigiar a separação de poderes, respeitando o âmbito de escolha do Legislativo ou do Executivo.

Nos EUA, na década de 70, o *D.C. Circuit Court*, tribunal que julgava praticamente todas as causas relativas às agências, começou a acrescentar requisitos procedimentais não previstos no *Administrative Procedure Act* (APA) para o processo decisório informal (*notice-and-comment*).⁶⁴ Essas adições eram feitas com base em considerações de justiça ou para oportunizar uma participação significativa no procedimento.

64 O que o D.C. Circuit Court já havia sinalizado em obter dictum na decisão *American Airlines v. Civil Aeronautics Board* (1966) ele depois confirmou em diversas decisões, ainda que apenas de passagem, por exemplo, *Automotive Parts & Accessories Ass'n v. Boyd* (1968), *Mobil Oil Corp. v. FPC* (1973), *International Harvester Co. v. Ruckelshaus* (1973), *Portland Cement Ass'n v. Ruckelshaus* (1973), *O'Donnell v. Shaffer* (1974), *HBO, Inc. v. FCC* (1977).

A Suprema Corte (*Baltimore Gas & Electric Co. v. NRDC* – 1983), repetindo o seu posicionamento adotado poucos anos antes (*Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council* – 1978), decidiu que o *National Environmental Policy Act* (NEPA) não exige que as agências adotem qualquer estrutura interna de decisão (462 U. S. 100), validando ato da *Nuclear Regulatory Commission* (NRC), ex-*Atomic Energy Commission* (AEC), deixando consignado, também, que “as cortes geralmente não têm autoridade para impor procedimentos híbridos superiores àqueles contemplados pelas leis de regência” (*Baltimore Gas & Electric Co. v. NRDC* – 462 U. S. 92).

Tal entendimento foi mantido em *Pension Benefit Guaranty Corp. v. The LTV Corp.* (1990), no qual se consignou que “*Vermont Yankee* estabeleceu a regra geral de que os tribunais não são livres para impor às agências exigências procedimentais específicas que não têm base no APA” (496 U. S. 654).

O *leading case*, entretanto, foi *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council* (1978), no qual estavam em jogo duas decisões do *D. C. Circuit Court*,⁶⁵ que reviram atos da Comissão de Regulação Nuclear (NRC) e que, levadas à Suprema Corte, foram reformadas. Essa decisão é frequentemente considerada como uma das mais importantes decisões de direito administrativo estadunidense⁶⁶ ou sobre a interpretação do APA.⁶⁷ Este caso é fundamental, pois mostra o *rechaço da tentativa de remodelar, por via judicial, o processo decisório previsto em lei, no caso o APA, a partir de hiperintegrações hermenêuticas com o NEPA e outros topoi argumentativos*, como é a natureza das questões debatidas, tais como a energia nuclear, a proteção ao meio ambiente etc.

O *Justice Rehnquist* deixou absolutamente claro que as agências são livres para moldar as suas próprias regras procedimentais (“*free to fashion their own rules of procedure*”), salvo previsão constitucional ou circunstância extremamente imperiosa em contrário (435 U. S. 543), e que essa liberdade é “um princípio fundamental do direito administrativo” (435 U. S. 544). Como as regras procedimentais estão no APA, a Corte entendeu que este estabeleceu o máximo de exigências procedimentais que o Congresso

65 *Natural Resources Defense Council Inc. v. United States Nuclear Regulatory Commission e Consumers Power Co. v. Aeschliman et al.* (1976).

66 LAWSON, Gary; BEERMANN, Jack M. Reprocessing Vermont Yankee. In: *WORKING PAPER SERIES, PUBLIC LAW & LEGAL THEORY*. Boston: Boston University School of Law, n. 06-25, p. 1-56, ago. 2006. p. 4. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=926349>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

67 METZGER, Gillian. *The store of Vermont Yankee: a cautionary tale of judicial review and nuclear waste*. Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers. 2005. Paper 0592, p. 1. Disponível em: <http://lsr.nellco.org/columbia_pllt/0592>. Acesso em: 25 mar. 2012.

desejava que as cortes impusessem às agências federais; e que, *embora as agências sejam livres para conceder garantias processuais adicionais de acordo com a sua discricionariedade, as cortes geralmente não são livres para impô-las, se, porventura, as agências não optaram por garanti-las* (435 U. S. 520).

Vermont Yankee rechaçou a alegação do NRDC de que o APA (553, § 4º) previu patamares mínimos de participação e que, conseqüentemente, o Judiciário poderia rotineiramente exigir mais, quando a norma a ser alterada pela agência tratasse de complexas questões técnicas ou fáticas ou questões de grande importância pública (435 U. S. 545).

Reconhecendo que houve o mínimo participativo exigido pelo APA, a Suprema Corte advertiu que o tribunal não deve “afastar-se para além da província judicial para explorar o formato processual ou para impor à agência a sua própria noção de quais procedimentos são ‘melhores’ ou mais prováveis de favorecer algum bem público vago e indefinido” (435 U. S. 549).

A primeira característica de *Vermont Yankee*, como visto, é o respeito à vontade do Congresso e, *ipso facto*, à lei, ainda que em face de previsões sobre a democracia participativa, como ocorre no processo decisório das agências estadunidenses. Segundo Gary Lawson e Jack M. Beermann, “a ira da Suprema Corte foi especificamente dirigida às adições pelas cortes inferiores de procedimentos não exigidos por uma fonte positiva do direito.”⁶⁸

Aplicando *Vermont Yankee* à possibilidade de imposição judicial da AAE, vê-se que não se poderia exigí-la sem fonte de direito positivo porque o Congresso não emitiu nenhuma vontade nesse sentido, havendo, ao contrário, vedação de que a AAE faça parte do processo de licenciamento ambiental no atual estágio da matéria na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 10), sem contar, ainda, a rejeição pelo Conama de criá-la para o setor de aproveitamentos hidrelétricos.⁶⁹

A segunda característica de *Vermont Yankee* é a de reconhecer a margem de discricionariedade da Administração Pública em estabelecer sua própria normatização sobre seu procedimento (no caso, a participação

68 LAWSON, Gary; BEERMANN, Jack M. Reprocessing Vermont Yankee. In: *WORKING PAPER SERIES, PUBLIC LAW & LEGAL THEORY*, Boston: Boston University School of Law, n. 06-25, p. 1-56, ago. 2006. p. 17. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=926349>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

69 Proc. 02000.002863/2010-27 – DCONAMA/SECEX/MMA, discutido na 3ª Reunião da CT de Controle Ambiental, em 26/10/12: <http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/F053739B/PropostaResolucao.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2013.

popular), desde que obedecido o mínimo previsto na lei. Adicionar garantias processuais integra a discricionariedade da Administração, não devendo o Judiciário intervir na matéria sem clara base legal. Doutrina-se, então, que o primeiro “princípio básico de *Vermont Yankee* é o de que o Congresso e as agências, e não os tribunais federais, devem decidir o apropriado nível de procedimento para as agências. Segundo, a Corte anunciou políticas fortes contra a imprevisibilidade e superprocedimentalização” (*overproceduralization*).⁷⁰

No caso, se não existe discricionariedade para a Administração Pública impor a AAE como requisito do processo de licenciamento ambiental no atual quadro normativo da matéria, com tanto mais razão para o Judiciário.

A autocontenção judicial é necessária para que o Judiciário não crie ou altere o procedimento com base em seus próprios parâmetros e torne desnecessária a separação de poderes, ao substituir as funções do Legislativo e do Executivo, criando, desse modo, insegurança jurídica. Como alertou a Suprema Corte estadunidense em *Vermont Yankee*,

[...] se os tribunais continuamente revissem os procedimentos das agências para determinar quando a agência empregou procedimentos que eram, na opinião da corte, perfeitamente adaptados para alcançar o que a corte entende como o ‘melhor’ ou ‘correto’ resultado, o controle judicial seria totalmente imprevisível” (435 U. S. 546).

Se a essa imprevisibilidade são agregadas a ausência de definição segura sobre o significado da AAE, sua metodologia, seu impacto em termos de formulação das políticas públicas, ver-se-á que o resultado é caótico.

É oportuno lembrar o ensinamento de Hamilton, em *O Federalista*, nº 78, no sentido de que, se os juízes, no processo de interpretação da lei ou da constituição, “tentarem substituir o julgamento por vontade, as consequências serão as mesmas da predominância de seus desejos sobre os dos legisladores. Se tal procedimento fosse válido, não seria necessário que os juízes deixassem de pertencer ao Poder Legislativo.”⁷¹

70 LAWSON; BEERMANN, op. cit., p. 17.

71 HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista, por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 579.

Um parêntese deve ser aberto para evitar que eventual contato entre procedimento e mérito possa evitar a autocontenção judicial: não apenas em matéria procedimental a Suprema Corte estadunidense prega a autocontenção, mas *também em matéria de discricionariedade técnica (mérito)*.

Em *Chevron v. NRDC (Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc – 1984)*, caso de regulação ambiental no qual se entendeu que a Administração Pública detém primazia na interpretação dos conceitos indeterminados das leis a ela dirigida, podendo o Judiciário intervir somente em casos teratológicos. Como o Judiciário deve respeitar, em regra, a exegese do Executivo, a doutrina estabelecida no caso *Chevron* é conhecida como *judicial deference*, *Chevron deference* ou *Chevron doctrine*.

A deferência judicial remete “ao livre juízo da Administração a interpretação que esta se digne a fazer dos conceitos ambíguos, imprecisos ou indeterminados das Leis.”⁷² As cortes devem deferência às interpretações promovidas pelas agências (Poder Executivo), a menos que a lei seja clara ou a interpretação dada por elas seja desarrazoada.

Segundo o *Justice Stevens*, o primeiro passo (*first step*) para a aplicação da doutrina *Chevron* seria a ambiguidade da lei.⁷³ Se a lei contiver vaguidade ou indefinição, haverá espaço para que seu sentido dúbio seja eliminado. O segundo passo (*step two*) da doutrina *Chevron* seria a razoabilidade da regulamentação legal.⁷⁴ Destaque-se, nesse ponto, que não se busca a melhor interpretação da norma pela Administração Pública, apenas a razoável.

Por esta razão que o Judiciário estadunidense prudentemente se nega a dirimir (autocontenção/*self-restraint*), na análise do Estudo de Impacto Ambiental (EIA), divergências entre cientistas.⁷⁵

Ressalte-se que em *City of Arlington v. FCC (2013)*, a Suprema Corte ampliou o alcance da *Chevron doctrine*, mostrando não apenas que

72 ENTERRÍA, Eduardo García de. Uma nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado, *Revista do Tribunal Regional Federal da 4a Região* 25/31, nota 10 – tradução livre.

73 SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretations of law. *Duke Law Journal*, v. 1989, no 3, Twentieth Annual Administrative Law Issue, p. 511 e 515.

74 *Ibidem*, p. 512.

75 Como decidiram a Corte do Estado de Nova York (*Matter of John Fisher et. al. v. Rudolph Giuliani – 2001* e *Chinese Staff and Workers Association et. al. v. Amanda M. Burden – 2010*), a do 9o Circuito (*City of Carmel-by-the-Sea v. United States Department of Transportation – 1997*) e a do 7o Circuito (*Sierra Club v. Marita – 1995*)

ela permanece na jurisprudência da corte, mas também que sua aplicação não se esgota nos casos até então julgados.

Em *Smiley v. Citibank (South Dakota)* (1996), depois de reconhecer o primeiro passo (*first step*), a Suprema Corte estadunidense afirmou que “a pergunta diante de nós não é se isso representa a melhor interpretação da lei, mas se isso representa uma interpretação razoável.”⁷⁶ Pelo mesmo motivo, o ambientalista português Vasco Pereira da Silva, apoiando-se na doutrina alemã, defende que “a fiscalização judicial do poder discricionário tem por finalidade a verificação da conformidade da decisão com a lei e o direito, e não a procura de ‘uma ‘melhor’ apreciação ou de uma ‘melhor’ decisão discricionária’ (Starck).”⁷⁷

O STF já reconheceu tal fato no RE 519.778/RN, no qual ficou consignado: “As complexidades técnicas relativas à análise ambiental da área, aliadas à presunção de constitucionalidade das leis, recomendam postura de autocontenção judicial.”⁷⁸ Quando se trata de matéria técnica, o STJ chama tal prudência de *princípio da deferência técnico-administrativa*, que se configura, assim, em um mero desdobramento da doutrina Chevron.⁷⁹

Em outras palavras, encare-se a questão como procedimental ou substancial, a autocontenção é de rigor.⁸⁰

Em alguns casos, o Judiciário tem adotado posturas de autocontenção, como na ação civil pública 0000521-24.2012.403.6007, que tramitou inicialmente na 1ª Vara Federal de Coxim/MS,⁸¹ na qual

76 “... the question before us is not whether it represents the best interpretation of the statute, but whether it represents a reasonable one.”

77 SILVA, Vasco Pereira da. “Mais vale prevenir do que remediar” – Prevenção e precaução no direito do ambiente. In: PES, João Hélio Ferreira; OLIVEIRA, Rafael Santos de (coord.). *Direito Ambiental Contemporâneo: prevenção e precaução*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 24 – destaques no original.

78 STF, RE 519.778/RN, rel. Min. Roberto Barroso, j. em 27/02/2014, DJe 06/03/2014.

79 “Em matéria eminentemente técnica, que envolve aspectos multidisciplinares (telecomunicações, concorrência, direito de usuários de serviços públicos), convém que o Judiciário atue com a maior cautela possível – cautela que não se confunde com insindicalidade, covardia ou falta de arrojo” (STJ, 2ª T., v.u., REsp 1.171.688/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 01/06/2010, DJe 23/06/2010).

80 Para uma melhor compreensão da autocontenção em matéria que envolva divergências científicas ou metodológicas, cf. BIM, Eduardo Fortunato. *Divergências científicas e metodológicas no direito ambiental e autocontenção judicial*. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 9, n. 46, p. 9-38, jul./ago. 2012.

81 Depois houve deslocamento da causa para Campo Grande/MS em decorrência da decisão do TRF da 3ª Região no Agravo de Instrumento 0030051-52.2012.4.03.0000, rela. Des. Fed. Marli Ferreira, j. em 26/10/2012, DJe 09/11/12.

foi deferida a liminar para que não fosse expedida mais nenhuma licença ambiental na Bacia do Alto Paraguai, até que fosse efetuada a AAE. O TRF da 3ª Região, cassando a liminar anteriormente deferida,⁸² aduziu:

A Constituição Federal estabelece no art. 225, o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Na hipótese dos autos, observa-se que os estudos previstos em lei foram realizados e à exaustão, eis que se trata de um procedimento ambiental em que vários órgãos devem se manifestar, sendo certo que nesse aspecto é importante ressaltar a realização da AIA- Avaliação de Impacto Ambiental.

Não deve ser exigido dos empreendedores e das esferas de poder local, regional e federal, outros instrumentos fora daqueles previstos na lei e nas Resoluções ambientais expedidas pelo CONAMA.

Decretar-se a invalidade de licenciamento ambiental exercido dentro das determinações legais com foco na preservação do meio ambiente pantaneiro é afastar a competência administrativa do Poder Público e dos órgãos licenciadores da manutenção responsável do meio ambiente, em todas as suas vertentes, no qual se situa o empreendimento, e outorgar ao autor da ação bem assim

82 "A razão pela qual o órgão ministerial pugna pela realização da AAE – Avaliação Ambiental Estratégica não prevista no nosso ordenamento jurídico, deve-se ao fato de que na Alemanha em alguns empreendimentos e na Dinamarca em geral utiliza-se esse mecanismo. No entanto não se pode desvirtuar a realização da AIA no Brasil e não é dado ao Ministério Público e muito menos ao Judiciário impor obrigações às partes que não decorrem da análise de lei vigente no ordenamento jurídico. Todos temos responsabilidade com o meio ambiente e sadia qualidade de vida, não sendo aceitável que se imponha ao Poder Público restrições ao desenvolvimento de atividade essencial para a vida das pessoas, como é o caso da energia, relegando todos os estudos procedidos para que se instale e opere o empreendimento. [...] Evidente, pois, que o país tem elementos de identificação de impactos muito bem deduzidos na legislação atendendo a comando constitucional. Não se justifica possa ser exigido dos empreendedores e das esferas de poder local, regional e federal, outros instrumentos fora daqueles previstos na lei e nas Resoluções ambientais expedidas pelo CONAMA. Lacuna normativa, se por acaso existisse não se resolve com a criação de direitos e obrigações em clara afronta ao art. 5º, inciso II da CF, sendo certo que na hipótese dos autos, eventual mandado de injunção somente poderia ser impetrado perante o C. STF, ex vi do art. 102, inciso I, alínea "q", da CF" (TRF da 3ª Região, AI 0005872-20.2013.4.03.0000, rel. Des. Fed. Marli, j. em 03/05/13, DJe 09/05/2013).

ao Poder Judiciário um poder normativo legiferante que não lhes pertence.⁸³

A tentativa de transformar a lei nacional de proteção ao meio ambiente (*v.g.*, NEPA, Lei 6.938/81) em uma espécie de salvo-conduto para autorizar decisões judiciais criativas em matéria de avaliação de impacto ambiental, sem lastro legal e atropelando a discricionariedade administrativa, não é exclusividade nacional e foi rechaçada em *Citizens Against Burlington v. Busey*, proferida pelo *D. C. Circuit Court* em 1991. O relator do caso, Clarence Thomas, hoje juiz da Suprema Corte estadunidense, teceu excelentes comentários a respeito das alternativas no EIA e defendeu a autocontenção na matéria, dizendo que do mesmo modo que o NEPA (equivalente a nossa Lei 6.938/81) não é uma Constituição verde, os juízes federais não são Barões de Runnymede,⁸⁴ ou seja, não são legisladores: “*Just as NEPA is not a green Magna Carta, federal judges are not the barons at Runnymede*” (938 F.2d 194).

5 CONCLUSÃO

Fruto da legislação e das experiências estadunidense e europeia, a AAE tem sido discutida no Brasil, principalmente, com o objetivo de torná-la parte obrigatória, ainda que externa, do processo de licenciamento ambiental, instituindo-a como um requisito deste.

Como para os debatedores o principal objetivo da AAE é aferir os impactos cumulativos e sinérgicos de um conjunto ou espécie de atividade sobre o meio ambiente, tem-se propagado a tese de que a AAE seria o único meio de se proteger o meio ambiente, viabilizando o constitucional direito ao meio ambiente

83 TRF da 3ª Região, 4ª T., v.u., AI 0005833-23.2013.4.03.0000 (ac. 499.356), rela. Des. Fed. Marli Ferreira, j. em 23/08/13, e-DJF3 Judicial 1 09/09/13; TRF da 3ª Região, 4ª T., v.u., AI 0005953-66.2013.4.03.0000 (ac. 499.510), rela. Des. Fed. Marli Ferreira, j. em 23/08/13, e-DJF3 Judicial 1 09/09/13; TRF da 3ª Região, 4ª T., v.u., AI 0006638-73.2013.4.03.0000 (ac. 500.081), rela. Des. Fed. Marli Ferreira, j. em 23/08/13, e-DJF3 Judicial 1 09/09/13; TRF da 3ª Região, 4ª T., v.u., AI 0005872-20.2013.4.03.0000 (499.367), rela. Des. Fed. Marli Ferreira, j. em 23/08/13, e-DJF3 Judicial 1 30/09/13; TRF da 3ª Região, AI 0009855-27.2013.4.03.0000 (ac. 502.703), rel. Des. Fed. Marli Ferreira, j. em 03/10/2013, e-DJF3 Judicial 1 16/10/2013; TRF da 3ª Região, AI 0009370-27.2013.4.03.0000 (ac. 502.519), rel. Des. Fed. Marli Ferreira, j. em 10/10/2013, e-DJF3 Judicial 1 17/10/2013; TRF da 3ª Região, AI 0005920-76.2013.4.03.0000 (ac. 499.394), rel. Des. Fed. Marli Ferreira, j. em 10/10/2013, e-DJF3 Judicial 1 17/10/2013.

84 Runnymede é o local onde foi proclamada a Magna Carta de 1215.

ecologicamente equilibrado. Além da capacidade de constatar os efeitos cumulativos e sinérgicos no meio ambiente, aduz-se que a AAE já existe em nosso ordenamento porque seria uma espécie de avaliação de impacto ambiental (Lei 6.938/81, art. 9º, III), o que tornaria desnecessária a previsão legal para ela fazer parte do licenciamento – podendo ser imposta via judicial – e/ou autorizaria uma previsão regulamentar nesse sentido.

No atual estado do nosso direito positivo, conclui-se que o meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF, art. 225) não está em perigo porque não se implantou a AAE no Brasil, uma vez que ela não é o único meio de se avaliar os impactos cumulativos e sinérgicos, já que isso também faz parte do EIA, mas porque, em termos de proteção mínima, a própria Constituição previu o EIA para “instalação de obra ou atividade” (art. 225, § 1º, IV), não para planos, programas e políticas.

A AAE pode ser vantajosa ao reduzir o escopo de abrangência dos estudos ambientais subsequentes e ser útil naqueles cenários de ausência de sensibilidade dos órgãos licenciadores em face de empreendimentos com impacto ambiental que não exija uma AIA, mas que esteja relacionado com outros que elevem os impactos para níveis que exigem a AIA. Mas tais benefícios somente serão de cunho jurídico quando vier previsão legal nesse sentido, aliviando a tarefa do órgão licenciador, ao trazer segurança jurídica no aproveitamento das projeções ambientais da AAE.

Não há previsão da AAE na Lei 6.938/81 quando essa estabelece, como instrumento da política nacional do meio ambiente, a avaliação de impacto ambiental (art. 9º, III), bem como não prevê autorização para a sua instituição sem a alteração do atual quadro normativo. A própria Lei 6.938/81 limita a avaliação de impacto ambiental para a “construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais” (art. 10), excluindo planos, programas e políticas de seu âmbito normativo.

A experiência estadunidense da instituição da AAE (PEIS – *Programmatic Environmental Impact Statement*), mediante regulamentação do Conselho de Qualidade Ambiental (CEQ), não parece adequada ao Brasil, visto que a legislação norte-americana (NEPA) é mais ampla do que a nossa, pois prevê a necessidade de AIA em face de qualquer ação governamental importante (*major action*), enquanto a nossa não contém

cláusula semelhante, bem como restringe as atividades que são objeto de licenciamento e EIA.

Não é possível a imposição judicial da AAE no processo decisório de licenciamento ambiental porque haveria interferência em função privativa dos demais poderes do Estado.

Ao se considerar que não há dano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, uma vez que o EIA também avalia impactos cumulativos e sinérgicos; que existem várias formas de se proteger o meio ambiente, tendo a CF estabelecido o mínimo do EIA e a Lei 6.938/81 limitado o EIA aos empreendimentos; que é difícil ou impossível o contraste jurisdicional de questões políticas, como são a maioria dos planos, programas e políticas; e, que, não podendo haver adição de requisitos procedimentais ao processo decisório estatal, como decidido em *Vermont Yankee*, a autocontenção judicial na matéria se impõe, sendo insuficiente para colmatar a lacuna da ausência de previsão legal da AAE a propositura de ações judiciais.

A AAE deve ser integrada ao ordenamento jurídico nacional pelo Poder Legislativo, que delimitaria precisamente a sua constituição, definiria e/ou delegaria diretrizes sobre a metodologia e seu aproveitamento – compulsório ou não – pelos órgãos licenciadores.

REFERÊNCIAS

AGRA FILHO, Severino Soares; EGLER, Paulo Cesar Gonçalves. *Avaliação Ambiental Estratégica – AAE – Texto básico*. nov. 2006. Disponível em: <<http://www.uems.br/propp/conteudopos/AAE/aaepantanal.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2013.

ALICIARDI, Maria Belen. Evaluación Ambiental Estratégica. In: CAPPARELLI, Mario Augusto. *El Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental*. San Isidro: Centro Norte, 2010.

BELTRÃO, Antonio F. G. *Aspectos Jurídicos do Estudo de Impacto Ambiental (EIA)*. São Paulo: MP, 2007.

BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcellos e. Os princípios do Estudo de Impacto Ambiental como limites da discricionariedade administrativa. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 317, p. 25-45, jan./mar. 1992. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/8746/Os_Principios_do_Estudo_de_Impacto.pdf?sequence=4>. Acesso em: 03 jun. 2013.

BIM, Eduardo Fortunato. *Divergências científicas e metodológicas no direito ambiental e autocontenção judicial*. Direito Público, Porto Alegre, v. 9, n. 46, jul./ago. 2012.

BLUMM, Michael C.; BOSSE, Sherry L. Norton v. SUWA and the unraveling of federal public land planning. *Duke Environmental Law & Policy Forum*, v. 18, n. 1, 2007.

BRASIL. *Avaliação Ambiental Estratégica*. Brasília: MMA/SQA, 2002.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos – SPI. *Estudo da Dimensão Territorial para o Planejamento*: v. VII – Avaliação de Sustentabilidade da Carteira de Investimentos. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos. Brasília: MPOG, 2008.

BURIAN, Paulo Procópio. *Avaliação Ambiental Estratégica como instrumento de licenciamento para hidrelétricas – o caso das bacias do rio Chopim no Paraná*. Disponível em: <http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro2/GT/GT06/paulo_burian.pdf>. p. 01-20, 2004 (Trabalho apresentado no II Encontro da Associação Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Ambiente e Sociedade (ANPPAS). Acesso em 05 jun. 2013.

COOPER, Jon C. Broad programmatic, policy and planning assessments under the national environmental policy act and similar devices: a quiet revolution in an approach to environmental considerations. *Pace Environmental Law Review*, v. 11, n. 1, 1993.

COSTA, Karina Pinto. A (in)efetividade do direito ambiental brasileiro: análise prática das normas, dos instrumentos processuais e casos concretos. *Revista de Direito Privado*, v. 36, out. 2008. Disponível em: *Revista dos Tribunais Online*. Acesso em: 01 jun. 2013.

ENTERRÍA, Eduardo García de. Uma nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado, *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, ano 7, n. 25. Porto Alegre: O Tribunal, 1996.

FARIAS, Talden. *Licenciamento Ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FILIPPUCCI, Leonardo. *La Valutazione di Impatto Ambientale e la valutazione strategica, alla luce delle modifiche introdotte dal Dlgs 4/2008*. Milano: Edizioni Ambiente, 2009.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista, por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

KAWASAKI, Rie. *Análise dos estudos de impacto ambiental e dos relatórios de impacto ambiental elaborados antes e após a realização da avaliação ambiental estratégica – Caso do rodovial Trecho Sul*. Monografia (Aperfeiçoamento/Especialização em Perícia e Auditoria Ambiental) – Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo, 2007.

LAWSON, Gary; BEERMANN, Jack M. Reprocessing Vermont Yankee. In: *WORKING PAPER SERIES, PUBLIC LAW & LEGAL THEORY*. Boston: Boston University School of Law, n. 06-25, ago. 2006, p. 17. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=926349>>. Acesso em: 18 maio 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MACIEL, Marcela Albuquerque. *Compensação Ambiental: instrumento para a implementação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

MAIA, Leonardo Castro. Usinas hidrelétricas e a atuação do Ministério Público em defesa do meio ambiente. *Revista dos Tribunais*, n. 921, jul. 2012.

METZGER, Gillian. The store of Vermont Yankee: a cautionary tale of judicial review and nuclear waste. *Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers*. 2005, Paper 0592, p. 1. Disponível em: <http://lsr.nellco.org/columbia_pllt/0592>. Acesso em: 18 maio 2013.

MILARÉ, Edis. *Direito Ambiental*. 6. e 8. eds. São Paulo: RT, 2009 e 2013.

MORIN, Edgar. *Introdução ao Pensamento Complexo*. Tradução de Eliane Lisboa. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

OLIVEIRA, Aparecida Antônia de; BURSZTYN, Marcel. Avaliação de impacto ambiental de políticas públicas. *Interações – Revista Internacional de Desenvolvimento Local*. v. 2, n. 3, set. 2001.

PORTERFIELD, Matthew. Agency action, finality and geographical nexus: judicial review of agency compliance with NEPA's programmatic environmental impact statement requirement after *Lujan v. National Wildlife Federation*. *University of Richmond Law Review*, v. 28, 1994.

PRIEUR, Michel. *Droit de l'Environnement*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 3. tiragem, São Paulo: Saraiva, 2013.

REALE, Miguel. Abuso do poder de legislar. *Revista de Direito Público*, n. 39-40, São Paulo: RT, jul./dez. 1976.

SÁNCHEZ, Luis Enrique. *Avaliação Ambiental Estratégica e sua Aplicação no Brasil*. 2008. Disponível em: <<http://www.revistaestudosavancados.usp.br/iea/aaeartigo.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2013.

SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretations of law. *Duke Law Journal*, v. 1989, June, n. 3, Twentieth Annual Administrative Law Issue, 1989.

SILVA, Frederico Rodrigues. Avaliação ambiental estratégica como instrumento de promoção do desenvolvimento sustentável. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*. v. 8, n. 8, jul./dez. 2010.

TEIXEIRA, Izabella Mônica Vieira. *O uso da avaliação ambiental estratégica no planejamento da oferta de blocos para exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil: uma proposta*. 2008. 288 p. (Tese em Engenharia). Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, 2008.

TESSLER, Marga Barth. Análise da Resolução no 1/86 Conama sob perspectiva da avaliação ambiental estratégica. *Revista do TRF da 4ª Região*. Porto Alegre, a. 18, n. 63, 2007.

THERIVEL, Riki. *Strategic Environmental Assessment in Action*. 2. ed. Londres: Earthscan, 2010.

A PECULIARIDADE JURÍDICO- CONSTITUCIONAL DO PODER CONSTITUINTE E SUA (IN)EXISTENTE ORIGINALIDADE NO CONTEXTO DA UNIÃO EUROPEIA

*THE PECULIARITY LEGAL AND CONSTITUTIONAL AND ITS
CONSTITUENT POWER (IN) EXISTING ORIGINALITY IN THE
CONTEXT OF EUROPEAN UNION*

Francisco Valle Brum

*Advogado da União lotado na Procuradoria-Geral da União
Mestrando em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito
Público – IDP. Especialista em Direito do Estado*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O poder constituinte e sua divisão no ambiente europeu; 2 O poder constituinte (originário?) e sua estrutura jurídico-constitucional peculiar no contexto da integração da União Europeia; 3 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O presente artigo analisa a peculiaridade atinente ao Poder Constituinte no âmbito da União Europeia. Indica que há uma divisão deste Poder entre os cidadãos dos Estados-membros e dos *cidadãos da União*. Busca demonstrar que, no ambiente da constitucionalização da Europa, é de difícil percepção a existência de um Poder Constituinte originário, uma vez que não estão presentes os três principais fatores de sua incidência. Conclui que há, nada obstante, uma evidente estrutura constitucional, de caráter material, no âmbito comunitário, a qual engloba os tratados comunitários e a própria jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu que, malgrado ainda não tenha culminado numa Constituição europeia propriamente dita, pode ser um sintoma a apontar neste sentido.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Constituinte Originário. União Europeia. Constituição da Europa. Tratados Comunitários.

ABSTRACT: This article analyzes the peculiarity with regard to constituent power within the European Union. Indicates that there is a division of power between the citizens of the Member States and of the citizens of the Union. Seeking to demonstrate that, in the environment of constitutionalisation of Europe, it is difficult to perceive the existence of a constituent power, since there are present the three main factors of its incidence. Concludes that there is, however, a clear constitutional structure of material character, under which community encompasses the Community treaties and the jurisprudence of the European Court of Justice that, in spite of not yet culminated in a European Constitution itself, can be a symptom pointing in this direction.

KEYWORDS: Constituent Power. European Union. Constitution of Europe. Community Treaties.

INTRODUÇÃO

Talvez não haja na dogmática constitucional um ponto tão sensível e determinante para a eficácia de todo o rol de garantias proporcionado pela Constituição como a doutrina do Poder Constituinte. Partindo do seu conteúdo se estabelece a força vinculante da Constituição, que irradia seus efeitos por todos os demais ramos do direito, e condiciona nossa própria visão de mundo como juristas¹.

A peculiar situação da União Europeia, no que toca ao contexto da sua constitucionalização, torna ainda mais sensível esse ponto. Assim, a pergunta problematizante que se põe é saber se os Tratados constitucionais da União (cuja natureza jurídica para muitos é de efetiva Constituição da Europa) foi fruto do Poder Constituinte originário, e com isso se principia a reestruturação do Poder Constituinte - afetando todo o Direito Constitucional -, com a formal retirada da soberania e do monopólio da força dos Estados-membros em prol de uma União Europeia nos moldes norte-americanos, ou se apenas podemos dizer que a (ainda?) (in)existente federação da Europa inviabiliza a formalização do processo constituinte originário, admitindo-se apenas um poder de reforma *sui generis*.

Como hipótese, podemos dizer que as principais características do Poder Constituinte originário não estão presentes na constitucionalização da Europa, porquanto, para isso, teremos que verificar a existência da inicialidade, da titularidade e de um *povo da União*, o que não parece fazer parte da atual conjuntura da UE.

1 O PODER CONSTITUINTE E SUA DIVISÃO NO AMBIENTE EUROPEU

Não é tarefa fácil tratar em poucas linhas a questão acerca do Poder Constituinte. Esse tema, a par de muito debatido, continua extremamente aberto². Faz parte do senso comum que o Poder

1 GUSMÃO. Hugo Cesar Araújo de. Poder Constituinte: uma categoria ainda válida em nossos dias? In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC)*: Revista do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional. Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC) – São Paulo: ESDC, 2005. n. 6, p. 95-118.

2 Há, inclusive, quem chegue a afirmar que o Poder Constituinte originário não mais existe. Nesse sentido, Giorgio Agamben aduz que “Contra a tese que afirma o caráter originário e irredutível do poder constituinte, que não pode ser de modo algum incondicionado e constringido por um ordenamento jurídico determinado e se mantém necessariamente externo a todo o poder constituído, encontra hoje sempre maior consenso (no âmbito da tendência contemporânea mais geral de regular tudo mediante normas) a tese contrária, que desejaria reduzir o poder constituinte ao poder de revisão previsto na constituição, e põe de

Constituinte, teorizado inicialmente pelo abade de Sieyès³, é uma força política que inaugura uma nova ordem constitucional. Também é assaz conhecida a discussão entre juspositivistas e jusnaturalistas sobre a natureza desse poder, se jurídico ou de fato.

Agora, falar de Poder Constituinte é falar de democracia, sendo que na modernidade os dois conceitos foram quase sempre correspondentes e estiveram inseridos num processo histórico que fez com que se identificassem cada vez mais, sobretudo com a aproximação do século XX⁴. Os distintos modos de entender a Constituição reclamam uma aproximação particular à questão do Poder Constituinte⁵. Sobre essas diversas linhas de tentativa de conceituação do Poder Constituinte dentro da arquitetura político-jurídico-social, destaca-se estudo de Danilo Castellano, para quem:

Se puede observar, en primer lugar, que la doctrina de la Constitución como hipótesis fundamental (Kelsen), como decisión, o sea, como acto cualquiera del poder constituyente (Schmitt), como pacto (o contrato) social (teorías políticas constructivistas), identifican en último análisis el poder constituyente con una opción o una decisión de la que, cuando se ofrecen, no se dan sino razones utilitaristas, inidóneas para justificar – bajo el aspecto fundante – la misma decisión o la opción. Sustancialmente, por tanto, para estas teorías, el poder constituyente es el poder de constituirse, un hecho derivado de un acto voluntario colectivo. Un hecho prejurídico, en suma, que los juristas reconocen (o

lado como pré-jurídico ou meramente factual o poder do qual nasceu a constituição" (AGAMBEN, Giorgio Homo Sacer. *O poder soberano e a vida nua*. 2 ed. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 47.).

- 3 Não obstante essa afirmação, Hugo Gusmão adverte que “assim como o que Galileu comprovou e universalizou já havia sido afirmado anteriormente, ainda que no âmbito da pura teoria, também as ideias enunciadas por Sieyès, muito antes que os colonos americanos declarassem sua independência e desse início à seu processo constituinte, já haviam encontrado um porta-voz: Emer Vattel, sob uma perspectiva internacionalista, já havia chagado a algumas conclusões que após décadas seriam proclamadas pelo Abade francês. E continua No entanto, apesar do caráter vanguardista de sua argumentação, e como para demonstrar a peremptória afirmação de Hannah Arendt, a origem histórica e jurídica do Poder Constituinte necessitou dos fatos que se desenrolaram na América e na França, e que o delinearão, definitivamente, como circunstância concreta e ideia jurídico-política” (GUSMÃO, Hugo César Araújo de. A posse ad esse: uma análise dos pressupostos histórico-conceituais do poder constituinte enquanto fato político e categoria científica. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; NOVELINO, Marcelo. *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria do Estado*. Salvador: Jus Podium, 2009. p. 102-103).
- 4 NEGRI, Antonio. *O poder constituinte*. Ensaio sobre as alternativas da modernidade. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DPeA, 2002. p. 7.
- 5 CASTELLANO, Danilo. *Constitución y Constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 74-75.

deberían reconocer) del mismo modo como el cordero reconoce la “decisión” del lobo. El poder constituyente, por tanto, sería un hecho considerado (impropiamente) idóneo para originar un ordenamiento jurídico, pero absolutamente extraño al mundo del derecho. Por ello las doctrinas iuspositivistas (piénsese, por ejemplo, en Georg Jellinek, Raimon Carré de Maberg o Santi Romano) excluyen que sea una “cuestión jurídica” y, por eso, tienden (sin conseguirlo) a expulsarla completamente de la esfera del derecho. El “poder constituyente”, en suma, reentraría en la esfera política [...], esto es, en un mundo lejano, si no contrario, al derecho, que para los positivistas – como es sabido – se circunscribe a las normas del ordenamiento⁶.

Em aula ministrada para os alunos do mestrado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público na Universidade de Granada⁷, o professor Hugo Gusmão registrou que ele (o Poder Constituinte) é uma espécie de *cisne negro*, vale dizer, fenômenos sociais e políticos extraordinários que produzem um tremendo impacto e que não se sujeitam a explicações no momento em que aparecem. Só se pode explicá-los num momento posterior. O Poder Constituinte tem esse componente de *cisne negro*, porque ele se subdivide entre um “momento constituinte e um processamento constituinte”, tendo um elemento limitativo (limitado) e um elemento ilimitado (ruptura com a ordem estabelecida). O Poder Constituinte nem sempre é percebido de imediato. Ele não necessariamente tem que conduzir a um processamento constituinte; melhor dizendo, ele pode ter um momento de ruptura e não ter uma constituição que garanta juridicamente esse momento de ruptura.

Outra discussão que já é *lugar-comum* é a que se refere a quem é o titular do Poder Constituinte e de quem tem o poder de fazer a constituição. Nesse aspecto, deve-se dizer, com Hegel (ainda que com razões diversas) que a questão carece de significado⁸. Ela está privada de significado jurídico, porque, como sustentado por uma parte dos juristas positivistas, o Poder Constituinte seria um fato e não um verdadeiro poder jurídico. No mesmo sentido, estaria privada de significado para os

6 CASTELLANO, op. cit., p. 75-76.

7 GUSMÃO, Hugo C. Araújo de. *Reforma constitucional y Globalización*. Aula ministrada em 04.06.2013 no programa de mestrado em Direito Constitucional Europeu da Universidade de Granada em convênio com o Instituto Brasiliense de Direito Público.

8 Ibid., p. 84.

pensadores clássicos, já que não existe. É uma pretensão de onipotência que o homem ou as coletividades reivindicam, mas que não possuem, pois tanto uma como outras somente dispõem do poder ordenador. Ainda, está privada de significado político, porque o poder político não é um poder brutal e absolutamente *livre em sua causa*; é, ao contrário, um poder humano⁹.

Ainda sobre a fluidez do conceito, Isabel Turégano Mansilla¹⁰ adverte que:

Empleado con una función explicativa, el concepto de poder constituyente sirve efectivamente para poner de manifiesto que la limitación de la autoridad jurídica suprema presupone lógicamente un poder extrajurídico que le autoriza y delimita su ámbito de actuación. Éste creo que es el sentido de la distinción entre soberano y soberano. Sin embargo, como ya señalaran CARRIÓ y NINO, resulta problemática la aplicación de un término como el de «poder» propio de contextos normativos en una sede en la que por definición las normas están ausentes, puesto que puede servir como legitimación encubierta del mero hecho del ejercicio efectivo de la fuerza (CARRIÓ, 1973; NINO, 1985).

Não é desiderato deste artigo investigar as correntes que teorizam acerca do Poder Constituinte, seja ele originário ou derivado, mas sim investigar se a criação de uma “constituição” para o velho continente pode ser caracterizada como um *fato “constituente”*, ou seja, como um momento em que se deflagrou o Poder Constituinte originário.

Antes, porém, impende trazer a peculiar situação da constitucionalização da União Europeia, uma vez que pode haver uma divisão desse Poder Constituinte entre os cidadãos da União (?) e os povos europeus.

Sobre o ponto, é de se dizer que o artigo 1, inciso 2, do Tratado de Maastricht do ano de 1991 deu início a uma “União cada vez mais estreita entre os povos da Europa”, ao passo que o artigo 1, inciso 1, do Tratado que funda uma Constituição para a Europa já passou a se referir

9 GUSMÃO, op. cit., p. 85.

10 MANSILLA, Isabel Turégano. A vueltas con la noción de soberanía: reflexiones sobre la contribución de Ernesto Garzón Valdés. DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30 (2007), p.199-203.

aos dois sujeitos constituintes, isto é, tanto “às cidadãs e aos cidadãos” como “aos Estados” europeus¹¹. Nas palavras de Habermas¹²

Mesmo malogrando a Constituição da convenção de 2004, o Tratado de Lisboa recomenda o fim de uma soberania “dividida” entre cidadãos e Estados porque o Parlamento, ao propor mudanças no tratado constitucional (de modo igualmente restrito), não somente está submetido ao procedimento como se coloca diante do Conselho como órgão de igual nível nos “procedimentos legislativos ordinários”.

Nesse norte, esse elemento novo do sujeito constituinte cindido entre “cidadãos” e “Estados” exige, sob o ponto de vista da democracia, uma qualificação importante. É que os cidadãos participam de duas maneiras na constituição de uma comunidade política superior, vale dizer, em seu papel como futuro cidadão da União e como membro da população de um Estado. Por isso, a Constituição da União Europeia preserva também, como todas as ordens jurídicas modernas, um caráter estritamente individualista, se baseando em última instância nos direitos subjetivos dos cidadãos¹³. Desse modo, seria mais consequente reconhecer como o outro sujeito do processo constituinte não os próprios Estados membros, mas sim seus povos¹⁴.

Nessa perspectiva, Habermas registra que:

[ã]mbos os papéis do sujeito constituinte da comunidade constituída ganham um significado institucional: no âmbito europeu, o cidadão deve poder simultânea e igualmente formar seu juízo e decidir politicamente, seja como cidadão da União ou também como membro pertencente ao povo de um Estado. Cada cidadão participa no processo europeu de formação da opinião e da vontade tanto como o *indivíduo* europeu capaz de autonomamente dizer “sim” ou “não”, como também como *membro* de uma determinada ação.

11 HABERMAS, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa*. Tradução de Denilson L. Werle, Luiz Repa e Rúriom Melo. São Paulo: Unesp, 2012. p. 71.

12 Idem, *ibidem*.

13 HABERMAS, op. cit., p. 72.

14 Idem, *ibidem*.

Não obstante a opção de Habermas ao afirmar a existência de uma divisão de sujeito constituinte pertencente ao cidadão da União e ao povo de um dos Estados-membros da comunidade europeia, precisasse investigar se o Poder Constituinte pode ser considerado originário, donde restaria comprovada a hipótese do filósofo alemão.

2 O PODER CONSTITUINTE (ORIGINÁRIO?) E SUA ESTRUTURA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL PECULIAR NO CONTEXTO DA INTEGRAÇÃO DA UNIÃO EUROPÉIA

Na já citada aula ministrada na Universidade de Granada, Hugo Gusmão provocou os alunos com a indagação acerca da existência ou não de uma Poder Constituinte originário no âmbito da União Europeia. Antes de adentrar especificamente esta questão, se mostra importante, ainda que brevemente, trazer apontamentos sobre a União Europeia e sua constituição.

De início, o Tratado constitucional foi elaborado em um momento histórico no qual o processo de integração europeia estava culminando com os dois objetivos essenciais que se haviam desenvolvidos desde o Tratado de Paris e dos Tratados de Roma, que, em 1957, criaram a Comunidade Econômica Europeia, ou seja, a ampliação progressiva do âmbito territorial do processo de integração e a intensificação desse processo¹⁵. Todavia, uma questão permanecia pendente: qual seria a natureza jurídica desse Tratado? Para alguns, se tratava de um simples tratado, enquanto que para outros era claramente uma Constituição. Para Francisco Balaguer, o Tratado constitucional era, na verdade, um Tratado com alma de Constituição, haja vista que havia no Tratado matérias típicas de um texto constitucional (carta de direitos fundamentais, mecanismos de controle do poder, delimitação de competências, desenvolvimento do sistema jurisdicional preexistentes, etc.)¹⁶. Sobre a natureza do Tratado constitucional e, posteriormente, do Tratado de Lisboa, Balaguer¹⁷ registra que:

En definitiva, bien podía decirse que el Tratado constitucional era una Constitución, aunque adoptara la forma de Tratado y a pesar de que se deba considerar sólo el primer paso de futuros

15 CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coord.). *Manual de Derecho Constitucional*. v. I. Madrid: Tecnos, 2010. p. 219.

16 *Ibid.*, p. 224-225.

17 *Ibid.*, p. 225.

avances en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea. Valoración que se puede extender claramente al Tratado de Lisboa en el que se mantienen sustancialmente las características anteriores [...]. El contenido material del Tratado Constitucional, que se incorporó al Tratado de Lisboa, debe ser completado en el futuro con nuevos desarrollos constitucionales que no sólo sean materialmente constitucionales sino que lo sean también formalmente.

Habermas¹⁸, demonstrando a mesma linha de entendimento acerca da natureza jurídica dos Tratados referidos, aduz que “Diferentemente das constituições nacionais dos séculos XVIII e XIX, a constituição da União é obra das elites políticas”. Isso porque nas constituições dos séculos indicados os revolucionários se uniam para derrubar o antigo regime, ao passo que, agora, são os Estados, é dizer, os atores coletivos, que associam-se para cooperar em campos políticos limitados com o auxílio de um aparato instrumental baseado no direito das gentes¹⁹.

Pois bem. Um dos fatos recentes que trouxeram uma forte preocupação para a Europa, e que originou diversos estudos sobre o modo de seu controle, foi a crise financeira mundial, que teve seu auge em 2008, e que atingiu a União Europeia. O baixo crescimento dos países que a compõem, sendo a situação da Grécia um caso emblemático, fez com que fossem lançados uma série de pacotes de resgate para tentar equilibrar a economia dos países em maior dificuldade. Essa situação fez com que surgisse a preocupação acerca do modo de se fazer um controle *nacional* do mercado. E como fazer?

Na expressão de Francisco Balaguer Callejón, a dimensão europeia do *Direito Constitucional* é que oferece a possibilidade de controlar o mercado e de colocá-lo a serviço dos direitos dos cidadãos, uma vez que as medidas de controle da economia somente poderão se realizar em escala supranacional nas grandes regiões econômicas²⁰. Nas palavras do autor:

Teniendo en cuenta el proceso de globalización o mundialización, bien se puede afirmar que la dimensión europea del Derecho

18 HABERMAS, op. cit., p. 67.

19 Ibid., p. 67.

20 CALLEJÓN, op. cit., p. 220.

constitucional es la única posibilidad de realizar un control constitucional del mercado. No es posible, con el actual proceso de globalización, pensar en un control nacional o estatal del mercado. Las medidas de control de la economía sólo van a poder realizar a escala supranacional en las grandes regiones económicas. De ese modo, la dimensión europea del Derecho constitucional ofrece la posibilidad de controlar el mercado y de situarlo al servicio de los derechos de los ciudadanos²¹⁻²².

Portanto, a superação da grave crise mundial, com, v.g., o controle constitucional do mercado, perpassa, inevitavelmente, por esse *Direito Constitucional*, denotando a preocupação dos europeus acerca desse momento²³ (?) constituinte que estão vivenciando. Nesse sentido, Gomes Canotilho²⁴ anota que:

A este propósito, penso que as Constituições nacionais, agradecidas ou não esta ideia, estão hoje em rede. Em termos de inter-organizatividade, elas vêm “conversando” com outras Constituições e com esquemas organizativos supranacionais, vão desbancando algumas normas, alguns princípios das próprias Constituições nacionais. Neste aspecto, pode falar-se de fraqueza das Constituições nacionais: quem passa a mandar, quem passa a ter poder são os

21 Idem, ibidem.

22 A importância de mecanismos constitucionais para uma integração política e econômica para fazer frente aos problemas surgidos naquele continente foram abordados por Francisco Balaguer Callejón a propósito da queda do Muro de Berlim, haja vista que “En efecto una integración limitada a unos pocos países no permitiría hacer frente a los retos que plantea el proceso de integración en un mundo globalizado. Singularmente, la situación generada en Europa a partir de la caída del Muro de Berlín, convertía la ampliación en obligada. Pero, al mismo tiempo, la ampliación progresiva de la esfera territorial desde los seis Estados miembros iniciales a los 27 actuales exige una intensificación de la unión política, a través de mecanismos constitucionales, como único modo de hacerla operativa, ya que las técnicas diseñadas inicialmente para un número reducido de Estados resultan insuficientes” (Ibid., p. 219).

23 Sobre o ponto, não há como responder nesta quadra da história se a crise de 2008 foi ou não um verdadeiro *momento constituinte*, porquanto, como antes afirmado, o Poder Constituinte nem sempre é percebido de imediato. Ele não necessariamente tem que conduzir a um processamento constituinte; melhor dizendo, ele pode ter um momento de ruptura e não ter uma constituição que garanta juridicamente esse momento de ruptura. Na referida aula ministrada por Hugo Gusmão, surgiram alguns exemplos de *momentos constituintes* na história mundial, a saber: a) a Declaração de independência dos EUA; b) a Constituição norte-americana; c) o 11 de setembro de 2001 (atentado às Torres Gêmeas, nos EUA); d) a queda do muro de Berlim; e) o último discurso de Nicolau Ceausescu, que desaguou na sua morte (a partir daí a Romênia entra num processamento constituinte); e e) a morte do ditador Franco em 1975.

24 CANOTILHO, J.J. Gomes. In: *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 15.

textos internacionais. Mas a directividade programática permanece, transferindo-se para estes.

A ratificação do Tratado de Lisboa em dezembro de 2009 por todos os 27 Estados-membros pode ser considerado um sintoma de uma tentativa de arrefecimento desse período histórico iniciado em 2008. Resta, então, para os objetivos deste artigo, verificar se a constitucionalização do Direito das gentes, notadamente no contexto da União, foi uma emanção do Poder Constituinte originário, que, portanto, inaugurou uma nova ordem constitucional, agora sob o a peculiaridade de ser supranacional, ou se ainda é cedo para tal afirmação.

Com efeito, em Habermas²⁵ verificamos que uma das inovações da constitucionalização do Direito das gentes, como referido no primeiro capítulo, foi a divisão do Poder Constituinte entre os cidadãos da União e os povos europeus. Para ele:²⁶

A comunidade formada pelo Tratado Internacional se transformou em uma União Política por tempo indeterminado. Com a introdução de uma cidadania própria da União, com a referência explícita a um interesse europeu pelo bem comum e com o reconhecimento da União como personalidade jurídica própria, os tratados se tornaram a base de uma comunidade politicamente constituída. Diante da constituição democrática de uma Federação nacional, o nome “tratado constitucional” pode, no entanto, sinalizar a situação particular de que a União Européia que ser entendida como uma comunidade *supraestatal*, sem deixar de ser democraticamente constituída (e, do mesmo modo, legítima). A União partilha o caráter supraestatal com as federações das era pré-democráticas, com os Antigos Impérios e com as uniões de cidades-Estado; mas, diferentemente das confederações clássicas, a construção da União deve satisfazer inequivocamente os princípios democráticos. Dessa perspectiva, em um tom declamatório os artigos 9 a 12 do Tratado de Lisboa não deixam a desejar.

25 HABERMAS, op. cit., p. 65.

26 Ibid., p. 67-68.

Com efeito, três²⁷ são os fatores que caracterizam o Poder Constituinte como sendo originário, a saber: a inicialidade, a titularidade e o povo. Quanto ao primeiro fator, para a incidência do Poder Constituinte originário deve haver um evento político capaz de mobilizar toda uma coletividade que, decidindo romper com a realidade passada, funda um novo corpo político. Apesar do fato de que, como exposto ao longo deste artigo, a Europa tenha, de fato, uma Constituição (ainda que com outra roupagem), a realidade pretérita se mantém, vale dizer, os Estados-membros permanecem com sua soberania (ainda que mitigada), possuem a utilização legítima do poder e ainda garantem as liberdades civis e políticas dos cidadãos dos Estados.

É sobre essa primeira característica que Hugo Gusmão afirma que:

Em relação à característica de inicialidade, no âmbito supraestatal, ainda não assomou um evento político capaz de mobilizar uma coletividade que ganha consciência de si mesma e decide fundar um novo corpo político, rompendo, simultaneamente, com uma realidade pretérita. Neste sentido, sequer o Tratado de Roma de 2004 representou um divisor de águas capaz de instaurar a incomunicabilidade político-jurídica entre uma realidade passada e outra atual. Historicamente, o exercício do poder constituinte originário, embora mitigado formalmente, sempre esteve marcado pela consciência do ato político que se levava a cabo. A experiência histórica indica que o poder constituinte, como evento político, tem um caráter inequívoco. Não é o caso europeu. Não há uma intenção declarada de fundar uma nova ordem política, estruturada através de uma Constituição, baseada numa ruptura com o passado. Por esta singela razão, ao comparar o processo de aprovação do Tratado de Roma de 2004 com o exercício de um poder constituinte originário, Francisco Balaguer Callejón só aponta a configuração de tal ruptura, no âmbito europeu, num sentido amplo ou genérico, relativo ao resultado e apenas parcialmente, no que concerne a seu processo de elaboração²⁸.

²⁷ Para os objetivos deste artigo, utilizar-se-á apenas três categorias teóricas do Poder Constituinte, deixando de lado outras que poderiam ser aqui citadas.

²⁸ GUSMÃO, Hugo Cesar Araújo de. Poder de reforma da Constituição Estatal num contexto supranacional. O caso europeu. In.: *Revista NEJ - Eletrônica*, v. 15 - n. 1, jan./abr. 2010. p. 132-133.

A verificação da titularidade²⁹ encontra ainda maiores dificuldades. Quem seria o titular do Poder Constituinte originário supranacional? O atual ambiente da UE permite afirmar que processo de integração provocou a perda de sincronia entre as instituições políticas efetivas e a possibilidade de representação democraticamente legítima, apta a viabilizar o controle destas instituições por parte dos cidadãos europeus, de sorte que num âmbito supranacional, o *déficit* democrático fundamenta-se na deficiência estrutural em refletir adequadamente a vontade popular e na inexistência de um ambiente apto a gerar formas de manifestação desta vontade³⁰⁻³¹.

E se há algo que parece não haver entendido os que promoveram a consecução do Tratado de Lisboa, registra Balaguer Callejón³², é que justamente a conexão entre estatalidade e constitucionalidade obriga

29 O mesmo Hugo Gusmão, agora em outro estudo, consigna que “Tendo sido criada no momento das rupturas revolucionárias do final do Século XVIII, a Teoria do Poder Constituinte assimila com perfeição a transição de poder político que se desloca da figura do Rei, para uma entidade despersonalizada, e traduz essa assimilação no dilema acerca da titularidade, que preocupava teóricos de antanho, como Rousseau (1969) e Sieyès (1973), e que, hodiernamente, apesar de se encontrar pacificada em termos formais, ainda é objeto de deliberação de constitucionalistas respeitáveis. Não obstante, hoje a opção clara é pela atribuição da titularidade do Poder Constituinte ao povo. Böckenförde (2000: p. 163, 165), chega inclusive a vincular a própria idéia de Poder Constituinte a essa concepção plural acerca da titularidade, ao salientar: [...] el concepto de poder constituyente es, por su origen y contenido, un concepto democrático y revolucionario, que solo tiene su lugar en conexión con una teoría de la Constitución democrática. [...] El poder constituyente es conceptualmente poder constituyente del pueblo.” Para delimitar, com maior precisão, este titular, a lição de Canotilho (2002. p. 65, 66), em consonância com a essência da argumentação de autor alemão, é bastante válida: “[...] hoje, o titular do poder constituinte só pode ser o povo, e que o povo na actualidade, se entende como uma grandeza pluralística formada por indivíduos, associações, igrejas, comunidades, personalidades, instituições, veiculadores de interesses, idéias, crenças e valores, plurais, convergentes ou conflitantes.” (GUSMÃO. Hugo Cesar Araújo de. Poder Constituinte: uma categoria ainda válida em nossos dias? In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC): Revista do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional*. Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC) – São Paulo: ESDC, 2005. n. 6, p. 95-118).

30 *Ibid.*, p. 133.

31 Nessa medida, Gusmão entende que “O reconhecimento da existência de um poder constituinte originário europeu, por outro lado, deveria pressupor a resolução do problema da titularidade no âmbito supraestatal. E o fato é que esta característica, que é um dos pontos nevrálgicos da Teoria do Poder Constituinte, não encontra um discurso apropriado no âmbito europeu. A Europa integrada, embora composta por Estados nos quais a democracia apresenta-se como uma característica praticamente indissociável da esfera política, hodiernamente não representa um espaço autêntico de instituições e de práticas plenamente democráticas. Com a gradativa transferência de competências, de uma esfera estatal para outra supranacional, o processo de integração provocou a perda de sincronia entre as instituições políticas efetivas e a possibilidade de representação democraticamente legítima, apta a viabilizar o controle destas instituições por parte dos cidadãos europeus. Entretanto, o debate condiciona-se não só pela adaptação do contexto institucional comunitário aos cânones da representação democrática, mas também pela impossibilidade, até o momento, de perceber o advento de uma opinião pública que transcenda as fronteiras dos Estados-Membros”. (Idem, *ibidem*).

32 CALLEJÓN, op. cit., p. 241.

a União Europeia a articular de modo democrático sua estatalidade mediante o aprofundamento em sua constitucionalidade.

Hugo Gusmão³³ adverte, sobre o ponto acerca da manifestação de vontade popular, que:

Embora nos Estados-Membros produzam-se formas de consultas à população através de referendos relativos a temas da integração europeia, não se pode apontar, nesta hipótese, a manifestação de uma vontade popular europeia como o resultado da consulta condicione, de forma isolada, cada realidade nacional específica. Para falar de uma autêntica vontade popular europeia e não de uma vontade popular espanhola, alemã ou francesa, em relação a temas europeus, cabe que todo processo de consulta popular seja uniformemente aplicável a todos os Estados que componham a União, através das instituições europeias, e que seu resultado possa submeter mesmo os Estados-Membros cuja população tenha se manifestado massivamente de forma contrária ao posicionamento majoritário³⁴.

Nada obstante, há ainda um dado de fundamental relevo. É que houve, sob o ponto de vista formal, um importante retrocesso na firmação do Tratado de Lisboa. No processo de ratificação do Tratado, somente a Irlanda submeteu a questão a referendo popular, sendo, ainda mais, que o resultado foi negativo (dando lugar a uma segunda consulta). Nessa perspectiva, Balaguer Callejón³⁵ evidencia que:

Desde el punto de vista formal, sin embargo, el retroceso es importante. El intento de aproximación del Tratado Constitucional a procedimientos más cercanos a un modelo constitucional en la formulación de las normas fundamentales de la Unión, se ha visto claramente desautorizado por la forma en que se ha elaborado y aprobado el Tratado de Lisboa, a través de negociaciones entre los Estados y dejando a un lado completamente a la ciudadanía. El desplazamiento de la ciudadanía ha terminado por completarse en el proceso de ratificación, ya que Irlanda ha sido el único Estado que ha sometido el Tratado de Lisboa a referéndum. El resultado negativo de ese referéndum celebrado en 2008 y el hecho de que hubiera que convocar un segundo referéndum en

³³ GUSMÃO, op. cit.

³⁴ GUSMÃO, op. cit., p. 141.

³⁵ CALLEJÓN, op. cit., p. 241.

2009 (con resultado positivo, en este caso) no han ayudado nada a la legitimación del Tratado.

Por fim, quanto à existência de um *povo europeu*, não obstante a visão antes referida acerca da divisão entre os cidadãos dos Estados-membros e do povo da UE, é certo que, a rigor, não se pode afirmar que a comunidade europeia possui um povo nos moldes em que se necessita para a caracterização de um originário Poder Constituinte. Há uma impossibilidade de configuração de elementos como unidade étnica, idiomática ou cultural. A realidade que o processo de integração revela é essencialmente plural. A sensação de que não se pertence a uma coletividade europeia, a dificultosa criação de um espaço público em que seja possível o nascimento de uma vontade popular comum, a imaturidade, falta de coesão e coerência relativas a um projeto político definido ao longo do processo de integração, são alguns dos fatores mais importantes que evidenciam a inexistência de um povo europeu³⁶.

Nesse sentir, Gusmão, ao tratar de impossibilidade de se configurar, pelo menos neste momento, um *povo europeu*, aduz que:

É bem possível que, após o Tratado de Maastricht, estes fatores tenham sido mitigados em prol da criação de uma identidade comum europeia, no entanto, não se pode deduzir, na atualidade, que os distintos povos europeus compartilhem uma identidade baseada nos pressupostos antes assinalados. A suposta manifestação de um poder constituinte originário europeu encontra, na titularidade, portanto, um obstáculo de difícil superação em face das duas questões correlatas, embora não reciprocamente condicionantes: a falta de um povo europeu e a deficitária representação política num âmbito supranacional. O poder constituinte originário segue, portanto, como um atributo não cedido pela soberania estatal.²³ Sua abordagem, no âmbito comunitário, ademais, impõe, ao menos atualmente, um método equivocado para a análise de um objeto de estudo. Em contato com a dinâmica do processo de integração, elementos como Estado, Constituição, soberania e supremacia normativa modificam-se completamente ou perdem seu significado. No entanto, isto não significa que o poder constituinte, como categoria, não possa se relacionar com elementos teóricos advindos da integração comunitária. O que se justifica, não só

36 GUSMÃO, op. cit., p. 133.

porque tal integração manifesta uma dimensão eminentemente jurídica, mas também porque tal fenômeno afeta, e se vê afetado, pela Constituição nacional.

O que se pode afirmar é que, no âmbito da UE, há um Poder Constituinte derivado *sui generis*, donde há um poder de reforma supranacional por intermédio de uma delegação dos Estados-membros. Sendo o poder de reforma um mecanismo limitado de apropriação, por parte do povo que integra um corpo político, do futuro de seu legado constituinte, não parece que reste outra saída que não seja a de concluir que, para compatibilizar o avanço do processo de integração com o controle democrático exigido pela sua complexidade e pelo seu impacto, caberá avançar no sentido de reconhecer uma nova modalidade de Poder Constituinte derivado, através de uma cessão, ainda que parcial, do poder de reforma, a instâncias supranacionais³⁷, mas que deve ser objeto de pesquisa específica, a qual não se propõe nos modestos limites deste artigo.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A verdade, reiterada por Hannah Arendt no contexto da Revolução Copernicana de que *no son las ideas, sino los hechos, los que cambiam el mundo* é adequada de forma particular ao Poder Constituinte, o qual necessita de uma origem fática para se afirmar no universo político³⁸. É dessa origem que carece, pelo menos no atual momento, a constitucionalização da UE. O fundamento de validade da Constituição Europeia não se retira de um (inexistente) Poder Constituinte originário, porquanto a hipótese em que se manifestaria este fenômeno seria por intermédio de uma Constituição que ultrapassasse as realidades constitucionais de cada um dos 27 Estados-membros³⁹.

Enquanto os Estados-membros mantiverem o monopólio da força legítima, transferindo os direitos de soberania para a União tão somente de forma individual, episódica e limitada, esta poderá se apoiar somente em um componente de organização comparativamente fraco. A Comissão Europeia deixa ao critério da

37 GUSMÃO, op. cit., p. 136.

38 GUSMÃO, Hugo César Araújo de. A posse ad esse: uma análise dos pressupostos histórico-conceituais do poder constituinte enquanto fato político e categoria científica. In: ALMEIDA FILHO, Agassis; NOVELINO, Marcelo. *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria do Estado*. Salvador: Jus Podium, 2009. p. 102.

39 GUSMÃO, op. cit., p.135.

administração dos Estados a “transposição” do direito da UE. E, pelo fato de que a própria UE não forma um caráter estatal, seus cidadãos não desfrutam em sentido estrito da condição de cidadãos do “Estado Europeu”⁴⁰.

É verdade, todavia, que há uma evidente estrutura constitucional, de caráter material, no âmbito comunitário, a qual engloba os tratados comunitários e a própria jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu⁴¹, que, malgrado ainda não tenha culminado numa Constituição europeia propriamente dita, pode ser um sintoma a apontar neste sentido, fazendo com que haja, futuramente, uma nova reflexão acerca do Poder Constituinte originário do “Estado Europeu”.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano. Fundamentos do Direito Constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

AGAMBEN, Giorgio Homo Sacer. *O poder soberano e a vida nua*. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. In: *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coord.). *Manual de Derecho Constitucional*. v. I. Madrid: Tecnos, 2010.

CASTELLANO, Danilo. *Constitución y Constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

GUSMÃO, Hugo Cesar Araújo de. Poder Constituinte: uma categoria ainda válida em nossos dias? In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC): Revista do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional*. Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC) – São Paulo: ESDC, 2005. n. 6.

40 HABERMAS, op. cit., p. 66.

41 GUSMÃO, op. cit., p. 136.

_____. *Reforma Constitucional y Globalización*. Aula ministrada em 04.06.2013 no programa de mestrado em Direito Constitucional Europeu da Universidade de Granada em convênio com o Instituto Brasileiro de Direito Público.

_____. A posse ad esse: uma análise dos pressupostos histórico-conceituais do poder constituinte enquanto fato político e categoria científica In: ALMEIDA FILHO, Agassis; NOVELINO, Marcelo. *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria do Estado*. Salvador: Jus Podium, 2009.

_____. Poder de reforma da Constituição Estatal num contexto supranacional. O caso europeu. In: *Revista NEJ - Eletrônica*, v. 15 - n. 1, jan./abr. 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa*. Tradução de Denilson L. Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012.

MANSILLA, Isabel Turégano. A vueltas con la noción de soberanía: reflexiones sobre la contribución de Ernesto Garzón Valdés. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30 (2007).

NEGRI, Antonio. *O poder constituinte*. Ensaio sobre as alternativas da modernidade. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DPeA, 2002.

VERBAS INDENIZATÓRIAS E A INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA

INDEMNITIES AND THE INCIDENCE OF INCOME TAX

Graziela Mayra Joskowicz

Procuradora Federal¹

Especialista em Direito Tributário pela USP

Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina

SUMÁRIO: Introdução; 1 A hipótese de incidência do imposto de renda no ordenamento brasileiro; 1.1 A previsão do imposto de renda na Constituição Federal de 1988; 1.2 O imposto de renda no Código Tributário Nacional; 2 O imposto de renda e as verbas indenizatórias; 2.1 Conceito e espécies de dano; 2.2 Conceito e espécies de indenização; 2.3

¹ Lotada na Procuradoria-Seccional Federal em São Bernardo do Campo/SP
Av. Maria Adelaide L. Quelhas, nº 55, 3º andar – São Bernardo do Campo/SP – Cep 09725-610
E-mail: graziela.mayra@agu.gov.br

Verbas indenizatórias e a incidência de imposto de renda; 3 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente artigo visa demonstrar que algumas verbas indenizatórias se subsumem à hipótese de incidência do imposto de renda. Aponta-se, primeiramente, que a renda tributável, de acordo com o ordenamento brasileiro, sempre pressupõe a existência de acréscimo patrimonial. Faz-se, ainda, um estudo quanto aos tipos de danos e de indenizações, a fim de evidenciar que apenas a indenização do dano emergente não gera acréscimo patrimonial e, portanto, está fora do campo de incidência do imposto de renda. Busca-se, assim, demonstrar que as verbas indenizatórias destinadas à compensação de danos morais e de lucros cessantes geram acréscimo patrimonial e, em consequência, são passíveis de incidência do referido tributo.

PALAVRAS-CHAVE: Imposto de Renda. Incidência. Indenização. Danos Morais. Lucros Cessantes.

ABSTRACT: This paper aims to demonstrate that there is incidence of income tax on some values received as indemnities. Firstly, the study shows that, according to Brazilian laws, the income tax always presupposes the existence of patrimonial increase. It is made an analysis as regards the types of damages and indemnities, in order to prove that only the indemnity related to emerging damages does not generate patrimonial increase and, for this reason, it is not subject to the incidence of income tax. The objective is, therefore, to demonstrate that the payments received as compensation of moral injuries and of loss of earnings generate patrimonial increase and, consequently, they are subject to the incidence of income tax.

KEYWORDS: Income Tax. Incidence. Indemnity. Moral Injuries. Loss of Earnings.

INTRODUÇÃO

Uma das questões mais controversas na doutrina e na jurisprudência é a incidência do imposto de renda sobre verbas indenizatórias.

É comum encontrarmos manifestações no sentido de que o referido tributo não incide sobre uma determinada verba apenas pelo fato de ela ter natureza indenizatória.

Contudo, o presente artigo busca demonstrar que nem toda verba indenizatória encontra-se fora do campo de incidência do imposto de renda.

Para tanto, preliminarmente, será feito um estudo sobre as principais questões concernentes ao aspecto material da hipótese de incidência do imposto de renda na legislação brasileira.

Posteriormente, serão analisados os diferentes tipos de danos e de verbas indenizatórias.

Por fim, adentrar-se-á na questão específica deste trabalho, relativa à demonstração de que certas verbas indenizatórias se encontram no campo de incidência do imposto de renda.

1 A HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

1.1 A PREVISÃO DO IMPOSTO DE RENDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal, no exercício de seu papel de definir a competência tributária dos entes federativos, dispôs, em seu artigo 153, inciso III, que compete à União instituir imposto sobre “renda e proventos de qualquer natureza”. O § 2º desse artigo previu, ainda, que esse imposto “será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei”.

Não há consenso na doutrina acerca da existência ou não de um conceito constitucional de renda e proventos de qualquer natureza.

Há doutrinadores que entendem que a Constituição Federal, ao definir a competência tributária para instituição do imposto sobre

a renda e proventos de qualquer natureza, utilizou conceitos vagos e indeterminados, cabendo sua definição à lei complementar, nos termos do seu artigo 146, III, letra “a”.

Outra corrente, por sua vez, defende que existe um conceito de renda e proventos de qualquer natureza na Constituição Federal, que pode ser encontrado pela sua análise sistemática.

Um dos principais defensores da existência de um conceito de renda e proventos de qualquer natureza na Carta Magna é Roberto Quiroga Mosquera. Através de interpretação sistemática do texto constitucional, ele afirma que é possível concluir que a própria Constituição traz o conceito de renda e proventos de qualquer natureza, consistente na “mutação patrimonial que se constitui num acréscimo de seus elementos, acréscimos estes originados do trabalho, do capital, da aposentadoria ou de qualquer outra fonte geradora de riqueza nova”².

Para chegar a essa conclusão, Quiroga, primeiramente, apresenta uma definição de renda e proventos de qualquer natureza por exclusão, que se baseia na rígida repartição constitucional de competências tributárias entre as pessoas políticas. Como afirma, a expressão “renda e proventos de qualquer natureza” não pode equivaler a nenhum dos demais fatos previstos na repartição de competências tributárias como hipóteses de incidência de outros tributos, como, por exemplo, importação, exportação, propriedade territorial rural, entre outros³.

Com base na análise dos termos “renda” e “proventos de qualquer natureza” empregados ao longo do texto constitucional, Quiroga conclui que a Constituição Federal caracteriza o imposto de renda como tributo que alcança o patrimônio em seu aspecto dinâmico, mais especificamente a mutação do patrimônio caracterizada por um acréscimo de seus elementos, uma riqueza nova⁴. Entende, dessa forma, que o Código Tributário Nacional (CTN) apenas reproduz, em caráter didático, o significado de “renda” e “proventos de qualquer natureza” dado pelo texto constitucional⁵.

2 MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Renda e proventos de qualquer natureza: o imposto e o conceito constitucional*. São Paulo: Dialética, 1996. p. 135.

3 *Ibid.*, p. 78.

4 *Ibid.*, p. 118.

5 *Ibid.*, p. 108.

No mesmo caminho, com fundamento na rígida repartição da competência tributária efetuada pela Constituição Federal, bem assim nos princípios que regem a atividade impositiva relativa ao imposto de renda, especialmente os da generalidade, universalidade, progressividade e capacidade contributiva, Paulo Ayres Barreto também defende a existência de um conceito constitucional de renda e proventos de qualquer natureza⁶.

Ricardo Mariz de Oliveira, por sua vez, defende que existe um sentido semântico mínimo de renda e proventos na Constituição Federal, que deve ser buscado na legislação existente no regime constitucional anterior a 1988, especialmente na definição contida no artigo 43 do CTN. Assevera que a Assembléia Constituinte utilizou esse termo técnico-jurídico – “renda e proventos de qualquer natureza” – que já era empregado no regime anterior, tendo sido a definição dada pelo CTN amplamente aceita⁷. Contudo, admite que a Constituição Federal não optou por nenhuma das correntes econômicas sobre a renda, seja a renda-produto ou a renda-acrécimo patrimonial⁸.

Deveras, considerando-se que o conceito de renda não é unívoco, já que há diversas teorias que buscam defini-lo, parece não ser possível encontrar na Constituição Federal um conceito específico para a expressão “renda e proventos de qualquer natureza” prevista no artigo 153, inciso III. Certamente, através da interpretação histórica e sistemática da Carta Magna, pode-se obter uma noção, um sentido mínimo, daquilo que pode ser considerado como renda e proventos de qualquer natureza, mas não é possível extrair do texto constitucional sua exata definição⁹.

De fato, sob a perspectiva econômica, não há um único entendimento acerca do que seja “renda”, sendo que as teorias desenvolvidas para

6 Assim disserta esse autor: “a expressão renda e proventos de qualquer natureza é de ser interpretada, nos estritos termos em que constitucionalmente plasmada, como acréscimo a um dado conjunto de bens e direitos (patrimônio), pertencente a uma pessoa (física ou jurídica), observado um lapso temporal necessário para que se realize o cotejo entre determinados ingressos, de um lado, e certos desembolsos, de outro.” (BARRETO, Paulo Ayres. *Imposto sobre a renda e preços de transferência*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 72).

7 OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do imposto de renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 174-175.

8 *Ibid.*, p.181.

9 Nesse sentido, SCHOUERI, Luís Eduardo. O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexandro Broedel (Coord.). *Controvérsias Jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2010. p. 245.

defini-la reúnem-se em torno de duas correntes: a renda-produto e a renda-acrécimo patrimonial¹⁰.

Segundo a teoria da renda-produto, ou teoria da fonte, renda é o fruto periódico de uma fonte permanente. Como ilustração, a renda corresponderia ao fruto obtido de uma árvore (capital), sem que ela pereça. Já a teoria da renda-acrécimo patrimonial conceitua renda através da comparação do patrimônio em dois momentos diversos, correspondendo à diferença positiva da situação do patrimônio no final e no começo do período analisado.

Além dessas teorias econômicas, há a teoria legalista, segundo a qual renda é aquilo que a lei assim estabelecer. Contudo, essa corrente legalista apenas poderia ser admitida no plano da definição constitucional de competências tributárias, vez que o constituinte originário dispõe de poderes amplos, os quais, porém, também não são ilimitados, já que se deve observar a natureza das coisas e a necessidade de que a tributação recaia sobre fatos que revelem sinais de capacidade contributiva. Assim, mesmo o legislador constitucional não pode dizer que é renda algo que sequer possui densidade econômica. Além do mais, o termo “renda” apresenta um limite semântico mínimo, que não pode ser transposto pela lei¹¹.

Como já mencionado, não se vislumbra que a Constituição Federal tenha optado, ao definir a competência para instituição do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, por nenhuma teoria específica acerca do conceito de renda.

Importante observar que a própria Constituição Federal, em seu artigo 146, III, “a”, incumbiu o legislador complementar da tarefa de definir os fatos geradores dos impostos discriminados na Constituição.

Assim, a definição específica, dentre as possíveis, do que deve ser entendido por renda e proventos de qualquer natureza, restou à lei complementar, a qual não poderia deixar de levar em conta os princípios constitucionais explícitos, como a capacidade contributiva, e implícitos, como o mínimo existencial, além de observar os limites para que não haja invasão da competência de outro ente federativo¹².

10 SCHOUERI, op. cit., p. 243.

11 OLIVEIRA, op. cit., p. 177.

12 SCHOUERI, op. cit., p. 246.

Em consequência, a definição de renda e proventos de qualquer natureza pode ser encontrada no CTN, que foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei complementar.

1.2 O IMPOSTO DE RENDA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

O CTN, em seu artigo 43, define a hipótese de incidência do imposto sobre a renda, assim dispondo:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

A interpretação do sentido e alcance desse dispositivo legal encontra divergências na doutrina.

Luís Eduardo Schoueri entende que esse artigo do CTN revela que o legislador complementar optou, na definição da renda tributável, tanto pela teoria da renda-produto, como pela teoria da renda-acréscimo patrimonial. Afirma que, segundo esse dispositivo, o imposto pode recair sobre qualquer acréscimo patrimonial e, ainda que este não se verifique, a tributação poderá ocorrer pela teoria da renda-produto¹³.

Assevera Schoueri que, embora o inciso II do artigo em comento se refira a acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior, do que se conclui que o inciso I também prevê a ocorrência de acréscimos patrimoniais, não estaria expresso que esse inciso se refira somente a casos de acréscimo patrimonial. Conforme esse entendimento, o primeiro inciso permitiria a tributação da renda-produto, independentemente da existência de acréscimo patrimonial, enquanto o segundo inciso permitiria a tributação dos acréscimos patrimoniais¹⁴.

13 SCHOUERI, op. cit., p. 246-247.

14 Ibid., p. 247.

Não obstante esse respeitável posicionamento, parece não ser essa a efetiva dicção do dispositivo legal em comento. Da leitura desse artigo, pode-se depreender que a renda tributável pressupõe sempre a existência de um acréscimo patrimonial.

Deveras, uma vez que o inciso II do artigo 43 do CTN conceitua “proventos de qualquer natureza” como “acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior”¹⁵, esse dispositivo indica que o inciso I também pressupõe o acréscimo patrimonial para que haja renda tributável.

Portanto, é possível afirmar que o CTN considera como “renda” o acréscimo patrimonial decorrente do capital, do trabalho ou da combinação de ambos e como “proventos de qualquer natureza”, os demais acréscimos patrimoniais, não provenientes do capital, do trabalho ou da combinação de ambos¹⁶.

Esse é o entendimento expresso por Brandão Machado, como se observa em suas palavras:

Quando o Código diz que *renda* é o produto do trabalho ou do capital, ou da combinação de ambos, ainda não definiu bem, porque não indica em que sentido se há de tomar a expressão *produto*, que também exigiria uma definição. Quando, no inciso II do mesmo art. 43, transcrito, define *proventos de qualquer natureza* como os *acréscimos patrimoniais* (não compreendidos no inciso I), o Código permite concluir que renda é um *acréscimo patrimonial*.¹⁷

Paulo de Barros Carvalho também entende que o acréscimo patrimonial é, nos termos do CTN, pressuposto para consideração da renda tributável. Assim disserta:

Prevalece, no direito brasileiro, a terceira das teorias referidas, segundo a qual o que interessa é o aumento do patrimônio líquido, sendo considerado como lucro tributável exatamente o acréscimo líquido verificado no patrimônio da empresa, durante período determinado,

15 Há de se observar, como relata Ricardo Mariz de Oliveira, que, historicamente, a expressão “proventos de qualquer natureza” referia-se aos valores pagos aos funcionários públicos, especialmente quando em inatividade, mas foi definida de forma bem mais ampla pelo CTN (op. cit., p. 172).

16 Nesse sentido, BARRETO, op. cit., p. 73.

17 Breve exame crítico do art. 43 do CTN. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Imposto de renda: Conceitos, princípios e comentários* (em memória de Henry Tilbery). São Paulo: Resenha Tributária, 1994. p. 100.

independentemente da origem das diferentes parcelas. É o que se depreende do art. 43 do Código Tributário Nacional.¹⁸

Hugo de Brito Machado compartilha desse entendimento, afirmando que “não há *renda*, nem *provento*, sem que haja acréscimo patrimonial, pois o CTN adotou expressamente o conceito de renda como *acrécimo*”¹⁹.

Dessa forma, tendo o CTN definido que a renda tributável corresponde ao acréscimo patrimonial, há de se verificar seu significado.

O acréscimo patrimonial consiste em riqueza nova que adere ao patrimônio, ou seja, é aquilo que não existia anteriormente e passa a integrá-lo. Conforme assevera Mary Elbe Queiroz, “deve ser considerado como ‘acrécimo’ o resultado do valor auferido menos os recursos empregados na sua obtenção e na manutenção da fonte produtora”²⁰.

Importante destacar que o patrimônio não inclui todos os direitos da pessoa, mas apenas aqueles de conteúdo econômico. Patrimônio consiste, portanto, no conjunto de direitos e obrigações de conteúdo econômico de uma pessoa, permanecendo fora desse conceito os direitos morais²¹. Embora haja quem considere a existência de um “patrimônio moral”, este não seria considerado para fins tributários, já que a incidência tributária pressupõe a existência de capacidade contributiva, que apenas se revela através de bens e direitos de valor econômico.

A verificação do aumento patrimonial impescinde da fixação de um intervalo de tempo para sua apuração, tendo em vista que a renda é dotada de um caráter dinâmico. A renda, portanto, não pode ser medida pela extensão patrimonial num dado momento, pois, nesse caso, estar-se-ia apurando o montante do capital, cujo caráter é estático. A renda consiste no acréscimo do patrimônio verificado entre dois momentos estabelecidos²².

18 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008. p. 599.

19 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 329.

20 QUEIROZ, Mary Elbe Gomes. *Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza*. Barueri: Manole, 2004. p. 76.

21 LEMKE, Gisele. Regime tributário das indenizações. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Regime tributário das indenizações*. São Paulo: Dialética, 2000. p. 84.

22 CARVALHO, op. cit., p. 600.

Observa-se que o artigo 43 do CTN não previu a tributação da renda em si mesma considerada, mas de uma conduta caracterizada como “aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica” da renda ou dos proventos de qualquer natureza. Isso significa que, para que haja tributação, não basta que exista uma riqueza, é necessário que a renda seja adquirida e que haja disponibilidade sobre ela.

A exigência do legislador complementar quanto à existência da disponibilidade da renda deve-se ao fato de que, enquanto essa não existir, não haverá manifestação de capacidade contributiva. Dessa forma, pode-se dizer que haverá disponibilidade da renda quando o contribuinte puder dela se valer para pagar o imposto respectivo. Isso não significa que seja necessária a ocorrência de um efetivo ingresso, mas que haja um direito incontestável a ele²³.

Essas disposições do CTN são normas gerais que delimitam o campo de incidência do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, definindo os limites para atuação do legislador ordinário na instituição do tributo.

Observe-se que a legislação ordinária que regula o imposto de renda distingue as pessoas jurídicas e as pessoas físicas.

Em relação às pessoas físicas, o artigo 3º, § 1º, da Lei nº 7.713/1988 preceitua que o imposto de renda incidirá sobre “todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, e ainda os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados”.

Quanto às pessoas jurídicas, nos termos dos artigos 25 e 26 da Lei nº 8.981/1995 e do artigo 1º da Lei nº 9.430/1996, o imposto de renda incidirá sobre os lucros²⁴, que consistem no “resultado positivo apurado pela pessoa jurídica na exploração de atividades econômicas após a dedução das receitas percebidas pelas empresas dos custos e despesas

²³ SCHOURI, op. cit., p. 252.

²⁴ A base de cálculo do imposto será o lucro real, presumido ou arbitrado. O lucro real consiste na diferença entre as receitas auferidas e os custos e despesas necessárias à produção dos rendimentos e à manutenção da fonte produtora. Já os lucros presumido e arbitrado são apurados por meio da aplicação de percentuais, previstos em lei, sobre o valor da receita bruta, com os acréscimos estabelecidos em lei (Cf. QUEIROZ, op.cit., p. 272-273).

por ela efetuados para obter tais valores, abrangendo a pluralidade dos rendimentos da unidade econômica explorada²⁵.

Verifica-se, portanto, que a incidência do imposto de renda, seja para pessoa física ou para pessoa jurídica, pressupõe a existência de acréscimo patrimonial.

Feito esse breve estudo sobre a hipótese de incidência do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, passa-se à análise da possibilidade da imposição desse tributo sobre verbas indenizatórias.

2 O IMPOSTO DE RENDA E AS VERBAS INDENIZATÓRIAS

2.1 CONCEITO E ESPÉCIES DE DANO

Buscar-se-á demonstrar a seguir que, ao contrário do que afirma grande parte da doutrina e da jurisprudência, não são todas as verbas indenizatórias que se encontram fora do campo de incidência do imposto sobre a renda.

Para tanto, preliminarmente, faz-se necessário discorrer sobre os diferentes tipos de danos, os quais dão ensejo a diferentes tipos de indenização. Em relação a cada tipo de indenização, como se demonstrará adiante, a questão da incidência do imposto de renda também será diversa.

O dano corresponde a um prejuízo, uma perda. Conforme conceitua Mary Elbe Queiroz, “dano do latim *damnu*, significa mal ou ofensa pessoal; prejuízo moral; ou prejuízo material causado a alguém, pela deterioração ou inutilização de seus bens.²⁶”

O dano é um dos pressupostos para a responsabilidade civil, seja contratual ou extracontratual. Em geral, seu caráter é patrimonial, mas também pode atingir elementos não patrimoniais, relativos à personalidade. Nesse caso, geralmente, são designados como danos morais.

O dano moral, expressamente previsto pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos V e X, consiste em uma lesão a elementos relacionados à pessoa, não atingindo diretamente seu patrimônio,

²⁵ QUEIROZ, op. cit., p. 79.

²⁶ As indenizações sob a ótica do imposto de renda. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Regime tributário das indenizações*. São Paulo: Dialética, 2000. p. 255.

entendido este como conjunto de bens com valor econômico. Embora usualmente se utilize a expressão “patrimônio moral”, a palavra “patrimônio”, em seu sentido estrito, designa apenas o conjunto de bens de valor econômico²⁷. Por isso, costuma-se utilizar as expressões dano moral e dano extrapatrimonial como equivalentes²⁸.

A esse respeito, disserta Silvio de Salvo Venosa:

Danos não patrimoniais, que nem todos admitem como sinônimo de danos morais, são, portanto, aqueles cuja valoração não tem uma base de equivalência que caracteriza os danos patrimoniais. Por isso mesmo, são danos de difícil avaliação pecuniária²⁹.

Observe-se que há doutrinadores que afirmam que há dois tipos de dano moral: o puro, que não provoca consequências econômicas, e o que tem repercussão econômica. No entanto, adota-se aqui a ideia de que o dano moral é sempre puro. A chamada repercussão econômica do dano moral, em verdade, deve ser entendida como um dano patrimonial ocorrido em concomitância com o dano moral e deve seguir a disciplina dada àquele³⁰.

Os danos patrimoniais representam um prejuízo econômico causado ao patrimônio. Embora as expressões “dano patrimonial” e “dano material” sejam muitas vezes usadas como sinônimos, elas não o são. Dano patrimonial diz respeito às lesões causadas a um interesse econômico estimável em dinheiro, abrangendo tanto o dano à coisa quanto à pessoa. Já o dano material é expressão mais restrita, utilizada para designar apenas as lesões a uma coisa e não à pessoa. Assim, todo dano material é patrimonial, mas o inverso não é verdadeiro³¹.

O dano patrimonial engloba o dano emergente e o lucro cessante. É o que está previsto no artigo 402 do Código Civil, que assim dispõe: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

27 OLIVEIRA, op. cit., p. 202.

28 LEMKE, op. cit., p. 84.

29 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 251.

30 LEMKE, op. cit., p. 79.

31 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: teoria geral das obrigações*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 332.

Washington de Barros Monteiro define bem o significado de dano emergente e lucro cessante, qualificando o primeiro como dano positivo e o último como dano negativo, como se depreende de suas palavras:

Verifica-se assim que, em regra, os danos se enquadram em duas classes, positivos e negativos. Consistem os primeiros numa real diminuição no patrimônio do credor e os segundos, na privação de um ganho que o credor tinha o direito de esperar. Os antigos comentadores do direito romano designavam esses danos pelas conhecidas expressões *damnum emergens* e *lucrum cessans*. Dano emergente é o *déficit* no patrimônio do credor, a concreta redução por este sofrida em sua fortuna (*quantum mihi abfuit*). Lucro cessante é o que ele razoavelmente deixou de auferir, em virtude do inadimplemento do devedor (*quantum lucrari potui*)³².

Assim, o dano emergente consiste em verdadeira diminuição do patrimônio. Corresponde ao que a pessoa efetivamente perdeu. Como exemplo, no caso de um veículo abalroado, o dano emergente corresponderia ao valor dos reparos e da eventual desvalorização do bem em decorrência do acidente.

Já o lucro cessante corresponde ao aumento possível que o patrimônio teria se o evento lesivo não tivesse acontecido. O prejuízo que se pressupõe, nesse caso, consiste, pois, na privação de um ganho, de um lucro provável. Seguindo o exemplo dado acima, no caso de o veículo abalroado ser instrumento de trabalho, o lucro cessante corresponderia ao montante que o proprietário do bem lesado deixou de ganhar por ter ficado impedido de utilizá-lo por certo período.

Essa distinção dos tipos de dano é essencial para a compreensão dos efeitos das respectivas indenizações no patrimônio da pessoa que o experimentou, já que, na indenização do lucro cessante, bem como na do dano moral, haverá verdadeiro acréscimo patrimonial, que, como já visto, caracteriza-se como aspecto material da hipótese de incidência tributária do imposto de renda. É o que será melhor explanado a seguir.

2.2 CONCEITO E ESPÉCIES DE INDENIZAÇÃO

Indenizar significa tornar indene o prejuízo, ou seja, reparar ou compensar o dano. O dever de indenizar exsurge quando presentes alguns

32 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 1960. p. 365-366.

requisitos previstos na lei. Entre eles, há a necessidade da comprovação da existência de um prejuízo, que pode ser presumido pela lei, do nexó causal entre o dano e a conduta do agente, além da culpa, exceto quando se tratar de responsabilidade objetiva³³.

O ideal de justiça é que a reparação do dano seja feita de modo a reconstruir a situação existente antes do evento lesivo. Trata-se da reparação *in natura* ou específica. Contudo, nem sempre é possível a reparação específica, dando-se ensejo à reparação em pecúnia.

É possível, porém, a cumulação da reparação específica com perdas e danos. Isso ocorre quando a prestação originária ou a prestação *in natura* ainda é possível, mas, em virtude da demora do devedor, houve prejuízo ao credor. Nesse caso, é possível somar, à execução específica, perdas e danos moratórios³⁴.

A indenização das perdas e danos deve expressar-se em uma quantia em dinheiro equivalente ao prejuízo sofrido pelo credor. Embora nem sempre seja possível estabelecer uma exata correspondência entre o dano e o valor da indenização, esse montante deve ser aquele que mais se aproxime da satisfação do lesado. Os critérios para o cálculo do valor da indenização variam dependendo do tipo de dano.

Na indenização por dano material, tratando-se de dano emergente, deve-se verificar quais foram os prejuízos efetivamente sofridos e provados, quantificando-se a diminuição ocorrida no patrimônio. Na hipótese de lucro cessante, deve-se averiguar quais os ganhos que razoavelmente poderia se esperar caso não houvesse ocorrido o ato lesivo. A indenização deve equivaler a esse ganho futuro presumido, que acresceria o patrimônio da pessoa que sofreu o dano³⁵.

Já no caso de dano moral, a quantificação da indenização é uma tarefa mais complicada, vez que os elementos da personalidade não guardam correspondência com valores econômicos. Em razão disso, não há consenso na doutrina e na jurisprudência quanto aos critérios para estabelecer-se o valor da indenização dos danos morais. Silvio de Salvo Venosa ensina que o valor dessa indenização deve ser estabelecido

33 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 257.

34 PEREIRA, op. cit., p. 320.

35 LEMKE, op. cit., p. 83.

considerando três fatores: a compensação do dano, a punição do ofensor e a dissuasão da prática do ato ilícito³⁶. O que é importante verificar, porém, é que essa indenização não recompõe o patrimônio, que não foi lesado, mas acrescenta valores a ele, como compensação pelo dano extrapatrimonial³⁷.

Considerando-se o acima exposto, resta claro que, dependendo do bem jurídico lesado, a indenização terá uma natureza distinta.

Com efeito, nem toda indenização visa restabelecer um patrimônio que foi diminuído. Isso ocorre apenas no caso de dano emergente, em que houve um verdadeiro déficit patrimonial, que será repostado através da indenização. Não é o caso, porém, dos lucros cessantes, já que a indenização a eles referida não visa reparar um decréscimo havido no patrimônio, mas sim a perda de um ganho que possivelmente ocorreria e que representaria acréscimo patrimonial. Da mesma forma, com relação aos danos morais, a indenização não visa recompor o patrimônio, já que, como visto, os direitos da personalidade atingidos não o integram.

Em razão disso, pode-se dizer que há dois tipos de indenização: a indenização-compensação, referente aos danos morais e aos lucros cessantes, e a indenização-reposição, relativa aos danos emergentes³⁸.

A indenização-reposição consiste, pois, na reparação do montante que foi diminuído do patrimônio em decorrência do evento lesivo. Nesse caso, portanto, a indenização não corresponderá a um acréscimo patrimonial, já que apenas representará um restabelecimento da situação patrimonial anterior à lesão.

36 VENOSA, op. cit., 2004. p. 259.

37 LEMKE, op. cit., p. 83.

38 LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. Desconstruindo o mito da não-incidência do imposto de renda sobre verbas de natureza indenizatória. *Revista da PGFN*, Brasília, v. 1, n. 1, jan./jun. 2011. p. 238. Observe-se que há classificações diferentes propostas pela doutrina, como a que é defendida por Eduardo Gomes Philippsen. Segundo ele, tanto a indenização relativa a danos emergente, quanto a relativa aos lucros cessantes, seriam indenização-reposição, sendo a primeira classificada como "indenização-reposição do patrimônio" e a última como "indenização-reposição do lucro". No tocante à indenização por danos morais, ele também a classifica como "indenização-compensação". Contudo, embora se verifique que essa classificação, no tocante à indenização relativa aos lucros cessantes, seja diversa da aqui acolhida, a conclusão a que chega o autor é igual a aqui defendida, ou seja, que a indenização dos lucros cessantes, assim como a dos danos morais, acarretam acréscimo patrimonial. (A incidência do imposto de renda sobre indenizações. Interesse Público, Porto Alegre, v.9, n.41, p. 203-228, jan./fev. 2007)

A indenização-compensação, contrariamente, representa uma riqueza nova entregue à pessoa que sofreu o dano, já que este não havia acarretado uma diminuição patrimonial. Tanto a indenização do dano moral como a dos lucros cessantes não visam ressarcir a subtração de uma riqueza anteriormente existente. Por isso, não há que se falar, nesses casos, em reposição, que consiste na devolução ou ressarcimento de algo anteriormente já existente, mas em compensação da lesão ao patrimônio imaterial ou da perda do lucro que se esperava obter. Nessas hipóteses, pois, vislumbra-se a ocorrência de um acréscimo patrimonial em decorrência do recebimento da indenização-compensação.

Essa distinção das espécies de indenização não pode deixar de ser considerada no estudo da incidência do imposto de renda sobre verbas indenizatórias. Como se passará a demonstrar, para a análise da incidência desse tributo, não basta que se verifique se uma verba tem ou não natureza indenizatória, mas é preciso verificar a repercussão dessa verba no patrimônio, se o acresce ou não.

2.3 VERBAS INDENIZATÓRIAS E A INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA

Encontram-se, na doutrina e na jurisprudência, diversas manifestações no sentido de que basta que uma determinada verba seja caracterizada como indenizatória para que ela fique fora do campo de incidência desse tributo.

Por esse caminho, pressupõe-se que as verbas que ostentam o status de indenizatórias nunca podem representar acréscimo patrimonial, o qual, como visto, consiste no critério material da hipótese de incidência do imposto de renda, conforme previsto no CTN.

É o que defende Roque Antonio Carrazza, conforme se depreende de suas palavras: “tal se dá com as indenizações, que não tipificam rendas tributáveis por meio de IR, já que nelas se mostra de todo ausente este sentido de acréscimo patrimonial”³⁹.

Segundo esse entendimento, portanto, pode-se utilizar como critério para verificar se uma parcela se subsume ou não à hipótese de incidência do imposto de renda a sua classificação como indenizatória

39 CARRAZZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a renda (perfil constitucional e temas específicos)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 191.

ou remuneratória. Assim, conforme essa perspectiva, caso a verba seja qualificada como remuneratória, haverá incidência do tributo, o que não acontecerá se for caracterizada como de natureza indenizatória.

Por isso, encontram-se na jurisprudência diversas decisões que fundamentam a não incidência do imposto de renda com base no fato de a verba ter natureza indenizatória, independentemente de se tratar de indenização-reposição ou indenização-compensação.

Esse entendimento, porém, não parece ser o mais consentâneo com o que dispõe o ordenamento jurídico brasileiro a respeito do imposto de renda. Com efeito, para se verificar a incidência desse tributo é preciso perscrutar se a verba recebida pelo sujeito a título de indenização representa um acréscimo patrimonial, vez que nem toda indenização visa reparar um anterior déficit no patrimônio.

Com base no que já foi exposto nos itens anteriores, resta claro que a indenização do dano emergente não caracteriza acréscimo patrimonial, pois visa recompor uma perda patrimonial, de modo que sobre ela não deve incidir imposto de renda. O mesmo não ocorre com a indenização do dano moral e a do dano material relativo aos lucros cessantes, que caracterizam acréscimo patrimonial, sujeitando-se, portanto, à incidência do referido tributo.

Esse entendimento é também expresso por Gisele Lemke:

Percebe-se, pois, que não concordamos integralmente com a doutrina e jurisprudência majoritárias, as quais são, a nosso sentir, com todo respeito, muito simplistas, ao sustentarem a não incidência de IR sobre as indenizações. Partem elas da ideia de que toda indenização constitui recomposição do patrimônio, o que, como se procurou demonstrar, não corresponde à verdade. Apenas a indenização por dano material do tipo dano emergente é que tem por função a recomposição do patrimônio do sujeito passivo. Aquela do tipo lucro cessante tem em mira os chamados danos futuros. A indenização por dano material (terminologia esta contra a qual já manifestamos nossas reservas) não recompõe nada. Sua função é de compensação [...]⁴⁰.

40 LEMKE, op. cit., p. 86.

Verifica-se, portanto, que parece não existir dúvidas quanto à não incidência de imposto de renda sobre a indenização de danos emergentes, porquanto estes constituem efetiva diminuição do patrimônio e a indenização respectiva nada mais faz do que recompor aquela perda. Daí se conclui que não há acréscimo patrimonial sobre o qual pudesse incidir imposto de renda. Ademais, caso se admitisse a incidência do tributo nessa hipótese, haveria diminuição do efetivo valor da indenização, afetando sua finalidade de tornar o patrimônio completamente indene⁴¹.

No que tange à indenização por dano moral, porém, há muita discussão quanto a sua subsunção ou não à hipótese de incidência do imposto de renda.

Na jurisprudência, tem-se reconhecido a não incidência do tributo nessa hipótese. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.152.764/CE⁴², submetido ao regime dos recursos repetitivos, nos termos do artigo 543-C do Código de Processo Civil, após diversos precedentes no mesmo sentido, decidiu, por unanimidade, que a verba recebida em razão do dano moral, por ter natureza indenizatória, não representa acréscimo patrimonial, de modo que não se submete à incidência do imposto de renda. Em decorrência disso, a referida Corte editou a Súmula nº 498, no sentido de que “não incide imposto de renda sobre a indenização por danos morais”.

Parte da doutrina também defende esse entendimento. É o caso de Luís Eduardo Schoueri e José Gomes Jardim Neto que, embora reconheçam que o dano moral não gera um decréscimo do patrimônio, entendem que a indenização que visa compensá-lo não gera acréscimo patrimonial⁴³. Asseveram que o bem extrapatrimonial lesado já tinha um valor econômico reconhecido pelo Direito antes da ocorrência do dano, mas apenas não estava apurado por se tratar de bem que está fora do comércio. Entretanto, a partir do momento em que o bem sofre a lesão, o Direito passaria a ver esse bem de forma diversa, destacando seu valor econômico para possibilitar sua compensação em pecúnia, ante a

41 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; RAMOS, Paulo de Tarso Vieira. Regime Tributário das indenizações. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Regime tributário das indenizações*. São Paulo: Dialética, 2000. p. 125.

42 Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 23/06/2010.

43 Em suas palavras: “o dano moral, em si mesmo, não corresponde a decréscimo algum de capital, nem significa perda monetária por parte do ofendido, mas a indenização se dá pelo pagamento de quantia em dinheiro” (A indenização por dano moral e o imposto de renda. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Regime tributário das indenizações*. São Paulo: Dialética, 2000. p.234).

impossibilidade de reparação natural. Concluem, assim, que não se deve cogitar da tributação pelo imposto de renda da indenização dos danos morais, vez que “não há ingresso de novo bem ao patrimônio do ofendido, tão-somente a representação econômica de parte ou da integralidade desse bem, para que seja possível a sua recomposição perante o Direito”⁴⁴.

Na mesma linha, assevera Roque Carrazza que os valores pecuniários recebidos a título de indenização por dano moral não acarretam acréscimo patrimonial tributável, já que eles apenas transformam em dinheiro a lesão moral sofrida, a fim de compensá-la⁴⁵.

No entanto, apesar desse entendimento expresso por esses respeitáveis juristas, a análise do que dispõe o ordenamento jurídico acerca do imposto de renda e da indenização por dano moral parece indicar solução diversa. Deveras, através do confronto entre o aspecto material da hipótese de incidência do imposto de renda (renda e proventos entendidos como acréscimo patrimonial) e a natureza da indenização por dano moral (indenização-compensação), há de se concluir que sobre ela incide o referido tributo.

Com efeito, uma vez que o dano moral não atinge bens patrimoniais, os valores pecuniários obtidos como compensação por essa lesão acabam crescendo o patrimônio, dando ensejo à incidência do imposto de renda. Como já esclarecido acima, o fato de uma verba ser indenizatória não significa que ela não possa representar uma riqueza nova. Se o dano não afetou o patrimônio econômico, há de se assumir que o montante pecuniário recebido para compensá-lo incrementa o patrimônio.

Da mesma opinião compartilha Hugo de Brito Machado, que assim disserta:

Assim, na medida em que se opera, pelo recebimento de uma indenização, a compensação de elementos morais por elemento econômico, tem-se um crescimento do patrimônio econômico e ocorrem, no campo tributário, as repercussões daí decorrentes.⁴⁶

44 MACHADO, op. cit., p. 237.

45 CARRAZZA, op. cit., p. 198.

46 Regime tributário das indenizações. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). Regime tributário das indenizações. São Paulo: Dialética, 2000. No mesmo sentido, entre outros: LEMKE, op. cit., p. 85; MACHADO SEGUNDO; RAMOS, op. cit., p. 125; QUEIROZ, Mary Elbe, As indenizações sob a ótica do imposto de renda. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Regime tributário das indenizações*. São

Conclusão semelhante pode ser alcançada em relação à indenização dos lucros cessantes. Deveras, nesse caso, a indenização refere-se à compensação de ganhos futuros esperados, mas frustrados em vista da ocorrência do evento lesivo. Não se trata, portanto, do ressarcimento de dano que tenha atingido elementos já existentes anteriormente no patrimônio, mas de dano que atingiu a expectativa de obtenção de novas riquezas. Daí se percebe que essa indenização, substituindo os ganhos esperados, acarreta acréscimo patrimonial e está sujeita à incidência do imposto de renda.

Há de se consignar, porém, que esse entendimento não é pacífico. Roque Carrazza, por exemplo, afirma que essa indenização não geraria acréscimo patrimonial, “mas simples compensação, em pecúnia, pela injusta frustração da *expectativa de ganho* (o que não deixa de representar diminuição patrimonial)”⁴⁷. Segundo ele, as teses que defendem a incidência do imposto de renda sobre indenização de lucros cessantes afrontariam, além das normas gerais do imposto de renda previstas no CTN, os seguintes dispositivos da Constituição Federal: (i) o artigo 153, III, que define a competência da União para instituir tributo sobre o fato “auferir renda”, que seria diverso de “obter indenização”; (ii) o artigo 145 § 1º, que prevê que os impostos devem, sempre que possível, atender ao princípio da capacidade contributiva e (iii) o artigo 150, IV, que veda a utilização de tributo com efeito de confisco⁴⁸.

Esse posicionamento, contudo, não resiste a uma detida análise da questão. Deveras, os lucros cessantes representam o acréscimo patrimonial que o contribuinte provavelmente teria caso não tivesse ocorrido o dano. Esse acréscimo, naturalmente, seria passível de tributação pelo imposto de renda. Assim, a indenização dos lucros cessantes nada mais é do que a compensação relativa a esse ganho esperado, representando efetivo acréscimo patrimonial. Consequentemente, deve-se reconhecer a incidência do tributo.

A existência do acréscimo patrimonial nessa situação fica evidente na seguinte explicação de Caio Mário da Silva Pereira a respeito dos lucros cessantes:

Paulo: Dialética, 2000, p. 271; MARINS, James Regime tributário das indenizações. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Regime tributário das indenizações*. São Paulo: Dialética, 2000. p. 144.

47 CARRAZZA, op. cit., p. 200.

48 Ibid, p. 201.

Era lícito ao credor esperar que a execução da obrigação lhe proporcionasse um incremento patrimonial, conseqüente ao acrescentamento econômico que a prestação lhe traria. A inadimplência veio privá-lo, a uma só vez, deste acréscimo e daquele benefício. A reparação das perdas e danos abrangerá, então, a restauração do que o credor perdeu e a composição do que deixou razoavelmente de ganhar, apurado segundo um *juízo de probabilidade*.⁴⁹

Muitos doutrinadores também defendem que a indenização por lucro cessante representa acréscimo patrimonial, estando sujeita à incidência do imposto de renda⁵⁰. Cabe aqui transcrever manifestação esclarecedora de Hugo de Brito Machado a respeito do tema:

Também em se tratando de indenização por lucro cessante é inegável a ocorrência do crescimento patrimonial. Os lucros são acréscimos patrimoniais, e como tais são tributáveis. Na medida em que sejam substituídos por indenizações, evidentemente estas assumem a posição daqueles⁵¹.

No mesmo sentido, disserta James Marins:

Não há dúvida de que no caso de reparação de dano decorrente de lucros cessantes deva incidir o imposto de renda, por se tratar de acréscimo patrimonial tributável. Até porque esta remuneração a título de indenização representa quantia que seria – pelo menos em tese – recebida pela vítima se não houvesse ocorrido o evento lesivo, e certamente teria sido tributada neste caso⁵².

Verifica-se, portanto, que a indenização dos lucros cessantes proporciona incremento patrimonial, de modo que não há que se falar que a tese que defende a incidência de imposto de renda sobre essa verba afronta preceitos constitucionais ou do CTN. Deveras, embora seja certo que a Constituição Federal atribui à União a competência para instituir imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza e não sobre o recebimento de indenizações, há de se aceitar que certas indenizações consistem em renda ou proventos,

49 PEREIRA, op. cit., p. 322.

50 Entre eles, podem ser citados LEMKE, op. cit., p. 86; QUEIROZ, op. cit., p. 269; MARINS, op. cit., p. 143.

51 MACHADO, op. cit., 2000. p. 109.

52 MARINS, James. Regime tributário das indenizações. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Regime tributário das indenizações*. São Paulo: Dialética, 2000. p. 143-144.

por representarem acréscimo patrimonial. Esse é o caso das indenizações dos lucros cessantes que, por representarem riquezas novas, revelam capacidade contributiva. Portanto, deve-se admitir a incidência do tributo sobre essas verbas.

Resta demonstrado, assim, que nem todas as indenizações estão fora do campo de incidência do imposto de renda. Com efeito, aquelas que importem em acréscimo patrimonial subsumem-se à hipótese de incidência do imposto de renda, nos termos do artigo 43 do CTN e das leis que instituem o tributo.

3 CONCLUSÕES

O presente artigo buscou demonstrar que a qualificação de uma determinada verba como indenizatória não é suficiente para excluí-la do campo de incidência do imposto de renda.

É imprescindível verificar qual o tipo de indenização para saber se ela se subsume ou não à hipótese de incidência do referido tributo.

Assim, somente as indenizações que não gerem acréscimo patrimonial não serão tributáveis pelo imposto de renda. Esse é o caso da chamada indenização-reposição, ou seja, da indenização do dano emergente, a qual visa recompor o patrimônio em relação ao déficit causado pelo evento lesivo, não gerando, portanto, acréscimo patrimonial.

O mesmo não ocorre, porém, no caso da indenização-compensação, que visa compensar os danos morais ou os lucros cessantes.

Com relação aos danos morais, os valores pecuniários recebidos como indenização não visam recompor o patrimônio, tendo em vista que os direitos da personalidade não o integram, de modo que tal indenização gera acréscimo patrimonial.

Da mesma forma, no caso dos lucros cessantes, a indenização não visa recompor uma diminuição verificada no patrimônio, mas a perda de um ganho que possivelmente ocorreria e que geraria acréscimo patrimonial.

Portanto, embora ostentem natureza indenizatória, os danos morais e os lucros cessantes representam riqueza nova, sendo, assim, rendas tributáveis.

REFERÊNCIAS

- BARRETO, Paulo Ayres. *Imposto sobre a renda e preços de transferência*. São Paulo: Dialética, 2001.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a renda (perfil constitucional e temas específicos)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008.
- LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. Desconstruindo o mito da não-incidência do imposto de renda sobre verbas de natureza indenizatória. *Revista da PGFN*, Brasília, v. 1, n. 1, jan./jun. 2011.
- LEMKE, Gisele. Regime tributário das indenizações. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Regime tributário das indenizações*. São Paulo: Dialética, 2000.
- MACHADO, Hugo de Brito. Regime tributário das indenizações. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Regime tributário das indenizações*. São Paulo: Dialética, 2000.
- _____. *Curso de Direito Tributário*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; RAMOS, Paulo de Tarso Vieira. Regime Tributário das indenizações. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Regime tributário das indenizações*. São Paulo: Dialética, 2000.
- MACHADO, Brandão. Breve exame crítico do art. 43 do CTN. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Imposto de renda: Conceitos, princípios e comentários (em memória de Henry Tilbery)*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994.
- MARINS, James. Regime tributário das indenizações. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Regime tributário das indenizações*. São Paulo: Dialética, 2000.
- MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de Direito Tributário*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2005.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 1960.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Renda e proventos de qualquer natureza: o imposto e o conceito constitucional*. São Paulo: Dialética, 1996.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do imposto de renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: teoria geral das obrigações*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PHILIPPSEN, Eduardo Gomes. A incidência do imposto de renda sobre indenizações. *Interesse Público*, Porto Alegre, v.9, n.41, jan./fev. 2007.

QUEIROZ, Mary Elbe Gomes. *Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza*. Barueri: Manole, 2004.

_____. As indenizações sob a ótica do imposto de renda. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Regime tributário das indenizações*. São Paulo: Dialética, 2000.

SCHOUERI, Luís Eduardo; JARDIM NETO, José Gomes A indenização por dano moral e o imposto de renda. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Regime tributário das indenizações*. São Paulo: Dialética, 2000.

SCHOUERI, Luís Eduardo. O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (Coord.). *Controvérsias Jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

**REFLEXOS DO DISCURSO LIBERAL
DO DIREITO DE PROPRIEDADE NAS
DECISÕES JUDICIAIS PROFERIDAS EM
AÇÕES DE DESAPROPRIAÇÃO AGRÁRIA**

*REFLECTIONS OF LIBERAL SPEECH RIGHT TO PROPERTY IN
JUDGMENTS DELIVERED IN SHARES OF AGRICULTURAL
MISAPPROPRIATION*

Junior Divino Fideles

Procurador Federal

Mestrando em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás

SUMÁRIO: Introdução; 1 A concepção liberal do direito de propriedade; 2 Manifestações da concepção liberal do direito de propriedade nas decisões judiciais em ações de desapropriação agrária; 2.1 Juros compensatório; 2.2 Preferencialidade das desapropriações; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo investigar a existência de um liame entre a teoria liberal que orienta, da forma e conteúdo ao direito de propriedade, inclusive da terra, com os valores considerados nas decisões judiciais em aspectos centrais das ações de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. Inicialmente são feitos apontamentos de como foi forjado o direito de propriedade a partir da teoria de John Locke e a ulterior transformação da terra em mercadoria, desconsiderando sua condição de recurso natural finito indispensável à vida e ao desenvolvimento humano. Por derradeiro, são feitas análises de alguns posicionamentos solidificados na jurisprudência dos tribunais brasileiros que demonstram o quanto a concepção liberal da propriedade privada individual e absoluta, mesmo da terra, continua a orientar as decisões judiciais em processos de desapropriação agrária, em prejuízo de uma perspectiva de funcionalização socioambiental da propriedade imobiliária rural, inaugurada na Europa pela Constituição de Weimar de 1919 e propugnada no Brasil pela Carta Republicana de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Agrário. Desapropriação. Direito de Propriedade. Decisões Judiciais. Função Social da Terra.

ABSTRACT: This article aims to verify the existence of a link between the liberal theory that guides the manner and content of the right to property, including land, to the values considered in judicial decisions on key aspects of the actions of expropriation for social interest in agrarian reform. Initially as forged notes of the right to property from the theory of John Locke and the subsequent transformation of the land into a commodity, ignoring their condition finite natural resource essential to life and human development are made. For the last, analyzes some positions of jurisprudence that demonstrate the Brazilian courts are made as the liberal conception of individual and absolute private property continues to guide the judicias rulings in land expropriation, to the detriment of a perspective environmental function for rural real estate , opened in Europe by the Weimar Constitution of 1919 and in Brazil advocated by the Republican Constitution of 1988.

KEYWORDS: Agrarian Law. Expropriation. Property Rights. Judgments. Social Function of Land.

INTRODUÇÃO

O enigma da propriedade ainda se coloca diante de nós, e dele se ocupam também os filósofos, os economistas, os cientistas políticos. Por ter um valor socialmente paradigmático a propriedade é alvo privilegiado de investigação.¹

A partir da observação empírica de decisões judiciais proferidas em ações de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, também denominadas de desapropriações agrárias, cogita-se da existência de uma forte imbricação entre o sistema judicial brasileiro e a concepção liberal do direito de propriedade, inclusive no tocante à apropriação da terra, subjugada à condição de mercadoria ou riqueza qualquer.

Motiva estes escritos a especulação de que essa compreensão liberal sobre o direito de propriedade da terra, exteriorizada pela jurisprudência brasileira dominante sobre o assunto, rechaça qualquer outra ideia ou tese que busque atribuir-lhe um tratamento jurídico diverso da perspectiva de propriedade individual absoluta, ignorando e/ou menosprezando o fato de tratar-se de um bem finito na natureza, indispensável à vida e ao desenvolvimento socioeconômico da humanidade.

Refletindo sobre a importância da terra para as sociedades passadas e a atual, Marés² nos ensina que:

As sociedades humanas sempre tiveram, em todas as épocas e formas de organizar, especial atenção ao uso e ocupação da terra. A razão é óbvia: todas as sociedades tiraram dela seu sustento. E entenda-se sustento tanto o pão de cada dia como a ética refundidora da sociedade.

Apresenta-se como hipótese deste estudo, que alheias a esse tipo de compreensão quanto à importância da terra para a sociedade, as decisões judiciais proferidas em desapropriações agrárias, ressalvadas raras exceções, não expressam preocupação ou atenção especial com o tipo de uso e destinação dada à terra,

1 CORTIANO JUNIOR, Erouths. *O Discurso jurídico da Propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 4.

2 MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. p. 11.

recurso natural esgotável e indispensável à vida das pessoas. Ao contrário, reafirmam em um discurso mântico o caráter de direito individual absoluto e inviolável com o qual a propriedade da terra é concebida.

Assim, procura esse artigo compreender a concepção liberal que se formou, orienta e dá contornos ao direito de propriedade sobre a terra e como essa ideologia se revela nas decisões judiciais que apreciam as desapropriações agrárias.

Nessa busca de verificar se existe de fato um liame entre o modo de compreender e tratar a terra pela doutrina liberal e o conteúdo das decisões judiciais proferidas em questões centrais do processo judicial de desapropriação agrária, o primeiro esforço feito caminha no sentido de identificar os principais traços dessa teoria liberal no direito de propriedade da terra em cotejo com outras formas de compreender sua apropriação. Em seguida, examinam-se algumas decisões e entendimentos paradigmáticos dos tribunais brasileiros sobre desapropriação por interesse social, buscando nelas identificar a presença ou não dessas características liberais do direito de propriedade.

1 A CONCEPÇÃO LIBERAL DO DIREITO DE PROPRIEDADE

É bastante conhecida a afirmação de Rosseau (1712-1778)³, em seu *Discurso sobre a origem da desigualdade*, no sentido de que “o primeiro que, tendo cercado um terreno, se lembrou de dizer: Isto é meu, e encontrou pessoas bastantes simples para o acreditar, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil.” E ainda prossegue o mesmo pensador na descrição dos males que a propriedade privada causou e à sociedade:

Quantos crimes, guerras, assassínios, misérias e horrores não teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou tapando os buracos, tivesse gritado aos seus semelhantes: “Livrai-vos de escutar esse impostor; estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos, e a terra de ninguém!”⁴

3 ROSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem da desigualdade*. Cultura Brasileira. Cortesia Publicações LCC Eletrônicas. (s.n.t).

4 Ibid. (s.n.t)

Essa ideia de apropriação individual e arbitrária dos recursos naturais em estado comunal remonta ao estado de natureza descrito por Locke⁵, no qual os homens viviam antes da formação da sociedade moderna hoje conhecida e onde todos os bens da natureza eram de propriedade comum das pessoas, que deles podiam se apropriar para usufruir segundo suas necessidades de sobrevivência e desenvolvimento.

Nesse período de sociedade pré-moderna, era o trabalho dispensado para retirar a coisa do estado comunal em que se encontrava na natureza que legitimava a propriedade que a pessoa passava a ter sobre bem apartado, a partir da ideia de que toda pessoa tem a propriedade de seu corpo e, por consequência, do resultado do seu trabalho.

Assim compreendida, a propriedade privada da terra se legitimava pela necessidade de trabalhá-la (plantar, melhorar, cultivar, edificar) e usufruí-la, dela retirando os bens necessários para a vida. Na compreensão de Locke⁶, trabalhar e dominar a terra estão intrinsecamente ligados. É o primeiro que dá direito ao segundo. A autorização para a apropriação privada da terra decorreria de Deus, seu criador, vez que a vida humana, também criada por ele, “*necessita de trabalho e de materiais para serem trabalhados*” fazendo surgir a posse privada da terra.

Repercutindo essa representação, Marés⁷ sustenta que John Locke (1632 – 1704) foi o teórico inicial da propriedade contemporânea e difundiu a ideia do trabalho humano como seu fundamento,

Isto é, o poder sobre as coisas se exerce na medida em que se agrega a elas algo de si, o trabalho. Isto sob o argumento de que cada um é proprietário de seu corpo, sendo o trabalho uma extensão dele. A apropriação esta limitada, porém, à possibilidade de uso, dizendo que a ninguém é lícito ter como propriedade mais do que pode usar.

Na passagem do estado de natureza comunal para o estado de sociedade, a terra antes vaga passou a ser trabalhada, cultivada

5 LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2001. p. 83.

6 Ibidem., p. 102.

7 Ibid., p. 23.

e apropriada individualmente. Inicialmente apenas em quantidade necessária para o trabalho, em seguida, como fruto dele, na medida em que os melhoramentos e benfeitorias eram edificados. Mais tarde foi transformada em mercadoria e, assim, em propriedade privada descolada do trabalho. “*O desenvolvimento capitalista transformou a terra em propriedade privada, e a terra transformada em propriedade privada promoveu o desenvolvimento capitalista*”.⁸

Nesse contexto, tem-se que a liberdade contratual é um elemento central do capitalismo e dessa transformação da propriedade da terra em mercadoria, pois na medida em que cada um é dono do seu próprio corpo e adquire os frutos do seu trabalho, o passo seguinte é a comercialização dos excedentes desse trabalho, celebrando contratos, inclusive quanto à terra apropriada pelo trabalho, cuja dimensão explorada, pela técnica incorporada e produtividade alcançada, passou exceder à quantidade necessária para o sustento individual.

A terra passou a ser mercadoria com o crescimento do capitalismo e com a transformação agrária na Inglaterra, que reduziu as propriedades comuns de campos e pastagens a proprietários únicos, individuais pelo processo de cercamentos (enclosures).⁹

Nessa transformação, destituída da condição de bem comum em estado de natureza à disposição da coletividade para extração dos meios materiais necessários à vida, a terra foi convertida em mercadoria subjugada às vontades abstratas de seu proprietário individual, a partir de ficções jurídicas que passou a representá-la sob a forma de títulos proprietários, livremente negociados, como uma mercadoria qualquer, possibilitando sua circulação na condição de riqueza, desprezando sua legitimação pelo trabalho ou sua vinculação às necessidades de sobrevivência e desenvolvimento coletivos, a ponto da Constituição Portuguesa de 1822 asseverar que propriedade é “*o direito sagrado e inviolável de se dispor à vontade de todos os bens*”.¹⁰

É nesse contexto teórico que o Código Civil brasileiro de 1916, com inquestionável inspiração no liberalismo Europeu do século

8 MARÉS, op. cit., p. 81.

9 MARÉS, op. cit., p. 26.

10 Apud, MARÉS, op. cit., p. 15.

XIX dispôs em seu artigo 524 que ao proprietário é assegurado “o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”, enaltecendo a subjugação da propriedade ao interesse individual e absoluto do proprietário, sem qualquer tipo de menção ou preocupação com a sua funcionalização, ideia essa à época já apregoada pela Encíclica Papal *Rerum Novarum*, editada em 1891, e logo em seguida adotada pela Constituição de Weimar de 1919.

Pela Encíclica *Rerum Novarum* escrita pelo Papa Leão XIII, no auge da Revolução Industrial, num dos períodos de maior aviltamento dos trabalhadores pelos industriais face à plena liberdade contratual nas relações de trabalho, a Igreja Católica defende a propriedade privada, inclusive da terra, com idênticos argumentos de Locke, por ser fruto do trabalho humano individual, contudo, já àquela época, sustentava que mesmo diante da apropriação privada, a terra deveria servir à utilidade comum da coletividade, pois Deus a teria criado e deixado para que todos os homens pudessem dela prover suas necessidades.

Da mesma forma, a Constituição Alemã de Weimar, embora reconhecesse a propriedade privada, lhe atribuíra obrigações, condicionando seu uso ao interesse comum, pelo que é considerada precursora da positivação da função social.

A partir desse momento histórico as duas ideias de propriedade, a liberal (individual e absoluta) e a social (uso condicionado a um interesse coletivo) passaram a coexistir. Contudo, a despeito dessa propriedade funcionalizada, que gera não só direitos mas também obrigações ao seu detentor, ter acompanhado o Direito ocidental por todo o século XX, ela foi “muitas vezes não entendida, outras não aplicada, omitida, deliberadamente esquecida, sempre presente nos discursos oficiais e distante das decisões judiciais.”¹¹

Uma das hipóteses para esse descompromisso do Direito com a funcionalização da propriedade é a forma como o discurso sobre a propriedade foi construído, à luz de uma perspectiva de supervalorização do individualismo liberal, ainda que sobreposto ou em desaproveito do interesse social ou coletivo. Eroulths Cortiano Junior afirma que a propriedade moderna

11 MARÉS, op. cit., p. 86.

é construída a partir do prisma do sujeito e não da coisa apropriada, [...], é expressão da mentalidade individual, se constrói do ponto de vista das faculdades abstratas do sujeito, e, por isso mesmo, é melhor representada por um título do que por um fato.¹²

No Brasil, nem a remodelação da propriedade imobiliária rural propugnada no art. 186 da Constituição Federal de 1988¹³, ao lhe atribuir uma função social, econômica e ambiental foi capaz de romper com a ideia de propriedade totalizante que outorga ao seu proprietário o direito absoluto de usar, gozar e dispor da coisa como bem entender e em proveito exclusivo de suas necessidades e interesses individuais.

Essa ineficácia da ruptura pretendida pela Constituição Federal é percebida, dentro outros, no texto do Código Civil brasileiro de 2002, que editado após a promulgação da Carta de 1988 deveria disciplinar a propriedade à luz da funcionalização nela contida. Contudo, ao tratar desse instituto no seu art. 1.228¹⁴, o Código Civil atual repete o mantra liberal reveladora da concepção oitocentista, atribuindo ao proprietário os mesmos direitos antes previstos no artigo 524 do Código Civil de 1916, de usar, gozar e dispor da coisa de maneira absoluta, mantendo os valores do liberalismo individual burguês que orientaram o Código Civil francês de 1804¹⁵, inaugurador nas codificações desse individualismo proprietário.

Assim, tomando a desapropriação por interesse social como uma ameaça à propriedade absoluta, essa perspectiva liberal do direito de propriedade tem se revelado nas decisões judiciais como uma reação defensiva à qualquer tentativa de fragilização ou mudança dessa concepção individualista, colocando o judiciário como guardião dessa moldura liberal que informa e da forma a esse direito.

12 CORTIANO JUNIOR, op. cit., p. 10.

13 Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

14 Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

15 Código Civil francês, Artigo 544. La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pass un usage prohibé par les lois ou par les règlements.

2 MANIFESTAÇÕES DA CONCEPÇÃO LIBERAL DO DIREITO DE PROPRIEDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS EM AÇÕES DE DESAPROPRIAÇÃO AGRÁRIA

A despeito da existência de uma corrente do pensamento jurídico que busca romper com esse dogma liberal no modo de compreender a propriedade da terra, explicando e justificando esse fenômeno a partir de sua funcionalização social, ambiental e econômica, especialmente após ordem constitucional instaurada em 1988, ele tem se mostrado resistente e muito presente. Segundo Marés¹⁶,

Sempre há uma vírgula, um advérbio ou uma contradição entre os incisos ou parágrafos que permitem ao intérprete, juiz, administrador público ou fiscal dizer o que não é e manter, por mais algum tempo o flagelo. A ideologia da propriedade privada, individualista e absoluta, mesmo contra o texto da lei ainda impera no seio do Estado, ou seio da elite dominante que dita a interpretação que lhe favorece.

Essa exegese liberal individualista que reluta em ceder espaço a uma releitura que considere a utilidade socioambiental da propriedade da terra tem como importante espaço de resistência o sistema judicial brasileiro.

Trata-se de uma ideologia liberal não necessariamente intencional, que por estar presente em todos os espaços sociais, orienta também as decisões judiciais. Ela é resultante de

[...] influências pré-jurídicas sobre significados, valores e fins humanos, sociais e econômicos, ocultos (ou não) que vão inspirar a decisão judicial.

A ideologia de que falamos não é má-fé, é um conjunto de representações, saberes, diretrizes ou pautas de condutas. Este complexo disperso, acumulado e pseudamente sistemático orienta, condiciona e governa atos, decisões e atividades judiciais. Não é uma atividade sensível e concreta, mas realidade imaginária e meramente possível, emanada do contexto socioeconômico. Está difundida nos preceitos, costumes, religião, família, escola, tribunais, asilos, ciência, cultura, moral, regras gerais de conduta, filosofia, bom senso e tradição.¹⁷

16 MARÉS, op. cit., p. 13.

17 PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 17.

Embora esse trabalho não pretenda, nem se proponha, a realizar uma ampla e profunda pesquisa da jurisprudência brasileira, tem-se que o exame de alguns entendimentos dominantes sobre aspectos centrais do processo de desapropriação permitem identificar como essa concepção ou ideologia liberal do direito de propriedade se exterioriza ou se manifesta no ato de decidir as desapropriações agrárias, demonstrando o quanto a perspectiva da propriedade privada individual e, sobretudo absoluta, continua a ser o valor nuclear na argumentação e fundamentação das decisões judiciais. Abordar-se-ão dois desses entendimentos: o que orienta a fixação da indenização com juros compensatórios e o critério da preferencialidade das ações de desapropriações.

2.1 JUROS COMPENSATÓRIOS

Uma das situações reveladoras de como o Judiciário compreende a propriedade da terra e indiciária da existência de uma relação causal entre a teoria liberal que orienta, da forma e conteúdo ao direito de propriedade, com os valores considerados nas decisões judiciais em ações de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária é a elevada preocupação demonstrada pelas decisões no momento de fixar o valor da indenização e seus assessórios.

A Constituição brasileira 1988, em seu art. 184, sanciona o descumprimento da função social pelos imóveis rurais com a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. Contudo, o mesmo dispositivo preconiza que essa transferência compulsória de domínio ocorrerá mediante prévia e justa indenização.

O texto não informa o que se deve considerar como “prévia” e “justa” indenização a ser paga ao proprietário faltoso com o dever constitucional de adequado uso do imóvel sob as perspectivas social, econômica e ambiental.

Percebe-se, contudo, serem dois os vetores constitucionais a orientar a indenização: ela deve ser antecipada ou “prévia” e ao mesmo tempo “justa”. Além do art. 184, também o art. 5º, inciso XXIV, do texto constitucional traz essa previsão¹⁸. Mas afinal, o que é uma indenização justa? Qual o correspondente monetário desse termo?

18 XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.

Sem maiores discussões sobre a ideia de justiça ou de justo, a dogmática jurídica e a legislação sobre o assunto convergem ao identificar como justa a indenização que reflita o valor de mercado do imóvel expropriado.

Nessa perspectiva, discorre Benedito Ferreira Marques,¹⁹ baseado nas lições de Paulo Tormim Borges, para quem “*A indenização corresponderá à substituição de um bem pelo seu efetivo valor pecuniário equivalente, [...]*.” De modo que com a indenização recebida o proprietário expropriado possa adquirir outro bem “*igual em espécie, aproveitamento e capacidade produtiva.*”

Na mesma linha, Miguel Baldez²⁰ afirma que o proprietário desapropriado somente perde a propriedade do imóvel objeto da ação, mas não a sua condição de proprietário, pois se instituiu

Na Constituição (artigo 5º, inciso XXIV) que a desapropriação só se consumará depois de pago ou depositado o justo preço, em suma, depois de substituído o valor do bem pelo valor indenizatório (que etimologicamente significa deixar sem danos); implica, portanto, uma troca de valores economicamente iguais.

Essa ideia de substituição era inclusive apresentada pela própria literalidade do caput do art. 12²¹ da Lei nº 8.629/1993, antes da alteração promovida pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001.

Assim, sem considerar o caráter sancionatório da desapropriação agrária, restringindo-se exclusivamente à perspectiva do patrimônio subtraído da órbita do proprietário, tem-se que ela deve significar uma operação de resultado igual a zero, deixando o proprietário isento de dano, ou indene, na perspectiva etimológica da palavra. Ainda, em outros termos, significa substituir o direito de propriedade sobre a terra pela quantia equivalente em dinheiro, conquanto tratar-se de um bem como outro qualquer, à disposição do mercado.

19 MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito agrário brasileiro*. 7. ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2007. p. 144.

20 BALDEZ, Miguel Lanzellotti. Desapropriação. In: CALDART, Roseli Salette; PEREIRA, Isabel Brasil; ALETEJANO, Paulo; FRIGOTTO, Gaudêncio (org.). *Dicionário da Educação do Campo*. Rio de Janeiro, São Paulo: Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio, Expressão Popular, 2012, p. 202.

21 A redação original do art. 12 da Lei nº 8.629/1993, dispunha: “Art. 12. Considera-se justa a indenização que permita ao desapropriado a reposição, em seu patrimônio, do valor do bem que perdeu por interesse social.”

Noutra perspectiva, afastando-se dessa abordagem dogmática e iniciando o questionando quanto ao cabimento dessa indenização, ante o caráter sancionatório dessa modalidade expropriatória, Carlos Frederico Marés²² sustenta que esse modelo indenizatório deve-se à incorporação às leis brasileiras do conceito liberal de propriedade.

A manutenção do pagamento ou indenização pela recuperação de terras para fins de reforma agrária mantém o velho conceito liberal de propriedade e não o atualiza. [...]. A desapropriação não é, assim, mais do que um contrato público de compra e venda, no qual a manifestação livre de vontade do vendedor fica restringida pelo interesse público. A desapropriação, longe de ser uma negação do conceito liberal de propriedade, é sua afirmação.

Se aprofundada essa ideia, tomada a desapropriação por descumprimento da função social como uma sanção aplicada ao proprietário do imóvel rural em razão de não ter dado à terra a destinação constitucional e legalmente determinada, incurso, pois, num ilícito constitucional, tem-se que essa indenização não seria devida ou, se devida, não corresponderia ao valor de mercado do imóvel, cujo recebimento, a rigor, não contém qualquer caráter sancionatório.

Nesse sentido, identificando o despropósito da opção constitucional de indenizar o proprietário que não usa ou mal usa a terra, Marés²³ aponta o que seriam dois defeitos ou injustiças decorrentes dessa escolha,

Primeiro, remunera a mal usada propriedade, isto é, premeia o descumpridor da lei, porque considera causador do dano e obrigado a indenizar, não o violador da norma, mas o Poder Público que resolve pôr fim à violação; segundo, deixa a iniciativa de coibir o mau uso ao Poder Público, garantindo a integridade do direito ao violador da lei.

Em outras palavras, significa dizer que o Estado deve pagar ou indenizar, como se fosse o autor de algum dano, para fazer cessar uma ilicitude do descumprimento da função social.

Sob essa ótica, o pagamento de qualquer indenização é descabido, pois inexistente dano a ser reparado. Se dano existe, corresponde aos efeitos danosos do não cumprimento da função social e, nesse caso, quem deve

22 MARÉS, op. cit., p. 108-109.

23 MARÉS, op. cit., p. 109.

indenizar é o proprietário faltoso com o dever de adequada utilização do imóvel. E quem tem o direito a recebe é a coletividade que viu sua terra indevidamente utilizada.

Se a simples previsão de pagamento de indenização ao proprietário faltoso com o dever constitucional esvazia o caráter sancionatório da desapropriação agrária, o que dizer então da previsão estabelecida pelo legislador ordinário no art. 12 da Lei nº 8.629/93, de pagamento correspondente ao valor que o bem alcançaria numa regular negociação de mercado?

Importante atentar para o fato do legislador constituinte ter prescrito apenas que haveria uma “justa indenização”, face à sanção que seria imposta ao descumpridor da função social. Contudo não deu conteúdo ao que seria justo nessa situação.

Assim, numa interpretação teleológica do texto constitucional que busque dar efetividade ao valor função social e à sanção por seu descumprimento, há um equívoco, proposital certamente²⁴, na opção legislativa que determina o pagamento indenizatório no valor de mercado, tornando ineficaz a sanção preconizada pela Constituição. Por certo, o aprofundamento desse raciocínio levará à constatação da inconstitucionalidade do art. 12 da Lei nº 8.629/93, vez que nesse cenário, pagar o preço de mercado não seria justo.

Apenas para se ter uma ideia das discussões que esse tema enseja, relembra-se que no art. 17 do Projeto de Lei nº 11/1991, então apresentado pela bancada do Partido dos Trabalhadores na Câmara dos Deputados visando regulamentar os dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária e que foi posteriormente convertido na Lei nº 8.629/1993, previa-se como um dos critérios para aferir a justa indenização, o valor declarado pelo proprietário do imóvel para fins de lançamento do Imposto Territorial Rural, o ITR. Mas essa é uma discussão que merece tratamento específico em outra oportunidade, não sendo esse o propósito deste trabalho.

Consignada essa possibilidade de abordagem para a indenização, impõe-se retornar à proposta inicial deste artigo e investigar a existência de liame entre a doutrina liberal da propriedade e as decisões judiciais que

²⁴ Conforme as ideias apresentadas na obra de Carlos Frederico Marés, que não vê nessa situação uma obra do acaso, mas na vitória de determinados interesses.

fixam o valor das indenizações nas desapropriações agrárias, a partir da legislação posta²⁵, ainda que essa mereça crítica pela opção legislativa adotada.

Dentro dessa perspectiva normativa de recomposição patrimonial e da ideologia liberal do direito de propriedade, na qual a terra é transformada em mercadoria como outra qualquer, com a peculiaridade apenas de ser um bem de produção por possuir a capacidade de gerar riquezas, do mesmo modo que uma indústria ou uma loja de sapatos, situação emblemática é a dos juros compensatórios.

Criado pela jurisprudência do STF na década de 1950, visavam inicialmente promover a correção monetária dos débitos judiciais relativos às desapropriações por interesse público, no período compreendido entre a imissão prévia na posse autorizada pelo juiz em função de urgência, no início da ação, até o efetivo pagamento da indenização, conquanto naquela época não se promovia a correção monetária das condenações, então pagas pelo valor nominal. Esse entendimento foi consolidado na Súmula nº 164, editada em 1963, dispondo que *“no processo de desapropriação, são devidos juros compensatórios desde a antecipada imissão de posse, ordenado pelo juiz, por motivo de urgência.”*²⁶.

Por essa razão, inclusive, o mesmo Tribunal editou a Súmula nº 345, também em 1963, prevendo que nas desapropriações indiretas os juros compensatórios incidiriam apenas a partir da perícia, pois diferentemente da desapropriação direta, nesta não há avaliação prévia e a avaliação judicial já contempla a atualização ocorrida entre o apossamento administrativo e a data de sua realização.

25 Atualmente o art. 12 da Lei nº 8.629/1993 apresenta o conceito legal de justa indenização, assim dispondo: “Art.12. Considera-se justa a indenização que reflita o preço atual de mercado do imóvel em sua totalidade, aí incluídas as terras e acessões naturais, matas e florestas e as benfeitorias indenizáveis, observados os seguintes aspectos: I - localização do imóvel; II - aptidão agrícola; III - dimensão do imóvel; IV - área ocupada e anciandade das posses; V - funcionalidade, tempo de uso e estado de conservação das benfeitorias.

26 SILVA, Daniel Leite da. *Juros em desapropriação: a verdade sobre a jurisprudência do STF* (s.n.t). Disponível em: <<http://www.incra.gov.br/index.php/procuradoria/artigos-e-doutrinas/file/1103-juros-em-desapropriacao-a-verdade-sobre-a-jurisprudencia-do-stf-por-daniel-leite-silva>>. Acesso em: 28 out. 2013.

Todavia, mesmo com a edição da Lei nº 4.686/65, que passou a prever a correção monetária em desapropriações, a incidência desses juros não cessou. Mudou-se a justificativa, para manter o pagamento.

Com o novo marco legislativo, reconheceu-se que os compensatórios e a correção monetária eram coisas diferentes. Mas se afirmou que os juros ainda eram devidos como compensação pela perda da posse do imóvel e a privação de seu substitutivo, a indenização.²⁷

Esse entendimento que justifica o pagamento dos juros compensatórios como compensação pela perda antecipada da posse, sem o devido pagamento prévio, razão pela qual incidiam sobre a diferença entre o valor ofertado²⁸ e o valor judicialmente fixado, se manteve e vem se mantendo ao longo dos anos, mesmo nas desapropriações agrárias e com a ruptura pela Constituição de 1988 do paradigma de propriedade absoluta, quando passou a ser constitucionalmente exigido o cumprimento de uma função socioambiental por parte da propriedade imobiliária rural.

Na grande oportunidade que teve após 1988 de reapreciar o tema, no julgamento do pedido liminar formulado na ADI nº 2.332-DF, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em face do art. 15-A²⁹ introduzido no Decreto-Lei nº 3.365/41 pela Medida Provisória nº 1.901-30, de 24 de setembro de 1999, limitando os juros compensatórios em até seis por cento ao ano e condicionando o seu pagamento à comprovação de perda de renda sofrida pelo proprietário expropriado, de acordo com a exploração efetivamente desenvolvida no imóvel, o Supremo Tribunal reafirmou sua incidência, mantendo o velho entendimento.

²⁷ SILVA, op. cit.,(s.n.t).

²⁸ Atualmente, por força da decisão cautelar proferida na ADI nº 2.332, incidem sobre a diferença entre 80% da oferta, vez que somente esse percentual pode ser levantado antes do trânsito em julgado, e o valor ao final fixado por sentença definitiva.

²⁹ *Art. 15-A No caso de imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, expressos em termos reais, incidirão juros compensatórios de até seis por cento ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse, vedado o cálculo de juros compostos. § 1º Os juros compensatórios destinam-se, apenas, a compensar a perda de renda comprovadamente sofrida pelo proprietário. § 2º Não serão devidos juros compensatórios quando o imóvel possuir graus de utilização da terra e de eficiência na exploração iguais a zero.*

Contudo, absteve-se o Tribunal de fazer o debate central desse tema, qual seja, se mesmo na situação de desapropriação de imóvel rural descumpridor da função social, portanto, quando o direito de propriedade é exercido em descompasso com a funcionalidade constitucionalmente exigida e, exatamente por essa razão esta sendo retirado da esfera de mando individual do proprietário e atribuído a uma destinação socialmente mais adequada e constitucionalmente desejada, se ainda assim são devidos juros para compensar uma renda potencial, que na realidade não era auferida.

Na esteira dessa omissão, o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que os juros compensatórios são devidos mesmo quando o imóvel desapropriado for improdutivo, sendo que

A eventual improdutividade do imóvel não afasta o direito aos juros compensatórios, pois esses restituem não só o que o expropriado deixou de ganhar com a perda antecipada, mas também a expectativa de renda, considerando a possibilidade do imóvel ser aproveitado a qualquer momento de forma racional e adequada, ou até ser vendido com o recebimento do seu valor à vista.³⁰

Nota-se, pois, que somente no seio da concepção liberal da propriedade da terra, elevado ao seu grau máximo, tomada como um direito absoluto de usar, gozar, não usar, dispor e destruí-la, que ignore seu valor enquanto bem indispensável à vida humana, pois é nela que a sociedade habita e é dela que retira os bens naturais e cultivados indispensáveis ao desenvolvimento, admite-se a possibilidade, ou mais, o dever de se indenizar uma expectativa de renda, considerando que um dia, quem sabe, talvez no exclusivo interesse privado a terra pudesse vir a ser explorada de forma racional e adequada.

Essa ideologia liberal também ignora ou minimiza o fato de ser justamente em razão de não estar sendo explorado, nem mesmo sob o enfoque exclusivo do interesse econômico, por ser improdutivo, deixando inexplorados seus recursos naturais finitos, enquanto a sociedade deles necessita para seu progresso socioeconômico, que o bem é retirado da esfera de sujeição do proprietário.

30 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 1.116.364/PI*, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 10/9/2010.

Exacerba ainda mais essa perspectiva ideológica o fato dos juros serem fixados, em qualquer situação, independentemente do tipo e grau de uso, no percentual de 12% (doze por cento) ao ano, ou 1% (um por cento) ao mês, incidentes sobre a diferença entre 80% (oitenta por cento) do valor ofertado e do *quantum* ao final fixado por sentença transitada em julgado como sendo a justa indenização, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar na ADI nº 2.332³¹.

Quanto a esse percentual de 12% (doze por cento) ao ano, importante não confundir ou imaginar que nele já esteja inclusa a correção monetária que visa repor a inflação, vez que esta é apurada de forma isolada, segundo índice oficial, em operação distinta, aplicada e acrescida ao todo indenizatório.

O fato de nas últimas décadas o país ter experimentado uma estabilidade econômica e financeira, com considerável redução nas taxas médias de juros pagas em investimentos financeiros, agrava ainda mais as distorções provocadas pelo pagamento dos juros compensatórios.

Para se ter uma ideia do impacto que esses juros promovem no valor das indenizações, se tomados os últimos dez anos, período considerado de 01/01/2004 a 01/01/2014, o rendimento acumulado da Caderneta de Poupança, que inclui a correção monetária e os juros pagos em remuneração ao capital aplicado, foi de 106,66%³². Nesse mesmo período, uma indenização complementar discutida em juízo num processo de desapropriação agrária, receberia apenas a título de juros compensatórios, o acréscimo de 120%, correspondente a juros de 12% ao ano, por dez anos, mais a correção monetária pelo Índice de preços ao Consumidor Amplo – IPCA-E, que no período correspondeu à 71,13%³³, fazendo com que o valor de uma indenização, nesse período, fosse corrigida e remunerada em 191,13%.

Desse modo, uma aplicação financeira na Poupança, no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais), na data de 01/01/2004, renderia, ao final do

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2332 MC*, Rel.: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 05/09/2001, DJ 02/04/2004. p. 366.

32 Fonte: Site do Banco Central do Brasil.

33 Idem.

período considerado, em 01/01/2014, o valor de R\$ 1.066,68, alcançando o total (principal + juros) de R\$ 2.066,68.

Esse mesmo valor, considerado no contexto de uma dívida pública no bojo de um processo de desapropriação agrária, como sendo a diferença entre a 80% da oferta e o valor da condenação, receberia R\$ 2.053,62 de juros compensatórios e mais R\$ 711,36 a título de correção monetária, que somados ao valor principal atingiria o quantum devido de R\$ 3.764,98.

Ou seja, um trabalhador que resolvesse economizar parte de seu salário, recebido como pagamento pela venda de seu trabalho, aplicando-o na Caderneta de Poupança, como sói ocorrer com milhares de brasileiros, receberia ao longo dos últimos dez anos, aproximadamente a metade dos juros e correção monetária que receberia um proprietário de imóvel no contexto de uma ação de desapropriação, em face de si manejada por não ter dado à terra que detinha a utilização social, econômica e ambiental determinada pela Constituição de 1988.

Essa situação de premiação à propriedade privada ofensora dos valores constitucionais contidos no princípio da função social da terra, somente se explicada a partir da teoria liberal que compreende a propriedade da terra como direito individual absoluto oponível a qualquer outro tipo de interesse coletivo, mesmo que de natureza econômica, social e ambiental.

2.2 PREFERENCIALIDADE DAS DESAPROPRIAÇÕES

Outro entendimento judicial revelador do dogma liberal imbricado no direito de propriedade é o esvaziamento que vem se consolidando quanto ao procedimento especial de rito sumário, determinado pelo §3º do art. 184³⁴ da Constituição Federal para o processo de desapropriação agrária.

Essa norma constitucional prevê que lei complementar estabelecerá procedimento especial de rito sumário para o processo judicial de desapropriação. Em seu cumprimento, o art. 6º da Lei Complementar determina que ao despachar a petição inicial de desapropriação no prazo

34 § 3º - Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

máximo de quarenta e oito horas o juiz determinará a imissão provisória do ente expropriante na posse do imóvel expropriado, exigindo-se para essa providência alguns requisitos objetivos previstos no art. 5º da mesma lei, como a apresentação de certidões atualizadas do domínio do imóvel, laudo de avaliação e o prévio depósito do valor ofertado a título de justa indenização.

Corroborando com a construção do procedimento especial de rito sumário, o art. 18³⁵ da mesma Lei estabelece que as ações de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária têm caráter preferencial e prejudicial em relação a outras ações alusivas ao imóvel.

A opção legislativa em determinar a imissão do ente expropriante na posse do imóvel no prazo máximo de quarenta e oito horas é justificada pela necessidade de cessação imediata da situação de descumprimento da função social a que está submetido o imóvel expropriando, com a reversão de sua posse ao Estado para destinação social dentro do programa de reforma agrária, ponto fim a um (des)uso individual inconstitucional e iniciando exploração constitucionalmente desejada.

A reforçar essa urgência na atuação estatal para alterar a destinação do imóvel, determinou-se que a ação expropriatória seria prejudicial e preferencial a outras ações sobre o imóvel, afastando-se o risco de uma paralização do processo de desapropriação que postergasse a cessação do ilícito fundiário do descumprimento da função social, criando um microssistema processual específico para ações dessa natureza.

A despeito dessa qualificação constitucional do rito da desapropriação agrária, como forma de coibir e reprimir o descumprimento da função social do imóvel rural, o Judiciário brasileiro, a partir de interpretações liberais que privilegiam o interesse individual proprietário vem esvaziando essa perspectiva valorativa deixando de conferir preferencialidade e prejudicialidade às ações expropriatórias e de imitar o expropriando na posse do imóvel no início do processo.

35 Art. 18. As ações concernentes à desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária, têm caráter preferencial e prejudicial em relação a outras ações referentes ao imóvel expropriando, e independem do pagamento de preparo ou de emolumentos.

São recorrentes ações cautelares, ordinárias e declaratórias veiculadoras de elevada e diversificada gama de argumentos aos quais são atribuídos o poder paralisante da ação de desapropriação e impeditivos da imissão provisória do Incra na posse do imóvel.

A relação de dependência é invertida, atribuindo-se preferência às ações que visam impedir a desapropriação. As questões alegadas vão desde a existência de vícios formais do processo (deficiência na notificação prévia, por exemplo), a questões como a existência de invasão do imóvel e, principalmente, a discussão referente à produtividade do imóvel expropriando.³⁶

Nesse passo, vem se consolidando uma jurisprudência subversiva à prioridade constitucionalmente estabelecida, cujas decisões apontam na direção contrária, atribuindo às ações declaratórias, ordinárias e cautelares o caráter de prejudiciais à desapropriatória, pois o simples ajuizamento dessas ações tem provocado a suspensão do processamento das ações de desapropriação e impedido a imissão provisória na posse do ente expropriante.

Os argumentos comumente lançados pelo Judiciário para decidir pela paralização do procedimento de desapropriação vão desde a necessidade de respeito ao contraditório, como se ele não tivesse sido observado no procedimento administrativo de verificação do descumprimento da função social e decretação do interesse social, ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, interpretado e aplicado de modo a conferir ao judiciário a ampla e indistinta possibilidade de controle e revisão dos atos administrativos, sempre conjugados à afirmativa da existência de risco da imissão provisória e liminar do Incra atentar contra os interesses do proprietário que perderia imediatamente a posse do imóvel que ao final da ação declaratória poderia vir a ser considerado produtivo e insuscetível de desapropriação.

[...].

3. O STJ entende que a imissão provisória na posse do imóvel será liminarmente indeferida no caso em que a produtividade do imóvel esteja sendo discutida. Ademais, nos termos do

³⁶ AGU, Publicações da Escola da. *Lei Complementar 76/93 Comentada pela PFE/INCRA*. Brasília: Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano IV, n. 20 ago./2012, p. 135.

asseverado pelo acórdão recorrido, não seria prudente, nesse momento processual, o juiz autorizar a imissão de posse da Autarquia no imóvel da autora. Na hipótese de ser confirmada a produtividade da propriedade no julgamento da ação principal, o INCRA, uma vez imitado na posse do imóvel, já com todo o processo de assentamento concretizado, poderia ter dificuldade em retirar os assentados, podendo levar até mesmo a uma situação irreversível, obrigando a agravada a se sujeitar a um eventual acordo ou levar a efeito a desapropriação de um imóvel sem respaldo para tanto.³⁷

I - A jurisprudência da Terceira Turma desta Corte está sedimentada no sentido de que é possível a suspensão de processo administrativo expropriatório, enquanto se discute a produtividade do imóvel em sede de ação autônoma, para se evitar que futura decisão favorável à pretensão do proprietário se torne inócua e ineficaz diante da imissão provisória do expropriante na posse da propriedade rural” (AG 0041005-85.2010.4.01.0000/GO, Rel. Desembargador Federal Carlos Olavo, Conv. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, Filho (conv.), Terceira Turma, e-DJF1 de 25/03/2011, pág.199 -).³⁸

Essas razões de decidir demonstram que diante da necessidade de valorar argumentos, em situações nas quais se colocam em confronto o caráter individual e absoluto da propriedade face uma concepção que lhe atribui sentido social, ou ainda, na encruzilhada entre o interesse público no cumprimento da função socioambiental e o direito individual proprietário e absoluto de usar gozar e dispor da coisa como bem entender, o judiciário tem decidido conforme a ideologia liberal que confere conteúdo e forma ao direito sobre propriedade privada da terra, prevalecendo o direito absoluto do proprietário de ter o imóvel sob seu poder até o final do processo, independentemente do interesse social declarado, sem incorporar em seus valores vetores das decisões a concepção funcional da propriedade proclama pela Constituição Federal de 1988.

37 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1185976/RJ*, Rel. Min. Mauro Campbell, DJe 31/03/2011.

38 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *AG 0020478-78.2011.4.01.0000/MG*, Rel. Des. Federal Assusete Magalhães. Rel. Conv. Juiz Federal Murilo Fernandes de Almeida. e-DJF1 de 09/12/2011. p.563.

3 CONCLUSÃO

A concepção liberal que se formou e se solidificou a partir das teorias de John Locke (1632 – 1704) em torno do direito de propriedade, inclusive sobre a terra, tornando-a uma mercadoria como outra qualquer, submetida à autoridade individual e absoluta do seu proprietário, a quem é conferida a prerrogativa de usar, não usar, gozar, dispor e mantê-la sob sua sujeição revela-se no âmbito do Poder Judiciário por decisões proferidas em ações de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária que reafirmam esse caráter da terra como propriedade privada, individualista e absoluta, mesmo que em prejuízo da realização de um interesse social ou coletivo, como o é a desapropriação por descumprimento da função social.

Essa ideologia liberal, não necessariamente intencional, que orienta as decisões judiciais é percebida, por exemplo, no entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal que determina o pagamento de juros compensatórios ao proprietário do imóvel expropriado, mesmo na situação de desapropriação de imóvel rural descumpridor da função social, portanto, quando o direito de propriedade é exercido em descompasso com a funcionalidade constitucional e, exatamente por essa razão o proprietário é sancionado e o imóvel atribuído a uma destinação socialmente mais adequada.

Mesmo nessa hipótese, decide-se que são devidos juros para compensar uma renda potencial, que na prática não era auferida, considerando que um dia eventualmente a terra poderia vir a ser explorada, ignorando seu valor enquanto bem indispensável à vida e o desenvolvimento humano.

Outra situação que evidencia esse apego judicial à doutrina liberal da propriedade privada absoluta são os valores ou pré-compreensões considerados no momento de decidir a imissão na posse, a preferencialidade e a prejudicialidade da ação de desapropriação frente a outras ações que buscam impedir a desapropriação.

Colocado frente ao confronto ante o caráter individual e absoluto da propriedade e a concepção que lhe atribui sentido social ou posto na encruzilhada entre o direito individual e absoluto de não usar e não dispor da terra e o interesse público no cumprimento de sua função socioambiental, o Judiciário tem optado pelo primeiro, ao

manter o proprietário na posse do imóvel e paralisar o processo de desapropriação, sobrevalorizando a situação de risco de prejuízo ao proprietário acaso no final da ação declaratória o imóvel venha ser considerado produtivo e insuscetível de desapropriação e subestimando a importância da funcionalidade da propriedade rural proclamada pela Constituição Federal de 1988.

Inobstante a ausência de um estudo aprofundado da jurisprudência sobre desapropriação agrária, a partir da análise desses elementos centrais do processo expropriatório – a fixação do valor da indenização e seus consectários, como por exemplo, os juros compensatórios e o deferimento da imissão liminar na posse e a atribuição de preferencialidade e prejudicialidade às ações –, constata-se que a ruptura do modelo liberal oitocentista que concebe a propriedade privada como direito individual absoluto, inaugurada na Europa pela Constituição de Weimar de 1919 e pretendida no Brasil pela Constituição Republicana de 1988, ainda não foi incorporada aos valores revelados pelo Judiciário Brasileiro, que resiste em compreender e, por consequência em decidir, segundo uma perspectiva do exercício do direito de propriedade à terra à luz de sua função socioambiental, cobrando-lhe o cumprimento de obrigações, sob pena de intervenção estatal para corrigir essa distorção de destinação.

REFERÊNCIAS

AGU, Publicações da Escola da. *Lei Complementar n. 76/93 Comentada pela PFE/INCRÁ*. Brasília: Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano IV, n. 20 ago. 2012.

BALDEZ, Miguel Lanzellotti. *Desapropriação*. In: CALDART, Roseli Salete; PEREIRA, Isabel Brasil; ALETEJANO, Paulo; FRIGOTTO, Gaudêncio (org.). *Dicionário da Educação do Campo*. Rio de Janeiro, São Paulo: Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio, Expressão Popular, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2332 MC*, Rel.: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 05/09/2001, DJ 02/04/2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 1.116.364/PI*, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 10/9/2010.

_____. *REsp 1185976/RJ*, Rel. Min. Mauro Campbell, DJe 31/03/2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *AG 0020478-78.2011.4.01.0000/MG*, Rel. Des. Federal Assusete Magalhães. Rel. Conv. Juiz Federal Murilo Fernandes de Almeida. e-DJF1 de 09/12/2011.

CORTIANO JUNIOR, Erouths. *O Discurso jurídico da Propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2001.

MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito agrário brasileiro*. 7. ed. revista e ampliada, São Paulo: Atlas, 2007.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ROSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem da desigualdade*. Cultura Brasileira. Cortesia Publicações LCC Eletrônicas. (s.n.t).

SANTOS, João Paulo de Faria. *Reforma agrária e justo preço: a indenização na desapropriação agrária sancionatória*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.

SILVA, Daniel Leite da. *Juros em desapropriação: a verdade sobre a jurisprudência do STF* (s.n.t). Disponível em: <<http://www.incra.gov.br/index.php/procuradoria/artigos-e-doutrinas/file/1103-juros-em-desapropriacao-a-verdade-sobre-a-jurisprudencia-do-stf-por-daniel-leite-silva>>. Acesso em: 28 out. 2013.

O SUBSÍDIO DEMOCRÁTICO DO ACESSO VIA INTERNET AO CONTRACHEQUE NOMINAL DO SERVIDOR PÚBLICO¹

*THE DEMOCRATIC SUBSIDY OF THE PUBLICITY OF NOMINAL
PAYCHECK FROM PUBLIC SERVANT ON THE INTERNET*

*Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz
Doutor em Direito Constitucional - Universidad de Sevilla
Professor, Pesquisador, Direito-Alfã (Faculdades Alves Faria - GO)*

*Verônica Teixeira Marques
Doutora em Ciências Sociais - UFBA
Professora PPGD /Mestrado em Direitos Humanos -UNIT-SE - PGS -FITS-AL*

*Jéffson Menezes de Sousa
Bacharelado em Direito - UNIT-SE
Bolsista do Programa de Bolsas de Iniciação Científica PROBIC/UNIT*

*Crislane Rocha de Souza Cruz
Bacharelada em Direito - UNIT-SE
Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica PIBIC/CNPq*

¹ artigo é proveniente de uma discussão no V Colóquio Interamericano de Direitos Humanos.

SUMÁRIO: Introdução; 1A leitura participativa da democracia; 2 A *accountability* societal e o controle social; 3 O fundamento normativo da publicização dos atos estatais; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: Este texto tem por objeto o exame do subsídio democrático da publicidade via internet do contracheque nominal do servidor público. O objetivo é saber se o acesso via Internet sobre estes tipos de dados, os quais tangenciam a privacidade do servidor, contribui para o controle social dos atos estatais. Empregou-se o método dedutivo, com apoio de pesquisa bibliográfica e documental, sustentado em análise científica, normativa e judicial do objeto, com ênfase nas decisões do Supremo Tribunal Federal (SS 3902 AgR-segundo, Rel.: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe-30/09/2011 e SL 623, Rel.: Min. Ayres Britto, DJe-03/08/2012). Conclui-se que o controle social está intrínseco ao regime democrático, que o objeto do dever de publicidade deve ser relevante e inteligível, constata-se que a Internet é o meio mais adequado para difusão das informações públicas, e, por fim, que no caso a negativa de prevalência do dever da publicidade afrontaria o controle social, a liberdade, o acesso e a qualidade da informação pública.

PALAVRAS-CHAVE: *Accountability*. Democracia. Informação. Internet. Privacidade.

ABSTRACT: This article deals with the examination of the democratic subsidy of the publicity of nominal paycheck from public servant on the internet. The main objective is to know if the access about those kind of data on the Internet, which affects the public servant's intimacy somehow, contributes with the social control by the State. The deductive method was used with the support on literature and documents based on the scientific, normative and legal analysis of the subject, with emphasis on the Supreme Court recent decisions. (SS 3902 AgR-second, Rel.: Min. Ayres Britto, Full Court, DJe-Sep 30 2011 e SL 623, Rel.: Min. Ayres Britto, DJe-Oct 3 2012). It was concluded that the social control is intrinsic with the democratic regime and that the main goal of the duty of publicity must be relevant and clear besides the Internet which is the main way for the diffusion of public information and not respecting that means braking the social control, the freedom, the public information access and quality.

KEYWORDS: *Accountability*. Democracy. Information. Internet. Privacy.

INTRODUÇÃO

Um regime democrático pleno requer, entre muitos fatores, o acesso à informação. O obscurantismo dos dados públicos gera apatia política nos cidadãos que, por sua vez, reverbera a alienação sobre os assuntos públicos. Diante dessa realidade, surge solução/necessidade de se vincular o direito à informação aos deveres da publicidade e da prestação de contas do Estado.

É indubitosa a importância do dever de prestação de contas, pois todo órgão público deve prestar contas sobre suas atividades de modo a provar a juridicidade e a relevância pública de seus atos. A relevância desta discussão gravita na Suspensão de Liminar 623 (SL 623, rel. Min. Ayres Britto, DJe-03/08/2012) que discute a divulgação nominal de remuneração de servidores públicos.

É certo que o dever constitucional à publicidade dos atos estatais (art. 5º, LX; art. 37; § 2º do art. 216, CF-88), inserto também no direito fundamental à informação (art. 5º, XIV, XXXIII, CF-88), assegura o conhecimento sobre a ação estatal, seja para fins particulares ou coletivos. Atrelado a esse, está o dever de prestação de contas que atualmente suscita o objeto deste escrito: examinar o subsídio democrático da publicidade via Internet dos vencimentos pagos aos servidores públicos.

Neste sentido o objetivo é saber se o acesso via Internet sobre estes tipos de dados, os quais tangenciam a privacidade do servidor, contribui para o controle social dos atos estatais. O referencial teórico do texto encontra estofado no conceito de democracia de Robert Dahl, nas perspectivas de liberdade política de Amartya Sen e na teorização sobre intimidade de Antonio Enrique Pérez Luño. Emprega-se o método dedutivo, com apoio em pesquisa bibliográfica e documental, e a sucessão das seguintes etapas: apresenta-se o caso da SL 623 e se reforça o sentido participativo da democracia; na sequência o texto discorre sobre o discurso científico que liga democracia e *accountability*; em seguida é examinado o discurso normativo impregnado na citada decisão judicial. Ao final, são ofertadas as notas conclusivas.

1 A LEITURA PARTICIPATIVA DA DEMOCRACIA

O caso da SL 623 tem sua origem na decisão do Juízo da 22ª Vara Federal/DF que deferiu a liminar para que a União se abstinhasse “de realizar novas divulgações dos rendimentos dos Servidores Públicos Federais, no âmbito dos três Poderes da República, de forma individualizada”. A União protocolou, perante o Presidente do

Tribunal Regional Federal da 1ª Região, pedido de suspensão, que restou indeferido.

O Min. Ayres Britto, a época presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e relator, deferiu o pedido de suspensão, utilizando como suporte o Segundo Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 3902 (SS 3902 AgR-segundo, rel.: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe-30/09/2011). Um dos principais fundamentos deste reside na tese de que a remuneração bruta, cargos e funções titularizados, órgãos de formal lotação dos servidores públicos são constitutivos de informação de interesse coletivo ou geral, expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Este seria, pois, “o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano”.

Questão afeta a esta problematização é saber se há subsídio democrático para referendar as convergentes decisões judiciais. É verdade que a democracia repousa sobre dois princípios fundamentais, que lhe dão essência conceitual: o da soberania popular e da participação, direta ou indireta do povo no poder². A Declaración de Santo Domingo³ assim como também a Declaración de Florida⁴ reconhecem que os países devem ser governados democraticamente, com pleno respeito aos direitos humanos e as liberdades fundamentais, ao Estado de Direito, à Separação dos Poderes, Independência do Poder Judicial e às instituições democráticas. Os governos das Américas têm a obrigação, de acordo com a Carta da OEA⁵ e a Carta Democrática Interamericana⁶, de promover e defender a democracia e defender seus povos.

Em plausível observação, Pagliarini⁷ defende que a democracia, por si só, seja incluída no rol dos direitos fundamentais. Esta relação é justificada

2 SILVA, José Afonso da. Democracia e direitos fundamentais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Org.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 307.

DIMOULIS, Dimitri. Estado nacional, democracia e direitos fundamentais: conflitos e aporias. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Org.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 30.

3 DECLARACIÓN DE SANTO DOMINGO. *Gobernabilidad y desarrollo en la sociedad del conocimiento*. AG/DEC. 46 (XXXVI-O/06). Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 6 de junio de 2006. Disponível em: <<http://www.realinstitutoelcano.org/materiales/docs/996/DECSANTODOMS04.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

4 OAS. *Declaración de Flórida*: concretização dos benefícios da democracia, 2005. Disponível em: <<http://www.oas.org/consejo/GENERAL%20ASSEMBLY/Resoluciones-Declaraciones.asp>> Acesso em: 12 jun. 2013.

5 Id., 1993, passim.

6 Id., 2001, passim.

7 PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Manifesto em favor da democracia (e dos direitos humanos) no estado nacional, na comunidade internacional e na sociedade civil. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin;

pela topografia do regime democrático como princípio sensível da República Federativa do Brasil (art. 37, VII, “a”, CF-88) e pelo fato da própria Constituição proclamar e garantir direitos fundamentais, sendo a liberdade política uma delas (art. 5º, VIII, CF-88) e esta, portanto, congênita da democracia.

Não destoa deste sentido a leitura que se faz da obra “Desenvolvimento para liberdade” de Amartya Sen. O autor estrutura sua linha de pensamento nos papéis constitutivo (substancial) e instrumental da liberdade como fomento para o desenvolvimento defendido no livro. O desenvolvimento consiste, pois, “na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente”⁸. A supressão de privações de liberdades substanciais, argumenta o autor, é constitutiva do desenvolvimento. Agregada a este papel constitutivo está a função instrumental da liberdade, que Amartya Sen categoriza em cinco: (1) liberdades políticas; (2) faculdades econômicas; (3) oportunidades sociais; (4) garantias de transparência e (5) segurança protetora; as quais se conectam umas às outras e cooperam com a ampliação da liberdade humana em geral.

Para o recorte dado neste texto, importa relatar que as liberdades políticas concebidas por Amartya Sen incluem os direitos políticos associados às democracias no sentido mais abrangente: (i) incluem direitos civis, (ii) acenam para as possibilidades de determinação de quem deve governar e com base em que princípios, (iii) mensuram a possibilidade de fiscalizar e criticar as autoridades, (iv) dialogam com a circunstância de ter liberdade de expressão política e uma imprensa sem censura, (v) deferem a liberdade de escolher entre diferentes partidos políticos etc⁹.

O raciocínio da importância instrumental da democracia para os direitos humanos e, via de consequência, para a dignidade da pessoa humana pode ser também inferido da assertiva de Häberle¹⁰, quem afirma que “No Estado Constitucional a dignidade humana é uma premissa antropológica e cultural, e a democracia pluralista, a sua consequência organizacional”. Neste texto Häberle refuta que a “funcionalidade” da democracia deva ser entendida no sentido mais estrito do “utilitarismo”, pois o que se exalta é, por um lado, “a oportunidade do processamento justo da *transformação*, orientado

SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLARINI, Alexandre Coutinho (org.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

8 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 10.

9 *Ibid.*, p. 58-59.

10 HÄBERLE, Peter. A dignidade humana e a democracia pluralista: seu nexó interno. In: SARLET, I. W. (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação*: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.27.

segundo os interesses da coletividade; por outro, *a proteção contra o abuso de poder*, adequada à dignidade humana. As duas dimensões são inseparáveis¹¹.

Esta potencialidade ambivalente de inclusão e de insurgência ante os interesses heterônimos da sociedade em que se convive é reforçada por Hans Kelsen¹², quando reflete sobre a transmutação da “liberdade da anarquia” para a “liberdade da democracia”. Aquela ligada ao instinto originário de liberdade, esta conformada ao estado de ordem social. Kelsen admite que se há de haver sociedade, se deve haver Estado, há de se ter um regulamento obrigatório das relações intersubjetivas, deve haver um poder. Observa, pois, que se devemos ser comandados, “queremos sê-lo por nós mesmos”. E por isso que a liberdade natural transforma-se em liberdade social ou política. “É politicamente livre aquele que está submetido, sim, mas à vontade própria e não alheia. Com isso apresenta-se a antítese de princípio das formas políticas e sociais¹³”.

Decerto, para que a democracia seja efetiva não se deve supervalorizar a vontade da maioria, mas também dar ênfase a autonomia individual em condições de interdependência¹⁴. Isso porque o regime democrático exige interdependência de quem governa e de quem é governado. Um dos desdobramentos desse imperativo desborda na possibilidade de controle efetivo e permanente dos governantes pelos governados pela publicidade dos atos estatais por mecanismos de acompanhamento, fiscalização e sanção. Por isso, é coerente a exaltação de que a informação é o oxigênio da democracia¹⁵.

A informação também é exaltada por Robert Dahl em seu livro *Sobre a Democracia*¹⁶. Dahl propõe um sentido de democracia real e de democracia ideal. Sobre este, parte da concepção democrática como o regime em que todos estão igualmente qualificados e que assegure a todos o direito de participar das tomadas de decisões. Para este fito, elenca como critérios a participação efetiva; a igualdade de voto; a aquisição de entendimento esclarecido; o exercício do controle definitivo do planejamento e a inclusão dos adultos. Nota-se, pois, com a ilação destes critérios, que para a

11 Ibid., p. 14.

12 KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 28-29.

13 Ibid.

14 TAVARES, André Ramos; BUCK, Pedro. Direitos fundamentais e democracia: complementaridade/contrariedade. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (org.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 173.

15 GLOBAL CAMPAIGN FOR FREE EXPRESSION. Foreword. The Public's Right to Know: principles on freedom of information legislation. London: GCFE, jun. 1999.

16 DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Brasília: UnB, 2001.

democracia a informação é alimentadora e articuladora das possibilidades de potencialidade democrática de uma sociedade política.

Ainda, Dahl argumenta que se esvaziada a informação sobre os assuntos públicos, corre-se o risco de delegação permanente a uma elite do poder de tomar decisões sobre leis e políticas. É neste contexto que defende o estímulo à autonomia individual e advoga pela plena inclusão política, pois, “todos os adultos sujeitos às leis do estado devem ser considerados suficientemente bem preparados para participar do processo democrático de governo do Estado¹⁷”. Nesta inclusão, pugna por uma educação cívica, que não deve se limitar ao regime escolar formal, “mas também a discussão pública, a deliberação, o debate, a controvérsia, a pronta disponibilidade de informação confiável e outras instituições de uma sociedade livre¹⁸”. É este o motivo pelo qual uma democracia não pode se demitir de publicizar, com a melhor e maior medida possível, toda e qualquer informação que diga respeito aos assuntos públicos.

Neste sentido, a essência do Estado Democrático de Direito se revela na conjunção simultânea dos ditames da juridicidade, legalidade, interesse público e dignidade da pessoa humana, princípios fundamentais da democracia¹⁹. É certo que não se cumprem tais exortações sem publicidade e sem transparência dos atos estatais. É indissociável, pois, tangenciar este fito com a ideia de *accountability*.

2 A ACCOUNTABILITY SOCIETAL E O CONTROLE SOCIAL

A *accountability* é um conceito sem tradução²⁰. De acordo com Scheder²¹, a compreensão sobre o que é a *accountability* pode ser discutida em duas dimensões ou conotações específicas: a do retorno ou prestação de contas das atividades governamentais para a sociedade e a das ações de

17 Ibid., p. 90-91.

18 Ibid., p. 43.

19 ALBUQUERQUE, Cristhian Carla Bueno de; OLIVEIRA, Antonio Gonçalves de. *O e-government como instrumento de accountability e disclosure para a sustentabilidade dos Regimes Próprios de Previdência Municipal*. Gestão Contemporânea, Porto Alegre, ano 9, n. 12, p. 273-292, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://seer4.fapa.com.br/index.php/arquivo/article/download/144/106>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

20 Toda discussão sobre a accountability realizada neste texto está sustentada no texto MARQUES, V. T.; OLIVEIRA, S.R.M. Instrumentos para discutir práticas sociais de direitos humanos na democracia. In: CONPEDI. (Org.). *Encontro Nacional do CONPEDI* (21.: 2012: Uberlândia, MG). Anais do [Recurso eletrônico] XXI Encontro Nacional do CONPEDI. v. 1, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 9661-9681.

21 CARNEIRO, C. B. L.. *Governança e accountability*: algumas notas introdutórias. Texto para discussão n. 13. Belo Horizonte: Fundação João Pineiro, 2004.

sanção para os sujeitos que violaram deveres públicos. Aqui também pode se encaixar o dever de publicizar para onde o dinheiro público é direcionado.

Neste sentido, pode-se identificar que uma noção de *accountability* que se caracteriza pela “capacidade de resposta” (obrigação) dos oficiais públicos em informar e explicar os seus atos – entendendo-se aqui a obrigação como ação anterior à exigência da população – aliada à “capacidade de punição”, com a definição de sanções e a perda de poder daqueles que violem deveres públicos.

Essa configuração pressupõe a existência e o controle do poder. Seguindo esse raciocínio Schedler²² identifica uma terceira dimensão da *accountability*, intimamente ligada à dimensão da prestação de contas, que é a da justificativa das ações governamentais. As dimensões da prestação de contas e a de sanção possibilitam que o governo seja transparente e permitem que ocorra o acompanhamento por parte da sociedade onde o erário é aplicado. A essa capacidade de resposta, atrelada à capacidade de punição e à prestação de contas, designa-se aqui como processo de publicização, que cria oportunidades para um maior envolvimento e consequente participação, como também estimula um possível controle do governo por parte da sociedade.

Carneiro²³ aponta neste sentido para dois outros conceitos, também sem tradução para o português, que derivam da *accountability*: o de *enforcement*, ou a capacidade de impor sanções; e o de *answerability*, que se refere à capacidade de resposta. A primeira ideia está conectada ao controle de abuso de poder, ou seja, sujeitar o poder ao exercício das sanções, enquanto a segunda engloba a relação entre a informação sobre as decisões governamentais e a necessidade dos governantes explicarem suas decisões e a própria divulgação delas, o que pode induzir a legitimidade de se publicizar os contracheques dos servidores públicos.

Para definir os alvos da *accountability*, inicialmente, é preciso entender que o seu exercício só tem sentido se está voltada ao espaço público de maneira que preserve suas dimensões de informação, justificação e sanção. E assim, outra necessidade premente se refere às distinções entre as três concepções de *accountability*.

22 Cf. CARNEIRO, 2004.

23 Ibid., passim.

A *accountability* vertical está ligada ao mecanismo do voto na garantia da representatividade, além de possibilitar a análise da capacidade de governança. A *accountability* horizontal se refere à possibilidade do controle mútuo dos poderes que se autofiscalizam e, segundo O'Donnell²⁴, está mais unida à existência de agências estatais que tem a atribuição de supervisão e imposição de sanções ou até *impeachment*. A *accountability* societal é entendida como mecanismo de controle não eleitoral que utiliza instrumentos institucionais e não institucionais e permite a avaliação de políticas, de procedimentos estatais e de governantes.

Hansen²⁵ chama atenção para o papel que as estruturas comunicativas da opinião pública têm nos processos de legitimação do poder administrativo ao lidar racionalmente com os atos do sistema político. Para a autora, é no controle do exercício do poder político que a noção de esfera pública proporciona as condições de garantia das liberdades em sociedades em que um subsistema especializado (o sistema político) produz decisões com poder obrigatório para todos.

É mais que certo, neste contexto, que a *accountability* societal facilita o envolvimento dos cidadãos na vida pública e fomenta que se envolvam melhor em mecanismos de participação da população “comprometendo a sociedade com as decisões e com as iniciativas e prioridades, viabilizando, portanto, a mobilização das energias da sociedade”²⁶.

Na medida em que os atores sociais têm acesso às informações, possuem dados adequados para atuar efetivamente nos fóruns de decisão nos quais estão inseridos, potencializando uma esfera pública discursiva, de legitimidade democrática e com participação popular. É verdade que a constituição da opinião pública e da vontade política está, irremediavelmente, ligada à presença de uma esfera pública discursiva²⁷. A esfera pública é entendida então como uma arena para a percepção, identificação e tratamento dos problemas de toda sociedade, sendo ainda o espaço para os cidadãos, de forma coletiva, se engajarem no debate

24 O'DONNELL, Guilherme. *Accountability horizontal e novas polarizações*. Lua Nova, 44, 1998. p. 40.

25 HANSEN, Messiluce da R. *Esfera pública, democracia e jornalismo: as representações sociais de cidadania em “Veja” e “Isto É”*. São Cristóvão: UFS, 2006.

26 BUARQUE, Sergio C. *Metodologia de Planejamento do Desenvolvimento Local e Municipal Sustentável*. Material para orientação técnica e treinamento de multiplicadores e técnicos em planejamento local e municipal, Projeto de Cooperação Técnica INCRA/IICA, 1999. p. 33.

27 MARQUES, V. T.; et al. *Orçamento Participativo, Sociedade Civil e Hegemonia: Dilemas da Abertura de Novos Espaços Deliberativos nas Esferas Públicas*. Anais do II Seminário de Ciência Política da UFPE, passim, 2006.

político²⁸. Mais do que isso, “[...] se constitui como o espaço da formação de uma opinião pública política, crítica e de legitimidade democrática”²⁹

De acordo com Freitas³⁰, a ideia adquirida da Antiguidade, de que a cidadania está prendida ao direito de participação política nos negócios da *polis*, conduz a elaboração dos instrumentos jurídicos pertinentes à questão da co-gestão e co-responsabilidade. Induvidosamente, proporciona, portanto, a construção de uma nova esfera pública que interfere na democracia, que propõe uma opinião pública ativa em condições de ser construída não apenas “formando opinião na esfera pública política, mas também sobre os canais de debate, sobre os poderes deliberativos (o que deliberar) e formas deliberativas (como deliberar) pertinentes a esta esfera e suas instâncias”³¹.

Com efeito, para que se materialize um regime democrático que priorize os poderes deliberativos e as formas deliberativas é imprescindível a possibilidade de controle social³², pois como já advertido no versículo 51 de *O Federalista*, “Si los hombres fuesen ángeles, el gobierno no sería necessário”³³. Oliveira³⁴ explica que “controlar é comparar o resultado das ações, com padrões previamente estabelecidos, com a finalidade de corrigi-las se necessário”. No caso deste recorte acadêmico, é necessário encontrar o fundamento normativo da publicidade dos contracheques nominais de servidores públicos, o qual está, como visto, contido na busca da garantia da *accountability societal* ou do controle não eleitoral das políticas, de procedimentos estatais e de gestão do erário público. É o que agora se passa a fazer.

28 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a. v. I. (Biblioteca tempo universitário, 101).

29 Cf. MARQUES, V. T.; et al. 2006. p. 6.

30 FREITAS, Barbara. *Cidade dos Homens*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

31 ALMEIDA, Jorge. *Convergencia tecnológica, espacio público y democracia*. Trabalho apresentado no Colóquio Bugs 2001 – Globalismo e Pluralismo. Montreal, abril, 2002. p. 13.

32 BARCELLOS, A. P. Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação. In: NOVELINO Marcelo. (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional - Teoria da Constituição*. Salvador: Podivm, 2009. p. 95.

33 HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *El federalista*. Tradução de Gustavo R. Velasco. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1994. p.220.

34 OLIVEIRA, Djalma P. R. *Sistemas, organização e métodos: uma abordagem gerencial*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 427.

3 O FUNDAMENTO NORMATIVO DA PUBLICIZAÇÃO DOS ATOS ESTATAIS

A Declaração de Atlanta³⁵ sustenta o reconhecimento do acesso à informação como detentor de *status* idêntico ao de outros direitos humanos. Farta jurisprudência acerca do tema pode ser encontrada em decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), do Conselho Europeu da União Europeia e da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos³⁶. Não destoante, a Declaração de Montevideo³⁷ reconhece o governo eletrônico³⁸ como uma ferramenta fundamental para a promoção da eficiência, transparência e participação do cidadão na atividade pública e, portanto, para fortalecer a governabilidade democrática.

Não sem razão Raffaele De Giorgi³⁹ adverte que uma característica marcante da sociedade moderna está relacionada à sua paradoxal capacidade de controlar e produzir indeterminações. E para mitigar este embate, há de ser invocado o princípio da publicidade como paradigma constitucional das atividades do Estado, previsto no inciso XXXIII do art. 5º, inciso II do § 3º do art. 37 e § 2º do art. 216, CF-88.

Atualmente o dever de publicidade da informação pública não pode se distanciar do novo meio comunicação e difusão: a Internet⁴⁰. Do voto do Min. Gilmar Mendes na SS 3902 se extrai que os novos processos tecnológicos oportunizaram um aumento gradativo e impressionante da informatização e compartilhamento de informações dos órgãos estatais, que passaram, em grande medida, a serem divulgados na Internet, não

35 INTERNATIONAL CONFERENCE ON THE RIGHT TO PUBLIC INFORMATION. *Declaração de Atlanta*, 2008. Disponível em: <http://www.cartercenter.org/resources/pdfs/peace/americas/atlanta_declaration_unofficial_portuguese.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2013.

36 GARCIA-SAYAN, D. *Jurisprudência Interamericana y Acceso a la Información*. Disponível em: <www.cartercenter.org/resources/pdfs/peace/americas/garcia_sayan_speech_sp.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2013.

37 DECLARACIÓN DE MONTEVIDEO. *El gobierno electrónico al servicio de la gobernabilidad democrática y la competitividad*. Montevideo, marzo 2009. Disponível em: <<http://redgcalc.org/download.php?len=es&id=2673&nbre=MVD.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

38 O desenvolvimento de programas de Governo Eletrônico tem como princípio a utilização das modernas tecnologias de informação e comunicação (TICs) para democratizar o acesso à informação, ampliar discussões e dinamizar a prestação de serviços públicos com foco na eficiência e efetividade das funções governamentais. Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br/o-gov.br>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

39 GIORGI, R. *Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

40 VELOSO, Elizabeth Machado. *Legislação sobre internet no brasil*. Consultoria Legislativa, Câmara dos Deputados, maio/2009. Disponível em: <http://www.e-thesis.inf.br/index.php?option=com_content&task=view&id=5487&Itemid=135>. Acesso em: 28 abr. 2013. p. 29.

só como meio de concretização das determinações constitucionais de publicidade, informação e transparência, mas também como propulsão de maior eficiência administrativa no atendimento aos cidadãos e de diminuição dos custos na prestação de serviços.

Tais excertos fáticos impulsionaram a criação de *websites* que disponibilizam informações sobre as contas públicas, em consonância com a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação, que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da CF-88; com o Decreto 7.724, de 16 de maio 2012, que a regulamenta; e com a Resolução 151/2012 do CNJ.

O cumprimento dessa legislação colabora para aumentar a eficiência do poder público⁴¹ minimizar a corrupção e elevar, em definitiva, a *accountability* societal. A publicidade dos atos estatais, decerto, fomenta a concretização da política de gestão transparente da Administração Pública, possibilitando maior eficiência e ampliação do controle social e oficial dos gastos públicos.

A transparência é louvada por Amartya Sen nas anteriormente referidas liberdades instrumentais. Seu papel se relaciona às necessidades e liberdades de lidar uns com os outros sob garantias de “dessegregado e clareza”. A transparência, portanto, composta por estes sentidos semânticos imprimem “um claro papel instrumental como inibidores da corrupção, da irresponsabilidade financeira e de transações ilícitas”⁴².

É mais que certo que os vencimentos dos servidores públicos estão incluídos nos gastos da Administração e, portanto, devem ser transparentes. Entretanto, a publicização do contracheque nominal é questionada pela hipotética afronta à vida privada/intimidade do servidor, pois uma democracia constitucional concebe não só a transparência do público, mas também a garantia do privado.

Uma definição unívoca da intimidade resulta praticamente impossível, pois não obstante as distintas denominações adaptadas aos países (*privacy, vie privée, riservatezza, intimpshäre*), a intimidade evoluiu

41 Cf. BARCELLOS, 2009.

42 SEN, op. cit., p. 60.

historicamente⁴³. O direito à intimidade seria um direito que estaria contido no “direito à vida privada”⁴⁴, sendo um consenso doutrinário a opção denominativa de “privacidade”⁴⁵. A noção de intimidade estabelecida sobre as bases técnico-jurídicas do direito ao isolamento, do *ius solitudinis*, e situada no plano da autoconsciência e da própria personalidade do indivíduo, foi progressiva e paulatinamente incrementada, dadas as suas projeções jurídicas⁴⁶. A privacidade, deste modo, vincula-se ao contexto sócio-político em que está a pessoa, e sua autonomia se define por meio de sua participação política e social que o permite deliberar, julgar, escolher e agir diante de diferentes cursos de ação possíveis⁴⁷.

A invocação da privacidade ante a *accountability* societal tende a perder força com o argumento de que não se trata de publicizar quais são os gatos que o servidor realiza com os seus vencimentos (vida privada/intimidade), mas sim os gastos que o Estado realiza com aquele determinado servidor (interesse público). A indicação nominal para onde se direciona o gasto público (que há de ser transparente) está contida no artigo 37, § 6º, CF-88, pois versa sobre tratamento de agentes públicos “nessa qualidade”. Neste embate, com razão o STF entende que a negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa seria inadmissível, porque o dever de transparência dos atos estatais deve se pautar pela maior exatidão (clareza) e esclarecimento (dessegregado) possíveis.

É forçoso convergir que a eficácia do dever de publicidade, referendado pelo STF é um dos mais altaneiros modos de concretizar a república enquanto forma de governo⁴⁸. Cabe observar que *in casu*, a *accountability* societal é a razão de relevante interesse público derivada do princípio de convivência das liberdades, e, legítima, ainda que excepcionalmente,

43 GARRIDO GÓMEZ, M^a. I. Datos personales y protección del ciudadano. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. Madrid, n. 87, Curso 1996-1997, p. 71-97, 1997.

44 ALCARAZ, H. El derecho a la intimidad en Francia en la época de la Sociedad de la Información: Quand je vous ameray? Ma foi, je ne le sais pas... peut-être jamais, peut être demain! Araucaria: *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*. n. 18, Año 9, 2007. p.06-28.

45 DONEDA, D. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, passim.

46 PÉREZ LUÑO, A-E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2005.

47 GIDDENS, A. *A transformação da intimidade: sexualidade, amor & erotismo nas sociedades modernas*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1993.

48 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *SS 3902 AgR-segundo*, Rel.: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe-30/09/2011 e BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *SL 623*, Rel.: Min. Ayres Britto, DJe-03/08/2012.

a adoção de medidas restritivas das prerrogativas individuais, pois respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição⁴⁹.

Isso porque o modelo político-jurídico que “rejeita o poder que oculta e o poder que se oculta”⁵⁰ caracteriza-se pela informação ampla, mas não ilimitada, o pluralismo de fontes de notícias, a discussão livre e crítica, a transparência nas decisões, a boa-fé e confiança das atuações, incluindo os casos instrumentais de sigilo ou de confidencialidade, para se potencializar a visibilidade, o controle e a responsabilidade⁵¹.

Foi nesta linha que na SL 623 prevaleceu o entendimento de que a negativa da publicidade acaba por impedir a concretização de importante política pública com sede constitucional, que objetiva dar efetiva publicidade aos gastos públicos no Portal da Transparência, alcançando, assim, o interesse público primário.

Ao teor do exposto, a divulgação dos vencimentos dos servidores públicos não viola a intimidade, a vida privada, a honra ou imagem da pessoa, porquanto os vencimentos pagos pelo Poder Público constituem informação de caráter estatal, decorrente da natureza pública do cargo e a respeito da qual toda a coletividade deve ter acesso em virtude do princípio constitucional da publicidade da atuação administrativa (*caput* do art. 37 da CF-88) conjugado com os objetivos da *accountability* societal e da democracia.

4 CONCLUSÕES

Diante do conflito entre o individual e o coletivo, há de prevalecer *in casu* a homenagem ao coletivo. Tal excerto pode ser extraído do texto, o qual conduziu aos seguintes resultados: (a) o controle social é inerente a um regime democrático e vital para o seu funcionamento adequado; (b) o objeto do dever de publicidade deve ser relevante e inteligível; (c) a Internet é um meio mais democratizante, porque permite o acesso de todos, indistintamente, por isso contribui para o controle social, a liberdade, o acesso e qualidade da informação pública; (d) a invocação da privacidade ante a *accountability* societal tende a perder força com o argumento de que não se trata de publicizar quais são os gatos que o servidor realiza com

49 RTJ 173/807, Rel. Min. Celso de Mello.

50 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *RHD 22, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 19-9-1991, Plenário, DJ de 1º-9-1995.*

51 FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. A. *El principio constitucional de publicidad*. Disponível em: <http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/el_principio_constitucional_de_publicidad.pdf>, Acesso em: 24 abr. 2013.

os seus vencimentos (vida privada/intimidade), mas sim os gastos que o Estado realiza com aquele determinado servidor (interesse público).

Algumas conclusões capilares podem ser condensadas: (a) a *accountability* societal é a razão de relevante interesse público derivada do princípio de convivência das liberdades, e, legítima, ainda que excepcionalmente, a adoção de medidas restritivas das prerrogativas individuais, pois respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição; (b) a divulgação dos vencimentos dos servidores públicos não viola a intimidade, a vida privada, a honra ou imagem da pessoa, porquanto os vencimentos pagos pelo Poder Público constituem informação de caráter estatal, decorrente da natureza pública do cargo e a respeito da qual toda a coletividade deve ter acesso em virtude do princípio constitucional da publicidade da atuação administrativa (*caput* do art. 37 da CF-88) conjugado com os objetivos da *accountability* societal e da democracia.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Cristhian Carla Bueno de; OLIVEIRA, Antonio Gonçalves de. O e-government como instrumento de accountability e disclosure para a sustentabilidade dos Regimes Próprios de Previdência Municipal. *Gestão Contemporânea*, Porto Alegre, ano 9, n. 12, p. 273-292, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://seer4.fapa.com.br/index.php/arquivo/article/download/144/106>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

ALCARAZ, H. El derecho a la intimidad en Francia en la época de la Sociedad de la Información: Quand je vous ameray? Ma foi, je ne le sais pas... peut-être jamais, peut être demain! *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, n. 18, Año 9, 2007.

ALMEIDA, Jorge. *Convergencia tecnológica, espacio público y democracia*. Trabalho apresentado no Colóquio Bugs 2001 – Globalismo e Pluralismo. Montreal, abril, 2002.

_____. Mídia, opinião pública ativa e esfera pública democrática. *Comunicação & Política*. Rio de Janeiro, v.6, n 1, n.s., jan./abr.1999.

BARCELLOS, A. P. Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação. In: NOVELINO Marcelo. (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional- Teoria da Constituição*. Salvador: Podivm, 2009.

BUARQUE, Sergio C. *Metodologia de Planejamento do Desenvolvimento Local e Municipal Sustentável*. Material para orientação técnica e treinamento de multiplicadores e técnicos em planejamento local e municipal, Projeto de Cooperação Técnica INCRA/IICA, 1999.

CARNEIRO, C. B. L. *Governança e accountability*: algumas notas introdutórias. Texto para discussão n. 13. Belo Horizonte: Fundação João Pineiro, 2004.

DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Brasília: UnB, 2001.

DECLARACIÓN DE MONTEVIDEO. *El gobierno electrónico al servicio de la gobernabilidad democrática y la competitividad*. Montevideo, marzo 2009. Disponível em: <<http://redgealc.org/download.php?len=es&id=2673&nbre=MVD.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

DECLARACIÓN DE SANTO DOMINGO. *Gobernabilidad y desarrollo en la sociedad del conocimiento*. AG/DEC. 46 (XXXVI-O/06). Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 6 de junio de 2006. Disponível em: <<http://www.realinstitutoelcano.org/materiales/docs/996/DECSANTODOMs04.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

DIMOULIS, Dimitri. Estado nacional, democracia e direitos fundamentais: conflitos e aporias. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Org.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DONEDA, D. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. A. *El principio constitucional de publicidad*. Disponível em: <http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/el_principio_constitucional_de_publicidad.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2013.

FREITAS, Barbara. *Cidade dos Homens*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

GARCIA-SAYAN, D. *Jurisprudencia Interamericana y Acceso a la Información*. Disponível em: <www.cartercenter.org/resources/pdfs/peace/americas/garcia_sayan_speech_sp.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2013.

GARRIDO GÓMEZ, M^a. I. Datos personales y protección del ciudadano. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. Madrid, n. 87, Curso 1996-1997.

GIDDENS, A. *A transformação da intimidade: sexualidade, amor & erotismo nas sociedades modernas*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1993.

GIORGI, R. *Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

GLOBAL CAMPAIGN FOR FREE EXPRESSION. Foreword. *The Public's Right to Know: principles on freedom of information legislation*. London: GCFE, jun. 1999.

HÄBERLE, P. A dignidade humana e a democracia pluralista: seu nexó interno. In: SARLET, I. W. (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a. v. I. (Biblioteca tempo universitário, 101).

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b. v. II. (Biblioteca tempo universitário, 102).

HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *El federalista*. Tradução Gustavo R. Velasco. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1994.

HANSEN, Messiluce da R. *Esfera pública, democracia e jornalismo: as representações sociais de cidadania em "Veja" e "Isto É"*. São Cristóvão: UFS, 2006.

INTERNATIONAL CONFERENCE ON THE RIGHT TO PUBLIC INFORMATION. *Declaração de Atlanta*. 2008. Disponível em: <http://www.cartercenter.org/resources/pdfs/peace/americas/atlanta_declaration_unofficial_portuguese.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2013.

KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARQUES, V. T.; OLIVEIRA, S.R.M. Instrumentos para discutir práticas sociais de direitos humanos na democracia. In: CONPEDI. (Org.). *Encontro Nacional do CONPEDI* (21.: 2012: Uberlândia, MG). Anais do [Recurso eletrônico] XXI Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, v. 1.

_____; et al. Orçamento Participativo, Sociedade Civil e Hegemonia: Dilemas da Abertura de Novos Espaços Deliberativos nas Esferas Públicas. *Anais do II Seminário de Ciência Política da UFPE*, 2006.

O'DONNELL, Guilherme. *Accountability horizontal e novas poliarquias*. Lua Nova, 44, 1998.

OAS. *Carta da organização dos estados americanos*. 1993. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/tratados_A41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm>. Acesso em: 12 jun. 2013.

_____. *Carta democrática interamericana*. 2001. Disponível em: <http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democratic_Charter.htm>. Acesso em: 12 jun. 2013.

_____. *Declaração da Flórida: concretização dos benefícios da democracia*, 2005. Disponível em: <<http://www.oas.org/consejo/GENERAL%20ASSEMBLY/Resoluciones-Declaraciones.asp>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

OLIVEIRA, Djalma P. R. *Sistemas, organização e métodos: uma abordagem gerencial*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PAGLARINI, Alexandre Coutinho. Manifesto em favor da democracia (e dos direitos humanos) no estado nacional, na comunidade internacional e na sociedade civil. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Org.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PÉREZ LUÑO, A-E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2005.

SCHEDLER, A. "Conceptualizing accountability". In: SCHEDLER, A.; DIAMOND, L.; PLATTNER, M. F. (Ed.) *The self-restraining state: power and accountability in new democracies*. London: Lynne Rienner, 1999.

SILVA, José Afonso da. Democracia e direitos fundamentais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Org.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

TAVARES, André Ramos; BUCK, Pedro. Direitos fundamentais e democracia: complementaridade/contrariedade. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Org.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VELOSO, Elizabeth Machado. *Legislação sobre internet no brasil*. Consultoria Legislativa, Câmara dos Deputados, maio/2009. Disponível em: <http://www.e-thesis.inf.br/index.php?option=com_content&task=view&id=5487&Itemid=135>. Acesso em: 28 abr. 2013.

O DIREITO DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO VIRTUAIS

THE CONSUMER RIGHTS IN VIRTUAL CONSUMER RELATIONS

Michael César Silva¹

Wellington Fonseca Dos Santos²

SUMÁRIO: Introdução; 1 A proteção do consumidor; 1.1 Escorço histórico; 1.2 Do consumerismo; 1.3 A relação jurídica de consumo; 1.4 Princípios do direito do consumidor; 1.4.1 Princípio da boa-fé objetiva; 1.4.2 Princípio da informação; 1.4.3 Princípio da transparência; 1.4.4 Princípio da confiança; 2 As lojas virtuais; 3 Responsabilidade civil do fornecedor no comércio eletrônico; 4 Direito de arrependimento; 5 Conclusão; Referências.

1 Doutor e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito de Empresa pela PUC Minas. Professor da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Professor da Escola Superior Dom Helder Câmara. Advogado. E-mail: michael@adv.oabmg.org.br

2 Especialista em Direito Civil pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. E-mail: wellington.fonseca@pbh.gov.br

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações de consumo viabilizadas pelo comércio eletrônico, em específico o comércio varejista das lojas virtuais. A expansão da internet na rede mundial e a popularização de sua utilização pela sociedade de consumo como meio célere, facilitador de busca aos mais diversos produtos e serviços para atender aos seus anseios e necessidades em uma economia globalizada, rompeu fronteiras geográficas e presenciais para se contratar. Obviamente, o Direito, como ciência que perscruta o mover social, não deixaria de abarcar em sua ampla seara protetiva o consumidor nessas relações comerciais – essencialmente do seu direito de se arrepender do negócio jurídico realizado, dentro dos parâmetros definidos em lei.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Consumidor. Internet. Comércio Eletrônico. Lojas Virtuais. Boa-Fé Objetiva.

ABSTRACT: This article is intended to analyze the applicability of the code of consumer to consumer relations made possible by electronic commerce, in particular the retail trade of virtual stores. The expansion of the internet in the worldwide network and the popularization of its use by the consumer society as a means to quickly search facilitator, to the most diverse products and services to meet their wishes and needs in a global economy, broke and in-person to geographical borders to hire. Obviously, the right, as science that examines the social move, would encompass in its wide protective consumers in these relations harvest commercial – essentially the right to repent of legal business, conducted within the parameters defined in law.

KEYWORDS: Law of the Consumer. Internet. Ecommerce. virtual Stores. Objective Good Faith.

INTRODUÇÃO

Em duas décadas de vigência do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), este se mantém eficaz e plenamente aplicável, como procura demonstrar esta análise, em direção a uma nova fronteira, qual seja o mundo cibernético, para onde se deslocaram os mesmos negócios jurídicos já conhecidos e regulamentados desde outrora na realidade física.

No entanto, há peculiaridades na relação de consumo virtual, que exigem uma adequação das normas consumeristas, considerando-se a complexidade técnica, tecnológica e jurídica, em que se efetiva esta relação jurídica, garantindo-se, assim a efetiva aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, bem como, a plena proteção ao consumidor no ambiente virtual.

Os problemas e dificuldades no ambiente virtual ensejadores das controvérsias e questionamentos estabelecidas a respeito da relação de consumo virtual, encontram-se relacionados ao meio e aos mecanismos, pelos quais, a relação jurídica se efetiva – Internet, softwares, equipamentos eletrônicos e informáticos – os quais evoluíram tecnologicamente em espantosa velocidade nessas duas últimas décadas. Contudo, tal avanço não refletiu em efetiva regulamentação legal da matéria, e, sobretudo, no desenvolvimento jurisprudencial.

O estudo propõe proceder a uma releitura das relações virtuais de consumo, a partir dos princípios norteadores do Direito do Consumidor, os quais se amoldam a essa nova realidade mercadológica-tecnológica. De igual modo, tem-se como relevante analisar ainda as repercussões do direito de arrependimento (artigo 49 CDC) sobre as relações de consumo virtuais, o papel das sociedades empresárias virtuais, alocadas fisicamente no espaço cibernético – estabelecimentos virtuais ou lojas virtuais – e por fim o impacto da publicidade realizada pelos fornecedores no ambiente virtual. Pretende-se, ainda, delinear breve histórico sobre a proteção do consumidor, determinar o âmbito das relações de consumo, e os parâmetros norteadores impostos pela principiologia contratual contemporânea.

No referido contexto, destaca-se a aprovação do *Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013*, que regulamenta o comércio eletrônico no âmbito das relações de consumo, dispondo acerca três aspectos basilares, quais sejam: a observância a informação qualificada ao consumidor sobre produtos e serviços disponibilizados pelos fornecedores no mercado de consumo, o atendimento facilitado ao consumidor e o respeito ao direito de arrependimento.

Por fim, o princípio da informação, transparência e confiança, em consonância com os preceitos norteadores da boa-fé objetiva, apresentam-se como fundamentais, no intuito de garantir contratações no ambiente virtual, que assegurem a justiça contratual através da consagração da igualdade material entre os contratantes.

1 A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

1.1 ESCORÇO HISTÓRICO

O movimento de proteção ao consumidor inicia-se na Europa com o advento da Revolução Industrial no século XVIII e com o aperfeiçoamento do Liberalismo Econômico do século XIX, que veio a consagrar o dogma da autonomia da vontade, através da liberdade de contratação e igualdade (formal) jurídica dos contratantes.³

Com as transformações sociais advindas no final do século XIX, e com a crescente massificação dos meios de produção, dá-se o surgimento da denominada sociedade de consumo (*mass consumption society*), na qual a produção manual dos bens (produtos) passa a ser exceção, pela introdução da mecanização, produção em série etc.

Essa evolução do processo produtivo gerou um aumento progressivo dos riscos gerados aos consumidores, por meio de falhas resultantes desse processo. Nesse contexto, verifica-se o domínio do crédito, marketing, da publicidade ilícita (abusiva e enganosa), práticas abusivas, cláusulas contratuais abusivas, falta de informação adequada, surgimento dos contratos de adesão, os quais diminuía ou impossibilitavam o exercício da liberdade contratual, bem como impunham dificuldades de acesso à justiça.⁴

Portanto, o fenômeno do consumerismo e o advento da sociedade de consumo, encontram-se, diretamente relacionados com a proteção do consumidor, que exsurge para coibir os abusos impostos pelos grandes conglomerados econômicos aos contratantes. Havia, também, a insuficiência dos esquemas tradicionais do direito substancial e

3 NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 1; CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português*. v. 1, parte geral, tomo 1: introdução doutrina geral negócio jurídico. 3. ed. aumentada e inteiramente revista Coimbra: Almedina, 2005. p.653.

4 GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p.6-7; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 24-25.

processual, que já não mais tutelavam eficazmente novos interesses identificados como coletivos e difusos.

Deste modo, o contexto histórico-social, diante dos avanços tecnológicos dos meios de produção e da posição de inferioridade dos contratantes, passou a demandar por uma legislação moderna, que resguardasse não apenas direitos, mas também, que punisse com rigor o desrespeito aos direitos estabelecidos em favor dos contratantes.

É nesse cenário que se desenvolve efetivamente a idéia de proteção ao consumidor, parte presumivelmente vulnerável, em posição de patente inferioridade em face aos conglomerados econômicos, através do reconhecimento desta proteção na esfera dos poderes Legislativo, Executivo e do Judiciário.⁵

Entretanto, é recente a inserção da proteção do consumidor em texto constitucional, o que ocorreu, somente, com a promulgação da Constituição Espanhola de 1978. No Brasil, com o advento da Constituição da República de 1988, a proteção ao consumidor foi expressamente delineada no ordenamento jurídico brasileiro, seguindo a tendência mundial. A Constituição da República de 1988 adotou a sistemática da proteção ao consumidor, de *forma ampla*, conforme previsto nos artigos 5º, XXXII, 170, V, CR/88 e no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), consagrando-a, como direito fundamental.⁶

Tal perspectiva consolida-se com o advento do Código de Defesa do Consumidor, que positivou a proteção ao consumidor de *forma específica*, assegurando direitos individuais e coletivos, através da introdução de princípios contratuais, norteados pela sistemática dos preceitos constitucionais e pela concepção social de contrato esculpida na nova teoria contratual, os quais passaram a direcionar a interpretação da relação contratual de consumo. O Código de Defesa do Consumidor é uma lei que consagra princípios fundamentais da República, o mínimo essencial para proteção do consumidor e a sobreposição deste em relação aos demais ramos do direito, nos quais se evidencie relações de consumo.

Este foi erigido sob a égide de um sistema de proteção específica destinado ao consumidor, fundado na técnica legislativa das *cláusulas*

5 NISHIYAMA, op. cit., p.22.

6 NISHIYAMA, op. cit., p.15-16;26-27; GRINOVER, et al., op. cit., p.8.

gerais (de normas flexíveis, de caráter exemplificativo) visando à constante evolução da legislação consumerista, diante das demandas da sociedade, no sentido de viabilizar a proteção efetiva do consumidor.

Insta destacar, que no âmbito das relações de consumo, exsurge como pressuposto fundamental de reconhecimento da tutela do consumidor, o princípio da *vulnerabilidade* do consumidor esculpido no artigo 4º, I do Código de Defesa do Consumidor, o qual norteia toda a legislação consumerista. O princípio em comento é reconhecido como o traço marcante, distintivo do Código de Defesa do Consumidor, estando relacionado, intimamente, com os princípios da transparência (artigo 4º, *caput* CDC) e da boa-fé objetiva (artigo 4º, III e 51, IV CDC), no intuito de garantir o reequilíbrio e a justiça contratual nas relações contratuais de consumo.⁷

Por fim, o Código de Defesa do Consumidor destaca-se como fonte de indiscutível força renovadora da teoria dos contratos, pois é reflexo de uma concepção social do contrato, onde a vontade das partes não é mais a única fonte das obrigações, mas, sobretudo os princípios constitucionais, que migram para o direito privado, e consagram uma nova perspectiva interpretativa do direito contratual, na contemporaneidade.

1.2 DO CONSUMERISMO

Os mais significativos e importantes movimentos sociais que impulsionaram o consumerismo surgiram a partir dos anos 60, quando se sobressaíram as associações de consumidores nos Estados Unidos, questionando as práticas abusivas realizadas pelos fornecedores, culminando com a consagração de direitos fundamentais do consumidor.⁸

A consagração dos direitos fundamentais do consumidor no discurso do presidente norte-americano, John. F. Kennedy, em 1962, apresentou-se como um marco do consumerismo no mundo.⁹

A defesa do consumidor ganhou, então, amplitude mundial lançando-se as bases do movimento consumerista internacional

7 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.318-320; 355.

8 GIANCOLI, Bruno Pandori; ARAUJO JÚNIOR, Marco Antônio. *Direito do consumidor: difusos e coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 18.

9 BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 26.

culminando com a declaração do dia 15 de março de 1962 como sendo dia mundial dos direitos do consumidor.

Segundo José Geraldo Brito Filomeno trata-se de um ramo do Direito que dispõe de princípios próprios e normas específicas (v.g., responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, inversão do ônus da prova, declaração de nulidade de cláusulas abusivas, tutela coletiva dos consumidores, etc.), que visam a efetiva proteção e defesa dos interesses e direitos dos consumidores, sem, contudo, prescindir de outros princípios e normas de direito, quando necessários, àquela proteção e defesa do consumidor.¹⁰

No Brasil, o movimento consumerista, iniciou-se timidamente nos anos 70, com a criação das primeiras associações civis e entidades governamentais; em 1974 foi criado o Conselho de Defesa do Consumidor no Rio de Janeiro; em 1976 – Associação de Defesa e Orientação do Consumidor em Curitiba; no ano de 1976 – Associação de Proteção ao Consumidor em Porto Alegre; e, também em 1976, foi promulgado o Decreto 7.890 do Governo de São Paulo, que criou o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor e em sua estrutura dois órgãos centrais: Conselho Estadual de Proteção ao Consumidor e o Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor, depois denominado PROCON.¹¹

Com o advento da Constituição da República de 1988, consagrou-se no Brasil a proteção jurídica do consumidor, como direito e garantia fundamental, no artigo 5º, XXXII. Ademais, a Constituição erigiu ainda a defesa do consumidor como princípio a ser observado pela Ordem Econômica conforme preconizado no artigo 170, V, CR/88 (BRASIL, 1988). Nesse contexto, o Código de Defesa do Consumidor, surgiu, então, a partir deste comando constitucional, com base no artigo 48 do ADCT (BRASIL, 1988).

Leonardo de Medeiros Garcia preleciona que:

Trata-se de um verdadeiro *microsistema jurídico*, em que o objetivo não é tutelar os iguais, cuja proteção já é encontrada no Direito Civil, mas justamente tutelar os desiguais, tratando de maneira diferente fornecedor e consumidor com o fito de alcançar a igualdade. (GARCIA, 2008, p.7, grifo do autor).¹²

10 FILOMENO, José Geraldo Brito. *Curso fundamental de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2007. p.4.

11 GIANCOLI; ARAUJO JÚNIOR, op. cit., p.19.

12 José Geraldo Brito Filomeno explica que “nós diríamos que o Código de Defesa do Consumidor, muito mais do que um conjunto de normas inovadoras, em diversos aspectos do direito, é muito mais uma filosofia de

No comércio eletrônico, essencialmente, a contratação que se identifica como relação jurídica de consumo, independentemente, de não existir ainda, no caso do Brasil, uma tutela normativa específica, tem-se como perfeitamente aplicável o Código de Defesa do Consumidor, conforme previsão legal esculpida em seu artigo 1º CDC.¹³

Ada Pellegrini Grinover *et al* destacam que no artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor, ao se referir às normas de *ordem pública e interesse social*, equivale a dizer que tais normas são *inderrogáveis* por vontade dos interessados em determinada relação de consumo, ou seja, são normas que não podem ser descartadas, ou de uso facultativo pelos sujeitos da relação de consumo (consumidores e fornecedores).¹⁴

[...] tenha-se em conta que o Código ora comentado visa a resgatar a imensa coletividade de consumidores da marginalização não apenas em face do poder econômico, como também dotá-la de instrumentos adequados para o acesso à justiça do ponto de vista individual e, sobretudo, coletivo. Assim, embora destinatária final de tudo que é produzido em termos de bens e serviços, a comunidade de consumidores é sabidamente frágil em face da outra personagem das relações de consumo, donde pretende o Código de Consumidor estabelecer o necessário equilíbrio de forças.¹⁵

Torna-se evidente que a inderrogabilidade trata-se da impossibilidade de qualquer afastamento da incidência do Código de Defesa do Consumidor a toda e qualquer relação de consumo estabelecida, por ser lei de função social. Deste modo, “as normas de ordem pública estabelecem valores básicos e fundamentais de nossa ordem jurídica, são normas de direito privado, mas de forte interesse público, daí serem indisponíveis e inafastáveis através de contratos.”¹⁶ Portanto, no contrato

ação, eis que traça uma política ou um conjunto de diretrizes que devem ser seguidas para que o consumidor seja efetivamente protegido e defendido. Com efeito, o seu art. 4º constitui-se numa verdadeira alma, no sentido de que se visa a atender não apenas às necessidades dos consumidores e respeito à sua dignidade – de sua saúde e segurança, proteção de seus interesses econômicos, melhoria de sua qualidade de vida –, como também à imprescindível harmonia das relações de consumo.” (FILOMENO, José Geraldo Brito. *Curso fundamental de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 15, grifo do autor).

13 Art. 1º CDC: O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

14 GRINOVER, et al., op. cit., p.24.

15 Ibidem, p.27.

16 BENJAMIN; MARQUES; BESSA, op. cit., p.55.

eletrônico a relação de consumo estabelecida não pode afastar as normas protetivas do direito do consumidor (Código de Defesa do Consumidor e as demais leis que compõem o sistema de proteção ao consumidor).

1.3 A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

A relação jurídica de consumo é estabelecida pela composição de fornecedor e consumidor em lados opostos, e tendo como objeto produto ou serviço, conforme se depreende da análise dos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor.

O conceito de fornecedor encontra-se estabelecido no artigo 3º do CDC.¹⁷ Não obstante, outros termos utilizados para denominá-lo, como industrial, comerciante, banqueiro, segurador, importador, ou genericamente como empresário. Ada Pellegrini Grinover e outros explicam que “são considerados todos quantos propiciem a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, de maneira a atender às necessidades dos consumidores, sendo despidendo indagar-se a que título.”¹⁸

O conceito padrão de consumidor (consumidor *strictu sensu*) encontra-se esculpido no artigo 2º, *caput* do CDC.¹⁹ Contudo, em face da dificuldade de se precisar o conteúdo e alcance da expressão *destinatário final*, esculpida no artigo 2º CDC, desenvolveu relevante divergência doutrinária e jurisprudencial, acerca da definição jurídica de consumidor.

Para os finalistas, a interpretação do conceito de consumidor deveria ser mais restritiva, visando a não banalizar o Código de Defesa do Consumidor, com base num critério fático-econômico, pautado na figura do destinatário final. Para tanto, entendem que seria necessário *não tirar proveito econômico* do produto/serviço, fundando sua teoria na distinção se o bem ou serviço adquirido é para *uso pessoal ou familiar* ou *profissional*. Para os maximalistas, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor deveria ser a mais ampla possível, incluindo-se pessoas jurídicas e profissionais liberais, com fundamento num *conceito jurídico de*

17 Art.3º: Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

18 GRINOVER, et al., op. cit., p.47.

19 Art.2º: Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

consumidor, de índole objetiva, pautado no mero ato de consumir, e sendo a figura do destinatário final interpretada como o *destinatário fático* do produto ou serviço.²⁰

Num processo de evolutivo da controvérsia instaurada no âmbito jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça passou a mitigar a aplicação da teoria finalista – desenvolvendo a nominada *teoria finalista mitigada ou finalismo aprofundado* – no sentido de aceitar que o profissional ou a pessoa jurídica, seja considerado consumidor, desde que, demonstrado sua *vulnerabilidade e produto ou serviço adquirido fora de sua área de especialidade* (não implicando na revenda ou comercialização dos mesmos).²¹

No que tange à vulnerabilidade do consumidor, importa destacar que a mesma é reconhecida como princípio disposto no artigo 4º, *caput*, I, do CDC.²²

Segundo Leonardo de Medeiros Garcia, a vulnerabilidade do consumidor será constatada a partir da análise do desequilíbrio técnico, jurídico e fático existente entre as partes, como sustenta:

[...] a vulnerabilidade *técnica* seria aquela na qual o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o produto ou o serviço, podendo, portanto, ser mais facilmente iludido no momento da contratação. A vulnerabilidade *jurídica* seria a própria falta de conhecimentos jurídicos, ou de outros pertinentes à relação, como contabilidade, matemática financeira e economia. Já a vulnerabilidade *fática* é a vulnerabilidade real diante do parceiro contratual, seja em decorrência do grande poderio econômico deste último, seja pela sua posição de monopólio, ou em razão da essencialidade do serviço que presta, impondo, numa relação contratual, uma posição de superioridade.²³

20 BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p.88-94; BENJAMIN; MARQUES; BESSA, op. cit., p.70-72; MARQUES, op. cit., p. 303-305; 346-347.

21 MARQUES, op. cit., p.305-306; 338-339;346-347; BRAGA NETTO,op. cit., p. 90-93; BENJAMIN; MARQUES; BESSA, op. cit., p.72-73.

22 Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

23 GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: Código comentado e jurisprudência*. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008. p.17, grifo nosso.

Claudia Lima Marques destaca, ainda, a presença da vulnerabilidade *informacional*, como sendo a vulnerabilidade básica do consumidor, por ser característica intrínseca da sociedade contemporânea, posto que “o consumidor/usuário experimenta neste mundo livre, veloz e global (relembre-se aqui o consumo pela internet, pela televisão, pelo celular, pelos novos tipos de computadores, cartões e chips), uma nova vulnerabilidade.”²⁴

O poder da informação sobre os produtos e serviços concentra-se nas mãos do fornecedor e, por conseguinte, é fator de desequilíbrio na relação estabelecida com o consumidor que busca por esses serviços e produtos, ainda mais ao adquiri-los fora do estabelecimento comercial, via Internet, em que a vulnerabilidade tende a se agravar, uma vez que, se de um lado há ampliação da oferta e da informação, por outro as características de distanciamento econômico e de conhecimento, presentes no mundo real, são acompanhadas das tecnológicas.²⁵

Em resumo, a vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo virtual, alcança a vulnerabilidade *jurídica*, a *fática*, e prospera muito mais na *informacional* e na *técnica*. Pode-se até dividir esta última quanto ao desconhecimento das características técnicas do produto ou serviço, lembrando-se que no comércio eletrônico o consumidor não tem acesso direto ao produto, nem se faz presente no estabelecimento comercial; e técnica, no sentido de desconhecimento, falta de domínio sobre as próprias ferramentas que manuseia ou que tem acesso, como exemplo: o computador e seus periféricos (scanner, impressora, mouse, teclado, *webcam*, rede *wireless*, modem, etc.) e os *softwares* instalados ou a instalar (*browser – Internet Explorer, Firefox, Mozilla*; gerenciadores de *downloads*; gerenciadores de *e-mail*, antivírus, etc.).

Ademais, o consumidor está sujeito a outros elementos do ambiente virtual, e que podem de alguma forma afetar o processo de contratação via Internet. Por exemplo, pela ação de maliciosos programas de computador disseminados na Internet: vírus, *spywares*, *backdoors*, *keyloggers*, *worms*²⁶,

24 BENJAMIN; MARQUES; BESSA, op. cit., p.77.

25 LIMA, Eduardo Weiss Martins de. *Proteção do consumidor brasileiro no comércio eletrônico internacional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 44.

26 Spyware consiste num programa automático de computador, que recolhe informações sobre o usuário, sobre os seus costumes na Internet e transmite essa informação a uma entidade externa na Internet, sem o seu conhecimento nem o seu consentimento. Backdoor (também conhecido por Porta dos fundos) é uma falha de segurança que pode existir em um *programa de computador* ou *sistema operacional*, que pode permitir a invasão do sistema por um *cracker* para que ele possa obter um total controle da máquina. Muitos crackers utilizam-se de um Backdoor para instalar *vírus de computador* ou outros programas maliciosos, conhecidos

dentre outros; desenvolvidos por agentes *experts* da informática: *hackers* e *crackers*.²⁷

Neste contexto tecnológico, Claudia Lima Marques traz novas concepções a respeito dos protagonistas da relação de consumo:

O sujeito *fornecedor* agora é um ofertante profissional automatizado e globalizado, presente em uma cadeia sem fim de intermediários (portal, *website*, *link*, *provider*, empresas de cartão de crédito, etc.), um fornecedor sem sede e sem tempo (a oferta é permanente, no espaço privado e no público), um fornecedor que fala todas as línguas ou usa a *língua franca*, o inglês, e utiliza-se da linguagem virtual (imagens, sons, textos em janelas, textos interativos, ícones, etc.) para marketing, negociação e contratação.

O sujeito *consumidor* é agora um destinatário final contratante (art. 2º do CDC), um sujeito “mudo” na frente de um *écran*, em qualquer tempo, em qualquer língua, com qualquer idade, identificado por uma senha (PIN), uma assinatura eletrônica (chaves-públicas e privadas), por um número de cartão de crédito ou por impressões biométricas, é uma coletividade de pessoas, que intervém na relação de consumo (por exemplo, recebendo o *compact disc* (CD) de presente, comprado por meio eletrônico, ou o grupo de crianças que está vendo o filme baixado por Internet, *ex vi* parágrafo único do art. 2º do CDC) ou a coletividade afetada por um *spam* ou *marketing agressivo* (art. 29 do CDC) ou todas as vítimas de um fato do serviço do provedor de conteúdo, que enviou um vírus “destruidor” por sua comunicação semanal, ou todas as pessoas cujos números da conta corrente ou do cartão de crédito e senha foram descobertos pelo *hacker* ou *cracker*

como *malware*. Keylogger (que significa registrador do teclado em *inglês*) é um *programa de computador* do tipo *spyware* cuja finalidade é coletar informações de usuários, como nomes de usuário e senhas de contas de e-mail, sites de relacionamento, mensageiros instantâneos e qualquer outro serviço que precise de senha para se conectar, inclusive dados de acesso à contas bancárias, números de cartão de crédito e afins. Worm (verme, em português), em *computação*, é um programa *auto-replicante*, semelhante a um *vírus*. Enquanto um vírus infecta um programa e necessita deste programa hospedeiro para se propagar, o Worm é um programa completo e não precisa de outro para se propagar. Um worm pode ser projetado para tomar ações maliciosas após infestar um sistema, além de se auto-replicar, pode deletar arquivos em um sistema ou enviar documentos por email.

27 Hackers (singular: hacker) são indivíduos que elaboram e modificam *software* e *hardware* de computadores, seja desenvolvendo funcionalidades novas, seja adaptando as antigas. A verdadeira expressão para invasores de computadores é denominada *Cracker* e o termo designa programadores maliciosos e ciberpíratas que agem com o intuito de violar ilegal ou imoralmente sistemas cibernéticos.

que atacou o computador principal do serviço financeiro, ou do fornecedor de livros eletrônicos (e-books) – art. 17 do CDC.²⁸

Ademais, o elemento objetivo da relação de consumo, composto pelos produtos e serviços, postos à disposição do consumidor no mercado consumidor é previsto no artigo 3º, parágrafos 1º e 2º do CDC, *in verbis*:

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Pode-se concluir assim que há uma ampla abrangência da lei no que se refere ao que sejam produtos e serviços no âmbito das relações de consumo, principalmente, no âmbito das relações virtuais de consumo.

1.4 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Toda a legislação consumerista, e em especial, o Código de Defesa do Consumidor, erigiu amplo rol de institutos do Direito e seus princípios e garantias para a proteção do consumidor e da relação de consumo harmonizada. Todavia, no contexto da relação de consumo estabelecida via Internet, ater-se-á especificamente no estudo daqueles dispositivos, princípios e direitos do consumidor que lhe são correlatos.

1.4.1 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

O princípio da boa-fé objetiva apresenta-se na contemporaneidade como um dos mais importantes princípios do direito privado. Possui grande relevância no direito contratual, dado sua inserção através da positivação expressa tanto no Código de Defesa do Consumidor (artigo 4º, III e 51, IV CDC) quanto no Código Civil de 2002 (artigos 113, 187 e 422).

O princípio da boa-fé objetiva constitui-se regra de conduta, de comportamento ético, social imposta às partes, pautada nos ideais de honestidade, retidão e lealdade, no intuito de não frustrar a legítima

28 MARQUES, op.cit.,61-63, grifo do autor.

confiança, expectativa da outra parte, tendo ainda, a finalidade de estabelecer o equilíbrio nas relações jurídicas.^{29 30}

Bruno Pandori Giancoli e Marco Antônio Araújo Júnior³¹ explicam que a objetividade da boa-fé é a forma de se indicar o comportamento adequado aos padrões de ética, lealdade, honestidade e colaboração, exigíveis nas relações de consumo, desvinculando-se, assim, das intenções íntimas do sujeito, ou seja, do caráter subjetivo da conduta.

Destarte, fundamenta-se na necessidade das partes atuarem reciprocamente com cooperação, lealdade, honestidade e confiança³², no intuito de concretizar a diretriz da eticidade preconizada no Código Civil.

O princípio da boa-fé objetiva possui caráter tridimensional, que se exterioriza através de três funções elencadas no Código Civil de 2002, quais sejam: a *interpretativa* (artigo 113), na qual a boa-fé atua como referencial hermenêutico das relações jurídicas contratuais, a *de controle* (artigo 187), na qual visa a limitar o exercício abusivo do direito subjetivo e a *integrativa* (artigo 422), na qual a boa-fé objetiva, destaca-se como fonte criadora de novos deveres especiais de conduta a serem observados pelas partes durante todo o vínculo obrigacional, e, que, passam obrigatoriamente a integrar qualquer relação obrigacional, como obrigação secundária, visando a garantir seu adimplemento.³³

29 ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p.80.

30 Segundo Leonardo de Medeiros Garcia, traduz-se em “um conjunto de padrões éticos de comportamento, aferíveis objetivamente, que devem ser seguidos pelas partes contratantes em todas as fases da existência da relação contratual, desde a sua criação, durante o período de cumprimento e, até mesmo, após a sua extinção.” (GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor*: Código comentado e jurisprudência. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008. p.41).

31 GIANCOLI, Bruno Pandori; ARAUJO JÚNIOR, Marco Antônio. *Direito do consumidor*: difusos e coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

32 FIUZA, César. *Direito Civil*: curso completo. 9. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.410-411; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do Direito Civil no Século XXI. In: FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito Civil*: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.112-113.

33 NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p.157; BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 56; MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos táxis: A boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 634; LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005. p.76.

O princípio da boa-fé objetiva criou os chamados deveres anexos de conduta (laterais, instrumentais, etc.), os quais se introjetam em toda relação jurídica obrigacional, no intuito de instrumentalizar o correto cumprimento da obrigação principal e a satisfação dos interesses envolvidos no contrato.³⁴ Assim, para além do dever da prestação [obrigação principal] surgem também outros deveres de conduta durante a relação jurídica [obrigação secundária]³⁵, os quais devem ser observados pelos contratantes, sob pena de ofensa a boa-fé objetiva.

Nesse sentido, a boa-fé objetiva integra o negócio jurídico, por meio dos chamados deveres anexos (de proteção, cooperação, informação, etc.), os quais visam a consagrar sua finalidade precípua, o adimplemento do contrato, devendo ser observados desde a fase pré-contratual à fase pós-contratual.³⁶

Dentre os deveres anexos de conduta da boa-fé objetiva, o dever de informação (ou de informar) destaca-se como o mais importante do referidos deveres, pois, a informação é fundamental para que os contratantes possam ser alertados sobre fatos de que não poderiam perceber por sua própria diligência ordinária.³⁷

Devido à importância concretizada pelos deveres anexos de conduta nas relações jurídicas obrigacionais, firmou-se entendimento no sentido de que, quando se descumpre os deveres anexos de conduta, tem-se a chamada *violação positiva do contrato ou adimplemento ruim*³⁸, pois, a obrigação principal é cumprida, porém, ocorre o descumprimento dos deveres anexos (obrigação secundária).

Deste modo, a boa-fé objetiva destaca-se como elemento transformador de todo o direito obrigacional, irradiando-se para os

34 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.153-154.

35 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.104-105.

36 MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 316; NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. v. 1, fundamentos do direito das obrigações, introdução à responsabilidade civil. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007. p.80.

37 ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p.109.

38 GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*. 9. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2013. p.66.

demais ramos do direito, e em especial, para o contratual.³⁹ Trata-se de princípio a ser concretizado pelo intérprete de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

1.4.2 PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO

O princípio da informação impõe as partes o dever jurídico de reciprocamente apresentarem todas as circunstâncias relevantes sobre o contrato, desde a fase pré-contratual até a fase pós-contratual, para que os contratantes possam, livremente, exercer sua autonomia privada em consonância com os preceitos estabelecidos pela boa-fé objetiva.

Hoje o contrato é informação, daí a importância de sua interpretação sempre a favor do contratante mais fraco e das expectativas legítimas nele criadas por aquele tipo de contrato. Neste momento, o elaborador do contrato e aquele que o utiliza no mercado de consumo [...] devem ter em conta o seu dever próprio de informar, que inclui o dever de redação clara e com destaque, além do dever de considerar a condição leiga do outro, evitando dubiedades na redação contratual.⁴⁰

Isso porque, a informação é fundamental para que os contratantes possam ser alertados sobre fatos de que não poderiam perceber por sua própria diligência ordinária.⁴¹

No âmbito das relações de consumo, o *direito à informação*, esculpido no artigo 6º, III CDC, em consonância com o princípio da informação, expresso no artigo 4º, IV CDC, estabelece a obrigatoriedade da informação, dentre os direitos básicos do consumidor, o qual constitui *dever fundamental do fornecedor em prestar informações* claras e adequadas ao consumidor, relacionadas aos produtos/serviços fornecidos.^{42 43}

39 MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos táxis: A boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.611.

40 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.229.

41 ROSENVALD, op. cit., p.109.

42 FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.157.

43 Flávio Tartuce assevera que "a informação, nesse âmbito da ciência jurídica, tem dupla face: o dever de informar e o direito de ser informado, sendo o primeiro relacionado com quem oferece o seu produto ou serviço ao mercado; e o segundo, com o consumidor vulnerável." (TARTUCE, Flávio. *Função Social dos Contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. 2.ed. São Paulo: Método, 2007. p.141).

Claudia Lima Marques sustenta que o dever de informação representa no “sistema do Código de Defesa do Consumidor, um verdadeiro dever essencial, dever básico [...] para a harmonia e transparência das relações de consumo.”⁴⁴ Esse direito é essencial tratando-se da relação de consumo na Internet, uma vez que o produto ou serviço somente é visualizado pelo consumidor por meio de imagens (fotos, desenhos, esboços, croqui, planta) e ou descrições textuais dispostos nas lojas virtuais, e que em muitas vezes não retratam a realidade física, técnica e informacional do bem.

O princípio da informação apresenta-se como fundamental ao sistema consumerista⁴⁵, e em conjunto com o princípio da transparência, impõem ao fornecedor o dever de transmitir informações sobre seus produtos e serviços, de forma clara, correta, precisa e ostensiva, conforme preconizam os artigos 30 e 31 do Código de Defesa do Consumidor.⁴⁶

Destarte, as informações prestadas devem possuir destaque e clareza em seu conteúdo, para que os contratantes possam ter conhecimento prévio e efetivo de todas as obrigações assumidas no vínculo contratual. Destarte, no ambiente virtual, a informação inserida em uma publicidade ou oferta, por uma loja virtual, vincula o fornecedor, que não pode mais modificar as características da proposta original e permite que o consumidor exija o seu cumprimento forçado, nos termos dos artigos 35 e 84 do Código de Defesa do Consumidor.⁴⁷

O Código de Defesa do Consumidor preocupou-se com a oferta nas vendas à distância, o que inclui, por uma interpretação extensiva, as

44 MARQUES, op. cit., p. 646.

45 BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 50.

46 Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

47 Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade.

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

vendas realizadas no comércio eletrônico, dispondo assim em seu artigo 33 que “em caso de oferta ou venda por telefone ou reembolso postal, deve constar o nome do fabricante e endereço na embalagem, publicidade e em todos os impressos utilizados na transação comercial.”

Pela força do princípio da informação, corroborando o binômio *dever de informar*, imposto ao fornecedor, e *direito de informação* do consumidor, destaca-se a aprovação do *Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013*, que trata da regulamentação do comércio eletrônico no âmbito das relações de consumo. O referido decreto impõe aos fornecedores, nas contratações virtuais, a apresentação de informações claras a respeito do produto, serviço e do fornecedor, o atendimento facilitado ao consumidor e o respeito ao direito de arrependimento. Determina ainda aos fornecedores, que comercializem produtos ou serviços pela Internet, a informar o nome empresarial e número de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ/MF), bem como, o endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato.⁴⁸

1.4.3 PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA

O princípio da transparência (artigo 4º *caput* CDC) apresenta-se como princípio básico norteador dos contratos de consumo. Preconiza a forma como a informação deve ser prestada ao consumidor no ato da contratação (qualificação da informação), a qual deve ser clara, ostensiva, precisa e correta, visando a sanar quaisquer dúvidas no ato da contratação e garantir o equilíbrio contratual entre as partes contratantes.

A transparência impõe a qualificação da informação sobre aspectos relevantes durante as tratativas (fase pré-contratual) e, por conseguinte no ato da contratação, sob pena de haver violação do princípio da transparência, por descumprimentos aos preceitos deste princípio.⁴⁹ Para Claudia Lima Marques, o princípio da transparência atua como um reflexo da boa-fé exigida aos agentes contratuais. Assim, entende-se que o dever de agir com transparência, significa *qualificar a informação* fornecida de forma ampla ao consumidor, prezando-se pela clareza, lealdade, sinceridade e respeito.⁵⁰

48 Nesse mesmo sentido remete-se a leitura de: GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência. 9. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2013, p.79-80.

49 MARQUES, op. ci. p.715.

50 Ibidem, p.57.

Sendo assim, o fornecedor tem o dever de informar ao consumidor não somente as características do produto ou serviço, mas também sobre todo o conteúdo contratual, sendo que a transparência necessariamente deve ser observada a partir das manifestações pré-contratuais, em especial, a publicidade.

Neste sentido, Felipe Peixoto Braga Netto sustenta que a “conduta transparente é conduta não arditosa, conduta que não se esconde, atrás do aparente, propósitos pouco louváveis.”⁵¹ Essas condutas impróprias à boa-fé objetiva que, manifestas pelo fornecedor na publicidade veiculada, caracterizam a publicidade enganosa ou abusiva, descritas nos artigos 36 e 37 do CDC.⁵²

O artigo 36 reconhece o princípio da transparência da fundamentação da publicidade, enquanto o artigo 37 é a forma coercitiva e expressa da lei de se garantir o direito do consumidor de proteção ao engano e ao abuso, nos moldes do inciso IV do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor.

Segundo Ada Pellegrini Grinover e outros “a publicidade enganosa provoca [...] uma distorção no processo decisório do consumidor, levando-o a adquirir produtos e serviços que, estivesse melhor informado, possivelmente não o faria.”⁵³ Lado outro, a publicidade abusiva “carreia a idéia de exploração ou opressão do consumidor, [...] mas não se limita a tal, [...] tutelando valores outros que sejam caros à sociedade de consumo, como o meio ambiente.”⁵⁴

51 BRAGA NETTO, op. cit., p. 49.

52 Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

53 GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p.337.

54 *Ibidem*, p.350.

Assim, a conjugação dos princípios da transparência e da informação, em consonância com os preceitos norteadores da boa-fé objetiva apresentam-se como instrumentos imprescindíveis a garantir a proteção do consumidor diante de condutas do fornecedor, que venham a infringir as normas basilares do direito consumerista, tendo-se em consideração a vulnerabilidade do consumidor, principalmente, na relação jurídica de consumo virtual.

1.4.4 PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

O princípio da confiança é considerado por Claudia Lima Marques um novo paradigma no contrato de consumo eletrônico. Segundo a autora “confiar é acreditar (*credere*), é manter, com fé (*fides*) e fidelidade, a conduta, as escolhas e o meio; confiança é aparência, informação, transparência, diligência e ética no exteriorizar vontades negociais.”⁵⁵

A autora afirma ainda que a era digital desencadeou a “segunda crise do contrato”, em razão da despersonalização extrema oriunda dos contratos em massa de adesão e dos contratos firmados no meio eletrônico, onde se verifica uma “desumanização do contrato”.⁵⁶

A confiança é colocada no núcleo das relações de comércio eletrônico, impondo deveres anexos específicos, porque, ao contrário do que ocorre no mundo real, onde é possível se utilizar da teoria da aparência, aqui, *a própria aparência se desmaterializou* restando, apenas, a *transparência, dado ou informação* de um texto contratual complexo, rápido e especializado. Com a reumanização do contrato eletrônico, a dogmática da aparência retorna.⁵⁷

Destarte, “aquele que utiliza o meio eletrônico e cria a aparência de que este pertence a sua esfera de interesses arca com os riscos e os ônus de demonstrar o contrário.”⁵⁸

Não há dúvidas de que uma das questões mais relevantes no comércio eletrônico é a da confiança do consumidor nesse novo mercado tecnológico.

55 MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.32, grifo do autor.

56 *Ibidem*, p.65.

57 MATTOS, Analice Castor de. *Aspectos Relevantes dos Contratos de Consumo Eletrônico*. Curitiba: Juruá, 2009. p.36.

58 LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.293.

Por um lado, o consumidor vislumbra uma enormidade de ofertas de produtos e serviços, obtendo diversas vantagens por adquirir em uma loja virtual um produto por um preço bem mais econômico do que o mesmo produto no estabelecimento físico do fornecedor; por outro lado, sente-se inseguro em arriscar fornecer seus dados nesse ambiente, o número do cartão de crédito, por exemplo, ou de não receber o produto após o pagamento efetuado.

Desta análise, considerando-se o princípio da confiança imanente a todo o Direito, o fornecedor, para a manutenção de sua credibilidade no meio eletrônico, deve buscar conquistar a confiança do consumidor, através da observância às regras de boa conduta, colaboração, equilíbrio contratual, respeito às leis consumeristas e aos consumidores enquanto pessoa de direito e agente econômico. Nessa esteira, ao Direito cabe prover ampla informação e educação à sociedade de consumo, sempre inovando suas normas e evoluindo como Ciência que acompanha o avanço social e tecnológico.

2 AS LOJAS VIRTUAIS

Na Internet encontram-se diversas lojas virtuais que oferecem os mais variados tipos de produtos e serviços, o que muito facilita a procura destes pelo consumidor.

Efrain Turban e David King conceituam o estabelecimento virtual, *in verbis*:

Uma loja virtual é o site de uma única empresa por meio do qual são vendidos produtos ou serviços. Ela pode pertencer ao fabricante (por exemplo, geappliances.com), a um varejista (por exemplo, walmart.com), a pessoas físicas que vendem a partir de suas casas, etc.⁵⁹

Essas lojas virtuais podem ser uma ramificação na Internet de uma rede de estabelecimentos comerciais, já consolidada no mercado tradicional, pertencendo a um fabricante de produtos (Sony, Fiat, e outros), a um prestador de serviços (PUC Virtual, TAM, etc.), ou um varejista comerciante (Renner, Casas Bahia, e outros), e até mesmo a uma pessoa física - empresário individual -, que vende produtos artesanais ou mesmo revende através de divulgação publicitária na Internet. Todos, sem exceção, são considerados como fornecedores, à luz do artigo 3º do CDC. Assim, o meio virtual ou eletrônico em que realizam sua atividade

59 TURBAN, Efrain; KING, David. *Comércio Eletrônico: estratégia e gestão*. Tradução de Arlete Simille Marques; revisão técnica Belmiro João, Erico Veras Marques. São Paulo: Prentice Hall, 2004. p.37.

de caráter empresarial não modifica a qualificação dos mesmos, sendo-lhes impostas todas as regras de responsabilidade, deveres e direitos previstos pela legislação consumerista.

Analice Castor de Mattos ressalta que a loja virtual pode ser desenvolvida e mantida por um fornecedor que possui o seu próprio provedor, sendo, portanto, o único responsável pelos danos que causar ao consumidor no comércio eletrônico, como exemplo a *Americanas.com*. Em outra situação, o fornecedor desenvolve o *software* da loja virtual e todo o sistema de segurança e política de privacidade, mas terceiriza o serviço de hospedagem em um provedor. Por fim, o fornecedor pode ainda contratar com uma desenvolvedora de *software* especializada em comércio eletrônico a qual desenvolve a loja virtual, oferece toda a infraestrutura e sistemas para a negociação eletrônica, podendo hospedar a loja virtual ou contratar este serviço com um terceiro- provedor.⁶⁰

Nos dois últimos casos apresentados, somente a análise do caso concreto, poderá aferir a responsabilidade de cada parte por um dano causado ao consumidor. Há que se analisar o dano e o nexo causal, pois “a empresa de *softwares* responde solidariamente com o fornecedor por danos que o consumidor venha sofrer em razão de falhas no sistema de segurança eletrônica de dados.”⁶¹

A conscientização do mercado eletrônico de que o consumidor é peça fundamental para a sua própria existência, mais do que a estrutura e novidade tecnológica dos meios empregados para se negociar, deve atingir o fornecedor virtual nos moldes da evolução do movimento consumerista que, como visto, suplantou as bases da produção industrial e do mercado capitalista a partir da valorização do agente que fomenta o mercado de consumo e, por conseguinte, a economia: o consumidor.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

O consumidor que contrata através da Internet possui no instituto da responsabilidade civil a garantia de reparação de eventual dano que venha a sofrer pela violação de um dever jurídico a que se obrigue o fornecedor. Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho preleciona que se trata da “conduta externa

60 MATTOS, Analice Castor de. *Aspectos Relevantes dos Contratos de Consumo Eletrônico*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 85.

61 *Ibid.*, p. 86.

de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social”⁶², isto é, uma ordem advinda de um sistema normativo dirigida à vontade dos indivíduos, de modo a criar obrigações para os mesmos.

Antes do advento do Código de Defesa do Consumidor (1990), a responsabilidade civil do fornecedor era subjetiva, ou seja, firmava-se na verificação da existência de culpa, e nexo de causalidade entre a conduta culposa e o dano, regendo-se, até então, pelo artigo 159 do Código Civil de 1916.⁶³

O Código de Defesa do Consumidor, inspirado na moderna legislação consumerista da época, contrariamente, adotou a responsabilidade objetiva do fornecedor, pelos “danos que cause no mercado de consumo, o fornecedor - cujo conceito é amplo para compreender todos que disponibilizam produtos ou serviços com habitualidade, mediante remuneração - responde, sem culpa, pelos danos sofridos pelos consumidores.”⁶⁴ É o que preceitua o artigo 12, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, *independentemente da existência de culpa*, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Todavia, há que se ressaltar a exceção relativa aos profissionais liberais que, segundo o artigo 14, §4º do CDC⁶⁵ respondem apenas se apurada a *culpa*. Também, salientar que há a necessidade do consumidor provar o nexo entre a causa e o dano, para que a responsabilidade seja imputada ao fornecedor e, por conseguinte, a obrigação de indenizar.

62 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.1.

63 Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.

64 BRAGA NETTO, op. cit., p.118.

65 Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Nesse sentido, o acórdão colacionado abaixo demonstra a aplicação da responsabilidade objetiva, independente de culpa, ao intermediário na prestação de serviço:

Apelação – ação de indenização – compra e venda pela Internet – empresa mantenedora de sítio eletrônico de intermediação – fraude – responsabilidade – danos morais – mero descumprimento contratual – recurso parcialmente provido. A empresa, que mantém sítio eletrônico para intermediar venda pela internet e fornece informações no sentido de que os vendedores ali certificados são confiáveis, responde pelos danos materiais suportados pelos usuários que confiaram nas informações prestadas e foram vítimas de ações de falsários. O transtorno decorrente de descumprimento contratual, por si só, não enseja indenização por danos morais.⁶⁶

O caso acima é interessante no sentido de que a responsabilidade objetiva, por interpretação do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, foi imposta solidariamente ao terceiro na relação de consumo, à pessoa jurídica que mantinha o sítio de Internet e prestava as informações sobre os fornecedores ali cadastrados para ofertar ao consumidor, condenando-a a indenização pelo dano causado ao último por aqueles.

Sobre as causas jurídicas que ensejam a obrigação de indenizar:

As mais importantes são as seguintes: a) ato ilícito (*stricto sensu*), isto é, lesão antijurídica e culposa dos comandos que devem ser observados por todos; b) ilícito contratual (inadimplemento), consistente no descumprimento de obrigação assumida pela vontade das partes; c) violação dos deveres especiais de segurança, incolumidade ou garantia impostos pela lei àqueles que exercem atividades de risco ou utilizam coisas perigosas; d) obrigação contratualmente assumida de reparar o dano, como nos contratos de seguro e de fiança [...].⁶⁷

Dentre as causas acima expostas, o ilícito contratual (inadimplemento) talvez seja a causa que mais se verifica quando da responsabilização do fornecedor na relação de consumo estabelecida na Internet, vez que são expressivas as reclamações do consumidor quanto

66 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0071.08.038546-2/001, 11ª Câmara Cível, Rel. Des. Marcelo Rodrigues, julg. 22 set. 2010, *Diário da Justiça Eletrônico*, Belo Horizonte, 28 set. 2010. Disponível em: <file:///C:/Users/Michael/Downloads/InteiroTeor_10071080385462001%20(1).pdf>. Acesso em: 20 nov. 2014.

67 CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 5.

ao descumprimento do prazo ou não entrega dos produtos e serviços adquiridos nas lojas virtuais.^{68 69}

Saliente-se, novamente, que a violação dos deveres anexos da boa-fé objetiva, constitui uma espécie de inadimplemento, independente de culpa, a chamada *violação positiva do contrato*^{70 71}, o que leva à responsabilidade objetiva do fornecedor que deu causa ao inadimplemento contratual por sua inobservância na relação jurídica.

4 DIREITO DE ARREPENDIMENTO

O direito de arrependimento encontra-se previsto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, sendo aplicado quando se

68 Reclamações contra empresas de comércio eletrônico encontram-se em alta, principalmente, quando o assunto é atraso na entrega. Conforme matéria veiculada pelo jornal Estado de Minas, em 15/11/2010, estatísticas do PROCON Municipal de Belo Horizonte informam que o órgão recebeu nos primeiros 10 meses do ano de 2010, 1.268 reclamações contra lojas virtuais, sendo que no mesmo período de 2009 esse número era de 767 reclamações, ocorrendo um crescimento de 60,5% em apenas um ano. (ESTADO DE MINAS. *Reclamações contra empresas de comércio eletrônico*. Estado de Minas. Belo Horizonte, 15 nov. 2010. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/economia/2010/11/15/internas_economia,192467/antecipar-compra-em-sites-evita-problemas.shtml>. Acesso em: 16 nov. 2010).

69 Levantamento realizado pelo PROCON-RJ mostra que houve um aumento de 6,4% no total de reclamações no Estado do Rio de Janeiro, contra as dez empresas de comércio eletrônico, que estão no topo do ranking de queixas no referido órgão, passando de 2.178 em 2011 para 2.317 em 2012. Destaca-se, ainda, que no primeiro semestre de 2013, já foram registradas 887 reclamações junto ao órgão. O PROCON-RJ informou que as reclamações dizem respeito, sobretudo, a problemas de garantia, fornecimento do serviço, publicidade enganosa e entrega dos produtos, sendo observado, ainda, que há um aumento expressivo nas reclamações próximo a datas comemorativas, como Dia das Mães e dos Pais, devido ao aumento da demanda por bens e serviços. (BONFANTI, Cristiane. *Reclamações no PROCON-RJ sobre comércio eletrônico cresceram 6,4% em 2012*. O GLOBO, Rio de Janeiro, 15 jul. 2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/defesa-do-consumidor/reclamacoes-no-procon-rj-sobre-comercio-eletronico-cresceram-64-em-2012-9041869>>. Acesso em: 16 jul. 2013).

70 LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005. p.300-302.

71 Nesse sentido, o Conselho da Justiça Federal ao interpretar o artigo 422 CC, concluiu por meio do Enunciado nº24 da I Jornada de Direito Civil, que “em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. AGUIAR JÚNIOR, Ministro Ruy Rosado de. (Org.). Brasília: *Conselho da Justiça Federal (Centro de Estudos Judiciário)*, 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2644/283>>. Acesso em: 10 jul. 2012).

efetuem vendas *fora do estabelecimento empresarial*.⁷² Segundo José Carlos Maldonado de Carvalho:

O Código ao referir-se às contratações “especialmente por telefone ou a domicílio”, o fez de modo exemplificativo (*numerus apertus*), razão pela qual sujeita-se também ao direito de arrependimento toda e qualquer contratação celebrada fora do estabelecimento comercial, o que inclui, *ipso facto*, as que venham a ser realizadas através de fax, videotexto, mala direta, *e-mail*, em domicílio, etc.⁷³

Quanto às demais situações descritas ao final do *caput* do artigo 49, as vendas a domicílio ou *de porta em porta*, estas foram as primeiras modalidades de vendas fora do estabelecimento comercial, merecendo atenção especial na proteção dos direitos do consumidor por não dispor de informações precisas, transparentes e técnicas sobre o produto adquirido através da simples demonstração visual de um catálogo ou de um produto mostruário que o vendedor nem sempre porta consigo.

Posteriormente, surgiram as vendas através do *telemarketing*, ou seja, o *marketing* realizado através do meio de comunicação por telefone. Portanto, fora do estabelecimento comercial, a contratação é realizada por uma oferta advinda de uma ligação telefônica no local onde se encontra o consumidor, não podendo visualizar / examinar adequadamente o produto ou mesmo aferir a qualidade do serviço ofertado, em razão de não ter contato efetivo com o produto/serviço. Ademais, o consumidor é abordado em momentos no qual não esperava, encontrando-se muitas vezes vulnerável e exposto a práticas abusivas de fornecedores, donde se fundamenta a necessidade de proteção do consumidor através do exercício do direito de arrependimento, em face da *impossibilidade de contato físico com o produto/serviço*.

Todavia, manifesta a declaração de vontade do consumidor ao contratar na internet e sendo aceita pelo proponente, surge uma obrigação entre as partes e que impõe a imprescindível observância

72 Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados. (BRASIL, 1990).

73 CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Direito do consumidor: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.135-136, grifo do autor.

do princípio basilar da boa-fé objetiva nas relações jurídicas virtuais. Ainda assim, pode o consumidor desistir do negócio realizado no *prazo de reflexão* de 7 (sete) dias, a contar de sua assinatura ou do recebimento do produto/serviço.

Leonardo Roscoe Bessa expõe que, especificamente, quanto à compra por telefone ou por Internet, a contagem inicia-se a partir do ato de recebimento do produto e não do dia da solicitação (contratação), pois “a interpretação deve prestigiar a finalidade da norma: proteger o comprador que, até o recebimento físico do bem, não pode examinar adequadamente o produto.”⁷⁴

O legislador considerou um período razoável ao estipular o lapso de tempo de 7 (sete) dias ao consumidor para que este reflita sobre a contratação realizada. De maneira que, arrependendo-se, efetue a devolução do produto adquirido se já o recebeu; ou desista do serviço contratado.⁷⁵ Segundo Leonardo de Medeiros Garcia, a desistência do contrato pelo consumidor é um direito imotivado, sendo qualquer explicação sua um ato voluntário.

Quanto ao parágrafo único do artigo 49, o mesmo autor ensina que:

Exercido o direito de arrependimento, o consumidor deverá receber de forma imediata a quantia paga, monetariamente atualizada, voltando ao *status quo ante*. Assim, todo e qualquer custo despendido pelo consumidor deverá ser ressarcido, como o valor das parcelas pagas, além de outros custos, como os de transporte, por exemplo.

74 BENJAMIN; MARQUES; BESSA, op. cit., p.292.

75 A título ilustrativo colaciona-se acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em que foi negado, por unanimidade, provimento ao recurso de apelação civil contra a sentença que proveu em favor do direito de arrependimento em compra realizada pela internet. EMENTA: Consumidor. Compra e venda fora do estabelecimento comercial. Exercício do Direito de Arrependimento. Pagamento parcelado através de cartão de crédito. Persistência das cobranças em que pese o cancelamento da compra. Responsabilidade solidária da comerciante e da administradora do cartão. Situação que culmina com a inscrição do nome da demandante em róis de inadimplentes. Danos morais configurados in re ipsa. Recursos desprovidos. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso Inominado nº71001783364, 3ª Turma Recursal Cível, Rel. Des. Eugênio Facchini Neto, julg. 25 nov. 2008, Diário da Justiça Eletrônico, Porto Alegre, 02 dez. 2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D71001783364%26num_processo%3D71001783364%26codEmenta%3D2656616+71001783364+++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=71001783364&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=25/11/2008&relator=Eug%C3%AAnio%20Facchini%20Neto&aba=juris>.

Além disso, a norma autoriza que a restituição seja feita de forma imediata, ou seja, o fornecedor não poderá impor prazo ao consumidor para que restitua os valores.⁷⁶

Destarte, o direito de desistir do contrato independe de qualquer vício do produto ou serviço, posto que, “não se trata de defeitos que oportunizam a rescisão contratual.”⁷⁷ Nessa esteira, o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor⁷⁸, enumera um rol de cláusulas abusivas consideradas nulas de pleno direito, dentre elas, faz referência à devolução dos valores pagos pelo consumidor, garantidos pelo parágrafo único do artigo 49. Devem, então, ser restituídos integralmente pelo fornecedor, e com atualização monetária, sendo considerada abusiva e, portanto, nula qualquer cláusula que impossibilite essa restituição ou que imponha qualquer ônus ao consumidor pela sua desistência.

Ada Pellegrini Grinover e outros comentam que:

O fornecedor que opta por práticas comerciais mais incisivas, como as vendas em domicílio ou por marketing direto, isto é, fora do estabelecimento comercial, corre o risco do negócio, de modo que não tem nem do que reclamar se a relação jurídica é desfeita em virtude do arrependimento do consumidor. Essa situação de arrependimento e resolução do contrato de consumo é ínsita aos negócios estabelecidos mediante essa prática comercial.⁷⁹

No entanto, apesar do risco do negócio ser inerente à atividade empresária, Fabrício da Mota Alves aponta situações que entende caracterizar injustiça social e desequilíbrio nas relações comerciais em relação ao fornecedor. Cita, então, o comércio eletrônico de passagens aéreas, questionando-se se a venda de passagens aéreas pela Internet deve ou não respeitar o prazo de reflexão do direito de arrependimento.

Em primeiro lugar, considerando a *mens legis* do CDC, no tocante à necessidade de proteção do consumidor contra técnicas agressivas

76 GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor*: Código comentado e jurisprudência. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008. p.260.

77 BRAGA NETTO, op. cit., p.295.

78 Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código.

79 GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p.563.

de *marketing* publicitário ou aquisição irrefletida ou, ainda, desconhecimento quanto ao produto a ser comercializado, não vemos como possa ser aplicado o art. 49. Isso porque o objeto do negócio jurídico – ou seja, a prestação de serviço de transporte aéreo – é atividade de conhecimento público e notório, que independe de prévia ciência do consumidor quanto à forma elementar de seu funcionamento. Resguardando-se a empresa de divulgar informações essenciais ao consumidor – em atenção, inclusive, ao que dispõe o CDC – como horários dos vôos, conexões, escalas, valor da passagem, tarifas, tipo de aeronave, serviços de bordo etc., estará plenamente satisfeita a exigência legal de publicidade das informações referentes ao serviço a ser prestado. Independe, pois, do desconhecimento do consumidor que pretende contratar o serviço de transporte aéreo. Além disso, a respeito das técnicas de *marketing* publicitário ou de aquisição irrefletida, também sobre isso não merece prosperar o direito de arrependimento. Ora, o consumidor, ao acessar a *internet* para adquirir uma passagem aérea, tem à sua disposição uma rede de informações ainda mais completa e de fácil visualização que o consumidor que adquire a passagem pessoalmente, no próprio estabelecimento comercial da empresa.⁸⁰

Da mesma forma, o comércio de arquivos digitais de som, imagens ou textos, pela facilidade de reprodução de mídias devido ao avanço tecnológico atual, pode conduzir a quebra da boa-fé objetiva do usuário que, ao abrir o lacre do recipiente que lhe foi enviado ou concluída a transmissão do arquivo digital para o seu computador, estará apto a simplesmente reproduzir o conteúdo e, em seguida, suscitar o seu arrependimento sobre o negócio efetivado, acarretando inegável prejuízo ao fornecedor do produto.

Fabício da Mota Alves explica, ainda, que sob a ótica do princípio da isonomia e do equilíbrio das relações comerciais, em consonância com o princípio da boa-fé objetiva, o fornecedor, a fim de evitar situação de aplicabilidade do direito de arrependimento, deve cercar-se de certas cautelas:

- 1) No caso de músicas e textos, disponibilizar pequenos trechos, em qualidade suficiente para o conhecimento do consumidor;

80 ALVES, Fabrício da Mota. O direito de arrependimento do consumidor: exceções à regra e necessidade de evolução legislativa no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1353, 16 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9605>>. Acesso em: 25 de out. 2010.

- 2) No caso de aplicativos, criar chaves de restrição ou desenvolver aplicativos demonstrativos das principais capacidades do programa;
- 3) No caso de imagens, apresentar em tamanho reduzido uma pequena amostra.⁸¹

As orientações acima são válidas e poderão evitar que o fornecedor seja prejudicado diante do exercício do direito de arrependimento do consumidor, mas não afastam totalmente a sua incidência, sobretudo porque os critérios de aplicação da norma jurídica são, ainda, muito subjetivos, dada a falta de restrições do Código de Defesa do Consumidor. Em linhas gerais, demonstra-se que, no caso concreto, acaso o direito de arrependimento seja utilizado abusivamente pelo consumidor, haverá inegável prejuízo à parte fornecedora da relação de consumo, o que não se compatibiliza com nosso ordenamento jurídico.

Por outro lado, insta ressaltar que o consumidor, em razão da desistência, tem a obrigação de devolver ao fornecedor o produto que adquiriu. E sendo um serviço, por exemplo, de acesso à Internet, solicitar o seu cancelamento dentro do prazo de reflexão.

Em última análise, o prazo de reflexão para alguns é considerado insuficiente, tendo em vista que, em muitos casos, a complexidade técnica do produto ou serviço exige uma avaliação mais apurada pelo consumidor ao contratar *fora do estabelecimento comercial*, em especial, ao se tratar de contratação via Internet, no comércio eletrônico praticado por fornecedores através de suas lojas virtuais. As expectativas do consumidor podem ser frustradas ao refletir sobre o negócio celebrado, quando do recebimento do produto ou da prestação do serviço, ou antes, ao ponderar se aquela era a sua vontade de fato.

Do exposto, verifica-se a extrema necessidade de evolução legislativa dessa norma, de forma a garantir o equilíbrio das relações entre consumidores e fornecedores, e atendimento aos novos meios de se contratar, especialmente, no comércio eletrônico.

5 CONCLUSÃO

A Internet produziu uma revolução para o comércio, fomentando a economia ao movimentar bilhões de reais no *e-commerce*. Também o

81 Ibidem.

acesso à rede mundial deixou de ser um requinte das classes sociais mais elevadas, popularizando-se o seu uso de forma a prover as necessidades humanas de consumo em um mundo imediatista e globalizado.

Em contrapartida aos benefícios apresentados na relação de consumo virtual surgem também novas formas de agressão ao direito do consumidor, exigindo-se que haja um acompanhamento permanente e modulação da regulamentação legal de forma a coibir os excessos da publicidade e do marketing agressivo, e, também, a omissão ou imprecisão de informações na oferta veiculada via internet pelos fornecedores virtuais.

Enquanto no Legislativo os projetos de lei a respeito são diversos e ainda não concluídos, no Judiciário a resolução de conflitos oriundos da contratação eletrônica é feita com fundamento na interpretação doutrinária e jurisprudencial dos atuais diplomas legais, o Código de Defesa do Consumidor, e subsidiariamente, o Código Civil, não se olvidando das demais leis que compõe o sistema de proteção ao consumidor no Brasil. Todavia, as incertezas na aplicação das referidas leis que não alcançam tecnicamente todas as novas situações fáticas desse meio (virtual) causam desconforto e insegurança maior para os sujeitos da relação jurídica de consumo em litígio.

Para tanto, não é a lei somente que deve se modernizar, mas o legislador, para que compreenda o ambiente eletrônico e, cognitivamente, possa se definir dentre os diversos projetos de lei apresentados, pertinentes à matéria contextualizada no direito de arrependimento, ou, então, produzir norma especial que atinja toda a seara do Direito Eletrônico. Quanto à segurança e à confiança no comércio eletrônico, têm sido elas demonstradas nos altos índices de contratações realizadas, cada vez mais firmadas pela utilização de ferramentas tecnológicas, como a assinatura digital e certificação digital.

Essas contratações através da Internet, já se consolidam como indispensáveis ao cotidiano das pessoas, uma vez que, através das lojas virtuais abertas 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias no ano, o consumidor pode efetuar compras durante 7 (sete) dias por semana, 24 (vinte e quatro) horas por dia e em qualquer lugar do mundo.

Todavia, o fornecedor virtual não pode fazer do comércio eletrônico um meio de manipulação, através do marketing direto e agressivo de produtos e serviços, da vontade do consumidor, tendo em vista a vulnerabilidade informacional, técnica, jurídica, econômica e

fática deste último. Nesse contexto, não é por um *clik* do mouse de forma impensada e correspondendo à assinatura de um contrato indesejado, que o consumidor se encontrará obrigado contratualmente.

Também não estará o consumidor obrigado a manter-se vinculado a um contrato, mesmo que tenha sido celebrado por sua declaração de vontade expressa, caso a contratação se dê fora do estabelecimento comercial, *in casu*, nas lojas virtuais, pois tem o direito de refletir durante o prazo de 7 (sete) dias após o recebimento do produto ou serviço e, independente, de justificativas e sem incidir em perdas e danos, poderá exercer o seu direito de arrependimento. Deve, então, devolver o produto ou cancelar o serviço e, por conseguinte, ser-lhe-ão devolvidos pelo fornecedor todos os valores desembolsados, monetariamente atualizados, inclusive, as despesas com frete e postagem eventualmente pagos.

Na atual estrutura principiológica do Direito do Consumidor pode-se verificar que princípios como a boa-fé objetiva, da vulnerabilidade do consumidor, da informação, da transparência e da confiança são plenamente aplicáveis como norteadores da conduta das partes na relação de consumo virtual. Destes deveres jurídicos, sobressaem os deveres anexos da boa-fé objetiva que, caso violados geram o inadimplemento do contrato - violação positiva do contrato -, e, por conseguinte, a responsabilidade objetiva, daquele que lhe deu causa.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fabrício da Mota. O direito de arrependimento do consumidor: exceções à regra e necessidade de evolução legislativa no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1353, 16 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9605>>. Acesso em: 25 out. 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BONFANTI, Cristiane. Reclamações no PROCON-RJ sobre comércio eletrônico cresceram 6,4% em 2012. *O GLOBO*, Rio de Janeiro, 15 jul. 2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/defesa-do-consumidor/>>

reclamacoes-no-procon-rj-sobre-comercio-eletronico-cresceram-64-em-2012-9041869>. Acesso em: 16 jul. 2013.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de direito do consumidor*: à luz da jurisprudência do STJ. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 16 jun. 2012.

BRASIL. Código Civil (1916). Código Civil. Lei n.º. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 jan. 1916. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L3071.htm>>. Acesso em: 16 jun. 2012.

BRASIL. Código Civil (2002). Código Civil. Lei Federal n.º10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>> Acesso em: 16 jun. 2012.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor (1990). Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Lei Federal n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 16 jun. 2012.

BRASIL. Decreto n.º 7.962, de 15 de março de 2013. Regulamenta a Lei n.º 8.078/90, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 mar. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm>. Acesso em: 15 maio 2013.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Direito do consumidor*: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados aprovados. AGUIAR JÚNIOR, Ministro Ruy Rosado de. (Org.). Brasília: *Conselho da Justiça Federal* (Centro de Estudos Judiciário), 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2644/283>>. Acesso em: 10 jul. 2012.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português*. v. 1, parte geral, tomo 1: introdução doutrina geral negócio jurídico. 3. ed. aumentada e revista. Coimbra: Almedina, 2005.

ESTADO DE MINAS. Reclamações contra empresas de comércio eletrônico. *ESTADO DE MINAS*. Belo Horizonte, 15 nov. 2010. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/economia/2010/11/15/internas_economia,192467/antecipar-compra-em-sites-evita-problemas.shtml>. Acesso em: 16 de nov. 2010.

FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Curso fundamental de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2007.

FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 9. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: Código comentado e jurisprudência*. 4. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*. 9. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2013.

GIANCOLI, Brunno Pandori; ARAUJO JÚNIOR, Marco Antônio. *Direito do consumidor: difusos e coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do Direito Civil no Século XXI. In: FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LIMA, Eduardo Weiss Martins de. *Proteção do consumidor brasileiro no comércio eletrônico internacional*. São Paulo: Atlas, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos táxis*: A boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MATTOS, Analice Castor de. *Aspectos Relevantes dos Contratos de Consumo Eletrônico*. Curitiba: Juruá, 2009.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0071.08.038546-2/001, 11ª Câmara Cível, Rel. Des. Marcelo Rodrigues, julg. 22 set. 2010, *Diário da Justiça Eletrônico*, Belo Horizonte, 28 set. 2010. Disponível em: <file:///C:/Users/Michael/Downloads/InteiroTeor_10071080385462001%20(1).pdf>. Acesso em: 20 nov. 2014.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. v. 1, fundamentos do direito das obrigações, introdução à responsabilidade civil. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso Inominado nº71001783364, 3ª Turma Recursal Cível, Rel. Des. Eugênio Facchini Neto, julg. 25 nov. 2008, *Diário da Justiça Eletrônico*, Porto Alegre, 02 dez. 2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D71001783364%26num_processo%3D71001783364%26codEmenta%3D2656616+71001783364++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=71001783364&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=25/11/2008&relator=Eug%C3%AAnio%20Facchini%20Neto&aba=juris>. Acesso em: 20 nov. 2014.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TARTUCE, Flávio. *Função Social dos Contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

TURBAN, Efraim; KING, David. *Comércio Eletrônico: Estratégia e Gestão*. tradução de Arlete Simille Marques; revisão técnica Belmiro João, Erico Veras Marques. São Paulo: Prentice Hall, 2004.

AS CONVENÇÕES 155 E 161 DA OIT SOBRE MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E SEUS REFLEXOS NA JURISPRUDÊNCIA DO TST

*CONVENTIONS 155 AND 161 OF THE ILO ON THE WORKING
ENVIRONMENT AND THEIR REFLECTIONS ON THE
JURISPRUDENCE OF TST*

Solange de Holanda Rocha

*Procuradora Federal em exercício na Procuradoria Federal em Mato Grosso
Mestranda em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso*

Especialista em Direito Público Lato Sensu e em Direito Constitucional

SUMÁRIO: Introdução; 1 A normatização internacional sobre Meio Ambiente do Trabalho; 2 A integração das Convenções da OIT ao Direito brasileiro; 3 Aplicação das Convenções 155 e 161 da OIT em julgados do TST; 4 Considerações finais; Referências.

RESUMO: A evolução da atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho, a partir da década de 1970, revela a crescente preocupação com o meio ambiente do trabalho, culminando na Convenção n. 155 (sobre segurança e saúde do trabalhador), e na Convenção n. 161 (sobre serviços de saúde do trabalho) ratificadas pelo Brasil. As convenções internacionais do trabalho são tratados que versam sobre direitos humanos, notadamente direitos sociais, e sua incorporação ao direito brasileiro dá-se com *status* de norma materialmente constitucional, por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, ou poderá ter os efeitos formais das emendas constitucionais, caso aprovadas pelo quorum qualificado em dois turnos no Congresso Nacional, como previsto no art. 5º, § 3º do texto constitucional. As normas internacionais dirigidas à proteção do meio ambiente do trabalho guardam ressonância com diversos princípios consagrados na Constituição de 1988. A sua aplicação pela jurisprudência brasileira pode contribuir para dar mais efetividade aos seus preceitos, em matéria de segurança e saúde do trabalhador.

PALAVRAS-CHAVE: Convenção 155 da OIT. Convenção 161 da OIT. Meio Ambiente do Trabalho. Segurança e Saúde do Trabalhador.

ABSTRACT: The evolution of the normative activity of the International Labour Organization (ILO), from the 1970s, reveals the growing concern with working environment, culminating in the Convention 155 (about occupational safety and health), and the Convention 161 (about occupational health services) ratified by Brazil. ILO Conventions are considered human rights treaties and they are incorporated into Brazilian law as Constitutional Law, according to art. 5, § 2, of the Brazilian Constitution, or may have the effect of formal constitutional amendments, if approved by the qualified quorum in two rounds in National Congress, in accordance with art. 5, § 3 of the Constitution. International labour standards on working environment are compatible with many principles of the 1988 Constitution. The application of these standards by the Brazilian jurisprudence may contribute to give them effectiveness, in relation to occupational safety and health.

KEYWORDS: ILO Convention 155. ILO Convention 161. Working Environment. Occupational Safety and Health.

INTRODUÇÃO

O propósito deste trabalho intitulado “As Convenções 155 e 161 da OIT sobre meio ambiente do trabalho e seus reflexos na jurisprudência do TST” é destacar a atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho para regulamentação internacional de questões ligadas ao meio ambiente do trabalho, bem como a incorporação dessas normas no direito brasileiro e sua aplicação para solução de demandas judiciais, tomando por referência a Convenção 155 (sobre segurança e saúde do trabalhador) e a Convenção n. 161 (sobre serviços de saúde do trabalho), e recentes julgados do Tribunal Superior do Trabalho.¹

O presente artigo foi dividido em três partes. Na primeira, abordaremos a Organização Internacional do Trabalho, traçando uma breve síntese de sua evolução histórica, sua estrutura orgânica e sua produção normativa, com destaque para a normatização internacional sobre meio ambiente do trabalho, notadamente a partir da década de 1970. Na segunda, trataremos da integração das convenções internacionais do trabalho ratificadas pelo Brasil no direito interno e a posição hierárquica dessas normas internacionais em relação às demais espécies normativas. Em seguida, analisaremos as principais normas das Convenções 155 e 161 da OIT e sua aplicação em recentes julgados do TST.

Acredita-se que as referidas Convenções merecem maior divulgação na comunidade jurídica brasileira e podem contribuir para melhor aplicação do direito, na perspectiva da valorização da vida e da dignidade humana do trabalhador.

Para o desenvolvimento do tema, foi utilizada a pesquisa bibliográfica, constituída principalmente de doutrina e jurisprudência, tendo sido adotado o método dedutivo.

1 A NORMATIZAÇÃO INTERNACIONAL SOBRE MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi criada na Conferência de Paz realizada em 11 de abril de 1919, quando foi aprovado o Tratado de Versalhes, após o final da Primeira Guerra Mundial. É uma organização permanente com natureza jurídica de organização

¹ Trabalho escrito como requisito para conclusão da disciplina Direito Ambiental do Trabalho, ministrada pelos Professores Dr. Bismarck Duarte Diniz, Dra. Carla Reita Faria Leal e Dr. Saul Duarte Tibaldi, no mestrado em Direito Agroambiental da UFMT.

internacional e personalidade jurídica de direito internacional público. Funcionou como organismo autônomo da Liga das Nações no período de 1919 até a extinção daquela no pós-Segunda Guerra (1946).

A estrutura da OIT é composta por três órgãos: a Conferência ou Assembleia Geral, o Conselho de Administração e a Repartição Internacional do Trabalho. A Conferência é órgão de deliberação, dela provindo todas as normas internacionais do trabalho. É constituída por delegados que representam os Estados-Membros, as organizações sindicais de trabalhadores e as organizações de empregadores. O Conselho de Administração possui função executiva e também tem composição tripartite. Atualmente, é composto de 56 membros (28 representantes dos governos, 14 dos empregadores e 14 dos empregados). A Repartição Internacional do Trabalho funciona como a Secretaria da OIT, documentando e divulgando suas atividades, publicando as convenções e recomendações e recebendo reclamações quanto ao descumprimento de suas normas pelos países signatários. É dirigida por um Diretor-Geral nomeado pelo Conselho de Administração.

Segundo Crivelli², no período que sucede à criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, a OIT inicia uma nova fase de seu projeto normativo, “ampliando sua ação no campo dos direitos humanos fundamentais, integrando-se, ao apresentar as propostas de regulação protetiva e formulação de políticas públicas à era do bem estar social” que passou a pautar as políticas dos países ocidentais capitalistas no pós-guerra. A ONU passa a manter com a OIT uma relação de coordenação, garantindo sua autonomia jurídica. Em 1946, a OIT se transforma na primeira agência especializada da ONU e na 29ª Conferência em Montreal foi aprovada sua nova Constituição³, para substituir o texto original adotado em 1919, em vigor até a atualidade, com algumas emendas. Todos os países membros da ONU automaticamente passam a ser membros da OIT. Atualmente, são 183 países. O Brasil é um dos 10 países que possui assento permanente no Conselho de Administração.⁴

Em 1999, por ocasião da 87ª Conferência em Genebra, a OIT adotou um novo marco programático, consistente em um novo plano

2 CRIVELLI, Ericson. *Direito Internacional do Trabalho Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2010. p. 65.

3 Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2014.

4 Cf. História da OIT em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/hist%C3%B3ria>>.

de ação para a organização, com foco na garantia do *trabalho decente* em escala global. Neste ponto, é elucidativa a lição de Crivelli⁵:

O trabalho decente, como se pode perceber, é uma ideia-chave que articula, ao mesmo tempo, a noção do direito ao trabalho, a proteção de direitos básicos, a equidade no trabalho, segurança social, uma representação dos interesses dos trabalhadores e, ainda, que o trabalho esteja envolto em um meio ambiente social e político adequado à noção de liberdade e dignidade humana.

Desde a sua criação, a OIT destaca-se por sua intensa atividade normativa, que consiste basicamente na elaboração de convenções e recomendações internacionais do trabalho. A aprovação de normas para regulamentação internacional do trabalho, como assinala Fernandes⁶, representa um “esforço de universalização e uniformização mundial das normas de proteção aos trabalhadores”.

Até 2010 foram aprovadas 188 Convenções e 199 Recomendações pela OIT. As convenções são tratados multilaterais abertos, de caráter normativo, sem prazo estipulado para ratificação pelos países membros. Quando o tema não permitir a adoção imediata de uma convenção, será adotada a recomendação, que tem por objetivo sugerir normas que possam ser adotadas pelos Estados-Membros, impondo-lhes a obrigação, de caráter formal, de submetê-las à autoridade competente para deliberação sobre a adoção de medidas legislativas ou medidas de outra natureza.

As convenções pertencem à categoria de “tratados-lei ou tratados-normativos, que têm por objetivo fixar normas gerais de Direito Internacional Público pela vontade paralela das partes, confirmando ou modificando costumes adotados entre as partes”.⁷ Não visam à concessão de vantagens recíprocas entre Estados, como ocorre nos *tratados-contrato*, mas a universalização das normas de proteção ao trabalho e sua incorporação ao direito interno dos Estados-Membros.

As convenções e recomendações da OIT são as principais fontes do Direito Internacional do Trabalho, que não é um ramo autônomo da Ciência Jurídica, mas parte integrante do Direito Internacional

5 CRIVELLI, op. cit., p. 175.

6 FERNANDES, Fábio. *Meio Ambiente Geral e Meio Ambiente do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 161.

7 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2013. p. 1077.

Público. A falta de autonomia jurídica é justificada pelo fato de seus institutos, instrumentos e métodos de investigação, apesar de algumas peculiaridades, serem os mesmos do Direito Internacional Público.

Ao tratar da dimensão atual do Direito Internacional do Trabalho, Mazzuoli⁸ ressalta que depois da segunda metade do século XX as normas internacionais de proteção ao trabalho e ao trabalhador passaram a ter maior impacto no plano do direito interno dos Estados, impondo obrigações que extrapolam as “questões ligadas às condições de trabalho e direitos previdenciários do trabalhador, para atingir também o exame de questões econômicas, agrárias, técnicas, administrativas, educacionais, culturais e ambientais”, cabendo à OIT gerir todas essas vertentes.

Verifica-se que a atuação mais abrangente da OIT coincide com a evolução histórica pelo reconhecimento progressivo de novos direitos humanos, entre estes o direito ao meio ambiente saudável como direito de terceira dimensão, como nos ensina Pérez Luño⁹:

[...] A estratégia reivindicativa dos direitos humanos apresenta-se hoje com traços inequivocadamente inovadores ao polarizarem-se em torno de determinados temas, como o direito à paz, os direitos dos consumidores, o direito à qualidade de vida e a um ambiente ecologicamente equilibrado, ou à liberdade informática. Em função disso, abre-se passo, com intensidade crescente, à convicção de que estamos diante da terceira geração de direitos humanos complementar as fases anteriores, referidas as liberdades de signo individual e os direitos econômicos, sociais e culturais. [...]

Em acréscimo, externa Guerra Filho¹⁰:

[...] Mais importante é que os direitos “gestados” em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já trás direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para

8 MAZZUOLI, op. cit., p. 1059.

9 PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional*. Tradução de Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 56.

10 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Humanos Fundamentais*. 5. ed. revista e ampliada. São Paulo: RCS, 2007. p. 43.

realiza-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental.

No que se refere às questões ambientais, não se pode negar que existe uma estreita relação entre o meio ambiente geral e o do trabalho.

No magistério de Silva¹¹, o meio ambiente deve ser entendido como a interação da totalidade de elementos que propicia o desenrolar da vida em todas as suas formas, e refere ao “meio ambiente do trabalho, como o local em que se desenrola boa parte da vida do trabalhador, cuja qualidade de vida está, por isso, em íntima dependência da qualidade daquele ambiente”.

Para Zimmermann¹², entende-se por meio ambiente de trabalho:

[...] qualquer local em que o homem exerce uma atividade laboral, em que sua força de trabalho se converte em fator de produção, motivo pelo qual até mesmo a residência do trabalhador, que foi transformada em lugar de trabalho em razão de algumas atividades trabalhistas modernas, envolvendo as inovações tecnológicas (teletrabalho), ou mesmo outras tarefas tidas por inferiores, (como os serviços terceirizados de costura de sapatos, por exemplo) [...].

Na lição de Silva¹³, há dois objetos de tutela no direito ambiental sendo um “imediato, que é a qualidade do meio ambiente, e outro mediato, que é a saúde; o bem-estar e a segurança da população, que se vêm sintetizado na expressão qualidade de vida”.

Segundo Oliveira¹⁴, é inegável que o meio ambiente do trabalho está inserido no meio ambiente geral, “de modo que é impossível alcançar qualidade de vida sem ter qualidade de trabalho, nem se pode atingir meio ambiente equilibrado e sustentável, ignorando o meio ambiente do trabalho”.

11 SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.23.

12 ZIMMERMAN, Cirlene Luíza. *A Ação Regressiva Acidentária como Instrumento de Tutela no Meio Ambiente de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 29.

13 SILVA, *Ibid.*, p. 54.

14 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 118.

Ensina Antunes¹⁵ que o direito ambiental “é uma concepção de aplicação da ordem jurídica que penetra, transversalmente, em todos os ramos do direito”, integrando as dimensões humana, ecológica e econômica, que “devem ser compreendidas harmonicamente”. São as dimensões contempladas no conceito de sustentabilidade, que propõe um novo modelo de desenvolvimento econômico conciliado com as questões ambientais e sociais¹⁶. Obviamente, as questões pertinentes às condições de trabalho que refletem na saúde e segurança do trabalhador estão presentes na dimensão social desse conceito, mas são dependentes das condições ambientais em que o trabalho se desenvolve.

De fato, na evolução histórica do Direito do Trabalho, observamos que as normas voltadas ao controle da poluição física, química e biológica originaram-se da legislação trabalhista, pois foi no período da Revolução Industrial que se verificou a aceleração do processo de degradação do meio ambiente natural e humano. É certo que naquele período não havia a compreensão que se tem hoje sobre meio ambiente em geral e do trabalho, o que se alcançou na década de 1970, por ocasião do lançamento pela OIT em 1976 do Programa Internacional para a Melhora das Condições e Meio Ambiente do Trabalho – PIACT¹⁷, executado em sintonia com o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) criado em 1972 na Conferência das Nações Unidas realizada em Estocolmo em 1972.

Desde então, a evolução da normatização internacional pela OIT revela a crescente preocupação com o meio ambiente do trabalho, culminando na Convenção n. 148 (sobre o meio ambiente de trabalho, contaminação do ar, ruído e vibrações), de 1977, Convenção n. 155 (sobre segurança e saúde do trabalhador), de 1981, e na Convenção n. 161 (sobre serviços de saúde do trabalho), de 1985, sendo particularmente significativas para o presente artigo as Convenções nº 155 e 161.

15 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 9.

16 Em abril de 1987, a Comissão convocada pelo Secretário-Geral da ONU e presidida pela ex-primeira Ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland, publicou o relatório *Our Common Future* [Nosso Futuro Comum], também conhecido como Relatório Brundtland, que traz o conceito de desenvolvimento sustentável para o discurso público, definindo-o como o processo que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades. Cf. A ONU e o Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-o-meio-ambiente/>>. Acesso em: 06 abril 2014.

17 Iniciais da sigla em francês.

De acordo com Figueiredo,¹⁸ “hoje os estudos que relacionam a segurança no trabalho com a saúde ocupacional e o meio ambiente ganharam uma nova dimensão”, e, neste contexto, destaca a relevante atuação da OIT, por meio de sua ação normativa, de cooperação técnica e de investigação em todos os âmbitos de sua competência, para elaboração de novas teses e meios de gestão e de serviços de observação e informação destinados a prevenir acidentes de trabalho e doenças ocupacionais e proteger a vida e a saúde dos trabalhadores e o meio ambiente.

A OIT defende a ideia de que acidentes e doenças relacionadas ao trabalho não podem ser aceitas como *ócios do ofício*. As medidas preventivas para garantir um meio ambiente de trabalho mais saudável e seguro adotadas em países industrializados, ao longo do século XX, contribuíram significativamente para diminuição dos registros de lesões graves e devem ser estendidas para os demais países. Para disseminar as práticas positivas, a OIT lançou em 2001 um Guia sobre sistemas de gestão da saúde e segurança no trabalho [ILO-OSH 2001]¹⁹, contendo diretrizes para o desenvolvimento de uma cultura sustentável de segurança e saúde nas empresas, assim como mecanismos para melhoria das condições e meio ambiente do trabalho.²⁰

Em 2003, a OIT adotou 28 de abril como o Dia Mundial sobre Segurança e Saúde no Trabalho, destacando a gravidade dos acidentes e doenças ocupacionais e reafirmando que o tema continua sendo um requisito fundamental para se alcançar a meta de promover trabalho decente.²¹ No Brasil, a data foi instituída como “Dia Nacional em memória das vítimas de acidentes e doenças do trabalho”, através da Lei nº 11.121/2005.

As Convenções 155 e 161 constituem exemplares dessa nova concepção que associa o meio ambiente do trabalho equilibrado e saudável à concepção de vida, “resgatando os valores sócio-ambientais

18 FIGUEIREDO, Guilherme Jose Purvin de. Direito Ambiental Internacional e o Controle e Eliminação do uso do amianto no ambiente do trabalho. *Revista de Direitos Difusos*, ano III, v. 15, set./out. 2002. p. 2012.

19 Cf. <http://www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/WCMS_PUBL_9221116344_EN/lang--en/index.htm>.

20 Diversos países já adotaram formalmente as diretrizes do Guia da OIT, a exemplo da França e Irlanda, em 2004, e Argentina, em 2005.

21 Cf. <http://www.ilo.org/legacy/english/protection/safework/worldday/facts_spa.pdf>.

para uma perspectiva de dignidade humana e rejeitando a monetização da saúde dos trabalhadores”.²²

2 A INTEGRAÇÃO DAS CONVENÇÕES DA OIT AO DIREITO BRASILEIRO

O Brasil é um dos membros fundadores da OIT e participa da Conferência Internacional do Trabalho desde sua primeira reunião.²³ Ao aderir à Constituição da OIT, o Brasil assumiu o compromisso de submeter à autoridade competente para apreciação e deliberação as convenções aprovadas na Conferência Internacional do Trabalho, assim como cumprir as obrigações contidas nas convenções ratificadas, sob pena de instauração de processo de reclamação ou queixa por parte das organizações representativas dos trabalhadores ou empregadores de um Estado-Membro.²⁴

A ratificação²⁵ é a forma de dar validade ao tratado internacional, demonstrando a concordância do Estado-Membro com o tratado. No caso das Convenções da OIT, a vigência inicia 12 meses após o registro de, pelo menos, duas ratificações. Após a aprovação da convenção pela Conferência, o Estado-parte deve submetê-la ao órgão nacional competente, que no caso do Brasil é o Congresso Nacional, conforme art. 49, I, da Constituição Federal. Depois da aprovação pelo Congresso Nacional, através de um Decreto Legislativo, o Brasil faz o depósito do instrumento de ratificação na OIT. A norma entra em vigor no Brasil 12 meses após o depósito da ratificação na Repartição Internacional do Trabalho. Por último, é feita a promulgação da Convenção no plano interno por meio de um Decreto do Poder Executivo.

Quanto à integração das Convenções ao direito interno, Süsskind²⁶ explica que a Constituição brasileira adotou a teoria monista, segundo a qual “o tratado ratificado complementa, altera ou revoga o direito interno, desde que se trate de norma self-executing e já esteja em vigor na órbita internacional”.

²² FIGUEIREDO, op.cit., p. 1936.

²³ Cf. História da OIT em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/hist%C3%B3ria>>.

²⁴ Cf. Artigos 24 e 25 da Constituição da OIT.

²⁵ Para MAZZUOLI, o mais correto seria a adesão do Estado-Membro ao tratado multilateral aberto, seguindo a terminologia da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, pois as convenções da OIT não são firmadas pelos representantes dos Estados que a adotam, mas apenas pelo Presidente da reunião realizada no âmbito da Conferência Internacional do Trabalho e pelo Diretor Geral da Repartição Internacional do Trabalho (op. cit., p. 1078).

²⁶ SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 68.

Como é cediço, diversos direitos sociais, tais como o direito ao trabalho, proteção contra o desemprego, direito à remuneração, à filiação sindical, ao repouso e férias, estão arrolados nos artigos 23 a 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), além de outros previstos no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a exemplo do direito de liberdade de escolha de trabalho (art. 6º), condições justas e favoráveis, com especial atenção para remuneração, sem distinção entre homens e mulheres (art. 7º), direito de fundar ou se associar a sindicato e fazer greve (art. 8º), segurança social (art. 9º) e restrição ao trabalho de crianças e adolescentes (art. 10).

Em consonância com a teoria da indivisibilidade ou interdependência dos direitos humanos, a realização de direitos civis e políticos, sem o gozo de direitos econômicos, sociais e culturais, torna-se impossível, como expressamente declarado na Proclamação de Teerã, § 13, de 1968. A melhor doutrina preconiza que “hoje há inegável unidade dos mais diversos direitos da pessoa humana, que devem ser respeitados e garantidos em sua totalidade para que seja assegurada, a todos, uma vida digna”.²⁷

Assim, podemos afirmar que as convenções internacionais do trabalho são tratados que versam sobre direitos humanos, notadamente direitos sociais, e sua incorporação ao direito brasileiro dá-se com *status* de norma materialmente constitucional, por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal²⁸, ou poderá ter os efeitos formais das emendas constitucionais, caso aprovadas pelo quorum qualificado em dois turnos no Congresso Nacional, como previsto no art. 5º, § 3º da nossa Constituição²⁹.

Neste sentido, valemo-nos da lição de Piovesan³⁰:

[...] Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda

27 ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 503.

28 § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

29 § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

30 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 52.

da interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.

Seguindo a mesma orientação doutrinária, Lafer³¹ leciona que as normas desses tratados integram o que Bidart Campos denominou de bloco de constitucionalidade, qual seja, “um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental”. Também assevera que tal bloco de constitucionalidade confere “vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas”.

Pode-se constatar, outrossim, no que concerne à posição hierárquica dos tratados em relação às demais espécies normativas no direito interno, que os tratados internacionais de proteção de direitos humanos têm natureza constitucional, enquanto os demais têm força hierárquica infraconstitucional, nos termos do art. 122, III, b, da Constituição Federal.

De toda sorte, em caso de conflito entre uma convenção internacional do trabalho ratificada e as leis internas nacionais, deverá prevalecer a norma mais favorável ao trabalhador. Aplica-se, portanto, o princípio da primazia da norma mais favorável, como se extrai do art. 19, § 8º, da Constituição da OIT:

Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-membro, de uma convenção, deverão ser considerados como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores condições mais favoráveis prevalecem sobre as previstas pela convenção ou recomendação.

31 LAFER, Celso. *A internacionalização dos Direitos Humanos*. Barueri: Manole, 2005. p.17.

O dispositivo acima transcrito funciona como “cláusula de diálogo”,³² que serve para interligar a ordem jurídica internacional com a ordem nacional, como prelecionam Gomes e Mazzuoli³³:

Isso significa que, em matéria de direitos humanos, o mais adequado é falar em monismo internacionalista dialógico, porque, nesse âmbito normativo, todas as normas jurídicas se dialogam, em razão de determinação do próprio Direito internacional, devendo prevalecer a norma mais favorável à proteção do Direito (ou da liberdade) do ser humano, por força do princípio pro homine.

As normas internacionais dirigidas à proteção do meio ambiente do trabalho guardam ressonância com diversos princípios consagrados na Constituição de 1988, a saber: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); o valor social do trabalho (art. 1º, IV); a proibição ao tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III); a redução dos riscos inerentes ao trabalho (art. 7º, XXII); a valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*); e o primado do trabalho como base da ordem social, cujos objetivos são o bem-estar e a justiça social (art. 193).

O direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado e saudável deve ser reconhecido como direito fundamental e, como tal, ensina Santos³⁴, “está na essência do reconhecimento da dignidade da pessoa humana que encontra expressão inicial na proteção ao direito à vida”. Em outras palavras, tutelar o meio ambiente do trabalho, como direito humano fundamental, é proteger a vida do trabalhador.

O Brasil ratificou diversas convenções da OIT sobre segurança, saúde e meio ambiente do trabalho, sendo algumas específicas para determinadas atividades econômicas³⁵ e outras mais abrangentes, que se aplicam a todos os setores da economia, a exemplo das Convenções 155 e 161, de maior interesse deste trabalho.

32 Sobre a cláusula de diálogo ou vaso comunicante entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e outras normas de proteção, cf. MAZZUOLI, op. cit. p. 1086-1087.

33 GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Características Gerais do Direito (especialmente do Direito Internacional) na Pós-Modernidade*. São Paulo: LTr Suplemento Trabalhista, 112/10, p. 513.

34 SANTOS, Adelson da Silva dos. *Fundamentos do Direito Ambiental do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 34.

35 São exemplos de Convenções específicas: Convenção nº 115 sobre radiações ionizantes; Convenção nº 136 sobre benzeno; Convenção nº 139 sobre substâncias ou produtos cancerígenos; Convenção nº 162 sobre asbesto; Convenção nº 167 sobre a Segurança e Saúde na Construção; Convenção nº 170 sobre produtos químicos; Convenção nº 171 sobre trabalho noturno.

3 APLICAÇÃO DAS CONVENÇÕES 155 E 161 DA OIT EM JULGADOS DO TST

A Convenção n. 155 da OIT³⁶ sobre segurança e saúde dos trabalhadores foi aprovada na 67^a reunião da Conferência Internacional do Trabalho em Genebra em 1981 e entrou em vigor no plano internacional em 11.08.83. No Brasil, foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 2, de 17.03.92, e ratificada junto a OIT em 18.05.92, passando a vigorar no direito interno em 18.05.93. A promulgação foi veiculada pelo Decreto nº 1254, de 29.09.94. É considerada o grande marco internacional na proteção à saúde dos trabalhadores, sendo aplicável a todas as áreas de atividade econômica (art. 1) e ao serviço público (art. 3, letra b).

Convém destacar algumas disposições da Convenção n. 155:

De acordo com o art. 3, letra c, o conceito de local de trabalho foi ampliado para abranger não apenas os estabelecimentos comerciais e industriais, mas também qualquer outro lugar onde se exerça o trabalho, sob controle direto ou indireto do empregador e na letra e, adota-se um conceito de saúde mais objetivo, reconhecendo que os elementos físicos e mentais que afetam à saúde estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene do trabalho. No art. 4, determina ao país signatário a formulação, instituição e reexame periódico de uma política nacional em matéria de segurança, saúde e meio ambiente de trabalho. Conforme art. 8, todo Estado-parte deve adotar, por via legislativa, regulamentar ou qualquer outro método, as medidas necessárias para tornar efetiva a política nacional prevista no art. 4. O art. 9 dispõe sobre um sistema de inspeção apropriado, para o controle da aplicação efetiva das normas de proteção, ao qual cabe, inclusive, orientar os empregadores e os trabalhadores quanto ao cumprimento das referidas normas (art. 10).

O art. 13 assegura ao trabalhador o direito à interrupção de atividades que representem perigo iminente e grave, sem que tal interrupção implique imputação de responsabilidade, possibilitando a ocorrência da greve ambiental. Já o art. 14 dispõe sobre a inclusão de questões de segurança, higiene e meio ambiente do trabalho em todos os níveis de ensino e de treinamento, inclusive ensino superior técnico, médico e profissional. Em seu art. 16 estabelece a obrigação do empregador de garantir que os locais de trabalho, o maquinário,

36 Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/504>>. Acesso em: 18 jan. 2014.

os equipamentos, as operações e os processos sejam seguros e não envolvam risco para a segurança e saúde dos trabalhadores. O art. 17 prescreve o dever de duas ou mais empresas, que desenvolvam atividades num mesmo local de trabalho, de colaborar na aplicação das medidas protetivas, acarretando a solidariedade entre as empresas no que tange à saúde e segurança dos trabalhadores. Segundo o art. 19, os trabalhadores e seus representantes devem cooperar no cumprimento das normas de segurança e saúde estabelecidas pela empresa.

Sobre a Convenção n. 155, Figueiredo³⁷ acentua que:

Arnaldo Süsskind destaca a importância dos estudos promovidos pelo PIACT e da Convenção n. 155, dentre outros motivos, por haver ampliado “o conceito de ambiente de trabalho, para fins de segurança e saúde dos trabalhadores. Hoje, é necessário considerar tanto a agressão que o local de trabalho pode sofrer, oriunda do meio ambiente circunvizinho, quanto a poluição, por vezes imensurável, que pode ser gerada no estabelecimento industrial”.

No que se refere à política nacional sobre saúde e segurança dos trabalhadores prevista na referida Convenção, pertinente a observação de Oliveira Silva³⁸:

A preocupação com a efetividade da política nacional de proteção foi tanta que se estipulou a obrigação de os Estados-Membros, dentre outras tarefas, elaborar estatísticas anuais sobre acidentes do trabalho e doenças ocupacionais, bem como realizar sindicâncias toda vez que um acidente do trabalho, um caso de doença ocupacional ou qualquer outro dano à saúde indique uma situação grave, sendo obrigatória também a publicação anual de informações sobre as medidas adotadas para a aplicação da política nacional referida (art. 11, letras c, d e e).

Os compromissos assumidos pelos Estados-Membros da OIT no sentido de por em prática uma política nacional sobre saúde e segurança dos trabalhadores não produziram os resultados esperados, diante do

37 FIGUEIREDO, Guilherme Jose Purvin de. *Direito Ambiental e a saúde dos trabalhadores*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 80-81.

38 OLIVEIRA SILVA, José Antonio Ribeiro de. *A saúde do trabalhador como um direito humano*. São Paulo: LTr, 2008. p. 130-131.

agravamento das estatísticas de acidentes de trabalho em nível nacional³⁹ e internacional, como apontado em Resolução da OIT de 2003.⁴⁰

Percebeu-se que os instrumentos normativos disponíveis não conseguiram deter a tendência de crescimento contínuo dos acidentes e doenças ocupacionais e concluiu-se pela necessidade de fomentar uma cultura preventiva a respeito de segurança e saúde do trabalhador, através da aprovação de um novo documento, fruto de estudos aprofundados sobre a matéria, com o objetivo de estabelecer uma estratégia global e articulada de melhoria contínua do meio ambiente do trabalho e vigilância ininterrupta para alcançar reduções sistemáticas nas estatísticas acidentárias. Neste contexto, foi aprovada pela OIT a Convenção n. 187, em 15.06.2006, intitulada “Marco promocional para a segurança e saúde no trabalho”, em vigor no plano internacional desde 2009, mas ainda não ratificada pelo Brasil.⁴¹

Também é objeto deste trabalho a Convenção n. 161⁴² sobre serviços de saúde no trabalho adotada na 71ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho realizada em Genebra em 1985, em vigor no plano internacional desde 17.2.88. Foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 86, de 14.12.89, do Congresso Nacional, ratificada em

39 Em 2012 foram registrados 724.169 acidentes e doenças do trabalho, entre os trabalhadores assegurados pela Previdência Social. Entre esses registros contabilizou-se o afastamento das atividades de 598.247 trabalhadores devido à incapacidade temporária (315.284 até 15 dias e 282.963 com tempo de afastamento superior a 15 dias), 14.755 trabalhadores por incapacidade permanente, e o óbito de 2.731 cidadãos. Fonte: <<http://www.previdencia.gov.br/estatisticas/aeps-2012-anuario-estatistico-da-previdencia-social-2012/aeps-2012-secao-iv-acidentes-do-trabalho/aeps-2012-secao-iv-acidentes-do-trabalho-tabelas/>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

40 Documento GB.288/3/1, disponível em espanhol em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/refs/pdf/rod288.pdf>>.

41 Em relação à Convenção n. 187 da OIT, em 15/05/2008, foi publicada a portaria interministerial n. 152, dos Ministérios da Previdência Social, do Trabalho e Emprego, e da Saúde, que instituiu uma comissão tripartite de saúde e segurança no trabalho, com o objetivo de avaliar e propor medidas para implementá-la no país e também para revisar e ampliar a proposta da Política Nacional de Segurança e Saúde do Trabalhador - PNSST, aperfeiçoar o sistema nacional de segurança e saúde no trabalho e elaborar um Programa Nacional de Saúde e Segurança no Trabalho, com definição de estratégias e planos de ação para sua implementação, monitoramento, avaliação e revisão periódica, no âmbito das competências do Trabalho, da Saúde e da Previdência Social. Assim, em 7 de novembro de 2011, por meio do Decreto n. 7.602, foi instituída formalmente a PNSST, cujos objetivos são a promoção da saúde e a melhoria da qualidade de vida do trabalhador e a prevenção de acidentes e de danos à saúde advindos, relacionados ao trabalho ou que ocorram no curso dele, por meio da eliminação ou redução dos riscos nos ambientes de trabalho. Tais finalidades devem nortear o Plano Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho (PLANSAT).

42 Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/507>>.

18.05.90, com vigência nacional desde 18.05.91. A promulgação deu-se pelo Decreto n. 127, de 22.5.91.

Extrai-se do seu texto o papel preventivo dos serviços de saúde no trabalho, que deverão ter composição multidisciplinar, de acordo com as tarefas a executar, com a participação, por exemplo, de especialistas em medicina do trabalho, fisioterapeutas, enfermeiros e outras profissões conexas (art. 1, letra *a* e arts. 9 e 11). No Brasil, a Norma Regulamentadora (NR) nº 4, de 1978, em sintonia com o art. 7 da Convenção n. 161, estabelece que os Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho podem ser instituídos por uma empresa, um grupo de empresas, pelos poderes públicos ou pela combinação dessas modalidades. Compete a este Serviço eliminar os riscos existentes à saúde do trabalhador, mantendo um ambiente de trabalho seguro e salubre, através de medidas para a proteção coletiva, e quando tais riscos forem apenas minimizados, deverá o empregador fornecer os Equipamentos de Proteção Individual (EPI), conforme previsto na NR nº 6, de 1978.

O art. 5 da Convenção n. 161 disciplina as funções a serem cumpridas pelos serviços de saúde no trabalho “sem prejuízo da responsabilidade de cada empregador a respeito da saúde e da segurança dos trabalhadores que ele emprega”. O art. 10 prescreve a independência do profissional que atua nos serviços de saúde, a quem compete propor e executar as medidas para identificar os riscos presentes no local de trabalho, acompanhar a saúde dos trabalhadores, promover a adaptação e readaptação profissional, organizar serviços de primeiros socorros, entre outras funções dispostas no art. 5. Já o art. 13 confere aos trabalhadores o direito de receber informações quanto aos riscos para a saúde inerentes ao trabalho.

Sobre o direito à informação, reportamo-nos à análise de Oliveira⁴³:

[...] O empregador está onerado com a obrigação de tomar a iniciativa de prestar as informações dos potenciais malefícios à saúde a que o trabalhador esteja exposto. Por outro lado, empregados e empregadores têm o dever de informar aos serviços de saúde no trabalho a respeito de qualquer fato conhecido, ou pelo menos suspeito, que possa afetar a saúde dos trabalhadores (art. 14). Quanto mais informações tiver o serviço de saúde, melhor será sua atuação

43 OLIVEIRA, op. cit., p.85.

na prevenção e nas avaliações dos nexos causais entre a doença e os riscos existentes no meio ambiente de trabalho.

Importante considerar que, apesar da reconhecida necessidade de aprofundar as medidas de proteção no meio ambiente do trabalho, as Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil, que regulam a matéria, estabelecem diversas normas importantes que servem, segundo Oliveira⁴⁴, para “fundamentar a legalidade de regulamentos baixados pelo Ministério do Trabalho em matéria de segurança e saúde e merecem mais divulgação entre os operadores jurídicos, especialmente para dar mais efetividade aos seus preceitos”. Neste ponto, compete aos magistrados brasileiros, notadamente aos Juízes do Trabalho, estabelecer o diálogo dessas normas internacionais com o direito interno, a fim de aplicar o melhor direito ao caso concreto.

Neste norte, a aplicação das Convenções n. 155 e 161, combinadas com dispositivos constitucionais, em recentes julgados do Tribunal Superior do Trabalho (TST), relatados pelo Ministro Maurício Godinho Delgado, sinaliza para a consolidação da jurisprudência trabalhista alicerçada na prevalência da dignidade humana sobre interesses econômicos.

Para os fins deste trabalho, selecionamos as ementas de três acórdãos⁴⁵ que fazem menção à Convenção n. 155 da OIT, com destaque em itálico para os excertos que expressam o entendimento em foco:

RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. CLÁUSULA NONA. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PAGAMENTO PROPORCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. *DIREITO REVESTIDO DE INDISPONIBILIDADE ABSOLUTA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTS. 1º, III, 7º, CAPUT, XXII, XXIII E 170. CONVENÇÃO 155 DA OIT.* CANCELAMENTO DO ITEM II DA SÚMULA 364/TST. Pelo princípio da adequação setorial negociada as normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre uma certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justralhistas

44 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Estrutura normativa da segurança e saúde do trabalhador no Brasil*. Revista Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 45, n. 75, p. 114.

45 Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 18 jan. 2014.

desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta). *Por sua vez, o ordenamento jurídico, notadamente a partir da Constituição Federal de 1988, expressamente elegeu a saúde como direito social, garantindo proteção, bem-estar e integridade física aos trabalhadores. Note-se que a CF estipula, como direito dos trabalhadores, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII). Essa inclusive é a exegese da Convenção nº 155 da OIT, ratificada pelo Brasil em 18.05.1992, que expressamente estabelece a adoção de medidas relativas à segurança, à higiene e ao meio ambiente do trabalho.* Nessa diretriz, o Pleno do TST, na sessão do dia 24.5.2011, cancelou o item II da Súmula 364 do TST, que permitia a fixação do adicional de periculosidade em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, desde que pactuado em acordo ou convenção coletivos. *Nesse aspecto, por se tratar o adicional de periculosidade de medida de saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (CLT, art. 193, § 1º), é vedada, pelo ordenamento jurídico pátrio, qualquer mitigação, ou seja, não podem o ACT, a CCT ou a sentença normativa flexibilizar o percentual em patamar inferior ao legal, proporcionalmente ao tempo de exposição ao risco.* Na hipótese dos autos, o parágrafo primeiro da cláusula nona do Acordo Coletivo de Trabalho elide direito revestido de indisponibilidade absoluta dos trabalhadores, ao estipular o pagamento do adicional de periculosidade no valor equivalente a 13% do valor do salário base. A norma coletiva, fixada nesses termos, não deve ser acolhida. Recurso ordinário desprovido. (TST - RO: 52000-45.2009.5.07.0000, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 13/08/2012, Seção Especializada em Dissídios Coletivos)

RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. INTERVALO INTRAJORNADA. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA. REDUÇÃO DOS RISCOS INERENTES À SEGURANÇA E À SAÚDE DO TRABALHADOR. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTS. 1º, III, E 7º, XXII. CONVENÇÃO 155 DA OIT. ARTS. 71, § 4º, 235-C, § 3º, E 235-D, I E II, TODOS DA CLT. SÚMULA 437 DO TST. DIREITO REVESTIDO DE INDISPONIBILIDADE ABSOLUTA.

IMPOSSIBILIDADE DE SUPRESSÃO. Pelo princípio da adequação setorial negociada, as normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre uma certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justrabalhistas desde que respeitadas certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta). *Por sua vez, o ordenamento jurídico, notadamente a partir da Constituição Federal de 1988, expressamente elegeu a saúde como direito social, garantindo proteção, bem-estar e integridade física aos trabalhadores. Note-se que a Constituição Federal estipulou, como direito dos trabalhadores, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Essa inclusive é a orientação que se extrai da Convenção nº 155 da OIT, ratificada pelo Brasil em 18.05.1992, que expressamente estabelece a adoção de normas relativas à segurança, à higiene e ao meio ambiente do trabalho. A CLT prevê, por sua vez, em seu artigo 71, que, em qualquer trabalho contínuo cuja duração exceda de seis horas, é obrigatória a concessão de um intervalo mínimo de 1 hora para repouso e alimentação e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo, poderá exceder de duas horas. Nota-se, assim, que a norma coletiva somente poderá majorar o período de intervalo, nunca diminuí-lo.* Especificamente em relação à categoria dos motoristas, atente-se para aos arts. 235-C, § 3º, 235-D, I e II, da CLT, acrescentados pela Lei 12.619/2012. *Pela nova Lei, foi estabelecida a obrigatoriedade de concessão de intervalo mínimo de 30 minutos de descanso para cada quatro horas de tempo ininterrupto de direção, além de uma hora para alimentação do trabalhador motorista. Os intervalos intrajornadas previstos nesses dispositivos legais refletem norma que pretende reduzir os riscos inerentes ao trabalho, além de constituir medida de saúde e higiene do trabalhador e, por essas razões, não podem ser suprimidos pela vontade das partes. Isso porque a negociação coletiva não tem poderes para eliminar ou restringir direito trabalhista peculiar e expressamente fixado por regra legal, salvo havendo específica autorização da ordem jurídica estatal. Em se tratando de regra fixadora de vantagem relacionada à redução dos riscos e malefícios no ambiente do trabalho, de modo direto e indireto, é enfática a proibição da Constituição ao surgimento da regra negociada menos favorável (art. 7º, XXII, CF).* Pondere-se ainda que, com respeito ao item II d antiga OJ 342 da SDI-1 do TST, que previa a redução do intervalo intrajornada, mediante negociação

coletiva, essa era restrita ao segmento do transporte público coletivo urbano, tendo-se feito mediante o alcance de contrapesos favoráveis relevantes, quer dizer: a) redução da jornada de trabalho para sete horas diárias ou quarenta e duas semanais, ou menos do que isso; b) ausência de prestação de horas extras; c) que sejam concedidos intervalos menores e fracionados ao final de cada viagem, não descontados da jornada. De todo modo, com o advento da Lei n. 12.619, que entrou em vigor em 11.9.2012, o TST decidiu cancelar o item II da Súmula 342 da SDI-1, incorporando na nova Súmula 437, que trata de intervalos, apenas o antigo item I dessa mesma OJ. *Desse modo, não há como prevalecer cláusula que além de suprimir os intervalos intrajornadas legalmente previstos, exclui a obrigação do pagamento como extra do direito não usufruído.* Recurso ordinário provido. (TST - RO: 3980-02.2012.5.04.0000, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 15/04/2013, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 19/04/2013)

DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA ECONÔMICA. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. COMPENSAÇÃO HORÁRIA. ATIVIDADE INSALUBRE. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA. REDUÇÃO DOS RISCOS INERENTES À SEGURANÇA E À SAÚDE DO TRABALHADOR. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTS. 1º, III, 7º, VI, XIII, XIV, XXII, 170, CAPUT e 225. CONVENÇÃO 155 DA OIT. DIREITO REVESTIDO DE INDISPONIBILIDADE ABSOLUTA. IMPOSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO. *A Constituição Federal estipulou, como direito dos trabalhadores, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Essa inclusive é a orientação que se extrai da Convenção nº 155 da OIT, ratificada pelo Brasil em 18.05.1992, que expressamente estabelece a adoção de medidas relativas à segurança, à higiene e ao meio ambiente do trabalho. No caso de atividades insalubres, para regularidade da prorrogação da jornada, é necessário que seja dada licença prévia de autoridade competente em matéria de higiene e saúde (art. 60 da CLT). Nesse contexto, mesmo que haja norma coletiva autorizando o regime compensatório em atividade insalubre, é imprescindível a observância da obrigação de haver inspeção e permissão das autoridades competentes, na forma do citado art. 60 da CLT. Isso porque a negociação coletiva trabalhista não tem poderes para eliminar ou restringir direito trabalhista imperativo e expressamente fixado por regra legal, salvo havendo específica autorização da ordem jurídica estatal. Em se tratando de regra fixadora*

de vantagem relacionada à redução dos riscos e malefícios no ambiente do trabalho, de modo direto e indireto, é enfática a proibição da Constituição ao surgimento da regra negociada menos favorável (art. 7º, XXII, CF). Em coerência com essa nova diretriz, o Tribunal Pleno do TST cancelou a Súmula 349/TST, cancelando também outros verbetes que flexibilizavam a legislação na área de saúde e segurança laborais (item II da Súmula 364 e OJ Transitória 4 da SDI-1 do TST). *Desse modo, não há como prevalecer cláusula que faculte compensação de jornada nas atividades insalubres independentemente de licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho.* Recurso ordinário provido.

(TST-RO: 10634-73.2010.5.04.0000, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 13/05/2013, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 17/05/2013) (grifos nossos)

Em síntese, os julgados acima ementados reconhecem a impossibilidade de dispor, transacionar ou flexibilizar direitos que guardam relação com a proteção da saúde, segurança e integridade física dos trabalhadores, através de normas coletivas pactuadas em Convenções ou Acordos Coletivos de Trabalho. Imperioso ressaltar, ainda, o importante papel desempenhado pelo Ministério Público do Trabalho no sentido de impugnar cláusulas coletivas fixadas ou acordadas em dissídios coletivos ajuizados perante os Tribunais Regionais do Trabalho, em flagrante prejuízo aos direitos do trabalhador à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio da adoção de medidas relativas à segurança, à higiene e ao meio ambiente do trabalho.

Na mesma diretriz, vejamos abaixo a ementa de um acórdão⁴⁶ que faz referência à Convenção n. 161 da OIT:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RECUSA DA EMPRESA EM ACEITAR O EMPREGADO APÓS FINDO O BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO EM RAZÃO DE ALTA DO INSS. ART. 6º E ART. 7º, XXII E XXVIII, CF. CONVENÇÃO 161 DA OIT. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. A presente lide envolve pedido de obrigação de fazer, qual seja, a determinação para que a Reclamada permita o retorno do Reclamante ao trabalho, em atividade compatível com seu estado de saúde, cumulado com pedido de pagamento das

46 Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 18 jan. 2014.

verbas salariais devidas a partir da alta previdenciária. *Consta do acórdão regional que a Reclamada se recusou a colocar o Reclamante em função compatível com sua capacidade física, permanecendo, assim, o vínculo de emprego, porém sem oferta de trabalho e sem pagamento de salário. O Regional manteve a determinação para que a Reclamada permita o retorno do Reclamante ao trabalho, em função compatível com seu estado de saúde, cabendo ao médico do trabalho da empresa avaliar as condições de saúde do trabalhador, sob pena de multa, em tutela antecipada. Além disso, condenou a Reclamada no pagamento dos salários e consectários legais, desde a alta previdenciária até o seu efetivo retorno ao trabalho. A decisão recorrida, portanto, não merece reforma, pois está em conformidade com a ordem jurídica atual, que aloca o indivíduo em posição especial no cenário social, despontando nítido o caráter precursor do direito à dignidade da pessoa humana (1º, III, da CF) sobre todo o sistema constitucional. O texto celetista, concretizando os primados constitucionais ligados à saúde no meio ambiente laboral (art. 6º, 7º, XXII, XXVIII, 196, 200, VIII, CF), estipula obrigação do empregador na prevenção de doenças ocupacionais (art. 157). Ademais, a Convenção nº 161 da OIT impõe, como princípio de uma política nacional, - a adaptação do trabalho às capacidades dos trabalhadores, levando em conta seu estado de sanidade física. Registre-se que é desnecessário que o Reclamante se submeta a processo de reabilitação profissional, junto ao INSS, para fins de readaptação no trabalho. Isso porque, segundo o ordenamento jurídico pátrio, o empregador também é responsável pela manutenção e respeito aos direitos fundamentais do Autor, devendo zelar pela afirmação de sua dignidade e integração no contexto social - e a readaptação de suas funções no processo produtivo de empresa faz parte deste mister. Não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os termos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido. (TST - AIRR: 304-05.2011.5.02.0431, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 19/06/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/06/2013) (grifos nossos)*

Em sintonia com a Convenção n. 161 e os mandamentos constitucionais, o julgado retromencionado reafirma o dever do empregador de zelar pela saúde e readaptação ao trabalho de seus empregados, através da atuação dos serviços de saúde no trabalho, não cabendo transferir tal responsabilidade à entidade previdenciária, após a cessação do benefício por incapacidade.

Os arestos colacionados neste trabalho indicam apenas algumas situações fáticas em que as Convenções 155 e 161 da OIT contribuíram para a melhor aplicação do direito, visando à proteção da segurança e da saúde do trabalhador. Há, certamente, diversas outras hipóteses em que as referidas normas internacionais poderão ser aplicadas em benefício da saúde e integridade física do trabalhador, na garantia de um meio ambiente do trabalho saudável e equilibrado.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aceleração do processo de globalização econômica, a partir da segunda metade do século XX, é caracterizada pelo crescimento e liberalização da produção industrial e comercial, alta competitividade no mercado internacional, mobilidade e volatilidade do capital e precarização do trabalho. Este cenário gerou uma conjuntura econômica e social que dificulta a concretização da atividade normativa da OIT e coloca em risco o sistema internacional de proteção ao trabalho. A exposição de trabalhadores a exaustivas jornadas de trabalho e aos riscos oferecidos pelo trabalho em condições adversas contribui para o crescente aumento do registro de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais, comprometendo a vida, a saúde e a integridade física do ser humano.

O enfrentamento dos problemas gerados pelo processo inequitativo de globalização depende, necessariamente, da conscientização e mobilização dos trabalhadores e da sociedade organizada e da intervenção estatal, colocando freios no processo de desregulamentação e flexibilização das normas trabalhistas, tanto em nível nacional como internacional.

O Brasil é signatário de diversas convenções internacionais do trabalho incorporadas ao direito interno, notadamente normas de proteção à saúde e segurança do trabalho, a exemplo das Convenções 155 e 161 abordadas neste artigo, que visam impedir agressões ao meio ambiente do trabalho e ao meio ambiente geral. Certamente, não basta ratificar tratados internacionais, sendo necessário colocá-los em prática, seja pela regulamentação, fiscalização e aplicação nas demandas judiciais envolvendo a regulação das condições de trabalho de determinadas categorias profissionais.

No que se refere à prática jurídica, é notável o papel a ser exercido pelos juízes e Tribunais brasileiros, no sentido de construir um arcabouço

jurídico que sublima a proteção da vida e da dignidade humana, por meio de uma leitura e interpretação integrada da ordem jurídica internacional com a nacional.

Não resta dúvida que as Convenções da OIT sobre meio ambiente do trabalho ratificadas pelo Brasil podem contribuir para a fixação de uma nova cultura jurídica pautada em valores e princípios consagrados pelo consenso internacional que privilegiem a saúde, a segurança e o bem-estar do trabalhador. É o caminho perfilhado por recentes julgados do Tribunal Superior do Trabalho citados neste trabalho, que devem servir de norte para a divulgação das normas internacionais e consolidação da jurisprudência pátria.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CRIVELLI, Ericson. *Direito Internacional do Trabalho Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Características Gerais do Direito (especialmente do Direito Internacional) na Pós-Modernidade*. São Paulo: LTr Suplemento Trabalhista, 112/10.

FERNANDES, Fábio. *Meio Ambiente Geral e Meio Ambiente do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

FIGUEIREDO, Guilherme Jose Purvin de. *Direito Ambiental e a saúde dos trabalhadores*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

_____. Direito Ambiental Internacional e o Controle e Eliminação do uso do amianto no ambiente do trabalho. *Revista de Direitos Difusos*, ano III, v. 15, set./out. 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Humanos Fundamentais*. 5. ed. revista e ampliada. São Paulo: RCS, 2007.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos Direitos Humanos*. Barueri: Manole, 2005.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2013.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010.

_____. *Estrutura normativa da segurança e saúde do trabalhador no Brasil*. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 45, n. 75, jan./jun. 2007.

OLIVEIRA SILVA, José Antonio Ribeiro de. *A saúde do trabalhador como um direito humano*. São Paulo: LTR, 2008.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional*. Tradução de Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Adelson da Silva dos. *Fundamentos do Direito Ambiental do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

ZIMMERMAN, Cirlene Luiza. *A Ação Regressiva Acidentária como Instrumento de Tutela no Meio Ambiente de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

A EFETIVIDADE DO PRECEDENTE JUDICIAL COMO TÉCNICA DE CONTROLE DO EXCESSO DE DEMANDA JUDICIAL

THE EFFECTIVENESS OF JUDICIAL PRECEDENTE AS A TECHNIQUE FOR CONTROLLING THE OVERUSE OF LAWSUIT

Vanessa Maria Trevisan¹

Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

SUMÁRIO: Introdução; 1 O perfil da demanda judicial brasileira; 2 O precedente judicial; 2.1 O precedente judicial no sistema da *common law*; 2.2 O precedente judicial no sistema jurídico brasileiro; 2.3 As diversas técnicas para a construção do precedente no sistema jurídico brasileiro; 3 A defesa e a crítica da introdução do 'precedente judicial obrigatório' no ordenamento jurídico brasileiro; 4 O atual estágio de desenvolvimento de algumas das técnicas introduzidas; 5 O controle da demanda judicial – outras possibilidades; 6 Conclusão; Referências.

¹ 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. Mestranda do Centro Universitário de Brasília – CEUB. E-mail: vanessatrvsn@gmail.com.

RESUMO: Este artigo realizou um estudo sobre a utilização do precedente e dos institutos processuais civis que dão ênfase à padronização dos julgados como forma de controlar o excesso de demanda judicial. Iniciou-se pela exposição da atual situação do Poder Judiciário. Abordaram-se, na seqüência, os pontos de aproximação e distinção entre o precedente judicial na *common law* e o precedente judicial no ordenamento jurídico brasileiro, para, em seguida, analisar as críticas que são apresentadas a esse último. Prosseguiu-se com a análise do atual estágio de desenvolvimento de algumas das técnicas de padronização de julgamentos já introduzidas em nosso ordenamento jurídico, a fim de investigar sua eficácia e adequação para o controle da demanda. Assim, em face do atual estágio da ciência, concluiu-se que o precedente judicial não é suficiente, tampouco o mais importante instrumento para a solução da questão relativa à racionalização da demanda judicial brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Precedente Judicial. Gestão Processual. Controle de Litigiosidade. Excesso de Litigiosidade. Efetividade.

ABSTRACT: This present article carried out a study about the utilization of precedent and civil procedural institutes that focus on standardizing judged as a way to control the overuse of lawsuit. It began with the narrative of the current situation of the Judiciary. The approaching points and also the distinction among the judicial precedent in common law and the judicial precedent in the Brazilian legal system were mentioned in the sequence to examine the complaints given to them. They kept going with the analysis of the current stage of development of some of the technical standardization of judgments already introduced in our legal system in order to investigate their effectiveness and suitability for controlling demand. Thus, close to the actual stage of science, it was concluded that judicial precedent is not enough, nor the most important instrument for the solution of the issue of rationalizing the Brazilian lawsuit.

KEYWORDS: Judicial Precedent. Process Management. Control of the Litigation. Excess of the Lawsuit. Effectiveness.

INTRODUÇÃO

Este artigo pretende realizar a análise do precedente judicial e dos institutos jurídicos brasileiros a ele correlatos como técnicas de padronização decisória utilizadas com a finalidade de alcançar uma melhor gestão processual e como instrumento para a redução do excesso de demandas.

Com efeito, muitos autores defendem de forma enfática uma maior vinculação dos tribunais inferiores às decisões dos tribunais superiores, relacionando diversos benefícios que adviriam ao sistema jurídico brasileiro como um todo. Outros autores, ao contrário, rechaçam veementemente a ideia, afirmando que tal vinculação vai de encontro à tradição do nosso sistema jurídico, calcada no amplo contraditório e no livre convencimento do juiz, e causa a estagnação na evolução do pensamento jurídico crítico.

É certo, ainda, dentre os argumentos favoráveis à atribuição de maior força normativa a determinados julgamentos, a fim de erigi-lo à condição de precedente a ser obrigatoriamente observado pelas instâncias inferiores, é possível observar diversos matizes: ora é apontado como fator para conferir maior igualdade entre as partes, ora para conferir maior isonomia entre todos aqueles que estão na mesma situação jurídica, ora para conferir maior presteza no julgamento dos processos, ora para conferir maior segurança jurídica ao ordenamento como um todo etc.

Todavia, neste artigo pretende-se enfocar, tão somente, um dos aspectos apontados como favoráveis, ou seja, o objetivo é refletir se a adoção de tal instrumento tem o condão, ou não, de causar melhora significativa no funcionamento do Poder Judiciário, aqui no que se refere à redução do excesso da demanda observada nas últimas décadas.²

Desta forma, optou-se por, primeiramente, apresentar um breve panorama da demanda judicial brasileira, para, em seguida, abordar o conceito de precedente, delimitando-o para os fins deste trabalho. Posteriormente, foi feita a análise crítica acerca da utilização do

² Necessário anotar que alguns não veem o alto nível de litigiosidade brasileira de forma pessimista. Ao contrário, vêem nisso um fator de otimismo, posto que o significativo número de ações judiciais revelaria o grau de confiança que o brasileiro deposita no Poder Judiciário, como local adequado para a solução de seus conflitos de interesses, e revelaria, também, um maior esclarecimento do cidadão a respeito dos seus direitos e uma maior acessibilidade dos serviços jurídicos e judiciários. É certo, contudo, que tal nível de litigiosidade revela, da mesma forma, o insucesso de outros meios para a solução dos conflitos.

instrumento (precedente) para os fins anteriormente referidos (gestão e controle de demanda judicial).

Isto porque, embora alguns institutos já tenham sido introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro, bem como outros estejam em vias de ser, por intermédio do projeto do novo Código de Processo Civil e outras proposições legislativas esparsas, é certo que de tempos em tempos é necessário percorrer, novamente, antigos caminhos que originaram nossa atual compreensão do tema, bem como observar o direito em ação, seus defeitos e qualidades, em prol da elucidação dos novos questionamentos apresentados, o que será buscado no decorrer deste artigo.

1 O PERFIL DA DEMANDA JUDICIAL BRASILEIRA

Antes de adentrar no tema propriamente dito, qual seja, a utilização do precedente judicial como técnica de gestão e controle da demanda judicial, é imprescindível saber exatamente o que compõe esta demanda. Isto porque o estudo das formas de solucionar uma determinada questão (no caso, o excessivo número de processos judiciais e de recursos) somente pode vir após o exato diagnóstico desta questão.³

Assim, cumpre anotar que o Brasil atingiu, em 2012, a marca de 92,2 milhões de processos judiciais em tramitação. Desse total, 28,2 milhões foram novos casos. E, para fazer frente à tamanha demanda, o Poder Judiciário contabilizou, no ano de 2012, despesa de R\$ 57,2 bilhões – sendo que 88,7% desse montante foi gasto com recursos humanos.⁴

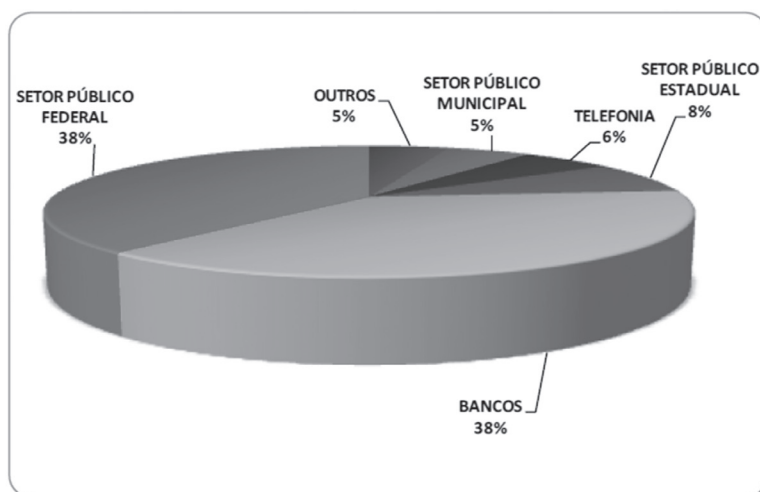
No ranking nacional, que é a compilação dos processos dos tribunais federais, trabalhistas e estaduais, no ano de 2010, figuravam entre os 10 maiores litigantes nacionais o INSS, a Caixa Econômica Federal e a Fazenda Nacional. O INSS era o maior litigante nacional, correspondendo a 22,33% das demandas dos cem maiores litigantes nacionais, seguido pela Caixa Econômica Federal, com 8,7%, e pela

3 Conforme já observado por Arnaldo Castelar Pinheiro: 'Não deixa de surpreender o contraste que se observa entre, de um lado, o grau de insatisfação com o Judiciário e a importância e urgência que se atribui a melhorar o seu funcionamento e, de outro, o pouco conhecimento disponível sobre esse poder. Dos três ramos do governo, o Judiciário é, certamente, o menos estudado'. (PINHEIRO, Armando Castelar. *Judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados*, 2003a, p. 10). Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_0966.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2014.

4 Conforme sumário executivo do relatório Justiça em Números 2013, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/sumario_exec_jn2013.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2014.

Fazenda Nacional, com 7,4%. No âmbito privado, as empresas de telefonia e as instituições financeiras são as que mais figuram como parte em ações judiciais.⁵

Ademais, não é irrelevante apontar que, conforme levantamento do Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2010, o Poder Público (União, Estados e Municípios) respondia por 51% das ações propostas perante o Poder Judiciário pelos 100 maiores litigantes, sendo que o setor público federal respondia, sozinho, com 38% deste percentual⁶:

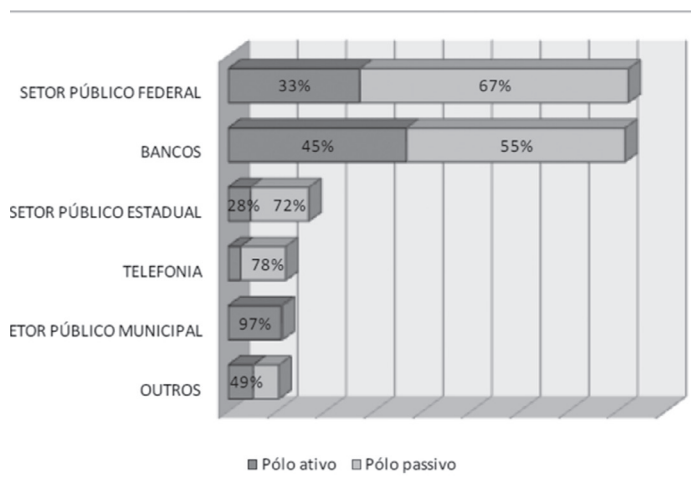


No mesmo ano, e ainda em relação aos processos relativos aos 100 maiores litigantes, constatou-se que, dentre as demandas nas quais a União Federal, órgão ou agência a ela relacionada estava envolvida, em 67% ela figurava como ré e 33% como autora. Os Estados e Municípios respondiam, também, por importante parcela da demanda judicial, figurando com semelhante frequência no pólo passivo⁷.

5 Em consonância com as informações divulgadas pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponíveis em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2014.

6 Gráfico elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2014.

7 Gráfico elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2014.



Necessário consignar, ainda, que grande parte das ações judiciais nas quais o Poder Público figura como demandante se referem a execuções fiscais. Assim, no ano de 2012, 32% de toda a tramitação do Poder Judiciário, ou seja, aproximadamente 29,3 milhões de processos tinham como objetivo o recebimento de tributos.⁸

Ademais, as vezes uma única política pública também impacta de forma significativa o Poder Judiciário. Anote-se, por exemplo, a questão atinente aos planos econômicos brasileiros, que deram origem às ações judiciais tendentes a recuperar os denominados '*expurgos inflacionários*'. Neste sentido, o IDEC – Instituto de Defesa do Consumidor estimou a existência de aproximadamente 700.000 ações individuais e pouco mais de 1.000 ações civis públicas impetradas por defensorias públicas, associações e entidades que defendem os direitos dos consumidores⁹, o que, a toda evidência, gera uma profusão de recursos, incidentes e execuções. O mesmo ocorre com outras políticas públicas de largo alcance, em virtude dos questionamentos em massa que são apresentados pelos jurisdicionados.

8 Em consonância com informação publicada pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/sumario_exec_jn2013.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2014.

9 Ministro do STF suspende correção de planos econômicos. O GLOBO. 27 ago. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia-e-negocios/noticia/2010/08/ministro-do-stf-suspende-correcao-de-planos-economicos.html>>. Acesso em: 08 fev. 2014. Lembrando que, neste caso, as ações são propostas não somente em face de todas as instituições financeiras, públicas, mas também em face das instituições financeiras privadas nas quais os consumidores mantinham depósitos em conta poupança.

Por outro vértice, o exame atento das estatísticas do Supremo Tribunal Federal também impressiona. O acervo de processos na Corte Constitucional, em 07 de fevereiro de 2014, era de 69.211 processos em tramitação, sendo que, desse total, 19.002 referiam-se a processos de sua competência originária e 50.209 referem-se a processos de competência recursal.¹⁰

Desta forma, a atuação do Supremo Tribunal como corte ordinária e recursal é muito maior se comparada à sua atuação como corte constitucional, sendo certo que de 1988 a 2009, essa última forma de atuação jamais ultrapassou 3% do total de processos.¹¹

Contudo, necessário consignar que muitas matérias são repetitivas e muitos recursos são interpostos para retardar o cumprimento de uma obrigação. Assim, conforme levantamento realizado no ano de 2000, os 86.000 casos julgados pela Corte Constitucional, naquele período, diziam respeito, tão somente, a 100 temas diferentes.¹² Ademais, o Poder Público responde por aproximadamente 90% dos recursos que chegaram ao Supremo Tribunal Federal até os dias atuais, em especial o Poder Executivo, que é o recorrente em 87% dos recursos interpostos pela administração pública.¹³

No Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios a situação não é muito distinta do panorama nacional acima delineado. Para fazer frente a toda sua demanda judicial, o TJDFT contabilizou, no ano de 2012, um orçamento de R\$ 1.680.507.116, sendo que, desse montante, 90,7% é empregado em recursos humanos.¹⁴

É certo, ainda, que Poder Público também responde por grande parte da demanda judicial no TJDFT. Somados os processos das Varas de Fazenda Pública, Juizados Especiais de Fazenda Pública e Vara de

10 Informação divulgada pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em :<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>>. Acesso em: 08 fev. 2014.

11 Referida informação está contida no relatório Supremo em Números. Disponível em: <http://supremoemnumeros.fgv.br/sites/supremoemnumeros.fgv.br/files/attachment/i_relatorio_do_supremo_em_numeros_0.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2014.

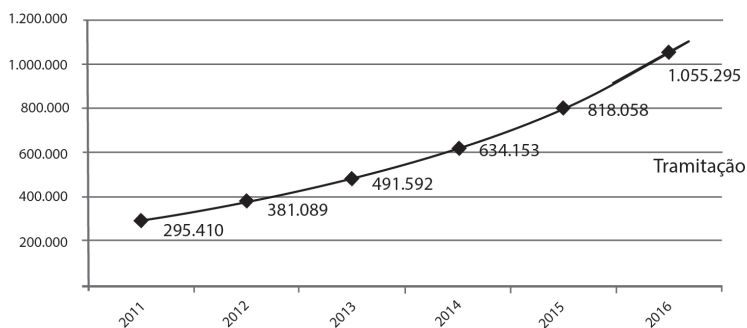
12 PINHEIRO, op. cit. 2003a, p. 20.

13 Conforme informações contidas no relatório Supremo em Números. Disponível em: <http://supremoemnumeros.fgv.br/sites/supremoemnumeros.fgv.br/files/attachment/i_relatorio_do_supremo_em_numeros_0.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2014.

14 Informação contida no relatório Justiça em Números 2013, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>. Acesso em 08 fev. 2014.

Execuções Fiscais, chegou-se, em 2013, a cifra de aproximadamente 280.000 processos em tramitação envolvendo o Governo, seus órgãos, agências e empresas, de um total de 723.811, o que representa aproximadamente 38,68% da demanda judicial da primeira instância.¹⁵

Ademais, conforme estudo elaborado pela Coordenadoria de Correição e Inspeção Judicial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, mantidas as mesmas condições, somente as execuções fiscais representarão, no ano de 2016, mais de metade das ações judiciais em curso no âmbito do TJDFT.¹⁶



Ora, segundo estudo patrocinado pelo Conselho Nacional de Justiça e elaborado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, no ano de 2011, um processo de execução fiscal custava em média aos cofres públicos da União o valor de R\$ 4.300,00 (quatro mil e trezentos reais) e tinha tempo médio de tramitação de 8 anos, 2 meses e 9 dias.¹⁷

Todavia, as execuções fiscais com valor até R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), representavam, no ano de 2013, 48,94% do total das execuções fiscais em tramitação no TJDFT, demandando, assim, a utilização de uma enorme estrutura física e humana para sua tramitação, incompatível com o benefício a ser alcançado.

15 Dados retirados dos sistemas informatizados internos do TJDFT no período de 4 a 13/09/2013, pela COCIJU, Coordenadoria de Correição e Inspeção Judicial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

16 Gráfico elaborado pela COCIJU, Coordenadoria de Correição e Inspeção Judicial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

17 Comunicado do IPEA nº 83, de 31 de março de 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunicadoipea83.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2013.

Por fim, estabelecido um breve panorama sobre o quantitativo da demanda submetida ao Poder Judiciário brasileiro, não é irrelevante apresentar um relato sucinto sobre o diagnóstico desta demanda feito pelos próprios magistrados.

Isto porque, se o precedente é instrumento a ser utilizado pela administração pública como um todo, mas em especial pelos magistrados, como técnica de controle do excesso de demanda e de gerenciamento processual (matéria objeto deste artigo), torna-se imprescindível verificar o que, na visão dos magistrados, necessita ser reformulado e, em especial, qual o instrumento adequado para alcançar tal finalidade.

Ora, se os magistrados são os aplicadores últimos do precedente judicial, no ato de decisão final daqueles conflitos que não foram solucionados em outras esferas, públicas ou privadas, é certo que eles devem compreendê-lo como um instrumento eficaz àquilo que se propõe, caso contrário, ele terá seu alcance limitado ou até mesmo obstruído.

Com efeito, conforme estudo promovido por Armando Castelar Pinheiro¹⁸, os magistrados e empresários apontam os mesmos problemas em relação ao Poder Judiciário, em especial a morosidade, o alto custo de acesso e a falta de previsibilidade. Assim, constatou-se que tanto os operadores internos como os operadores externos do sistema identificam os mesmos problemas a serem enfrentados pela sociedade brasileira.

Dentre esses três aspectos apontados, forçoso reconhecer que a morosidade e a falta de previsibilidade guardam estreita relação com o excesso de volume da demanda judicial submetida ao Poder Judiciário.

Isto porque os magistrados entrevistados no referido estudo apontaram que a primeira causa da existência de morosidade diz respeito ao grande número de ações nas quais se pretende, tão somente, adiar o cumprimento de uma obrigação.¹⁹

18 PINHEIRO, op. cit., 2003a, p. 43. O estudo foi realizado no ano de 2002, mas, ainda que passados 11 anos, continua válido em suas premissas, haja vista que os tópicos ali mencionados não sofreram alterações legislativas ou políticas substanciais. O estudo completo está disponível em :<http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando_Castelar_Pinheiro2.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2014.

19 Idem, 2003a, p. 45. De acordo com a referida pesquisa, a percepção dessa prática é frequente na área tributária, particularmente na esfera federal, ou, ainda, em causas envolvendo empréstimos, aluguéis, contratos comerciais e relações trabalhistas. Ademais, os magistrados entrevistados na pesquisa observaram que esse tipo de comportamento também é muito frequente por parte do próprio setor público, especialmente pela União Federal.

Os entrevistados apontaram, ainda, outras causas para a morosidade judicial, dentre elas: o excesso da demanda; a insuficiência de recursos materiais e humanos; as deficiências do ordenamento jurídico e suas constantes alterações²⁰; a ineficiência administrativa; a própria forma de atuação dos operadores do Direito, aqui incluídos juízes, promotores, advogados e demais profissionais que participam da tramitação do feito.

Por outro vértice, no que se refere à previsibilidade, os magistrados apontaram que este é um dos aspectos que impacta de forma significativa o volume de litígios levados ao Poder Judiciário. Isto porque não havendo previsibilidade, muitas partes insistem na propositura de ações e na interposição de recursos, na tentativa de obter um provimento jurisdicional favorável em matéria ainda não pacificada.

Ademais, no estudo anteriormente mencionado, a previsibilidade foi analisada tanto em relação aos fatores internos como em relação aos fatores externos ao Poder Judiciário. E, em relação a esses fatores externos, dois fenômenos foram apontados como importantes: a judicialização do conflito político e a politização do Poder Judiciário

No primeiro aspecto, qual seja, a judicialização do conflito político, cumpre consignar que, conforme observado pelo autor da pesquisa, se tornou evidente, em especial nos últimos anos, a tendência dos poderes políticos transferirem para o Poder Judiciário conflitos de caráter eminentemente político, que não são resolvidos nas esferas apropriadas para tal fim.²¹

O segundo aspecto, qual seja, a politização do Poder Judiciário, traz, na referida pesquisa, a questão do papel contra majoritário a ser exercido pelos Tribunais, papel alvo tanto de ardorosas defesas, como, também, de veementes críticas, mas que, a toda evidência, tem sido cada dia mais frequente nos litígios que envolvem o meio ambiente, os

20 Com efeito, não somente a ausência de legislação sobre determinada matéria, mas, principalmente, a legislação contraditória, omissa etc. e as constantes alterações das leis, conforme a vontade política dominante em determinado momento, causa, por inúmeras vezes, a necessidade de rever matérias já pacificadas pelos tribunais e enseja, por conseguinte, a interposição de vários recursos, tornando a tramitação mais morosa e dificultando a estabilização da jurisprudência e a segurança jurídica.

21 PINHEIRO, op. cit., 2003a, p. 23. PINHEIRO anota, ainda, que foi apontado, neste aspecto, a dificuldade enfrentada pelo Legislativo para obter maiorias que permitam aprovar leis bem definidas, razão pela qual referido Poder acaba por aprovar textos gerais e por vezes ambíguos, transferindo o ônus de clarificar e resolver essas ambiguidades ao Poder Judiciário.

direitos do consumidor, a regulação dos serviços públicos e questões trabalhistas e previdenciárias.²²

Estabelecidas essas premissas iniciais sobre a demanda judicial, cumpre discorrer, ainda que brevemente, sobre o conceito de precedente judicial e o alcance que será dado a este vocábulo no presente artigo.

2 O PRECEDENTE JUDICIAL

O vocábulo ‘precedente’ assume diversas feições. Com efeito, no uso cotidiano, precedente significa ‘aquilo que precede’, ‘aquilo que é anterior’.

O vocábulo pode, também, em uma linguagem mais técnica, significar a primeira decisão sobre determinada matéria, enfatizando-se, assim, o ineditismo de seu conteúdo, ou, ainda, significar uma decisão que serve como parâmetro para orientar a futura forma de atuação em casos análogos.

Utilizam-se, ainda, as expressões ‘precedente judicial’ e ‘precedente administrativo’, para o fim de distinguir a autoridade ou órgão que produziu o precedente. Distingue-se, assim, o precedente resultante de uma decisão adotada por um órgão do Poder Judiciário, no exercício de suas funções típicas, isto é, no exercício da atividade jurisdicional (precedente judicial), e o precedente resultante de uma decisão adotada por um órgão da administração pública, no exercício de outras funções que não aquelas relacionadas à prestação jurisdicional (precedente administrativo).

Fala-se, também, em ‘precedente obrigatório’ e ‘precedente não obrigatório ou persuasivo’, para o fim de distinguir aqueles precedentes que, por expressa previsão legal, devem ser observados pelas instâncias inferiores, daqueles precedentes que são naturalmente seguidos pelas instâncias inferiores quando

²² Idem, 2003a, p. 24. Ademais, conforme asseverado pelo mesmo autor, na pesquisa acima mencionada, a politização das decisões judiciais frequentemente resulta, na visão dos entrevistados, da tentativa dos magistrados de proteger a parte mais fraca na disputa apresentada perante o Poder Judiciário, sob o fundamento de que a atividade judicial deve estar menos adstrita à letra da lei e mais atenta à finalidade do direito. Esse papel social e político do magistrado guarda relação com a defesa das minorias que porventura tenham sido excluídas do processo legislativo e, também, com a defesa daqueles que, embora não possam ser denominadas ‘minorias’, por questões outras, figuram na relação jurídica como parte econômica ou juridicamente mais vulneráveis à atuação de outrem.

do julgamento de situações jurídicas similares, em virtude de conterem fundamentação reputada como suficiente e adequada para o convencimento dos demais operadores.

Contudo, cabe, neste momento, uma importante advertência: no ordenamento jurídico brasileiro, o vocábulo ‘precedente’ atrai grande controvérsia, pois, para alguns, representa a ‘importação’ de instituto alienígena, ou seja, de instituto existente no sistema da *common law*.

Assim, antes de prosseguirmos com a análise do denominado ‘precedente’ judicial brasileiro, como técnica de padronização dos julgados, e para melhor compreensão das críticas que lhe são feitas por diversos autores, cumpre apontar, ainda que de forma breve, o que constitui o ‘precedente’ no sistema da *common law*.

2.1 O PRECEDENTE JUDICIAL NO SISTEMA DA *COMMON LAW*

Dentre os principais sistemas legais existentes podemos citar o da *civil law* (romano-germânico) e o da *common law* (anglo-saxão). E, conforme ensinamento de José Luiz Sotelo²³, o *common law* é o sistema inicialmente formado na Inglaterra e depois estendido a outros estados ou territórios pertencentes ao domínio britânico, enquanto o *civil law* é o sistema da Europa continental e também adotado pelos povos sobre os quais Espanha, Portugal, Itália e França exerceram influência.

Assevera o referido autor que o sistema da *common law* está baseado no respeito ao precedente. Assim, em sua atividade diária, um jurista da *common law* busca a solução do caso concreto na jurisprudência, sua principal fonte de direito, e vê na lei somente as possíveis exceções à solução ditada pela jurisprudência vinculante. Em consequência, neste caso, a lei é interpretada restritivamente, pois é uma regulação de exceção.²⁴

23 SOTELO, José Luis Vásquez. A jurisprudência vinculante na ‘common law’ e na ‘civil law’. In: XVI *Jornadas Ibero-americanas de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 341.

24 Idem, 1998, p. 343. Não é demais mencionar a lição de René David, para quem “A lei – chamada em inglês statute – apenas desempenha, na história do direito inglês, uma função secundária, limitando-se a acrescentar corretivos ou complementos à obra da jurisprudência.” (DAVI, 1998, p. 331). Não é demais mencionar, contudo, que, conforme José Luis Vásquez Sotelo, que a doutrina tradicional do precedente se mantém viva, mas vem paulatinamente perdendo sua força original. Isto porque, em virtude da formação de grandes blocos econômicos, a teor da Comunidade Econômica Européia, os Estados vem legislando cada dia mais, a fim de regulamentar diversos setores da atividade economia. Por outro vértice, a doutrina da civil law vem introduzindo, em seu ordenamento, dispositivos legais com a finalidade

Ressalte-se, contudo, que não se trata de um trabalho automatizado, no sentido de localizar o precedente e reproduzi-lo, sem uma análise crítica. Ao contrário, o precedente é somente um ponto de partida para atividade jurisdicional, pois, em cada aplicação, o julgador promove a reconstrução daquela regra jurídica, justificando sua reafirmação no caso concreto que está sob análise.

Referido autor esclarece, ainda, que, no sistema da *common law*, a jurisprudência tem como princípio fundamental a vinculação ao precedente, ou seja, os tribunais estão vinculados às decisões da Suprema Corte e essa, por sua vez, está ligada aos seus próprios precedentes. Contudo, essa vinculação não deriva de uma obrigação legal, mas, sim, da própria construção do sistema jurídico inglês, atendo-se, assim, a uma matriz cultural e principiológica que o erigiu à condição de parte estruturante do sistema.²⁵

O referido autor aponta, ainda, que o *stare decisis* é a característica mais importante do sistema da *common law*, a fim de que casos iguais tenham soluções idênticas, em prol da isonomia entre as partes e da segurança jurídica.²⁶

Anota o autor que essa vinculação ao que já restou decidido funciona a partir de uma perfeita identidade entre o caso do precedente e o caso posto em julgamento. Ademais, a determinação do precedente adequado ao caso que está em julgamento exige do operador a tarefa de fazer diferenciação, com precisão, entre a *ratio decidendi* e o *obiter dicta* que a sentença pode conter.²⁷

Assim, *ratio* é o princípio jurídico utilizado em caso análogo anterior. Desta forma, no sistema da *common law*, o 'precedente' não é a decisão em si, mas a razão ou o princípio jurídico pela qual se chegou àquela decisão naquele caso, razão pela qual ele (o princípio jurídico) é que informará os casos

de erigir determinadas condições à condição de 'precedente', observando-se, portanto, um ponto de aproximação entre os dois sistemas jurídicos (SOTELO, op. cit., p. 343).

25 Idem, 1998, p. 355.

26 Idem, 1998, p. 365. Cumpre consignar a advertência de Sérgio Gilberto Porto, no sentido de que "Stare decisis e res judicata em momento algum podem ser confundidos, eis que institutos diversos, sendo, em realidade, esta base para formação daquele.". Assim, esclarece o autor, na *common law*, o caso julgado, ao ser reconhecido como precedente, vincula as próximas decisões, enquanto a coisa julgada, no *civil law*, tem apenas a função de fazer lei entre as partes, naquele caso concreto, não interferindo na solução de outras demandas (PORTO, 2005, p. 774).

27 SOLETO, op. cit., p. 357.

futuros. Com efeito, a decisão não se limita a resolver o caso em julgamento, mas, desde já, estabelece os critérios para o julgamento dos casos futuros.²⁸

Já a *obiter dicta* é a argumentação colateral, à qual é recusado o efeito do *stare decisis*. Essa recusa de concessão do referido efeito ao *dictum* resulta do compromisso com o contraditório e com a crença de que o juiz somente tem competência para decidir aquilo que lhe foi apresentado pelas partes e nada mais.²⁹

Todavia, a Corte pode afirmar que determinado caso concreto possui condições fáticas distintas daquele que deu origem ao precedente. Nesta hipótese, a corte pode recusar a vinculação ao *stare decisis*, afirmando que se trata de um caso distinto, estabelecendo-se, assim, uma hipótese de *distinguishing*.

Cumprе consignar, ainda, que o sistema da *common law* não é estático, havendo meios para a que se promova a atualização do entendimento das cortes. Assim, o *overstatement* é o poder que tem a Suprema Corte para formular novamente o precedente a fim de dar a ele o sentido que necessita para o futuro, enquanto o *overruling* é o poder que tem uma Corte de suprimir ou revogar um precedente por considerá-lo errôneo ou injusto.

2.2 O PRECEDENTE JUDICIAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

O sistema da *civil law*, conforme exposto anteriormente, está fundado na observância e aplicação das leis pelo operador do Direito. Desta forma, seu trabalho inicial para a solução de um caso concreto consiste em examinar a lei que rege a matéria, sendo certo que, nesta hipótese, a jurisprudência não atua, em um primeiro plano, como fonte do direito.

Todavia, isto não significa dizer que as cortes inferiores jamais tenham observado os julgamentos das cortes superiores. Ao contrário, conforme afirmado por José Luis Vasquez Sotelo, em todos os sistemas jurídicos os precedentes tiveram alguma espécie de força vinculante, maior ou menor, em virtude da tendência humana de pretender a uniformidade e o estabelecimento de critérios. Assim, o espírito de

28 Idem, p. 358.

29 FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 69.

imitação³⁰, a força da inércia e a autoridade específica das sentenças do órgão supremo, conduzem a que todos os tribunais orientem suas decisões, em maior ou menor grau, na mesma direção.³¹

Necessário, contudo, anotar que, no Brasil, quando se fala em ‘precedente’, no mais das vezes, não se está apontando a razão jurídica de uma decisão, como no sistema da *common law*, mas, sim, a própria decisão adotada pela corte superior, que é utilizada, muitas vezes, como uma ‘ilustração’ daquela aplicação da lei ou como um dos argumentos de ‘validação’ da conclusão adotada pelo julgador para a solução de uma determinada lide.

Todavia, como bem observa o referido autor, é também na forma de trabalhar com a jurisprudência que se vê uma diferença importante dos sistemas jurídicos existentes. Assim, enquanto no *civil law* é típica a consulta a uma jurisprudência mais recente, para se saber qual é o último ponto de vista do tribunal, no *common law*, ao contrário, os julgados que deram origem aos precedentes devem ter uma certa antiguidade, devem estar enraizados no sistema jurídico.³²

Ademais, no *common law*, não é a primeira decisão ou uma decisão isolada que constitui um precedente. Ao contrário, é a reiteração, ao longo do tempo, da mesma regra jurídica, em vários julgados, que o constitui. Enquanto, no ordenamento jurídico brasileiro, (em especial quando considerado que alguns institutos destinam-se inclusive a ‘prevenir’ controvérsias) uma única decisão pode vir a constituir um precedente.

Por outro vértice, é certo que, no sistema jurídico brasileiro, a observância ao precedente da corte superior não era característica inata de sua estrutura, razão pela qual o julgador não estava adstrito ao seu comando normativo, podendo facilmente afastá-lo e adotar entendimento diverso, em consonância com o seu livre convencimento. Tal fato, por vezes, era agravado, ainda, pela ausência de estabilidade no julgamento realizado pelas próprias cortes superiores, com sucessivas

30 Nas palavras de Benjamim Cardoso: “Na vida do espírito, como na vida em geral, já uma tendência para a reprodução da espécie. Todo julgamento possui um poder gerador. Ele procria à sua própria imagem. Todo precedente judiciário, nas palavras de Redlich, tem uma “força normativa para casos futuros da mesma ou de semelhante natureza”. Até a sentença ser pronunciada, esta força estava ainda em equilíbrio. [...] Uma vez declarada, ela é um novo manancial de descendentes”. (CARDOSO, Benjamim N. *A natureza do processo e a evolução do direito*. São Paulo: Editora nacional de Direito, 1956. p. 08).

31 SOTELO, op. cit. p. 345.

32 Idem, p. 350.

mudanças de posicionamento ou, ainda, com divergências entre seus órgãos fracionários.

Pretendeu-se, assim, por intermédio de alterações legislativas, consolidar o entendimento e conferir maior estabilidade e obediência às decisões proferidas pelas cortes superiores, não somente em relação às cortes inferiores mas, também, dentro dela mesma, a fim de garantir uma maior uniformidade nos julgamentos. Alguns pretendem, também, que tais alterações legislativas sirvam como instrumento para conferir maior celeridade na prestação jurisdicional e para auxiliar na redução do excesso da demanda.

Desta forma, introduziram-se no sistema jurídico brasileiro mecanismos para a construção ‘artificial’ de precedentes, a serem obrigatoriamente observados pelas instâncias inferiores. ‘Artificial’, aqui, no sentido de que a força que deles se extrai, para a aplicação em casos futuros, não resulta de um princípio estruturante ou da tradição do sistema jurídico, como no caso da *common law*, mas, sim, de dispositivo legal que dispõe neste sentido.

Em conclusão, neste artigo expressão ‘precedente’ ou ‘precedente judicial’ será utilizada em sentido lato, ou seja, como vocábulo que abrange todas as decisões judiciais e, também, súmulas ou enunciados desses julgados, que, por meio de uma determinada previsão legal, possuem força normativa para alcançar outras relações jurídicas que não aquelas que lhes deram origem, vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário, Executivo e Legislativo.³³

Estabelecida essa premissa, necessário ressaltar que, conforme exposto anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro tem experimentado, nos últimos anos, sucessivas reformas legislativas, a fim de introduzir mecanismos aptos a conferir maior força normativa aos seus julgados, a fim de que a solução jurídica de determinada controvérsia estenda seus efeitos a todas as situações jurídicas idênticas, ainda que as pessoas por ela atingidas não tenham participado daquela primeira lide.

Referidos instrumentos serão analisados na sequência deste artigo.

³³ Faz-se, aqui, essa generalização, para simplificar o discurso. Contudo, deve-se ter em mente que, conforme lição de Lenio Luiz Streck e Georges Abboud, ‘Precedentes são formados para resolver casos concretos e eventualmente influenciam decisões futuras; as súmulas (ou os ementários em geral, coisa muito comum em *terrae brasilis*), ao contrário, são enunciados “gerais e abstratos” – características presentes na lei – que são editados visando à “solução de casos futuros” (ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: o precedente judicial e a súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 30-31).

2. 3 AS DIVERSAS TÉCNICAS PARA A CONSTRUÇÃO DO PRECEDENTE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Os estudiosos que apregoam uma maior vinculação aos aqui denominados 'precedentes' judiciais apostam, em maior ou menor grau, em diversos institutos que foram, paulatinamente, sendo introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro, com a finalidade de consolidar entendimentos, prevenir ou dirimir controvérsias e, ainda, alguns deles, com a finalidade de estabelecer força normativa para o julgamento de casos futuros.

Assim, em ordem cronológica, podemos citar o incidente de uniformização de jurisprudência (art. 476 da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – CPC); a súmula impeditiva de recurso (arts. 557, §1º e 518, §1º, do CPC, com a redação dada, respectivamente, pelas Leis 9.756, de 17 de dezembro de 1998 e 11.726, de 07 de fevereiro de 2006); o pedido de uniformização de interpretação no âmbito dos Juizados Especiais (art. 14 da Lei 10.259, de 12 de julho de 2001); a afetação de julgamento para prevenir ou compor divergências (art. 555, §1º do CPC, com a redação dada pela Lei 10.352, de 26 de dezembro de 2001); a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (art. 103-A da CF, com a redação dada pela EC 45, de 30 de dezembro de 2004); o julgamento imediato de improcedência (art. 285-A do CPC, com a redação dada pela Lei 11.277, de 7 de fevereiro de 2006)³⁴; a regulamentação do instituto da repercussão geral no âmbito do Supremo Tribunal Federal (art. 543-A do CPC, com a redação dada pela Lei 11.418, de 19 de dezembro de 2006); a previsão do julgamento de recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça (art. 543-C do CPC, com a redação dada pela Lei 11.672, de 08 de maio de 2008); o pedido de uniformização de interpretação de lei no âmbito dos Juizados Especiais de Fazenda Pública (art. 18 da Lei 12.153, de 22 de dezembro de 2009); sem prejuízo dos demais institutos que estão em análise no Congresso Nacional, dentre eles a instituição de súmula vinculante no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (Projeto de Emenda Constitucional 358/2005) até aqueles inseridos no projeto do novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei do Senado nº 166/2010).

34 No caso do artigo 285-A, do Código de Processo Civil, o 'precedente' é, por óbvio, o julgamento anterior que serviu como fundamento para a imediata improcedência do pedido e não aquele julgamento proferido com a utilização de tal permissivo legal. Ademais, necessário destacar que ele exige, na exata dicção da lei, identidade de 'Juízo' (e não de Juiz), mas não é, de forma alguma, obrigatório, embora seja ordinariamente seguido pelos magistrados.

A súmula vinculante no âmbito do Supremo Tribunal Federal, prevista no artigo 103-A da Constituição Federal³⁵, dispõe que a referida Corte poderá aprovar súmula com efeito vinculante não somente em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, como, também, em relação à administração pública. O procedimento para a aprovação da súmula poderá ocorrer de ofício ou por provocação, exige quórum de dois terços dos seus membros e deve ter como objeto matéria constitucional controvertida, que tenha sido objeto de reiteradas decisões e que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

A súmula impeditiva de recurso, por sua vez, está prevista no art. 518, §1º do Código de Processo Civil, que dispõe acerca do poder conferido ao juiz singular de não receber o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Da mesma forma, o artigo 557, caput, do referido diploma legal, confere ao relator o poder de negar seguimento a recurso em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Para auxiliar na construção de precedentes foram previstos, ainda, diversos instrumentos. Assim, o incidente de uniformização de jurisprudência encontrou abrigo no art. 476 do Código de Processo Civil, que dispõe que compete, a qualquer juiz que compõe um órgão colegiado, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando verificar a existência de divergência a seu respeito ou quando, no julgamento recorrido, a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas. Necessário consignar, ainda, que o incidente pode ser suscitado de ofício pelo julgador, mas, também, pode ser requerido pela própria parte interessada, a teor do que dispõe o parágrafo único de tal artigo.

35 Rodolfo de Camargo Mancuso relaciona dez pontos que, no seu entender, justificam a força coercitiva da súmula: a) exerce pressão e controle sobre a conduta dos cidadãos; b) opera como fator de previsibilidade do resultado judicial das demandas pendentes e mesmo virtuais; c) passa a atuar como fonte subsidiária de direitos e obrigações; d) influi na persuasão do magistrado; e) simplifica o discurso jurídico; f) reduz o risco de decisões conflitantes; g) agiliza o julgamento; h) desobstrui o judiciário; i) simplifica e agiliza o juízo de admissibilidade e a apreciação dos recursos; j) propicia a uniformização contemporânea da jurisprudência (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 343).

Com a mesma finalidade, a afetação de julgamento para prevenir ou compor divergências está prevista no artigo 555, §1º, do Código de Processo Civil, que prevê que, ocorrendo, no julgamento do recurso de apelação ou de agravo, relevante questão de direito, a respeito da qual seja conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar para tal finalidade.

Dois aspectos devem ser observados a respeito de tal afetação. Primeiro, observe-se que aqui a afetação ocorre até mesmo para ‘prevenir’ a divergência, ficando evidente o seu caráter antecipatório a qualquer prévia sedimentação ou enraizamento da solução no ordenamento jurídico. Segundo, o órgão colegiado competente para dirimir a questão somente julgará o recurso caso reconheça nele o ‘interesse público’ na assunção de competência, conforme a exata dicção da lei.³⁶

No âmbito do Supremo Tribunal Federal foi, também, disciplinado, por intermédio do artigo 543-A do Código de Processo Civil, o instituto da repercussão geral, que prevê que a referida Corte, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, ou seja, quando não tratar de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Referido artigo dispõe, contudo, que sempre haverá repercussão geral quando o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

Por outro vértice, se não for reconhecida a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese pela própria Corte, conforme dispõe o seu regimento interno.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, foi instituído mecanismo para o julgamento de recursos repetitivos, previsto no artigo 543-C do Código de Processo Civil, que dispõe que, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos especiais representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça. Os demais recursos

36 Delimitar o que significa o ‘interesse público’ para a afetação de competência já é, por si mesma, matéria que traz inúmeras controvérsias, e com importantes conseqüências, pois é ele – o interesse público – que informará a decisão que define a competência para o julgamento do caso.

especiais ficarão suspensos até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

Todavia, se o presidente do tribunal de origem não adotar a referida providência, caberá ao relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

Posteriormente, decidida a questão e publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem terão seguimento denegado se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça ou, ainda, serão novamente examinados pelo tribunal de origem se o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. Nesta última hipótese, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

O pedido de uniformização de interpretação no âmbito dos Juizados Especiais também foi previsto no âmbito dos Juizados Especiais Federais. Assim, o artigo 14, da Lei 10.259/2001, dispõe que caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.

O pedido de uniformização fundado em divergência entre Turmas da mesma Região será julgado em reunião conjunta das Turmas em conflito, sob a presidência do Juiz Coordenador, enquanto o pedido de uniformização fundado em divergência entre decisões de turmas de diferentes regiões ou da proferida em contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça será julgado por Turma de Uniformização, integrada por juízes de Turmas Recursais, sob a presidência do Coordenador da Justiça Federal.

Ademais, quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência. Nesse caso, sendo plausível o direito invocado e havendo fundado receio de dano de difícil reparação, o relator poderá conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, medida liminar determinando a suspensão dos processos com idêntica controvérsia.

Necessário consignar, ainda, que eventuais pedidos de uniformização idênticos, recebidos subsequente em quaisquer Turmas Recursais, ficarão retidos nos autos, aguardando-se pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça. Após a publicação do acórdão que dirimiu a questão, os pedidos retidos serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Da mesma forma, no artigo 18 da Lei 12.153/2009 há a previsão do pedido de uniformização de interpretação de lei, no âmbito dos Juizados Especiais de Fazenda Pública, quando houver divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais sobre questões de direito material.

O pedido, quando estiver fundado em divergência entre Turmas de um mesmo Estado, será por elas mesmas julgado, em reunião conjunta, sob a presidência de desembargador indicado pelo Tribunal de Justiça. Todavia, se o pedido estiver fundado em divergência entre Turmas de diferentes Estados ou quando a decisão proferida estiver em contrariedade com súmula do Superior Tribunal de Justiça, o pedido será por este julgado.

Finalmente, o julgamento imediato de improcedência, previsto no art. 285-A do Código de Processo Civil, de alcance muito restrito, mas ainda assim fomentador de construção de precedentes, prevê que o magistrado poderá dispensar a citação do réu e proferir imediatamente a sentença quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

Necessário consignar, ainda, que muitos desses institutos não têm força normativa obrigatória em um primeiro momento. De toda forma, eles servem para uniformizar o entendimento e, fatalmente auxiliarão na construção, em outro patamar, de um precedente vinculante.

Além dos institutos acima nominados, não é demais citar que, conforme asseverado anteriormente, várias outras alterações legislativas estão sendo propostas com a mesma finalidade, ou seja, garantir a construção dos precedentes judiciais, com força normativa para as instâncias inferiores, em especial aquelas constantes no projeto do novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei do Senado 166/2010).

3 A DEFESA E A CRÍTICA DA INTRODUÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL OBRIGATÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme exposto na introdução deste artigo, o debate acerca das diversas técnicas de padronização decisória atrai defensores e opositores, cada qual com seus argumentos.

Assim, referidas técnicas - em especial aquelas dotadas de força normativa para a solução de outras lides - são apontadas, por um lado, como instrumento para resolver a litigiosidade repetitiva; para diminuir o número de recursos; para trazer maior previsibilidade e isonomia para as partes que recorrem ao Poder Judiciário e, ainda, para trazer maior celeridade e economia na prestação da atividade jurisdicional.

Resolveriam a litigiosidade repetitiva na medida em que, após o julgamento de um conflito, em determinada matéria, a solução de tais lides poderia ser feita 'em bloco', ou, ainda, poderia ser feita 'em lotes', pondo fim a inúmeras demandas idênticas.

Diminuiriam o número de recursos na medida em que, se as partes tivessem conhecimento de que aquela questão já restou decidida, em outra ação judicial, elas deixariam de interpor recursos para rediscutir a questão pacificada.

Trariam maior previsibilidade para as partes que recorrem ao Poder Judiciário, na medida em que situações idênticas deixariam de ter, por vezes, soluções distintas, fato recorrente em questões nas quais a norma jurídica não é muito clara ou é contraditória e que, portanto, necessita de um maior esforço para sua integração e compatibilização com o restante do ordenamento jurídico.

Trariam maior isonomia entre as partes na medida em que, ainda que uma delas não tivesse conhecimento de um direito a ela reconhecido ou, ainda, que não tivesse meios para obter um provimento jurisdicional a respeito, a administração pública, em cumprimento ao precedente judicial, o garantiria em igualdade de condições com os demais (aqui, obviamente, no caso de o precedente alcançar o Poder Legislativo ou Executivo).

Da mesma forma, as técnicas de padronização decisória trariam maior isonomia na medida em que as partes dependeriam menos da atuação de seus patronos no caso concreto e mais do direito efetivamente

reconhecido a elas por força de uma decisão normativa anterior, no caso, de um precedente judicial.

Por outro lado, há, também, aqueles estudiosos que apresentam argumentos desfavoráveis à utilização, em larga escala, de institutos desta natureza, afirmando, em suma, que eles não respeitam à origem e tradição do sistema jurídico romano-germânico, baseado no contraditório e na ampla defesa das partes, bem como no livre convencimento do julgador em cada um dos processos³⁷, repudiando, portanto, o que eles chamam de ‘importação’ indevida de institutos que dizem respeito ao sistema da *common law*.

Afirmam que a atribuição de força normativa a determinados julgados, a fim de erigi-los à condição de precedentes obrigatórios para as demais instâncias parte do falso pressuposto de resolver problemas estruturais do país mediante reformas da legislação, ou seja, ataca as consequências do excesso da demanda, mas não as causas, fazendo como que muitas pessoas ainda tenham que recorrer ao Judiciário para garantir seus direitos.

Afirmam, ainda, que a legitimidade do Poder Judiciário está, justamente, no contraditório estabelecido em cada caso concreto e não na formulação de regras gerais e abstratas, atividade de competência do Poder Legislativo. Ademais, apontam que o estabelecimento de ‘precedentes judiciais’, ou, ainda, de decisões com caráter normativo não garante a participação de todos os interessados, gerando um julgamento empobrecido e uma isonomia sem legitimidade.

Apontam, também, que a padronização preventiva gera o julgamento de um elevado número de processos, mas em flagrante desrespeito ao modelo processual constitucional democrático, que tem como princípios fundamentais o contraditório e a ampla defesa, acabando por resultar em uma eficiência quantitativa em detrimento da qualidade.³⁸

37 Na visão de alguns, não somente fere o livre convencimento, como, também, restringe o processo hermenêutico indispensável à atividade jurisdicional. Assim, na lição de Georges Abboud e Lenio Luiz Streck, “quem faz uma ementa e dela se serve de forma atemporal e a-histórica está igualando texto e norma, lei e direito. Trata-se de uma pretensão com viés anti-hermenêutico. E porque é anti-hermenêutico? Porque a hermenêutica é exatamente a construção para demonstrar que é impossível ao legislador antever todas as hipóteses de aplicação. E, quando o intérprete faz o mesmo, isto é, quer antever todas as hipóteses futuras, faz uma “pós-lei”, um produto com sentido antecipado, uma espécie de tutela antecipada dos sentidos possíveis e imagináveis.” (ABBOUD; STRECK, op. cit. p. 31).

38 A alegação de que a existência de um precedente levaria a um elevado número de processos julgados deve ser colocada em perspectiva. Isto porque o trabalho dos operadores do Direito não será, de

Desta forma, alegam que a introdução do precedente, nos moldes aqui apontados, reduz o processo a um mecanismo para a administração pública implementar sua posição de superioridade, em flagrante detrimento do debate processual estabelecido entre as partes em cada caso concreto.³⁹

Assim, tal procedimento, no entender de alguns, destrói a visão do processo como estrutura garantidora da aplicação dos direitos e fomenta a mecanização do processo, constituindo-se, assim, em atividade eminentemente burocrática, de localização do precedente aplicável ao caso, sem que o julgador efetivamente dialogue com as partes e faça uma leitura crítica dos argumentos por elas apresentados.⁴⁰

Os autores contrários à utilização do precedente judicial (ou, ainda, não totalmente contrários, mas que não a defendem de forma tão enfática⁴¹) apontam outros meios para o enfrentamento do excesso de

forma alguma, tão simplificado como pretendem alguns, pois aquele a quem o precedente aproveita deverá demonstrar a adequação da sua aplicação ao caso concreto, enquanto à parte adversa caberá a demonstração da existência de fatos distintos daqueles que levaram à formulação do precedente. Desta forma, o exercício de formulação da tese e da antítese com fundamento em um precedente, é semelhante ao exercício de formulação da tese e da antítese com fundamento em uma norma legal. Por fim, é certo que o julgador, quando se defronta com um feito que trata de matéria já objeto de um precedente obrigatório, acaba por entregar de forma mais célere a prestação jurisdicional. Mas isto também ocorre quando a lei utilizada para o julgamento da lide é clara e compatível com o restante do ordenamento jurídico, fazendo com que sua subsunção ao caso concreto seja feita sem tantos obstáculos ou, ainda, sem tantas dificuldades de interpretação. É certo que se pode afirmar que, se considerarmos que o precedente irá tratar de matéria sobre a qual há significativa divergência entre os diversos julgadores, também é certo que, a depender da fundamentação utilizada pela parte contrária à utilização desse precedente, o juiz se verá na contingência de enfrentar vários outros argumentos não abordados pelo aludido precedente, argumentos esses que demandam uma resposta adequada ao jurisdicionado. O julgador não pode, de forma alguma, transformar-se em mero burocrata, que se limita a repetir as razões de outrem, em um processo burocrático alienante.

39 NUNES, Dierle. Precedentes, padronização preventiva e coletivização: paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 258.

40 Acerca dos perigos da atividade burocrática no Poder Judiciário, Owen Fiss aponta que o procedimento é garantia e não um fim em si mesmo. Assevera que a burocracia procedimental é elemento que isola o agente da experiência educacional crítica e torna difusa sua responsabilidade. Ademais, a burocratização pode aumentar a possibilidade de que a assinatura do magistrado em suas decisões não tenha o devido significado, ou seja, que o juiz exerceu seu poder sem se engajar genuinamente do diálogo mantido com as partes. Adverte, ainda, que o volume de processos não deve ser visto como alvo terapêutico exclusivo ou mesmo fundamental, ignorando-se outros aspectos da prestação jurisdicional (FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 165, 181).

41 Aqui cumpre anotar que há autores, inclusive, que fazem uma diferenciação em relação ao âmbito de atuação dos precedentes. Assim, Teresa Arruda Alvim Wambier assevera que nos 'ambientes decisoriais rígidos', como, por exemplo, o direito tributário, a atuação do julgador é mais restrita e, portanto,

demanda, dentre eles o melhor dimensionamento e aperfeiçoamento dos recursos humanos e materiais do Poder Judiciário.

Defendem, ainda, o tratamento das causas (e não das conseqüências) da demanda repetitiva, em especial com a reforma das demais estruturas estatais, garantindo, assim, que muitas demandas deixem de ser propostas em virtude de ter sido assegurado à parte, independentemente de intervenção judicial, aquele direito que ela pretende ver garantido por intermédio de um provimento jurisdicional.

Argumentam, também, que determinados processos, com maior repercussão ou que tratem de direitos coletivos, deveriam ganhar nova feição, com uma coletivização adequada, com contraditório dinâmico e concentrado para melhor subsidiar as decisões, conferindo-lhe, assim, eficiência na solução definitiva da questão.

Estabelecido o perfil da demanda judicial brasileira e brevemente expostos os argumentos favoráveis e contrários à atribuição de força normativa a determinados julgados, torna-se imprescindível, neste momento, fazer uma análise do atual estágio de desenvolvimento de alguns desses institutos, considerando, em especial, que um dos motivos de sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro foi, sem dúvida, o de conferir racionalidade ao sistema e, por conseguinte, tentar conter o excesso de demanda.

4 O ATUAL ESTÁGIO DE DESENVOLVIMENTO DE ALGUMAS DAS TÉCNICAS INTRODUZIDAS

Antes de prosseguirmos na análise acerca da efetividade do precedente judicial como técnica para conter o excesso de demandas e, também, como técnica para a gestão processual, necessário analisar o atual estágio de desenvolvimento de alguns dos institutos já introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro.

Consigne-se, ainda, que nenhuma defesa ou crítica aos dispositivos acima elencados e, em especial àqueles contidos no Projeto de Código de Processo Civil, no que se refere à diminuição da

o sistema de precedentes vinculantes produz bons resultados. Por outro vértice, nos denominados 'ambientes decisoriais frouxos', como, por exemplo, o direito de família, não se revela conveniente a adoção dos precedentes vinculantes, posto que é por parte da construção dos juízes que o direito de família se adapta às alterações sociais (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Precedentes e evolução do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-18).

demanda, poderia, em tese, ser formulada, sem antes nos debruçarmos na análise do efeito que modificações já introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro efetivamente produziram no exercício cotidiano da função jurisdicional.

Advirta-se, contudo, que não há números completos a respeito de diversos institutos, tampouco uma série histórica que permita observar a evolução ocorrida ao longo do período, desde as suas respectivas introduções no sistema jurídico brasileiro até o momento atual, e do impacto causado no controle da demanda judicial. De toda forma, buscaram-se alguns informes parciais que podem contribuir para a resposta de tal investigação.

Desta forma, em relação às súmulas vinculantes, necessário observar que o Supremo Tribunal Federal havia, até 27 de novembro de 2012, editado 31 enunciados. A análise destes enunciados permite verificar que a quase totalidade deles se refere à forma de atuação da administração pública, à competência de órgãos do poder público, ou, ainda, à disciplina da administração pública em relação aos seus servidores e uma pequena minoria se refere a matérias de cunho eminentemente privado.

Por outro vértice, analisando-se o gráfico seguinte, é possível perceber que, após uma diminuição, no ano de 2004, e um pico, nos anos de 2006/2007, no número de agravos de instrumento e de recursos extraordinários distribuídos, posteriormente houve um decréscimo contínuo. Contudo, passou-se a ter um grande número de agravos em recursos extraordinários. Assim, em termos percentuais, a competência recursal do Supremo Tribunal Federal continua a representar parcela significativa do seu acervo, alcançando, em 2012, o montante de 82,07% dos processos.

Ano	Pro-cessos	AI	RE	ARE	Soma de AI, RE, ARE	%AI/Total	%RE/Total	%ARE/Total	%AI + RE + ARE/Total	% Outras Classes
2012	46.392	6.198	6.042	25.835	38.075	13,36%	13,02%	55,69%	82,07%	17,93%
2011	38.109	14.530	6.388	8.661	29.579	38,13%	16,76%	22,73%	77,62%	22,38%
2010	41.014	24.801	6.735	-	31.536	60,47%	16,42%	-	76,89%	23,11%
2009	42.729	24.301	8.348	-	32.649	56,87%	19,54%	-	76,41%	23,59%
2008	66.873	37.783	21.531	-	59.314	56,50%	32,20%	-	88,70%	11,30%
2007	112.938	56.909	49.708	-	106.617	50,39%	44,01%	-	94,40%	5,60%
2006	116.216	56.141	54.575	-	110.716	48,31%	46,96%	-	95,27%	4,73%
2005	79.577	44.691	29.483	-	74.174	56,16%	37,05%	-	93,21%	6,79%
2004	69.171	38.938	26.540	-	65.478	56,29%	38,37%	-	94,66%	5,34%
2003	109.965	62.519	44.478	-	106.997	56,85%	40,45%	-	97,30%	2,70%

A questão que se coloca aqui é se a súmula vinculante está efetivamente diminuindo a interposição de recursos perante a mais alta corte do país. Com efeito, em números totais é certo que houve um decréscimo no número de recursos que chegam ao Supremo Tribunal Federal, em especial quando considerado que a demanda como um todo, nas instâncias inferiores, cresceu significativamente nos últimos anos.

Contudo, duas observações devem ser feitas. Primeiramente, não se pode afirmar se essa diminuição da demanda decorre da súmula vinculante ou do instituto da repercussão geral (introduzido em 2008 e analisado na sequência deste artigo). Ademais, a distribuição de processos na mais alta Corte do país ainda beira os 40.000 feitos por ano, demanda absolutamente excessiva para ser apreciada por seus 11 Ministros.

Por outro vértice, observa-se que, no ano de 2013, dentre os 44.420 processos autuados no ano de 2013, a maioria refere-se a direito administrativo e outras matérias de direito público (13.394 feitos). Em seguida vem os

processos relativos a direito previdenciário (6.007 feitos), direito civil (5.7735 feitos) e direito processual civil e do trabalho (4.578 feitos), dentre outros.⁴²

Assim, forçoso reconhecer que as matérias relacionadas à própria administração pública e, também, as matérias relacionadas a políticas públicas (como o seguro social) representam, ainda, parcela significativa da demanda recursal da mais alta corte do país e, conforme anotado anteriormente, quando abordada a demanda do Poder Judiciário, o Poder Público figura como recorrente em 90% dos feitos perante o Supremo Tribunal Federal, o que parece evidenciar que o próprio ente estatal oferece maior resistência ao cumprimento daquilo a que se obrigou e, também, deixa de promover as reformas estruturais necessárias para evitar novas demandas com o mesmo objeto.

Ademais, em que pese, talvez, a diminuição proporcional dos recursos efetivamente julgados pelo Supremo Tribunal Federal, isto não implica em dizer, por si só, que eles deixaram de ser interpostos em virtude da existência de uma súmula vinculante a respeito da matéria. Ao contrário, ao que tudo indica, continuam sendo interpostos, mas muitos deles tem o juízo de admissibilidade exercido com maior rigor pelas instâncias inferiores. Isto não significa, a toda evidência, redução da carga de trabalho nessas instâncias inferiores, tampouco abrevia muito o trâmite processual, posto que, enquanto ao juízo de admissibilidade não for exercido, não há decisão definitiva sobre o assunto e, portanto, a execução do julgado resta, ainda que parcialmente, obstaculizada.

Assim, não há evidências de que a súmula vinculante tenha produzido grandes resultados no que se refere à gestão processual ou na contenção da demanda judicial perante o Supremo Tribunal Federal, que continua com uma carga de trabalho, no que se refere à sua competência recursal, muito elevada para uma Corte Constitucional.

Em relação ao instituto da repercussão geral, conforme informações divulgadas pelo próprio Supremo Tribunal Federal, havia, até o dia 23 de outubro de 2013, 237 temas pendentes de julgamento de mérito, causando o sobrestamento de 570.139 feitos nos tribunais de origem.

Convém advertir, contudo, que a tabela divulgada pelo Supremo Tribunal Federal, colacionada a seguir, é realizada a partir das

⁴² Dados atualizados até 10 de julho de 2013. Disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaRamoDireitoAnosAnteriores>>. Acesso em: 08 fev. 2014.

informações fornecidas por cada um dos Tribunais indicados, não havendo dados completos, ou seja, dados de todos os tribunais, tampouco uniformidade em relação à data em que as informações são lançadas, causando, portanto, possíveis discrepâncias na análise, o que leva à conclusão de que o número de processos sobrestados em todo o território nacional é ainda maior do que aquele divulgado. Confira-se:⁴³

TRIBUNAL	ULT. DATA DE ATUALIZAÇÃO	QTD. PROCESSOS
Juizado Especial Federal do TRF da 2ª Região	21/10/2013	15.951
Juizado Especial Federal do TRF da 3ª Região	13/09/2011	31.490
Juizado Especial Federal do TRF da 4ª Região	13/09/2011	23.109
Juizado Especial Federal do TRF da 5ª Região	13/09/2011	8.745
Superior Tribunal de Justiça	05/03/2012	1.780
Tribunal de Justiça da Bahia	26/03/2013	555
Tribunal de Justiça de Minas Gerais	05/06/2012	13.762
Tribunal de Justiça de Pernambuco	15/04/2013	1.107
Tribunal de Justiça de Santa Catarina	16/10/2013	54.899
Tribunal de Justiça de São Paulo	23/10/2013	298.917
Tribunal de Justiça de Sergipe	21/10/2013	647
Tribunal de Justiça do Espírito Santo	16/09/2013	107
Tribunal de Justiça do Mato Grosso	21/10/2013	2.281
Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul	22/10/2013	2.158
Tribunal de Justiça Do Paraná	16/09/2013	5.738
Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro	16/10/2013	8.272
Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte	20/09/2012	793
Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	17/06/2013	26.176
Tribunal Regional Federal da 1ª Região	24/09/2013	11.264
Tribunal Regional Federal da 2ª Região	22/10/2013	2.232
Tribunal Regional Federal da 4ª Região	16/08/2012	31.724
Tribunal Superior do Trabalho	16/10/2013	28.432
Total Geral	23/10/2013	570.139

Desta forma, forçoso reconhecer que, em que pese os esforços do Supremo Tribunal Federal, o número de processos e de temas reconhecidos como sendo temas de repercussão geral acabará dificultando

43 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=sobrestad-osrg>>. Acesso em: 08 fev. 2014.

a solução definitiva, naquela Corte Constitucional, em tempo célere, fazendo com que muitos processos se acumulem nos tribunais de origem aguardando, também, uma solução definitiva o que, a toda evidência, acabará por causar um represamento de processos e, em consequência, um retardamento no encerramento da lide.

Ademais, após o julgamento de cada um dos temas reconhecidamente de repercussão geral, será necessária a análise individual de cada um dos processos que estão sobrestados, para, se o caso, julgá-los ou, ainda, posteriormente, exercer o juízo de admissibilidade de eventuais recursos, o que, sem dúvida, exigirá novos esforços das instâncias inferiores e, também, o decurso de um tempo necessário para sua realização, retardando a solução definitiva.

Em relação aos recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça, conforme informações divulgadas pelo próprio órgão, até 17 de dezembro de 2013, havia 578 temas catalogados e 127 aguardavam julgamento.⁴⁴

De acordo com avaliação feita pelo referido Tribunal, a ferramenta propiciou redução significativa no número de recursos especiais julgados. Assim, de setembro de 2007 a agosto de 2008, foram recebidos 101 mil recursos. No mesmo período, o STJ recebeu 64 mil recursos em 2009, e 49 mil em 2010.⁴⁵

Porém, em 2011, o número voltou a subir e muito: foram recebidos 77 mil recursos especiais. Ademais, no ano de 2013, dentre recursos especiais, agravos, embargos de declaração etc., o Superior Tribunal de Justiça contabilizava 309.677 processos distribuídos, demanda judicial, portanto, em número muito superior à capacidade da referida Corte, o que, mais uma vez, reforça a impressão de que o recurso repetitivo não é instrumento que, por si só, consiga equacionar a relação entre demanda e capacidade de prolação de decisões.

Por outro vértice, a mesma advertência feita em relação à repercussão geral cabe em sede de recursos repetitivos: não há evidências de que os recursos tenham deixado de ser interpostos perante as instâncias ordinárias. Ao contrário, muitos foram interpostos e aguardam a decisão da Corte, no que se refere ao juízo de admissibilidade.

44 Estatística colhida no site do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=244>>. Acesso em: 08 fev. 2014.

45 Estatística publicada no site do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105006>. Acesso em: 08 fev. 2014.

No Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, no ano de 2013, foram interpostos aproximadamente 16.086 recursos especiais e extraordinários, não sendo observado decréscimo significativo em relação aos anos anteriores. Ademais, desses recursos, 2.103 estão sobrestados, aguardando decisão das instâncias superiores e, em consequência, sem solução definitiva.⁴⁶

Não é possível afirmar, portanto, que os institutos anteriormente analisados tenham propiciado um decréscimo no número de recursos interpostos na segunda instância. Ao contrário, ao que tudo indica os institutos não ocasionaram impacto algum no volume de trabalho desenvolvido naquele órgão, sendo, tão somente, mais uma fase ou etapa da análise do processo, em relação ao juízo de admissibilidade, em que pese a possibilidade de êxito de modificação do julgado na instância superior ser ínfima

Por fim, em que pese as expectativas depositadas nos diversos institutos introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro, é certo que, conforme informação do Conselho Nacional de Justiça, o Poder Judiciário experimentou, no ano de 2012, um aumento de 4,3% no número de feitos em tramitação, ou seja, manteve-se em um patamar muito acima das possibilidades de gerenciamento dos seus diversos órgãos e, portanto, ainda não foram observados os efeitos advindos da edição de súmulas ou dos acórdãos normativos.

5 O CONTROLE DA DEMANDA JUDICIAL – OUTRAS POSSIBILIDADES

Estabelecidos os fatos, forçoso reconhecer que, em que pese os esforços feitos até o momento, o Poder Judiciário enfrenta uma grande diferença entre a demanda por decisões judiciais e a sua capacidade de proferi-las, o que ocasiona, em todo o sistema, morosidade na solução dos conflitos.

É certo que grande parte dessa demanda resulta da rápida e constante evolução humana e tecnológica da sociedade, trazendo maior complexidade às relações jurídicas. Essa modificação não foi acompanhada *pari passu* pelo Poder Judiciário, que enfrentou – e ainda enfrenta – dificuldades para solucionar a questão humana da composição dos tribunais (quantidade e capacitação dos magistrados e servidores) e dificuldades para implementar novas tecnologias (processo digital, novas formas de gestão processual etc.).

46 Informações colhidas no site do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Disponível em: <<http://www.tjdf.tj.us.br/institucional/produktividade/presidencia/2013>>. Acesso em: 08 fev. 2014.

Todavia, a reforma do sistema jurídico, para conter a demanda judicial e, por conseguinte, conferir maior celeridade à solução dos conflitos, insere-se em um contexto muito mais amplo, ou seja, diz respeito à reforma de todo o aparelhamento estatal, de forma a dotá-lo de meios e instrumentos mais eficazes para atingir seu fim precípuo.

Isto porque, conforme observado, o Judiciário atua no déficit de operacionalidade do Poder Legislativo⁴⁷, que, muitas vezes, aprova leis contraditórias, lacunosas ou, ainda, deixa de colocar em pauta assuntos importantes para a sociedade. Isso acaba por impor ao Judiciário o ônus de preencher esse espaço, reinterpretao as leis aprovadas à luz do ordenamento jurídico já existente.

Com efeito, as reformas legislativas impactam de forma significativa o funcionamento do Poder Judiciário, razão pela qual as leis submetidas a uma maior análise crítica e melhor elaboradas gerariam, a toda evidência, reflexos no âmbito do Poder Judiciário, pois diminuiriam o número de conflitos instaurados em razão da divergência verificada em sua interpretação ou aplicação.

Da mesma forma, o Poder Judiciário atua no déficit de operacionalidade do Poder Executivo, que, muitas vezes, estabelece diversas políticas públicas e, posteriormente, enfrenta dificuldades na sua consecução adequada, deixando de garantir, por exemplo, o direito à saúde, o direito à educação etc. Isto faz com que o Judiciário seja chamado a interferir, a fim de garantir a eficácia do preceito legal que fundamenta tal pretensão.

Desta forma, as reformas em órgãos executivos, como, por exemplo, na estrutura e funcionamento do INSS, acabariam por atingir, de forma reflexa e independentemente da existência de precedentes judiciais obrigatórios, o próprio Poder Judiciário que, como vimos anteriormente, recebe um número significativo de demandas nas quais aquele órgão figura como parte.

Também não pode ser olvidado que, considerado o elevado número de execuções fiscais propostas pelo Poder Público e que representam grande parte da demanda judicial em tramitação, a reforma na legislação tributária e na estrutura dos órgãos fazendários e, em especial, a instituição de mecanismos mais eficazes para o recebimento dos tributos por meios extrajudiciais acabariam reduzindo significativamente esse

47 Conforme expressão utilizada por NUNES, Dierle. Precedentes, padronização preventiva e coletivização: paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 247.

volume e permitiram que os recursos humanos e materiais do Poder Judiciário fossem alocados para a solução de outras lides.⁴⁸

Ademais, o grande número de recursos interpostos pela própria administração pública, em especial no Supremo Tribunal Federal, em matérias repetitivas, demonstra a resistência dos entes públicos em cumprirem as determinações judiciais, em que pese muitas das matérias já estarem pacificadas. Isto indica que o precedente não é condição imprescindível, tampouco suficiente para a solução do problema do excesso de demanda naquele órgão.

Bastaria, para a solução da questão, e independentemente da instituição de precedentes ou súmulas, uma racionalidade do próprio poder público, no que se refere à atuação perante o Poder Judiciário⁴⁹, bem como uma reformulação de sua atividade administrativa, a fim de ajustá-las à ordem constitucional. Por outro vértice, é certo que o precedente, por si só, não tem o efeito de diminuir a demanda nas instâncias inferiores, tampouco diminui significativamente a demanda no próprio Supremo Tribunal Federal, que ainda se verá na contingência de exercer o juízo de admissibilidade em um número excessivo de recursos e julgar inúmeros feitos.⁵⁰

No que se refere ao âmbito privado, e conforme anotado anteriormente, as ações judiciais relacionadas aos setores de telefonia e de serviços financeiros são as que mais impactam a demanda judicial. Desta forma, uma reformulação das políticas relacionadas a esses setores, uma intensificação da atuação das agências reguladoras e das autoridades financeiras, uma melhoria da qualidade desses serviços, bem como a prestação de um maior esclarecimento aos seus usuários poderia contribuir para uma diminuição do número de lides envolvendo tais questões.

48 Nesse aspecto, não se pode olvidar que, em que pese as dificuldades iniciais enfrentadas, o Poder Público começa a dar a ampliar este tipo de ação, como, por exemplo, com o protesto da certidão de dívida pública. Todavia, referidas iniciativas, ainda tímidas e isoladas, até o momento não produziram impacto significativo perante o Poder Judiciário.

49 Não é demais anotar que, por vezes, órgãos e empresas pertencentes à mesma esfera pública litigam perante o Poder Judiciário, para que ele arbitre conflitos que poderiam – e deveriam – ser solucionados internamente, dentro da própria estrutura estatal.

50 Em relação ao Supremo Tribunal Federal, cumpre registrar que não somente a interposição de inúmeros recursos em matéria já pacificada causa o excesso de demanda, como, também, a própria atividade legislativa. Isto porque a Constituição Federal Brasileira possui 250 artigos, que tratam de um extenso rol de assuntos. Ademais, ela já recebeu 76 emendas, o que ocasiona, também, a necessidade de rediscussão, pela Corte, de alguns dos temas já tratados em momento anterior.

Por outro vértice, considerando que grande parte da demanda onde se verifica a intenção protelatória refere-se à matéria tributária federal, empréstimos, alugueres, disputas comerciais e trabalhistas, é necessário estabelecer mecanismos para a agilização destes procedimentos e, ainda, prever severas penalidades àquele que resiste ao cumprimento da obrigação. Assim deve ser repensada, no sistema processual civil, a questão relativa à condenação por litigância de má-fé ou por comportamento procrastinatório.

Com efeito, se uma pessoa faz uso indevido de um serviço público colocado à sua disposição – no caso, o ‘serviço’ de prestação jurisdicional –, em detrimento de todos os demais usuários daquele serviço, deve ser ela exemplarmente penalizada, a fim de dissuadi-la no caso específico, bem como dissuadir os demais a adotarem comportamento semelhante, pois, a toda evidência, tal comportamento tem graves consequências.

Ora, um usuário não pode se apropriar de um serviço público, em detrimento dos outros usuários, provocando a externalização do custo do processo para toda a sociedade.⁵¹ Assim, a utilização indevida de um serviço público – no caso, da prestação jurisdicional – não deve ser considerado, tão somente, em relação ao dano que causa à parte adversa, mas, também, e com igual importância, em relação ao dano que causa à sociedade em geral.

Desta forma, necessário que o próprio Poder Judiciário exerça, com maior efetividade e com maior rigor, a sua responsabilidade em relação à coibição desse tipo de comportamento, penalizando os litigantes contumazes e procrastinatórios. Não deve, portanto, atuar de forma tímida ou isolada, condicionando a aplicação das penalidades à demonstração de inúmeros requisitos, que acabam tornando-a praticamente impossível de ser imposta no caso concreto, posto que, conforme afirmado, o comportamento indevido não deve ser observado somente pelo ângulo da parte adversa, mas, sim, pelo ângulo de toda a sociedade.

Por outro vértice, não é demais apontar que algumas reformas internas, na própria estrutura do Poder Judiciário, são inadiáveis.⁵² Com

51 TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. *As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da law and economics*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/portal/images/programas/forumdasaude/carater_de_bem_publico_das_decisoes_dos_tribunais_superiores.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2014.

52 É certo que o Conselho Nacional de Justiça, a par das críticas que lhe possam ser apresentadas, relativas ao estabelecimento, em um determinado momento, de metas meramente quantitativas para a prestação jurisdicional, vem exercendo um papel importante, relativo à obtenção de um diagnóstico da estrutura

feito, a própria Constituição Federal assegura a razoável duração do processo, prevê a necessidade de meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, inciso LXXVIII), bem como estabelece que a administração pública de qualquer dos Poderes Públicos, incluindo, a toda evidência, o Poder Judiciário, atenderá, dentre outros, aos princípios da legalidade e eficiência (art. 37).

Ora, o Judiciário é uma organização complexa e de grande porte, que organiza e fornece toda uma base para o exercício daquela função judicial. Faz-se imprescindível, portanto, identificar as patologias causadas pela burocracia, racionalizar a organização do trabalho dentro de cada órgão judicial, organizar os fluxos cartoriais, adotar novas tecnologias, compatíveis com o atual desenvolvimento da sociedade, sem resistências infundadas, investir na formação para o desempenho das funções, compartilhar experiências ou práticas bem sucedidas desenvolvidas em outras instituições.

Necessário consignar, ainda, que, conforme a advertência feita por Dierle Nunes, para uma efetiva melhoria do serviço judicial como um todo, é necessário abandonar o enfrentamento entre os diversos atores do processo judicial e engajar tecnicamente todos para o adequado exercício de suas respectivas funções.⁵³

Ademais, deve ser incentivada a adoção de meios alternativos de resolução de conflitos (inclusive como condição da ação). Da mesma forma, deve ser obstaculizado o ingresso de ações judiciais onde fique evidente que a parte, mesmo possuindo meios de solucionar uma questão sem a utilização de tão relevante serviço público, opta por fazê-lo, tão somente, por uma questão de comodidade ou preferência.⁵⁴

e funcionamento do Poder Judiciário, possibilitando a implementação de novas políticas e a correção de antigas práticas, bem como fomentando o compartilhamento de projetos e tecnologias em âmbito nacional, com grande repercussão na prática diária.

53 NUNES, op. cit., p. 262. Nas palavras do referido autor: “[...] a solução deve passar pela busca de uma política pública da qual participem todos os seguimentos acadêmicos e profissionais, e, em relação a esses últimos com uma quebra do debate belicoso entre as profissões jurídicas. O quadro de guerra que as profissões do Brasil mantêm é completamente dispensável, uma vez que a implementação de um modelo processual que seja legítimo e funcional passa pela adequada preparação técnica e responsável de todos os envolvidos – juízes, advogados, Ministério Público, auxiliares da justiça – (comparticipação) e não pela atribuição de culpa recorrente (pelos problemas) ao alter (que não faz parte de sua categoria profissional).” (NUNES, 2012, p. 262).

54 Anote-se, aqui, como exemplo, a ação de divórcio consensual. Em que pese atualmente existir a possibilidade de divórcio extrajudicial, diretamente nas serventias extrajudiciais, é certo que muitos ainda ingressam com ações judiciais para tal finalidade, mesmo quando preenchem todos os requisitos para fazê-lo sem a intervenção do Poder Judiciário.

6 CONCLUSÃO

Com efeito, pelo conteúdo do que foi dito acima, é necessário concluir que, na maioria das vezes, o Judiciário trabalha com as consequências do não cumprimento dos direitos, mas dificilmente com as causas. Ora, se as causas do não cumprimento dos direitos fossem atacadas, com a implementação de políticas públicas eficientes e a adequada reforma do aparelhamento estatal, a demanda judicial diminuiria, independentemente da existência de precedentes judiciais.

A *contrario sensu*, a mera elaboração de precedentes judiciais, sem a contrapartida estatal, relativa à reformulação de sua atividade, não exercerá influência significativa na quantidade da demanda judicial submetida aos órgãos julgadores (em especial nas instâncias inferiores), não sendo demais lembrar que o magistrado, por não possuir subsídio técnico/material para a implementação de políticas públicas é, em conclusão, o menos capaz de produzir, com suas decisões, mudanças sociais de largo alcance.

Deve ser observado, também, que o processo judicial é garantia e a padronização de julgados, com a edição de precedentes, deve ser realizada a partir deste pressuposto, evitando-se a transformação da relação jurídica processual em um mecanismo formal, automatizado e burocrático para a solução de uma lide, retirando, assim, a legitimidade do Poder Judiciário.

Finalmente, torna-se evidente que o precedente, a par de possivelmente trazer alguns benefícios, como a igualdade e a segurança jurídica, não tem efeitos significativos no controle da demanda judicial, em especial nas instâncias ordinárias. Não é por outro motivo que, em que pese os institutos já introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro, todo dia surgem novas e novas propostas para tentar conter o volume crescente de feitos em tramitação, quiçá em virtude da intuição de que os institutos atuais não se prestaram para tal finalidade.

Assim, para o efetivo controle da demanda judicial, deve-se, também e principalmente, resgatar a noção de serviço público, corrigir as deformidades da burocracia brasileira e melhorar as práticas judiciárias.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: o precedente judicial e a súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ARGUELHES, Diego Werneck; CERDEIRA, Pablo de Camargo; FALCÃO, Joaquim. *Supremo em números*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011. Disponível em: <http://supremoemnumeros.fgv.br/sites/supremoemnumeros.fgv.br/files/attachment/i_relatorio_do_supremo_em_numeros_0.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2014.

CARDOSO, Benjamin N. *A natureza do processo e a evolução do direito*. São Paulo: nacional de Direito, 1956.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Justiça em números 2012*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/jncompleto2012.zip>>. Acesso em: 08 fev. 2014.

_____. *Justiça em números 2013: sumário executivo*. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/sumario_exec_jn2013.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2014.

_____. *100 maiores litigantes*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2014.

DAVID, RENÉ. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Ministro do STF suspende correção de planos econômicos. O GLOBO. 27 ago. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia-e-negocios/noticia/2010/08/ministro-do-stf-suspende-correcao-de-planos-economicos.html>>. Acesso em: 08 fev. 2014.

NUNES, Dierle. Precedentes, padronização preventiva e coletivização: paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados*. Rio de Janeiro: IPEA, 2003a. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0966.pdf>. Acesso: em 08 fev. 2014.

_____, Armando Castelar. *Direito e Economia num Mundo Globalizado: Cooperação ou Confronto?* 2003b. Disponível em: <http://www.econ.puc-rio.br/gfranco/direito_e_economia_num_mundo_globalizado.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2014.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a common law civil law e o precedente judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.) *Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005.

SOTELO, José Luis Vásquez. A jurisprudência vinculante na 'common law' e na 'civil law'. In: *XVI Jornadas Ibero-americanas de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. *As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da law and economics*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/portal/images/programas/forumdasaude/carater_de_bem_publico_das_decisoas_dos_tribunais_superiores.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Precedentes e evolução do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

**PARECER Nº 07/2014/
CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/
DEPCONSU/PGF/AGU**

*Leopoldo Gomes Muraro
Procurador Federal*

PROCESSO Nº 00407.001637/2014-54

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relacionados a convênios e demais ajustes congêneres tratados no âmbito da Câmara Permanente de Convênios designada por meio da Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

DIREITO ADMINISTRATIVO. LEI Nº 13.019/2014. REGIME JURÍDICO DAS PARCERIAS VOLUNTÁRIAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL. TERMO DE COLABORAÇÃO E TERMO DE FOMENTO. DÚVIDAS QUANTO AO ÂMBITO DE APLICAÇÃO DOS INSTRUMENTOS. HERMENÊUTICA JURÍDICA. MENS LEGIS. INTERPRETAÇÃO LÓGICA E SISTÊMICA.

1. A Lei nº 13.019/14 traz em seu bojo tanto normas gerais que definem a política de fomento e colaboração com as organizações da sociedade civil como normas específicas que instituem e regulamentam os instrumentos jurídicos denominados termos de fomento e termo de colaboração.

2. Aplicação o termo de colaboração e o termo de fomento somente para as parcerias em que houver transferência de recursos entre a administração pública e as organizações da sociedade civil.

3. Para as parcerias sem repasse de recursos, aplica-se o teor do Parecer nº 15/2014/MANENTE CONVÊNIOS/DEP-

CONSU/PGF/AGU, devendo-se utilizar o acordo de cooperação, e, no que for cabível, as regras instituídas na lei nº 13.019/14.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1 A manifestação em exame decorre de projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal que, por intermédio da Portaria/

PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, criou Câmaras Permanentes que, no âmbito de seu núcleo temático, têm por objetivo:

I - identificar questões jurídicas relevantes que são comuns aos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais;

II - promover a discussão das questões jurídicas identificadas, buscando solucioná-las e uniformizar o entendimento a ser seguido pelos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal; e

III - submeter à consideração do Diretor do Departamento de Consultoria a conclusão dos trabalhos, para posterior aprovação pelo Procurador-Geral Federal.

2 Após identificados os temas controversos e relevantes, foram realizados estudos e debates em reuniões mensais. Passou-se, então, à etapa de elaboração de Pareceres, cujo objetivo é o esclarecimento das controvérsias identificadas, de forma a orientar a atuação de Procuradores Federais por todo o país, reduzindo a insegurança jurídica.

3 O presente Parecer abordará a abrangência jurídica dos novéis instrumentos criados com o advento da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, denominados Termo de Colaboração e Termo de Fomento, buscando analisar e identificar os seus respectivos campos de aplicação.

4 É o relatório.

I. LEI Nº 13.019/2014. TERMO DE COLABORAÇÃO E TERMO DE FOMENTO

5 No dia 31 de julho de 2014, foi publicada a Lei nº 13.019 estabelecendo o regime jurídico das parcerias voluntárias firmadas entre a administração pública e as organizações da sociedade civil¹, qualificadas estas como

1 O artigo 2º da Lei traz os seguintes conceitos em seus incisos: "I - organização da sociedade civil: pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva; II - administração pública: União, Estados,

pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, e, dentre outras previsões, instituiu o termo de colaboração e o termo de fomento.

6 Muito embora a nova lei traga em seu bojo várias definições, tenha instituído e regulamentado instrumentos como o *chamamento público* e o *procedimento de manifestação de interesse social*, além de estabelecer regras procedimentais, requisitos e formas de controle a serem observadas na sua aplicação; este Parecer terá seu objeto restrito à análise de dois instrumentos específicos: o termo de fomento e o termo de colaboração.

7 Esta Câmara Permanente paulatinamente buscará elucidar questões jurídicas envolvendo a Lei nº 13.019/14, cingindo-se, entretanto, a presente manifestação ao estrito foco da abrangência legal dos dois novos instrumentos jurídicos criados com o advento da lei: o Termo de Fomento e o Termo de Colaboração.

8 Desta forma, por ser o cerne da questão sob análise, mister se faz transcrever o teor dos incisos VII e VIII do artigo 2º da Lei nº 13.019, os quais, ao dispor no Capítulo I sobre as *disposições preliminares*, assim conceituam de forma ampla os novos termos criados:

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

[..]

VII - termo de colaboração: instrumento pelo qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil, selecionadas por meio de chamamento público, para a consecução de finalidades de interesse público propostas pela administração pública, sem prejuízo das definições atinentes ao contrato de gestão e ao termo de parceria, respectivamente, conforme as Leis nos 9.637, de 15 de maio de 1998, e 9.790, de 23 de março de 1999;

Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, suas subsidiárias; III - parceria: qualquer modalidade de parceria prevista nesta Lei, que envolva ou não transferências voluntárias de recursos financeiros, entre administração pública e organizações da sociedade civil para ações de interesse recíproco em regime de mútua cooperação;”

VIII - termo de fomento: instrumento pelo qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil, selecionadas por meio de chamamento público, para a consecução de finalidades de interesse público propostas pelas organizações da sociedade civil, sem prejuízo das definições atinentes ao contrato de gestão e ao termo de parceria, respectivamente, conforme as Leis nos 9.637, de 15 de maio de 1998, e 9.790, de 23 de março de 1999;

9 Cabe também transcrever o teor do artigo 1º da referida lei, o qual traz em seu bojo o escopo normativo do novo diploma legal:

Art. 1o Esta Lei institui normas gerais para as parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, estabelecidas pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, e suas subsidiárias, com organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público; define diretrizes para a política de fomento e de colaboração com as organizações da sociedade civil; e institui o termo de colaboração e o termo de fomento.

10 Ocorre, todavia, que o mesmo diploma legal no *Capítulo II – Da Celebração do Termo de Colaboração ou de Fomento*, seção VI, ao definir e estabelecer de forma específica os novos instrumentos jurídicos criados, acabou por apresentar definições aparentemente díspares daquelas efetuadas nas disposições iniciais e gerais da lei, senão vejamos:

CAPÍTULO II

DA CELEBRAÇÃO DO TERMO DE COLABORAÇÃO OU DE FOMENTO

[...]

Seção V

Dos Termos de Colaboração e de Fomento

Art. 16. O termo de colaboração deve ser adotado pela administração pública em caso de transferências voluntárias de recursos para

consecução de planos de trabalho propostos pela administração pública, em regime de mútua cooperação com organizações da sociedade civil, selecionadas por meio de chamamento público, ressalvadas as exceções previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Os conselhos de políticas públicas poderão apresentar propostas à administração pública para celebração de termo de colaboração com organizações da sociedade civil.

Art. 17. O termo de fomento deve ser adotado pela administração pública em caso de transferências voluntárias de recursos para consecução de planos de trabalho propostos pelas organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação com a administração pública, selecionadas por meio de chamamento público, ressalvadas as exceções previstas nesta Lei.

(Grifos nossos)

11 Pelo texto dos dispositivos legais acima transcritos, pode-se concluir inicialmente, antes de adentrarmos na aparente disparidade antes apontada, que a diferença essencial existente entre os novos instrumentos relaciona-se com a parte proponente da parceria, ou seja, o critério legal para definir o termo a ser utilizado dependerá da verificação de qual das partes surgiu o interesse em firmar a mútua cooperação.

12 Assim, caso a proposta da parceria seja feita pela *administração pública*, deverá ser firmado *termo de colaboração* e, de forma oposta, se a proposta for das organizações da sociedade civil, o *termo* a ser celebrado será o de *fomento*.

13 Cabe ainda destacar que ambos instrumentos deverão obrigatoriamente ser precedidos de *chamamento público*, procedimento devidamente definido e regulamentado na lei², bem como poderão coexistir, no que for cabível, com os contratos de gestão e os termos de parceria, instrumentos estes instituídos e regulados pelas respectivas leis de regência (Leis n^o 9.637/98 e 9.790/99)

2 O artigo 2^o da Lei conceitua da seguinte forma: "XII - chamamento público: procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos". Mais a frente, os artigos 23 a 32 disciplinam de forma específica o chamamento público.

14 Feitas estas considerações basilares acerca dos instrumentos, caber retornar ao objeto da presente análise e identificar e dirimir a aparente disparidade entre as definições dos termos de fomento e de colaboração e o escopo da lei.

15 De fato, a Lei nº 13.019/14 ao apresentar o escopo da lei em seu artigo 1º englobou tanto a possibilidade de parcerias com transferências de recursos como aquelas em que não haja nenhuma transferência, mas meramente a mútua colaboração para a consecução de finalidades públicas. Por seu turno, a própria lei, nos artigos 16 e 17, ao definir os termos de cooperação e de fomento, estabeleceu a aplicação dos instrumentos colaborativos “*em caso de transferências voluntárias de recursos para consecução de planos de trabalho*”.

15 Neste contexto, surgem duas dúvidas: (i) poder-se-á utilizar os termos de fomento e de colaboração em parcerias que não envolvam transferência voluntária de recurso? e (ii) em caso negativo, qual instrumento deverá ser utilizado nestes casos?

17 Eis o objeto deste parecer e as dúvidas jurídicas a serem dirimidas.

II. HERMENÊUTICA JURÍDICA. MENS LEGIS. INTERPRETAÇÃO LÓGICA E SISTEMÁTICA

18 Neste ponto, no intuito de identificar a real abrangência dos termos instituídos pela Lei nº 13.019/14, convém trazer à baila os clássicos ensinamentos do mestre italiano Francesco Ferrara que, em sua obra-prima denominada *Tratado de Direito Civil Italiano*, escrita no começo do século XX, nos capítulos III, IV e V, trata da *Aplicação e Interpretação das Leis*³, abordando de forma lógica e didática a função do hermeneuta em sua função de desvendar o significado do texto legal:

A lei, porém, não se identifica com a *letra* da lei. Esta é apenas um meio de comunicação: as palavras são símbolos e portadores de pensamento, mas podem ser defeituosas. Só nos sistemas jurídicos primitivos a *letra* da lei era decisiva, tendo um valor místico e sacramental. Pelo contrário, com o desenvolvimento da civilização, esta concepção é abandonada e procura-se a intenção legislativa.

3 FERRARA, Francesco. *INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS LEIS*. Traduzido por Manuel A. D. de Andrade. Coleção Cultura Jurídica. Armênio Amado Editor, Sucessor Coimbra, 1963. p. 128.

Relevante é o elemento espiritual, a *voluntas legis*, embora deduzida através das palavras do legislador.

Entender uma lei, portanto, não é somente aferrar de modo mecânico o sentido aparente e imediato que resulta da conexão verbal; é indagar com profundidade o pensamento legislativo, descer da superfície verbal ao conceito íntimo que o texto encerra e desenvolvê-lo em todas as suas direções possíveis: *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac postestatem* (17. Dig. 1.3)

A missão do interprete é justamente descobrir o *conteúdo real* da norma jurídica, determinar em toda a plenitude o seu valor, penetrar o mais que é possível (como diz Windscheid) na alma do legislador, reconstruir o pensamento legislativo.

19 Segundo o mestre italiano a interpretação é uma *atividade única complexa*, a qual “*consiste em declarar não o sentido histórico que o legislador materialmente ligou ao princípio, mas o sentido que ali está imanente e vivo*”, metaforicamente denominada *vontade da lei* (FERRARA, 1963)⁴

20 No caso em tela, é justamente este exercício hermenêutico que se propõe em busca da vontade da lei (*mens legis*) e não puramente identificar o conteúdo estrito da lei redigida pelo legislador (*mens legislatoris*).

21 Em nossa doutrina pátria, o mestre Geraldo Ataliba afirma que a “*Constituição não é o que os constituintes quiseram fazer, é muito mais que isso: é o que eles fizeram. A lei é mais sábia que o legislador*”⁵.

22 O Supremo Tribunal Federal já se manifestou neste sentido ao pronunciar na ementa do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 258.088, de relatoria do Ministro Celso de Melo, o seguinte teor:

O ordenamento normativo nada mais é senão a sua própria interpretação, [...]. A interpretação, qualquer que seja o método hermenêutico utilizado, tem por objetivo definir o sentido e esclarecer o alcance de determinado preceito inscrito no ordenamento positivo do Estado, não se confundindo, por isso mesmo, com o ato estatal de produção normativa.

4 Op. cit. pgs. 136/137.

5 ATALIBA, Geraldo. Revisão Constitucional. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 110, abril-junho de 1991, p 87/90.

(STF. RE 258088 AgR/SC. Julgamento: 18/04/2000. Órgão Julgador: 2. Turma)

23 No que tange aos métodos interpretativos a serem utilizados na presente análise, cabe apresentar as distinções e os conteúdos doutrinários e jurisprudenciais que balizam os métodos lógico e sistemático.

24 Quanto à interpretação lógica, transcreve-se o entendimento do mestre civilista Silvio Rodrigues⁶, que em sua obra clássica *Direito Civil*, assim qualifica este método interpretativo:

Se tal interpretação não se mostra capaz de extirpar as dúvidas (gramatical), recorre-se à interpretação lógica. Para admitir a parte-se do pressuposto de que o ordenamento jurídico é um edifício sistematicamente concebido, de sorte que o texto é estudado em confronto com outros, a fim de não ser interpretado de modo a conflitar com regras dadas para casos análogos; examina-se a posição do artigo no corpo da lei, o título a que está submetido, o desenvolvimento do pensamento do legislador, enfim o plano da lei.

25 Acerca da interpretação sistêmica, cita-se outro mestre civilista, Caio Mário⁷, que em sua obra clássica *Instituições de Direito Civil*, apresenta a seguinte elucidação:

Denomina-se interpretação sistemática a que leva o investigador ainda mais longe, evidenciando a subordinação da norma a um conjunto de disposições de maior generalização, do qual não pode ou não deve ser dissociada. Aqui, o esforço hermenêutico impõe a fixação de princípios amplos, norteadores do sistema a que o interpretando pertence, e o seu entendimento em função dele. A interpretação sistemática é também um processo lógico, que opera em mais vasto campo de ação. Parte o intérprete do pressuposto de que uma lei não existe isolada, e por isso mesmo não pode ser entendida isoladamente. Na sua boa compreensão devem-se extrair de um complexo legislativo as ideias gerais inspiradoras da legislação em conjunto, ou de uma província jurídica inteira, e à sua luz pesquisar o conteúdo daquela disposição.

6 RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo, Saraiva, 1988.

7 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2001.

26 Ainda neste sentido, Ferrara⁸ arremata concluindo que “um *princípio jurídico não existe isoladamente, mas está ligado por nexo íntimo com outros princípios*”, pois o direito “*não é um aglomerado caótico de disposições, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, em que cada um tem o seu posto próprio*”

27 Por fim, para servir de norte hermenêutico no caso em tela, convém trazer à baila os termos sintéticos e profundos da Emenda de um antigo entendimento de nossa Suprema Corte, oriunda de um Recurso em Mandado de Segurança julgado em 1966, cuja relatoria foi do Ministro Lafayette de Andrade:

EMENTA. HERMENÊUTICA. DISPOSITIVOS APARENTEMENTE ANTAGONICOS DE UMA MESMA LEI. SE POSSÍVEL, DEVE-SE OPTAR PELA INTERPRETAÇÃO QUE SE CONCILIA.

(RMS-15825/PE, Relator Ministro Lafayette de Andrada. Publicação DJ DATA-19-10-66)

III. APLICAÇÃO RESTRITIVA DA ABRANGÊNCIA LEGAL. UTILIZAÇÃO DOS TERMOS DE FOMENTO E COLABORAÇÃO SOMENTE PARA PARCERIAS COM TRANSFERÊNCIA VOLUNTÁRIA DE RECURSOS

28 Ante os métodos interpretativos acima explicitados em cotejo com o texto da Lei nº 13.019/14, deve-se identificar os dispositivos legais aparentemente antagônicos para se buscar a conciliação harmônica de seu conteúdo normativo.

29 Neste sentido, dentro de uma interpretação lógica, pode-se constatar que a Lei nº 13.019/14 foi elaborada de forma bipartite, trazendo em seu bojo tanto normas gerais que definem a política de fomento e colaboração com as organizações da sociedade civil como normas específicas que instituem e regulamentam os instrumentos jurídicos denominados termos de fomento e termo de colaboração.

30 Dentro desta lógica, harmoniza-se a aparente disparidade existente entre o artigo 1º da lei com os artigos 16 e 17. Explica-se.

31 Na parte geral instituída no artigo 1º, foram criadas regras gerais a serem observadas nas mais diversas parcerias firmadas entre a

8 Op. cit. pg. 143.

administração pública e pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos (organizações da sociedade civil) tais como o *chamamento público* (artigos 23 a 31) e o *procedimento de manifestação de interesse social* (artigos 18 a 21), bem como o estabelecimento de requisitos e regras para a *prestação de contas* (artigos 63 a 72) e *responsabilidades e sanções* (artigos 73 a 78); além de *normas principiológicas gerais* (artigos 5º e 6º) dispendo sobre a *capacitação de gestores, conselheiros e sociedade civil organizada* (artigos 7º e 8º), da *transparência e do controle* (artigos 9º a 12) e do *fortalecimento da participação social e da divulgação das ações* (artigos 14 e 15).

32 Por seu turno, na parte específica, a Lei nº 13.019/14 criou e regulamentou os termos de fomento e de colaboração, conceitualmente nos artigos 16 e 17 e nos aspectos procedimentais em diversos dispositivos.

33 Nestes dispositivos resta clara a opção do legislador por restringir a **utilização dos termos de fomento e de colaboração somente quando houver transferências voluntárias de recursos**, deixando de fora do seu campo de incidência as parcerias firmadas sem as referidas transferências.

34 Tal conclusão pode ser alcançada por intermédio das seguintes constatações:

- I os artigos 16 e 17 de forma expressa, ao conceituar respectivamente o termo de colaboração e o termo de fomento, restringem seu campo de aplicação somente para as parcerias em que houver transferências voluntárias de recursos;
- II no artigo 22, ao traçar dos requisitos essenciais do plano de trabalho “sem prejuízo da modalidade de parceria”(termo de colaboração ou de fomento), o inciso VII exige obrigatoriamente a demonstração dos “valores a serem repassados, mediante cronograma de desembolso compatível com os gastos das etapas vinculadas às metas do cronograma físico”. Não há na lei nenhuma previsão excepcional para hipóteses em que não há repasse, o que fortalece a dedução de que somente se aplicam os instrumentos quando houver transferência de recursos;
- III no artigo 42, ao tratar das cláusulas essenciais para a formalização dos termos de fomento e de colaboração, exige-se necessariamente a inclusão de cláusulas que versem sobre “o valor total do repasse e o cronograma de desembolso”; e

IV o artigo 44, ao disciplinar as contratações realizadas pelas organizações da sociedade civil, determina que o “gerenciamento administrativo e financeiro dos recursos recebidos é de responsabilidade exclusiva da organização da sociedade civil, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, investimento e pessoal”.

35 Pela leitura dos dispositivos acima transcritos, resta patente que toda a lógica legal dirigiu-se no sentido de restringir o campo de aplicação dos termos de colaboração e de fomento somente para as hipóteses em que houver transferência voluntária de recursos entre os partícipes, devendo, portanto, respeitar a *vontade da lei* e considerar a aplicação restritiva dos referidos instrumentos jurídicos.

36 Por fim, cabe elucidar que a constatação de incidência restrita da utilização dos instrumentos instituídos pela Lei nº 13.019/14, resolve em parte a questão jurídica, pois há necessidade de se verificar qual regime jurídico regulará as parcerias em que não há repasse de recursos.

37 Neste ponto, dentro de uma interpretação sistêmica do nosso ordenamento jurídico e respeitando o entendimento já firmado por esta Câmara Permanente, deve-se aplicar para tais hipóteses o teor e as conclusões do Parecer nº 15/2013/CAMARA PERMANENTE CONVENIOS/DEP CONSU/PGF/AGU.

38 Assim, para os casos de parcerias firmadas entre a administração pública e as organizações da sociedade civil em que não houver transferências voluntárias de recursos, deverá ser utilizado o instrumento jurídico denominado Acordo de Cooperação, com as recomendações já firmadas no Parecer supracitado desta Câmara Permanente, aplicando-se, no que for cabível, as regras instituídas na Lei nº 13.019/14.

CONCLUSÃO

39 Ante o exposto, e levando em conta os argumentos jurídicos acima delineados, bem como o entendimento firmado pela doutrina, jurisprudência e nas orientações da Advocacia-Geral da União, conclui-se o seguinte:

- a) a Lei nº 13.019/14 traz em seu bojo tanto normas gerais que definem a política de fomento e colaboração com as organizações da sociedade civil como normas específicas que instituem e regulamentam os instrumentos jurídicos denominados termo de fomento e termo de colaboração;

- b) o termo de colaboração e o termo de fomento somente podem ser utilizados para as parcerias em que houver transferência de recursos entre a administração pública e as organizações da sociedade civil;
- c) no caso das transferências voluntárias sem repasse de recursos, mantem-se as considerações feitas no Parecer nº 15/2013/CAMARAPERMANENTECONVENIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, devendo-se utilizar o acordo de cooperação, aplicando-se, no que for cabível, as regras instituídas na Lei nº 13.019/14.

À consideração superior,

Brasília-DF, 16 de setembro de 2014.

Leopoldo Gomes Muraro
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Carlos Octaviano de Medeiros Mangueira
Procurador Federal

Michelle Diniz Mendes
Procuradora Federal

Michell Laureano Torres
Procurador Federal

José Reginaldo Pereira Gomes Filho
Procurador Federal

Rui Magalhães Piscitelli
Procurador Federal

Roberto Vilas-Boas Monte
Procurador Federal

De acordo. À consideração superior.

Brasília, 30 de outubro de 2014.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER N° 07/2014/CÂMARA PERMANENTE-CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

Encaminhe-se cópia à Consultoria-Geral da União, para conhecimento.

Brasília, 31 de outubro de 2014.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS

Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N° 78/2014:

A Lei n° 13.019/14 traz em seu bojo tanto normas gerais que definem a política de fomento e colaboração com as organizações da sociedade civil como normas específicas que instituem e regulamentam os instrumentos jurídicos denominados termo de fomento e termo de colaboração.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N° 79/2014:

O termo de colaboração e o termo de fomento somente podem ser utilizados para as parcerias em que houver transferência de recursos entre a administração pública e as organizações da sociedade civil.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N° 80/2014:

No caso das transferências voluntárias sem repasse de recursos, mantem-se as considerações feitas por meio do Parecer n° 15/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVENIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, devendo-se utilizar o acordo de cooperação, aplicando-se, no que for cabível, as regras instituídas na Lei n° 13.019/14.

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.