

REVISTA DA
AGU

ANO XII nº 37 - Brasília-DF, jul./set. 2013

CLASSIFICAÇÃO — QUALIS B2

Revista da da AGU	Brasília	n. 37	p. 1- 400	jul./set. 2013
-------------------	----------	-------	-----------	----------------

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: escoladaagu@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	Secretaria-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

CONSELHO EDITORIAL

Membros Internacionais: Nicolás Rodríguez García; Pedro Tomás Nevado-Batalla Moreno.

Membros Executivos: Antônio de Moura Borges; Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy; Clóvis Juarez Kemmerich; Cristina Campos Esteves; Denise Lucena Cavalcante; Dimitri Brandi de Abreu; Eugênio Battesini; Fabiano André de Souza Mendonça; Flávio Roberto Batista; Francisco Humberto Cunha Filho; Jefferson Carús Guedes; José Tadeu Neves Xavier; Judivan Juvenal Vieira; Luís Carlos Martins Alves Jr.; Natalia Camba Martins; Omar Bradley Oliveira de Sousa; Otávio Luiz Rodrigues Junior; Regina Linden Ruaro; Robson Renaut Godinho.

Membros Eletivos: Adriana de Oliveira Rocha; Adriana Pereira Franco; Aluisio de Sousa Martins; Anésio Fernandes Lopes; André Lopes de Sousa; Andrea Dantas Echeverria; Carlos José de Souza Guimarães; Cássio Andrade Cavalcante; Dalton Santos Moraes; Daniela Ferreira Marques; Eliana Gonçalves Silveira; Eliana Pires Rocha; Ewerton Marcus de Oliveira Gois; Filipo Bruno Silva Amorim; Gregore Moreira de Moura; Gustavo Augusto Freitas Lima; Ivana Roberta Couto Reis de Souza; Karla Margarida Martins Santos; Luís Claudio Martins de Araujo; Maria de Fátima Knaippe Dibe; Mariana Filchtner Figueiredo; Nilma de Castro Abe; Rui Magalhães Piscitelli; Valdirene Ribeiro de Souza Falcão; Valério Rodrigues Dias; Vânia Maria Bastos Faller.

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 XII – Número 37 - Brasília-DF, jul./set. 2013
Periodicidade: Trimestral - ISSN 1981-2035
1 – Direito Público – Brasil – periódico. Advocacia-Geral da União

CDD 341.05
CDU 342(05)

SUMÁRIO

Editorial.....	5
O que é Câmara de Recursos da Previdência Complementar – CRPC e sua Contribuição para Concretização da Democracia no Processo Administrativo Sancionador <i>What does “Câmara de Recursos da Previdência Complementar - CRPC - mean? And how does it Contribute to Democracy in the Administrative Sanctions Procedure?</i> <i>Ana Carolina Squadri Santanna</i>	7
A Procedimentalização da Autotutela Administrativa como Meio Alternativo de Solução de Conflitos <i>The Proceedings of Administrative Self Protection as an Alternative Conflict Solution</i> <i>André Luis Nascimento Parada</i>	45
Análise da Responsabilidade Civil do Estado por Danos Morais em Decorrência de Atos Praticados na Ação de Execução Fiscal e na Inscrição do Devedor em Cadastros Restritivos de Crédito <i>Analyzing the Liability of the State for Pain and Suffering Arising from Actions Taken by the State During Tax Collection Lawsuits and Tax Defaulters Listing</i> <i>Ângelo Dela Bianca Segundo</i>	73
Da cláusula Penal <i>Penal Clause</i> <i>Arthur Rabay</i>	107
Audiências Públicas na Suprema Corte Brasileira: novas tendências para o diálogo social <i>Public Hearings at the Brazilian Supreme Court: new tendencies for social dialogue</i> <i>Cecilia de Almeida Silva</i> <i>Igor Ajouz</i>	129
Seguridade Social: assistencialismo X contributividade <i>Social Security: welfare System X contributory system</i> <i>Cirlene Luíza Zimmermann</i>	161
Razões Históricas do Desequilíbrio Regional e Federativo <i>Historical Reasons of the Federal and Regional Imbalance</i> <i>Cleucio Santos Nunes</i> <i>Jefferson Carús Guedes</i>	195
Decadência e Prescrição no Direito Previdenciário <i>Laches and Limitation of Action at Social Security Law</i> <i>Daniel Roffê de Vasconcelos</i>	213

A Regularidade Fiscal na Licitação como meio de Proteção ao Interesse Público <i>The tax regularity in the bid as a means of protecting the public interest</i> Guilherme Pinato Sato.....	253
Novo Conceito de Pessoa com Deficiência e Proibição do Retrocesso <i>New Concept of People with Disabilities and Prohibition of Retrogression</i> Maurício Maia.....	289
O Papel dos Precedentes Judiciais Diante da (In)Certeza e da (In)Segurança Jurídicas: uma análise argumentativa da jurisprudência dominante <i>The Role of Court's Precedent Before the (lack of)Certainty and the (lack of)Legal Predictability: an argumentative analysis of the prevailing ruling</i> Murilo Strätz.....	307
Os Instrumentos Processuais de Proteção do Meio Ambiente: releitura a partir do estudo comparado com as <i>class actions</i> <i>The procedural tools for environment protection: reinterpretation from a compared study with the north american class actions</i> Thiago Serpa Erthal.....	357

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

ADI n. 4568: A atuação da AGU na defesa da Lei n. 12.382/2011 – divulgação do valor do salário mínimo por Decreto do Poder Executivo Filipo Bruno Silva Amorim.....	387
Normas Editoriais.....	397

EDITORIAL

A Advocacia-Geral da União, visando contribuir com a comunidade jurídica na disseminação do conhecimento, tem a honra e a satisfação de lançar a 37ª edição da sua revista jurídica, referente ao trimestre de julho a setembro de 2013.

A 37ª Edição da Revista da AGU é formada por doze artigos que abordam diversos temas do mundo jurídico moderno, dentre outros, podemos citar: *O que é Câmara de Recursos da Previdência Complementar – CRPC e sua Contribuição para Concretização da Democracia no Processo Administrativo Sancionador; A Procedimentação da Autotutela Administrativa como Meio Alternativo de Solução de Conflitos; Análise da Responsabilidade Civil do Estado por Danos Morais em Decorrência de Atos Praticados na Ação de Execução Fiscal e na Inscrição do Devedor em Cadastros Restritivos de Crédito; Da Cláusula Penal; Audiências Públicas na Suprema Corte Brasileira: novas tendências para o diálogo social; Seguridade Social: assistencialismo X contributividade; Razões Históricas do Desequilíbrio Regional e Federativo; Decadência e Prescrição no Direito Previdenciário; A Regularidade Fiscal na Licitação como meio de Proteção ao Interesse Público; Novo Conceito de Pessoa com Deficiência e Proibição do Retrocesso; O Papel dos Precedentes Judiciais Diante da (In) Certeza e da (In) Segurança Jurídica: uma análise argumentativa da jurisprudência dominante; Os Instrumentos Processuais de Proteção do Meio Ambiente: releitura a partir do estudo comparado com as class actions.*

Esta edição da Revista da AGU, também, tem a satisfação de divulgar a Jurisprudência Comentada que trata da Atuação da AGU na defesa da lei nº 12382/2011 – divulgação do salário mínimo por Decreto do Poder Executivo.

A Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal parabeniza e congratula todos os autores dos artigos desta 37ª edição pelos excelentes trabalhos aqui divulgados e convida os apreciadores da boa leitura jurídica a saborearem esses ensinamentos que ora apresentamos.

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Diretora da Escola da AGU



O QUE É CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA CONCRETIZAÇÃO DA DEMOCRACIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

WHAT DOES "CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - CRPC - MEAN? AND HOW DOES IT CONTRIBUTE TO DEMOCRACY IN THE ADMINISTRATIVE SANCTIONS PROCEDURE?

*Ana Carolina Squadri Santanna
Procuradora Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Composição; 2 Do Processo Administrativo; 3 Do Processo Administrativo sancionador no âmbito da CRPC; 4 Do auto de infração; 5 Julgamento e recurso; 6 Do pedido de reconsideração; 7 Conclusão; Referências

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo apresentar o órgão colegiado do Ministério da Previdência Social recentemente renovado em termos de estrutura e função, com o intuito de atender melhor aos anseios democráticos do nosso Estado de Direito. Também visa esse estudo disponibilizar as questões enfrentadas pelo tribunal administrativo, pouco difundidas na doutrina e na jurisprudência. Ademais, buscou-se estampar a importância do debate acerca das garantias fundamentais no processo administrativo como um instrumento crucial ao acesso ao direito. A metodologia de trabalho baseou-se em pesquisa na legislação, em sites oficiais dos órgãos públicos, nas decisões da Câmara, além de bibliografia jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Câmara de Recursos da Previdência Complementar. Processo Administrativo. Recurso Administrativo. Devido Processo Legal.

ABSTRACT: This work has the objective to present the collective body of the Ministry of Social Welfare recently renovated in terms of structure and function, in order to better meet the expectations of our democratic rule of law. Also this study aims to provide the issues faced by the administrative court, just spread the doctrine and jurisprudence. It also sought to stamp the importance of debate about the fundamental guarantees in the administrative process as a crucial instrument to access to law. The methodology was based on research in legislation, official websites of government agencies, in the Board's decisions, and legal bibliography.

KEYWORDS: Administrative Court (Câmara Recursal da Previdência Complementar). Administrative Proceeding. Administrative Remedy. Right to Due Process.

INTRODUÇÃO

Visando aperfeiçoar o regime repressivo referente ao sistema de previdência complementar fechada, foi criada a Câmara de Recursos da Previdência Complementar – CRPC, órgão recursal colegiado e integrante do Ministério da Previdência Social - MPS, cuja função é julgar em última instância os recursos interpostos contra decisões da Diretoria Colegiada da Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, proferidas em processos administrativos iniciados por lavratura de auto de infração ou mediante instauração de inquérito, bem como contra decisões referentes a impugnações de lançamentos tributários da Taxa de Fiscalização e Controle da Previdência Complementar – TAFIC.¹

O órgão recursal vem satisfazer o princípio da revisibilidade, que é o direito do administrado recorrer da decisão desfavorável (salvo se a decisão for proferida por autoridade do mais alto escalão).²

A atribuição da CRPC está prevista na Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, cujo artigo 65, §2º, dispõe que “das decisões do órgão fiscalizador caberá recurso, no prazo de quinze dias, com efeito suspensivo, ao órgão competente”, sendo sua regulamentação prevista pelo Decreto nº 7.123, 03 de março de 2010, o qual revogou o Decreto nº 4.678, de 24 de abril de 2003.

O referido órgão colegiado substituiu o antigo Conselho de Gestão da Previdência Complementar³ - CGPC, o qual era responsável tanto pela regulação das atividades das entidades fechadas de previdência complementar, quanto pelo julgamento dos recursos interpostos contra as decisões da Superintendência de Previdência Complementar - SPC, no que dizia respeito às penalidades administrativas.

A SPC integrava o Ministério da Previdência Social e sua função era, basicamente, fiscalizar as entidades de previdência complementar fechada.

1 Art. 3º do Decreto nº 7.123, de 03 de março de 2010

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 503 .

3 O Decreto Nº 4.678, de 24 de abril de 2003 disciplinou o antigo CGPC

Já no regime vigente, o Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC, órgão colegiado integrante do MPS, exerce a função de órgão regulador por meio da votação de propostas de resoluções ou recomendações formuladas pelo Ministro, pelo Secretário de Políticas, pela Diretoria Colegiada da PREVIC ou por, no mínimo, três membros do Conselho.⁴

Para o exercício da função fiscalizatória, a Lei nº 12.154, de 23 de dezembro de 2009, criou a Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC, que ao mesmo tempo extinguiu a SPC.

Conforme prevê o artigo 1º, parágrafo único, da citada lei, cabe à PREVIC atuar como entidade de fiscalização e de supervisão das atividades dos Fundos de Pensão⁵. Diferentemente do órgão regulador, a PREVIC possui natureza autárquica, o que garante uma aparente autonomia político-funcional na fiscalização do sistema de previdência complementar fechada.

No que tange aos destinatários da legislação referida, os potenciais atuados estão previstos no artigo 63 da Lei Complementar nº 109/2001, quais sejam: os administradores de entidade, os procuradores com poderes de gestão, os membros de conselhos estatutários, o interventor e o liquidante. O parágrafo único desse artigo também prevê como responsáveis por danos ou prejuízos às entidades, os administradores dos patrocinadores ou instituidores, os atuários, os auditores independentes, os avaliadores de gestão e outros profissionais que prestem serviços técnicos à entidade, diretamente ou por intermédio de pessoa jurídica contratada.

Para Jarbas Antonio de Biagi o rol acima é meramente exemplificativo, uma vez que “todo aquele que vier a causar danos materiais

4 O CNPC está previsto no Decreto nº 7.123/2010

5 De acordo com Daniel Pulino, os fundos de pensão exercem atividade econômica, já que o artigo 202 da Constituição da República estabelece princípios e regras para a previdência privada diversas daquelas previstas para a previdência social, que possui caráter básico e obrigatório. “Daí porque o exercício de atividade de previdência complementar pelas entidades privadas (quer abertas, quer fechadas) não pode ser entendido como realização de um serviço público.” Cf. PULINO, Daniel. *Previdência Complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas Entidades Fechadas*. São Paulo: Conceito Editorial, p. 16, 2011

às entidades de previdência complementar serão responsabilizados pelo órgão fiscalizador”⁶.

A razão de ser dessa estrutura reguladora e fiscalizadora em torno do sistema de previdência complementar fechada é a relevância social da atividade econômica exercida pelas entidades fechadas, cabendo ao Estado orientar, no que couber, a referida atividade, conforme dispõe o artigo 174 da Constituição da República. Nessa esteira, a Lei Complementar nº 109/2001 e o Decreto nº 4.942/2003 estabeleceram infrações e sanções administrativas para punir todo aquele que violar o regime de previdência complementar.

De acordo com o artigo 65 da Lei Complementar citada, as sanções podem ser de advertência, suspensão do exercício de atividades em entidades de previdência complementar, inabilitação pelo prazo de dois a dez anos para o exercício de cargo ou função em entidades de previdência complementar, sociedades seguradoras, instituições financeiras e no serviço público, bem como multa de dois mil reais a um milhão. Ademais, a multa será aplicada em dobro em caso de reincidência.

Ressalta-se que para as penalidades pecuniárias, a Lei Complementar nº 109/2001 prevê a responsabilidade solidária da entidade fechada de previdência complementar, que, no entendimento de Jarbas Antonio de Biagi, prejudica ainda mais os participantes, que além de terem sido lesados pelo(s) dirigente(s), terão que suportar o pagamento de multa pecuniária.⁷

Durante suas atividades fiscalizatórias, caso a PREVIC identifique a ocorrência de infração prevista no Decreto nº 4.942, de 30 de dezembro de 2003, e desde que não seja a hipótese do artigo 22, § 2º do Decreto citado⁸ ou não tenha sido firmado um Termo de Ajustamento de Conduta⁹, a entidade lavrará um auto de infração, que após a fase de instrução do

6 BIAGI, Jarbas Antonio. Regime Repressivo, In: GÓES, Wagner (coord.). *Gestão de Fundos de Pensão: Aspectos Jurídicos*, São Paulo: Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – ABRAPP, 2006. p. 132.

7 Idem, p. 133

8 Art. 22, §2º, do Decreto nº 4.942/2003: “Desde que não tenha havido prejuízo à entidade, ao plano de benefícios por ela administrado ou ao participante e não se verifique circunstância agravante prevista no inciso II do art. 23, se o infrator corrigir a irregularidade cometida no prazo fixado pela Secretaria de Previdência Complementar, não será lavrado o auto de infração”.

9 INSTRUÇÃO MPS/PREVIC Nº 03, de 29 de junho de 2010, art. 8º. “Art. 8º O procedimento ou processo administrativo em curso que tiver por objeto conduta abrangida pelo TAC permanecerá

processo administrativo, será decidido por uma Diretoria Colegiada a procedência ou a improcedência do auto (se não houver nulidade).

Julgando-se procedente o auto de infração, o interessado poderá interpor recurso administrativo perante a Diretoria Colegiada da PREVIC no prazo de quinze dias, momento em que órgão colegiado poderá reconsiderar expressamente a decisão. Caso não reconsidere no prazo de cinco dias, “entender-se-á que a sua decisão está mantida por seus próprios fundamentos”.¹⁰

Na circunstância da decisão não ser reconsiderada, o recurso será remetido à Secretaria-Executiva da CRPC, que tomará as medidas cabíveis, como por exemplo, a distribuição para um Conselheiro da Câmara.¹¹

Após a prolação da decisão que julga improcedente ou nulo o auto de infração, automaticamente o processo é encaminhado à CRPC para ser apreciado o Recurso de Ofício, cujo procedimento é o mesmo do Recurso Voluntário.

Portanto, a Câmara de Recursos da Previdência Complementar é um órgão recursal que integra o Ministério da Previdência Social, cuja função é julgar o recurso interposto contra a decisão proferida pela Diretoria Colegiada da PREVIC em processo administrativo para apuração de responsabilidade por infração ou sobre as impugnações referentes aos lançamentos tributários da TAFIC.¹²

1 COMPOSIÇÃO

A CRPC é composta por sete membros titulares, todos com direito a voto, sendo que quatro são servidores federais titulares de

suspensão enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado, desde que tenham sido atendidas todas as condições estabelecidas no respectivo termo.”

10 Art. 27, §1º, do Decreto nº 7.123/2010. Ademais, prevê o art. 27, §2º: “Se o recorrente alegar que a decisão impugnada contraria súmula vinculante, caberá à Diretoria Colegiada ou ao Diretor-Superintendente da PREVIC, ad referendum da Diretoria Colegiada, explicitar, antes de encaminhar o recurso à Secretaria-Executiva da CRPC, as razões da inaplicabilidade da súmula, se não for o caso de reconsideração”.

11 Portaria MPS nº 282, de 31 de março de 2011 (Regimento Interno da CRPC). Art. 17. “À Secretaria-Executiva da CRPC, no exercício de suas funções, compete”: inciso VIII – “encaminhar ao membro designado relator, ou a quem este indicar formalmente, cópias dos autos de processos distribuídos por sorteio, para serem relatados.”

12 Cumpre destacar que o Ministério da Previdência Social criou um Grupo de Trabalho, formado pelos Conselheiros da CRPC, para elaborar uma minuta com propostas de alteração do Decreto nº 4.942/2003 (Portaria MPS nº 01, de 30 de maio de 2011).

cargo efetivo, em exercício no Ministério da Previdência Social - MPS, na PREVIC ou no Instituto Nacional do Seguro Social - INSS; um representante das entidades fechadas de previdência complementar, das patrocinadoras e dos instituidores e um dos participantes e assistidos de planos de benefícios.¹³ Ressalta-se que cada membro tem direito a um suplente.

O Presidente da CRPC pode ser um dos servidores federais empossados que estão em exercício no MPS ou no INSS, cabendo ao Ministro da Previdência Social designá-lo. Além do voto ordinário, o Presidente exerce o voto de qualidade em caso de empate.

De acordo com o art. 7º, § 3º, do Decreto nº 7.123/2010:

os membros da CRPC deverão ter formação superior completa e experiência comprovada em matéria jurídica, administrativa, financeira, contábil, atuarial, de fiscalização ou de auditoria e manter estreita relação com o segmento de previdência complementar operado por entidade fechada de previdência complementar.

Os membros da CRPC têm mandato de dois anos, permitida uma única recondução. O mandato também encerrará se faltar algumas das condições exigidas para a designação. Outra hipótese de perda de mandato está prevista no artigo 10 do Decreto citado, que seria o cometimento de alguma conduta considerada irregular pelo Decreto, como a retenção injustificada dos autos do processo além do prazo estabelecido. Nesse caso, o membro não poderá ser designado para o CNPC ou para a CRPC no prazo de cinco anos, contado do ato oficial que decretar a perda do mandato.

Além disso, o Decreto veda a designação ou a recondução de membro que tenha vínculo matrimonial, de companheirismo ou de parentesco, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, com outro membro do CNPC ou da CRPC.

Assim como no processo de uma maneira geral deve ser observado o princípio democrático, no sistema de previdência complementar fechada esse preceito fundamental é observado na composição da CRPC. Nesse sentido, os membros do órgão recursal representam diferentes

13 Artigo 15 da Lei nº 12.154/2009 e Artigo 7º e ss., do Decreto nº 7.123/2010

segmentos, tanto do Governo, quanto das entidades fechadas, dos participantes e das patrocinadoras.

A participação democrática no sistema previdenciário está prevista em âmbito constitucional, no artigo 10, o qual prevê que:

É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

O princípio democrático também foi reforçado pela Emenda Constitucional nº 20/1998, que acrescentou ao artigo 194 o seguinte texto:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

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

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

Segundo Wagner Balera, o caráter democrático está presente em “toda e qualquer entidade integrante do sistema de seguridade social”¹⁴. Desse modo, estende-se à previdência complementar fechada.¹⁵

Apesar de a Lei Complementar nº 109/2001 ter silenciado a respeito da participação da sociedade civil nos órgãos colegiados, a ausência foi suprida pela Lei nº 12.154/2009, embora as normas do artigo 10 e do artigo 194, VII pudessem ser aplicadas diretamente.¹⁶

2 DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

O estudo do processo administrativo vem ganhando relevância na doutrina em razão de um dos principais objetivos do Estado

14 BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. São Paulo: LTr, p. 84, 2006

15 PULINO, op. cit., p. 413

16 Idem, p. 417.

contemporâneo, que é buscar a realização da democracia não somente nos períodos eleitorais.¹⁷ Dessa forma, no contexto atual, processo administrativo substitui o ato administrativo, podendo aquele ser conceituado do seguinte modo:

Encadeamento de atos destinados à produção de uma decisão final, que representa o caminho de transformação da competência juridicamente atribuída em um ato final com efeitos concretos ou abstratos, com a finalidade de concretizar os comandos normativos abstratos, conforme o resultado da ponderação dos interesses coletivos subjacentes à relação em questão, em satisfação a direitos e garantias constitucionalmente assegurados.¹⁸

Logo, se o Estado prejudica o interesse do particular sem garantir o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, a decisão administrativa estará viciada, tendo em vista que não condiz com um Estado Democrático.

De acordo com Odete Medauar, a partir da segunda metade do século XX alguns fatores provocaram mudanças no âmbito do Direito Administrativo, tais como:

- a) reivindicação de *democracia administrativa*. Tornou-se famosa a afirmação de Jean Rivero, em 1965, de que na França havia incompatibilidade absoluta entre as concepções de democracia lá vigentes e a ação administrativa, em especial porque o indivíduo permanecia súdito. Como no *Ancien Régime*. Passou a haver atenção ao modo de exercício do poder depois de uma eleição;
- b) diluição da distância entre Estado e sociedade, como idéia e como prática. Acentuaram-se pleitos de mais ouvida e atuação da sociedade na tomada de decisões administrativas;
- c) a Administração tende a ser menos imperial, buscando soluções mediante acordo, negociação e consenso dos cidadãos. E se revela propensa a utilizar, com muita freqüência, instrumentos contratuais;

17 SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia. In: MEDAUAR, Odete, SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). *Atuais Rumos do Processo Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 09.

18 SCHIRATO, op. cit., p. 20-21

d) surgimento de número infinito de associações e entidades que exercem pressão junto à Administração para interferir nas decisões;

e) a Administração Pública, em grande parte da doutrina, deixou de ser considerada mera executora da lei; passou a atuar na sua elaboração. A editar atos normativos com mais frequência; além do mais, ampliou, no âmbito do Estado Social, as atividades prestacionais, dificilmente enquadradas como execução da lei em caso concreto, à maneira de um silogismo;

f) preocupação acentuada, por parte da doutrina recente, com a efetividade dos direitos assegurados pela Constituição, vendo-se a Administração como principal operadora;

g) preocupação com a melhoria das relações entre Administração e administrados.¹⁹

A proliferação de leis que se deu com o surgimento do Estado Social. Portanto, uma das mudanças de paradigma no Direito Administrativo foi a prevalência do processo administrativo frente ao ato administrativo, visando, com isso, respeitar os princípios constitucionais que protegem o administrado do autoritarismo.

De acordo com Demian Guedes, a atenção do processo administrativo já não se concentra tanto na Administração e no ato administrativo, mas sim no administrado e em suas garantias. O processo administrativo somente tem razão de ser se for um instrumento democrático, que possibilite uma atuação impessoal do Estado.²⁰

Odete Medauar entende que o processo administrativo possui várias finalidades: função garantista; elaboração de decisões justas; legitimação do poder; conhecimento de posições jurídicas diversas; impessoalidade da Administração; racionalização do trabalho e; transparência das atribuições da Administração Pública.²¹

19 MEDAUAR, Odete. Administração Pública: do ato ao processo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*, Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 411-412.

20 GUEDES, Demian. *Processo Administrativo e democracia: uma reavaliação da presunção de veracidade*, Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 49.

21 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 175-176.

O debate a respeito da aplicação dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Administrativo decorre do fortalecimento da Constituição nos ordenamentos jurídicos dos Estados Democráticos.²²

(Welfare State), a desvalorização dos Códigos (frente à publicação de normas específicas) e conjuntamente com o fortalecimento da jurisdição constitucional, destacou a Constituição no ordenamento jurídico, passando a Lei Maior ser entendida como norma jurídica, de modo que sua eficácia seja imediata.²³

Segundo Gustavo Binbenojm, outro fator que contribuiu para o reconhecimento da Constituição como norma jurídica foi a “expansão das tarefas das Constituições contemporâneas”.²⁴ Atualmente, as Constituições não se limitam a dispor sobre a formação do Estado, mas disciplinam outros assuntos, como a ordem econômica, o direito previdenciário, a família, dentre outros.

Nesse contexto, as normas infraconstitucionais que regem a previdência privada devem ser interpretadas conforme os princípios previstos na Constituição da República, de maneira que uma regra não seja aplicada isoladamente, mas sim como uma norma integrante de um ordenamento coerente e unificado pela Constituição.²⁵

22 “A ideia de constitucionalização do direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. [...] No tocante à Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário”. BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, op.cit., p. 32 e 33.

23 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 62.

24 Idem, p. 63

25 “A despeito da pluralidade de domínios que abrange, a ordem jurídica constitui uma unidade. De fato, é decorrência natural da soberania do Estado a impossibilidade de coexistência de mais de uma ordem jurídica válida e vinculante no âmbito de seu território. Para que possa subsistir como unidade, o ordenamento estatal, considerado na sua globalidade, constitui um *sistema* cujos diversos elementos são entre si coordenados, apoiando-se um ao outro e pressupondo-se reciprocamente. O elo de ligação entre esses elementos é a Constituição, origem comum de todas as normas. É ela, como norma fundamental, que confere unidade e caráter sistemático ao ordenamento jurídico”. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 196.

Como órgão integrante do Poder Público, cabe à CRPC observar os princípios constitucionais nos julgamentos de sua competência, realizando, inclusive, a ponderação de interesses, caso haja necessidade.

Nesse sentido, vejamos passagem da obra de Gustavo Binbenojm:

Como princípio hermenêutico, a interpretação conforme à Constituição pode e deve ser empregada não só por todos os órgãos do Poder Judiciário, na prestação da jurisdição, como também pelas demais autoridades públicas, sempre que lhes incumbir a tarefa de aplicar normas jurídicas. Isto porque, não apenas o Judiciário, mas também todos os demais órgãos do Estado encontram-se vinculados negativa e positivamente à Constituição, cabendo-lhes não só o dever de abster-se de violá-la, mas também a obrigação de, na medida das respectivas possibilidades e competências, implementar seus comandos e concretizar seus valores.²⁶

Pode-se dizer também que alguns dispositivos da Constituição Federal, que se referem ao Direito Penal, se aplicam ao Direito Administrativo Sancionador, já que não há previsão de princípios aplicáveis à Administração Pública no que se refere à competência sancionatória.²⁷

3 DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO ÂMBITO DA CRPC

O art. 2º do Decreto nº 4.942/2003 prevê que o processo se inicia a partir da lavratura do auto de infração ou da instauração do inquérito administrativo.

Sobre essa norma, existe uma discussão acerca do momento que deve ser considerado o início do processo administrativo, se já na fase de fiscalização ou como diz a norma, da lavratura do auto de infração ou da instauração do inquérito.

²⁶ BINENBOJM. op. cit., p. 68

²⁷ “No direito brasileiro inexistente disposição constitucional expressa, a exemplo do art. 25 da Constituição Espanhola, consagrando os princípios aplicáveis à competência sancionadora da Administração Pública. Isso não quer dizer, porém, que deva o intérprete desistir de buscá-los. Isso porque o sistema constitucional é definido como um sistema aberto de regras e princípios (Canotilho, 1992: 171), não se limitando ao literalmente contido em suas disposições”. DIAS, Eduardo Rocha. *Sanções Administrativas aplicáveis a licitantes e contratados*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 37.

A Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – ABRAPP entende que o Decreto nº 4.942/2003 deve regulamentar somente o regime disciplinar e o processo administrativo sancionador, sendo essa fase iniciada somente com a lavratura do auto de infração ou com a instauração do inquérito.²⁸

Como decorrência dessa questão, surge o debate a respeito de qual seria o objeto de regulamentação do Decreto, se é a ação fiscalizatória da PREVIC ou se deve reger somente o procedimento a partir do auto de infração ou do inquérito administrativo.

Independentemente da conclusão que se tome quanto ao marco temporal do processo administrativo, o interessado na ação fiscalizatória, ou seja, ao administrado que está sendo objeto de investigação pela PREVIC deve ser assegurado o contraditório e a ampla defesa, mesmo na fase que precede a lavratura do auto de infração. Isso porque a Constituição prevê o devido processo legal, sem restringir essa garantia a qualquer ato formal.

Na esfera penal, Rogério Lauria Tucci, quando trata da efetiva e completa assistência técnica na fase de investigação criminal, assevera que:

Como visto, é imprescindível à consecução da *garantia de acesso à Justiça Criminal* a outorga, pelo Estado, de *defensoria técnica*, especialmente aos ‘acusados em geral’.

E isso, quer já esteja formalizada a acusação, quer a pessoa necessitada sofra, de logo, os efeitos da iniciação de persecução penal em que, de algum modo, lhe seja imputada a autoria de fato penalmente relevante.

Trata-se, aliás, de orientação que se universaliza, como demonstram os mais autorizados analistas do tema, ao enfatizar que a ‘efetividade dessa *garantia* deve ocorrer desde a fase pré-processual, de natureza investigatória, em que coligidas as provas a serem utilizadas no

²⁸ “Portanto, antes da lavratura do auto de infração não há processo administrativo, que é, conforme o citado art. 2º ‘o instrumento destinado a apurar responsabilidade de pessoa física ou jurídica, por ação ou omissão, no exercício de suas atribuições ou competências’. Sendo assim, conclui-se que o processo administrativo é ‘o’ único meio legítimo de apuração de responsabilidade previsto na legislação”. (Voto do Conselheiro representante das entidades fechadas no processo nº 44000.000644/2007-58)

iudicium sobre a inocência ou a culpabilidade do indigitado autor da infração penal, subseqüentemente acusado'.²⁹

Se no âmbito penal o Estado deve garantir o respeito ao princípio do contraditório na fase do inquérito, salvo algumas exceções³⁰, não há justificativa de impedir o acompanhamento pelo interessado dos atos de fiscalização, uma vez que poderá ser considerado infrator ao final da investigação.³¹

Logo, as garantias no processo penal, que visam tratar o investigado com dignidade humana, podem significar os seguintes direitos no processo administrativo: de ser informado do curso da investigação e do seu conteúdo, no direito à autodefesa, à defesa técnica, ao contraditório, ao ônus da prova da acusação e na proibição de provas ilícitas.

Portanto, mesmo que o Decreto nº 4.942/2003 não regulamente a fase anterior à lavratura do auto de infração, não quer dizer que a ação fiscalizatória seja preterida do direito ao contraditório da ampla defesa, em razão do que dispõe o art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988.³²

29 TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 91 e 92.

30 "EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO . MAT ÉRIAS INFRACONSTITUCIONAIS OFENSA REFLEXA . ANÁLISE DE FATOS E PROVAS . S ÚMULA 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL . IN ÉPCIA DA DEN ÚNCIA. COISA JULGADA . RECURSO DESPROVIDO . 1. A alegação de violação dos princípios da ampla defesa, do contraditório e do dever de fundamentação das decisões judiciais demanda prévia análise de fatos e provas e da legislação infraconstitucional que rege a matéria, impedindo seu conhecimento na via extraordinária. 2. A determinação de elaboração de laudo pericial na fase do inquérito, sem prévio oferecimento de quesitos pela defesa, não ofende o princípio da ampla defesa. Posterior juntada e oportunidade de manifestação da defesa e oferecimento de quesitos. 3. A alegada ofensa ao art. 93, IX, da Constituição da República, é mera irresignação contra os fundamentos constantes do acórdão recorrido, o que não autoriza o extraordinário. 4. A inépcia da denúncia foi rejeitada em habeas corpus julgado pelo Supremo Tribunal Federal, cujo acórdão transitou em julgado. Impossível novo julgamento do mesmo tema e inviável o revolvimento de fatos e provas. 5. A não-aplicação do art. 181, II, do Código Penal, é matéria infraconstitucional e demanda análise de fatos e provas. 6. Agravo regimental desprovido. (STF, *AI 658050 AgR / SP - Relator Min. Joaquim Barbosa, Julgamento: 12/04/2011, Segunda Turma*)

31 "Essas garantias especiais do Processo Penal acabam por refletir sobre o próprio Processo Civil, na medida em que este é também instrumento de solução de litígios decorrentes do exercício de atividades punitivas da Administração, como o chamado Direito Administrativo Sancionador ou o Direito Tributário, em que o particular que contende com o Poder Público deve dispor dessas mesmas garantias". GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do processo: o processo justo*. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 274.

32 "LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Com o entendimento mais comedido, Fábio Medina Osório sustenta que o Estado possui uma pretensão punitiva que se concretiza perante a sociedade por meio de duas formas diversas: de sanções penais e de sanções administrativas, as quais possuem respectivamente regimes jurídicos diversos.³³

Em realidade, a unidade nada mais é do que a comum origem constitucional: Direito Penal e Direito Administrativo obedecem a comandos constitucionais e, nesse sentido, submetem-se a princípios constitucionais que norteiam o poder punitivo estatal. Isso não quer dizer, em absoluto, que esses princípios sejam idênticos ou que esse poder punitivo se submeta a idênticos regimes jurídicos.³⁴

Nesse mesmo sentido, Alejandro Nieto defende que o Direito Administrativo Sancionador pertence ao ramo do Direito Administrativo e não ao Direito Penal. Para o autor, o Direito Administrativo Sancionador

toma en préstamo los instrumentos que le proporciona. El derecho penal sencillamente porque le son útiles por causa de su maduración más avanzada y de su superioridad teórica”.³⁵ Além disso, diz o autor que são regimes normativos distintos, cuja “distinção resulta de discricionárias opções legislativas.”³⁶

No âmbito do Poder Judiciário, o STJ proferiu decisão no sentido de aplicar os princípios do Direito Penal no processo administrativo sancionador, vejamos:

DIREITO ADMINISTRATIVO. ATIVIDADE SANCIONATÓRIA OU DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL COMUM. ARTS. 615, § 1o. E 664, PARÁG. ÚNICO DO CPP. NULIDADE DE DECISÃO PUNITIVA EM RAZÃO DE VOTO DÚPLICE DE COMPONENTE DE COLEGIADO. RECURSO PROVIDO. 1. *Consoante precisas lições de eminentes doutrinadores e processualistas modernos, à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que*

33 OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 141.

34 Idem, p. 142-143.

35 NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 2 ed. Ampliada, Madrid: Tecnos, 1994. p. 81- 82, Apud: Idem, p. 142.

36 OSÓRIO, op. cit., p.14.2

regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina. 2. A teor dos arts. 615, § 1o. e 664, parág. único do CPP, somente se admite o voto de qualidade - voto de Minerva ou voto de desempate - nos julgamentos recursais e mandamentais colegiados em que o Presidente do órgão plural não tenha proferido voto quantitativo; em caso contrário, na ocorrência de empate nos votos do julgamento, tem-se como adotada a decisão mais favorável ao acusado. 3. Os regimentos internos dos órgãos administrativos colegiados sancionadores, qual o Conselho da Polícia Civil do Paraná, devem obediência aos postulados do Processo Penal comum; prevalece, por ser mais benéfico ao indiciado, o resultado de julgamento que, ainda que por empate, cominou-lhe a sanção de suspensão por 90 dias, excluindo-se o voto presidencial de desempate que lhe atribuiu a pena de demissão, porquanto o voto desempatador é de ser desconsiderado. 4. Recurso a que se dá provimento, para considerar aplicada ao Servidor Policial Civil, no âmbito administrativo, a sanção suspensiva de 90 dias, por aplicação analógica dos arts. 615, § 1o. e 664, parág. único do CPP, inobstante o douto parecer ministerial em sentido contrário. (STJ, ROMS 200701653771, Relator Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 5ª Turma, DJE DATA:01/02/2010) (grifo acrescentado)

Edilson Pereira Nobre Júnior agrupa os seguintes princípios constitucionais penais aplicáveis ao processo administrativo: legalidade, tipicidade, culpabilidade, proporcionalidade, retroatividade da norma favorável, *non bis in idem* e *non reformatio in pejus*.³⁷

A respeito do princípio da legalidade, o autor alega que o Estado Democrático de Direito caracteriza-se pela limitação do poder estatal em favor da liberdade individual, sendo esse o fundamento da impossibilidade de definição de infração por norma infra legal.³⁸

O STF tratou desse tema na Adin nº 1823-1. A Confederação Nacional da Indústria propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin nº 1823-1), alegando que a Portaria nº 113/1997 do IBAMA instituiu taxa para registro de pessoas físicas e jurídicas no Cadastro Técnico Federal

37 OSÓRIO, op. cit., p. 130

38 "Em suma, somente à lei compete a definição das infrações administrativas e respectivas penas. Por esta razão, somos pela ilegitimidade do parágrafo único do art. 161 do Código de Trânsito Brasileiro, instituído pela Lei 9.503, de 23-09-97, uma vez incumbir ao regulamento, no caso às resoluções do CONTRAN, a cominação de sanções". Idem, p. 132

de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais, além de estabelecer sanções para o caso de inobservância dos requisitos impostos, em confronto com a Lei nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente), que previu somente o Cadastro e o registro obrigatório, o que viola o princípio da legalidade.

Na apreciação da medida cautelar, o STF decidiu da seguinte forma:

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Artigos 5º, 8º, 9º, 10, 13, §1º, e 14 da Portaria nº 113, de 25.09.97, do IBAMA.

Normas por meio das quais a autarquia, sem lei que o autorizasse, instituiu taxa para registro de pessoas físicas e jurídicas no Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais, e estabeleceu sanções para a hipótese de inobservância de requisitos impostos aos contribuintes, com ofensa ao princípio da legalidade estrita que disciplina, não apenas o direito de exigir tributo, mas também o direito de punir.

Plausibilidade dos fundamentos do pedido, aliada à conveniência de pronta suspensão da eficácia dos dispositivos impugnados.

Cautelar deferida.

No mesmo sentido, o STJ decidiu que a sanção administrativa deve estar prevista em lei formal, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - CPC, ART. 535, II - VIOLAÇÃO NÃO OCORRIDA - IBAMA - IMPOSIÇÃO DE MULTA COM BASE EM INFRAÇÃO DESCRITA APENAS EM PORTARIA - IMPOSSIBILIDADE. 1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide, não estando o magistrado obrigado a examinar tese recursal nova, suscitada apenas em sede de embargos de declaração. 2. *A jurisprudência firmada nesta Corte e no STF é no sentido de que o princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas do Estado. Precedentes.* 3. *Consoante já decidido pelo STF no julgamento da ADI-MC 1823/DF, é vedado ao IBAMA instituir sanções punitivas sem expressa autorização legal.* 4. Diante dessas premissas e, ainda, do princípio da tipicidade, tem-se que é vedado à referida autarquia impor sanções

por infrações ambientais prevista apenas na Portaria 44/93-N. 5. Recurso especial não provido. (STJ, RESP 200800871126, Rel. Min. Eliana Calmon, data da publicação: 26/02/2009) (grifo acrescentado)

Na hipótese do regime de previdência complementar fechada, as infrações administrativas e as sanções estão previstas na Lei Complementar nº 109/2001, ou seja, a origem das normas que proíbem expressamente uma determinada conduta pelo administrado é uma lei formal, embora a referida lei não preveja esmucadamente os tipos infracionais.

O art. 65 da Lei Complementar nº 109/2001 dispõe o seguinte:

Art. 65. A infração de qualquer disposição desta Lei Complementar ou de seu regulamento, para a qual não haja penalidade expressamente cominada, sujeita a pessoa física ou jurídica responsável, conforme o caso e a gravidade da infração, às seguintes penalidades administrativas, observado o disposto em regulamento:

I – advertência;

II – suspensão do exercício de atividades em entidades de previdência complementar pelo prazo de até cento e oitenta dias;

III – inabilitação, pelo prazo de dois a dez anos, para o exercício de cargo ou função em entidades de previdência complementar, sociedades seguradoras, instituições financeiras e no serviço público; e

IV – multa de dois mil reais a um milhão de reais, devendo esses valores, a partir da publicação desta Lei Complementar, ser reajustados de forma a preservar, em caráter permanente, seus valores reais.

Corolário do princípio da legalidade, o princípio da tipicidade é a garantia de que as infrações estejam previamente descritas em lei, isto é, prevê “o modelo de conduta proibida”, permitindo ao particular “a escolha de comportar-se em conformidade com a norma jurídica”.³⁹ Em razão disso, determinadas infrações são inconstitucionais por estarem previstas em cláusulas demasiadamente abertas, como a do art. 129,

³⁹ JÚNIOR. op. cit., p. 211 e 214

segunda parte, da Lei nº 8.112/90, que prevê advertência para o servidor que não observar dever funcional previsto em lei.

Ademais, “não são todos os preceitos normativos que impõem deveres de conduta pessoal a seus destinatários, não fazendo qualquer sentido pretender que a violação a qualquer norma deva ser objeto de sanção pessoal”.⁴⁰

O art. 110 do Decreto nº 4.942/2003 é um exemplo dessa abrangência exagerada do tipo infracional, uma vez que estabelece sanção para quem “violar quaisquer outros dispositivos das Leis Complementares nº 108 e 109, de 2001, e dos atos normativos regulamentadores das referidas Leis Complementares”.

Em sentido contrário, Fábio Medina Osório defende uma aplicação mais flexível do princípio da tipicidade no Direito Administrativo Sancionador, alegando que os tipos são mais elásticos, comparando com o Direito Penal, em razão “da dinâmica própria do terreno administrativo e a permanente inspiração dos interesses públicos e gerais a orientar feitura e aplicação das normas”.⁴¹ Isso porque a atividade da Administração Pública está sujeita às mudanças sociais e econômicas, o que permite uma flexibilidade do tipo sancionador, ao contrário do Direito Penal que não é tão dinâmico.

Dessa forma, os conceitos e termos devem ser indeterminados, havendo previsão de cláusulas gerais, de modo que permita uma função criativa da autoridade julgadora.

Com base nesse entendimento, o particular não pode se escusar de cumprir um comando com base em interpretação literal do texto, se é possível compreender o alcance da norma.

Exemplo da flexibilidade do princípio da tipicidade está na interpretação feita pela CRPC do art. 64 do Decreto nº 4.942/2003:

Art. 64. Aplicar os recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

40 Idem, p. 136

41 OSÓRIO, op. cit., p. 208

Penalidade: multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), podendo ser cumulada com suspensão pelo prazo de até cento e oitenta dias ou com inabilitação pelo prazo de dois a dez anos.

Apesar da norma prever o termo *aplicar*, a CRPC decidiu que o dirigente do fundo de pensão deve ser responsabilizado pela má aplicação dos recursos da entidade, se enquadrando nesse tipo, ao invés de punir aquele que somente executou a aplicação a mando de outrem. Caso contrário, o executor da conduta seria sempre punido, mesmo que a decisão partisse de uma autoridade superior ou de um colegiado.

Seja na concordância da aplicação dos recursos em desconformidade com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, ou até mesmo de maneira negligente, deixando de vigiar aqueles que aplicam os recursos financeiros do fundo de pensão, os dirigentes da entidade de previdência complementar devem ficar sujeitos à sanção do art. 64 do Decreto citado, se possuírem a obrigação legal de zelar pela saúde financeira da instituição.

Portanto, é necessário que exerçam suas atividades com o devido zelo, amparando suas determinações com um prévio estudo técnico ou, em alguns casos, com a justificativa de um referencial de precificação para operações de aquisição de Títulos.⁴²

No processo administrativo nº 44000.002108/2006-14 foi enfrentada a questão da necessidade de análise técnica anterior à realização das operações financeiras, bem como da responsabilidade dos administradores. Vejamos:

Em suma, constata-se a impossibilidade legal de delegação da responsabilidade dos administradores, ainda que admitida a delegação da gestão dos investimentos.

42 Processo administrativo nº 44000.001019/2007-23 – Data da decisão: 05/10/2010

Ementa “Compra de ativos pelo maior preço unitário praticado no mercado - ausência de estudo técnico - infração ao art. 1º da Resolução CMN nº 2.324/96 - exigência de rentabilidade e segurança nas aplicações de recursos de fundo de pensão - recurso não provido.”

Decisão: Por unanimidade, a CRPC conheceu dos recursos e, por maioria, afastou as preliminares, vencidos os Conselheiros Antônio Bráulio de Carvalho de Carvalho e Lygia Maria Avena, que votaram pelo acolhimento da prescrição quinquenal. Também por maioria de votos, a CRPC, no mérito, negou provimento aos recursos, vencidos os Conselheiros Antônio Bráulio de Carvalho e Lygia Maria Avena, que davam parcial provimento, apenas para converter a pena de multa em advertência. Disponível em: <www.mpas.gov.br>. Acesso em: 28 nov. 2011.

Outro ponto em que se fundamenta a defesa é o questionamento quanto à própria irregularidade das operações. Alegam os recorrentes que as operações não foram irregulares, devendo ser consideradas normais de acordo com os padrões de mercado. [...]

Assim, qualquer que seja o parâmetro de comparação, restou comprovada a falta de análise técnica para subsidiar que as operações pudessem ter sido realizadas nesses patamares de preço, bem como a ausência de quaisquer controles sobre os gestores que eles próprios decidiram contratar, ficando patente que os autuados, no mínimo, não agiram de forma prudente, como lhes impunha a condição de Altos Dirigentes (enquanto membros da Diretoria Executiva, sobretudo no que tange aos Diretores Superintendente e, ainda mais, o Financeiro) responsáveis, na estrutura regimental da Entidade e também aos olhos incontornáveis da Lei, pelos investimentos, expondo, assim, a [...] a riscos que bem poderiam ter sido evitados se tivessem sido evitados se tivessem sido observadas as regras de liquidez, prudência, segurança e, sobretudo, rentabilidade, que perpassam as diversas diretrizes fixadas pelo Conselho Monetário Nacional.⁴³

Ainda com relação às garantias fundamentais, a Constituição Federal de 1988 prevê o princípio da culpabilidade para o Direito Penal, que decorre do conjunto de princípios previstos em benefício do acusado (legalidade, tipicidade, segurança jurídica, proporcionalidade, individualização da pena, etc.). Dessa forma, não se admite a responsabilidade objetiva na aplicação da sanção. O princípio da culpabilidade garante que o acusado seja responsabilizado somente se for provado que agiu com dolo ou com culpa.

43 Rel. Conselheiro Daniel Pulino, processo nº 44000.002108/2006-14 – Decisão – 10/11/2010

Ementa: “Aquisição, para carteiras próprias e também para fundos exclusivos da entidade, de títulos públicos federais - Notas do Tesouro Nacional - NTN, séries A3, A6, B e C -, por preços superiores aos praticados pelo mercado. Ausência de apresentação de qualquer pesquisa de mercado ou estudo técnico prévios, a justificar as aquisições nos parâmetros em que foram efetuadas. Omissão inescusável. Inadequada aplicação dos recursos por falta de atenção às regras de liquidez, prudência, segurança e rentabilidade que perpassam as diretrizes fixadas pelo Conselho Monetário Nacional. Impossibilidade legal de delegação da responsabilidade dos administradores, ainda que permitida a delegação da gestão dos investimentos. Precedentes desta câmara. Recursos voluntários improvidos.”

Decisão: Por unanimidade de votos, a Câmara de Recursos da Previdência Complementar - CRPC - conhece do recurso voluntário e afasta às preliminares. Por maioria de votos, a CRPC, no mérito, nega provimento ao recurso. Vencido o voto, em parte, da Membro da Lygia Maria Avena no sentido de dar provimento parcial ao recurso, em relação aos recorrentes Ubiratan de Gusmão Campelo Lima, Magda Chagas Pereira, para manter a multa pecuniária e excluir a pena de inabilitação. Disponível em: <www.mps.gov.br>. Acesso em: 28 nov. 2011.

Fábio Medina Osório defende que:

Os dispositivos dos quais deflui a culpabilidade são constitucionais e limitam o Direito Punitivo como um todo. Trata-se, nesse passo, de consagrar garantias individuais contra o arbítrio, garantias que se corporificam em direitos fundamentais da pessoa humana, os quais somente resultam protegidos se houver a segurança de que as pessoas não sejam atingidas por um poder sancionador autoritário, que despreze a subjetividade da conduta e a valoração em torno à exigibilidade de comportamento diverso, o que inclui o exame das clássicas excludentes penais, todas ligadas ao ideário de liberdade e dignidade humana.⁴⁴

Decorre do princípio da culpabilidade, a observância do princípio da proporcionalidade, que influencia na medida da pena conforme a gravidade da conduta.⁴⁵

Enfim, esses são os aspectos principais do processo administrativo sancionador que devem ser observados pela Administração Pública e especificamente pela PREVIC, bem como pela CRPC.

4 DO AUTO DE INFRAÇÃO

O processo administrativo pode ser organizado em três fases: instauração, instrução e decisão. Todas iniciadas após a lavratura do auto de infração, como determina o Decreto nº 4.942/2003.

Para que o auto de infração contenha os elementos fáticos necessários para garantir a ampla defesa do acusado, o art. 4º do Decreto nº 4.942/2003 prevê os seguintes requisitos: local e data de sua lavratura, identificação do autuado, descrição sumária da infração, os fundamentos legais da autuação e das circunstâncias em que foi praticada, identificação

⁴⁴ OSÓRIO, op. cit., p. 347

⁴⁵ “O exame do princípio da proporcionalidade pode ser desenvolvido sob vários ângulos. Adotamos classificação de J. J. Gomes Canotilho, que o desdobra nas exigências de (a) conformidade de meios, (b) exigibilidade (ou necessidade) e (c) proporcionalidade em sentido estrito. A *conformidade* ‘impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser *apropriada* à prossecução do fim ou dos fins a ele subjacentes. [...] Já a exigibilidade (ou necessidade) ‘coloca a tónica na idéia de que o cidadão tem *direito à menor desvantagem possível*’. [...] Em *sentido estrito*, significa mais do que a relação entre os meios empregados e os fins visados, mas engloba a situação fática à qual se aplica a decisão administrativa (princípio da ‘justa medida’). Comporta a investigação específica acerca da medida a ser tomada: [...] ‘deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é *proporcional* à carga coactiva da mesma”. MOREIRA, ob. cit., p. 94/95

da autoridade autuante com cargo ou função, número de matrícula e assinatura e prazo e local para apresentação da defesa.

Sobre tais requisitos, havia um debate na CRPC em relação à necessidade de individualização da conduta do autuado no auto de infração. O debate mostra-se relevante, pois implicitamente discute se o dirigente deve sofrer uma sanção administrativa em decorrência de um compromisso que assumiu no estatuto da entidade, de zelar pelo bom desenvolvimento da sociedade ou se responde somente com a prova de uma conduta específica que deu causa à infração. A primeira hipótese não trata da responsabilidade objetiva, pois a culpa deverá ser demonstrada, seja em razão de um comportamento negligente perante a entidade, seja por imperícia ou imprudência na gestão.

No processo nº 44000.001566/2005-47 os autuados foram acusados de realizar operações no mercado de opções, com destaque para as efetuadas na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, “as quais teriam caracterizado inadequada aplicação dos recursos garantidores das reservas técnicas ou quaisquer outras situações de prejuízo para a entidade”.⁴⁶ Vejamos trecho do voto proferido pelo Conselheiro Daniel Pulino, representante do Governo, acerca da responsabilidade dos membros do Comitê de Investimentos de uma entidade fechada de previdência complementar:

Assim, restou comprovada a falta de análise técnica para subsidiar as operações, ficando patente que os autuados não agiram de forma prudente, como lhes impunha a condição de membros do Comitê de Investimentos, expondo a Entidade a riscos que bem poderiam ter sido mapeados e mitigados, se tivessem sido observadas as regras de liquidez, prudência, segurança e rentabilidade, que perpassam as diversas diretrizes fixadas pelo Conselho Monetário Nacional.

Observe-se que o estabelecimento de parâmetros fixos de rentabilidade mínima (como o da taxa de juros acima de pelo menos o dobro da dos CDIs) e de uma carteira ideal de ações, tão insistentemente alegado pelos recorrentes, não poderia eximir os autuados da falta de aplicação de estudos e critérios técnicos de avaliação, até porque a decisão de operar no mercado de opções é motivada pela busca de taxas de juros mais elevadas do que do que as costumeiramente pagas pelos títulos de renda fixa (justamente para compensar

46 CRPC, Processo Administrativo nº 44000.001566/2005-47, Relator Daniel Pulino

os riscos, igualmente mais elevados, desse mercado), que não podem, assim, servir de parâmetro, em substituição a *sistemas* – que não se comprovou haver na Entidade no período de apuração dos autos, insista-se – *de avaliação de riscos das operações e de precificação dos papéis*.

Assim, se a prévia definição do método de precificação e, sobretudo, a implantação de processo de formação de preços dos prêmios das opções era de rigor, sendo, nesse sentido, diretriz básica à operação no mercado de opções, deduz-se que tal *omissão (inescusável)* haveria de ser mesmo imputada aos membros do Comitê de Investimentos, já que esta instância tinha por função, segundo seu próprio Regimento Interno ‘viabilizar o plano de aplicação de recursos da FRG, traçando as diretrizes básicas às aplicações mensais de seus recursos nos mercados financeiro, imobiliário e de capitais’.

Além disso, importa também observar que era o Comitê de Investimentos quem aprovava as recomendações de realização de operações de financiamento e- o que tem grande importância- referendava as operações já realizadas antes de cada reunião, como se extrai das atas de reunião juntadas aos autos.

Assim, quer por aquela omissão, quer por este grupo de atuações, *não vemos como se possa pretender afastar a responsabilidade dos membros daquele Comitê por desconhecimento da ilicitude ou mesmo do prejuízo das operações, porque o que se espera daqueles que assumem a responsabilidade de postos de tão destacada relevância perante o conjunto de participantes dos planos administrados pela Entidade é que atuem com zelo, prudência e competência técnica, mesmo porque agem no interesse, não próprio, mas de outrem: a coletividade de participantes efetiva ou potencialmente protegidos pelos benefícios do plano previdenciário.* (processo administrativo nº 44000.001566/2005-47, Rel. Daniel Pulino)⁴⁷ (grifo acrescentado)

47 Ementa: “Aplicações no mercado de opções. Falta de adoção, pela entidade fechada, de qualquer procedimento prévio de avaliação técnica de riscos e de precificação dos papéis que subsidiassem as operações, dando margem à sistemática transferência de boa parte da valorização das carteiras para as contrapartes, por meio das operações com opções. Omissão inescusável dos membros do comitê de investimentos, que, ademais, referendavam as operações realizadas. Inadequada aplicação dos recursos por falta de atenção às regras de liquidez, prudência, segurança e rentabilidade que perpassam as diretrizes fixadas pelo conselho monetário nacional. Recursos improvidos. Decisão mantida.”
Decisão: Por unanimidade de votos, a Câmara de Recursos da Previdência Complementar- CRPC conhece dos recursos. Por maioria de votos, a CRPC, rejeitou a prejudicial de prescrição intercorrente, vencido o voto da Membro Lygia Maria Avena, e, no mérito, também por maioria, vencidos, em parte, os votos dos Membros Luiz Gonzaga Marinho Brandão e Antonio Bráulio de Carvalho que votaram no

Para aqueles que defendem a descrição individual da conduta no auto de infração, alegam que no processo administrativo vigora a responsabilidade subjetiva, sendo que a mera aplicação da sanção por ocupar cargo de dirigente na entidade violaria esse princípio. Para ilustrar esse entendimento, vejamos logo abaixo o voto elaborado pela representante das entidades fechadas na CRPC. Trata-se de auto de infração lavrado em decorrência de irregularidades “nos investimentos em créditos securitizados do Tesouro Nacional, cujos investimentos foram realizados sem nenhum estudo técnico de viabilidade, e que veio resultar em prejuízo para a entidade” (trecho retirado do Relatório).

No processo administrativo, vigora o princípio da busca da verdade real – ou da responsabilidade subjetiva – apenando-se quem, realmente, praticou alguma irregularidade, seja por ação ou omissão.

Para haver responsabilização por ilicitude praticada por pessoas físicas, seja de natureza civil, penal ou administrativa, é necessário que haja nexo causal entre a conduta e o dano, isto é, que esteja faticamente configurado ser o dano consequência de determinado ato, seja comissivo ou omissivo, culposo ou doloso.

No âmbito da previdência complementar fechada, vigora o princípio da responsabilidade subjetiva, conforme o *caput* do art. 63 da LC nº 109/01:

‘Art. 63. Os administradores de entidade, os procuradores com poderes de gestão, os membros de conselhos estatutários, o interventor e o liquidante responderão civilmente pelos danos ou prejuízos que causarem, por ação ou omissão, às entidades de previdência complementar’. [...]

Ou seja, é necessário averiguar se agente de fato concorreu para o dano ou a infração. Não tendo concorrido, não se pode responsabilizá-lo. [...]

O fato é que, analisando os documentos, defesas e recursos que compõem o processo, verifica-se que não competia aos membros do Conselho Diretor (Conselho Deliberativo) executar os investimentos da entidade, conforme se pode constatar da leitura do art. 22 do

sentido de dar provimento aos recursos dos Srs. Cláudio Aldoniro Wildner Leal e Paulo Sérgio Pimentel, negou provimento aos recursos, declarando, entretanto, por unanimidade, a extinção da punibilidade em relação ao recorrente Fernando Sogdu Martins, tendo em vista seu falecimento. Decisão de 27/07/2010

Estatuto da Entidade trazido às fls. 21, 22 e 41, da defesas dos atuados, abaixo transcrito. [...]

Conforme relatado às fls. 110, o Conselho Diretor da [...] se reunia para aprovar parâmetros de investimentos e, não, investimento específico. Eram definidos, assim, percentuais por segmento de aplicação, por exemplo, 7,68% para empréstimos, 33,47% para fundo de renda fixa, 20,47% para debêntures. Logo, segundo constou do recurso de [...]: ‘Percebe-se que são apenas parâmetros, não entrando em detalhamento, fato que impedia os conselheiros de observar qualquer irregularidade...’

Na verdade, não poderia ser diferente, uma vez que historicamente o Conselho Deliberativo tem a função de traçar as diretrizes gerais de administração da entidade e de seus planos de benefícios, cabendo à Diretoria-Executiva a análise técnica e a decisão de realizar determinado investimento em concreto, desde que esteja em consonância com os parâmetros definidos pelo Conselho na respectiva política de investimentos.

Desse modo, não se afigura razoável exigir do Conselheiro a ciência de detalhes operacionais a respeito de cada investimento realizado pela entidade, visto que essa não é sua atribuição.

Logo, quanto aos atuados que eram membros do Conselho Diretor (atual Conselho Deliberativo) da entidade, mesmo que se entendesse por irregular a operação em questão, não haveria como lhes imputar qualquer penalidade administrativa, visto que não concorreram para a prática do ato, não sendo possível lhes atribuir qualquer responsabilidade objetiva. (processo administrativo nº 44000.000833/2007-21, Relatora Lygia Avena)⁴⁸ (grifo acrescentado)

48 Ementa: “O processo administrativo sancionador no âmbito da previdência complementar fechada tem início com a lavratura do auto de infração ou da instauração do inquérito administrativo. Inteligência do artigo 66 da LC 109/01 e do artigo art. 2º do Decreto nº 4.942/03. Auto de Infração lavrado quando decorridos mais de cinco anos dos fatos apontados como irregulares. Prescrição quinquenal reconhecida.”

Decisão: Por unanimidade de votos, a Câmara de Recursos da Previdência Complementar - CRPC conhece dos recursos. *Tendo em vista o empate na votação, dentre os membros da CRPC presentes, que acolhiam ou não acolhiam a ocorrência da prescrição quinquenal, prevaleceu o voto de qualidade do Sr. Presidente que foi no sentido de acolher a preliminar de prescrição quinquenal, determinando a remessa dos autos a Previc para apuração de eventual responsabilidade e, se assim não entender, que justifique plenamente o fato para todos os fins legais. Vencido os votos dos Membros Daniel Pulino, Thiago Barros de Siqueira e Alfredo Sulzbacher Wondracek, que votaram no sentido de não acolher a preliminar de prescrição.* Decisão de 27/07/2010

Embora a Câmara não tenha julgado o mérito propriamente dito, vez que, por maioria, acolheu a prescrição quinquenal, o voto acima desenvolve claramente o entendimento do representante das entidades fechadas.

A primeira tese não descarta o pressuposto da culpabilidade para a aplicação da sanção administrativa. Caso contrário, estar-se-ia concordando com uma atuação arbitrária do Poder Público.

O que se defende na primeira posição é que a culpabilidade do Direito Administrativo Sancionador não é a mesma do Direito Penal, ou seja, não há a exigência da previsão expressa da culpa no tipo. Sendo assim, mesmo que assim não esteja descrito, a omissão de prestar determinada conduta, havendo um dever funcional de agir, leva à responsabilidade pelo dano decorrente do cometimento da infração àquele que foi negligente.

Para Fábio Medina Osório, o dolo também está presente no Direito Administrativo Sancionador, que seria a consciência de realizar a infração prevista. Todavia, “não vigora o princípio da excepcionalidade do ilícito culposo”.⁴⁹

Portanto, se os administradores não cumpriram com seu dever de diligência, como por exemplo, deixando de providenciar estudos técnicos antes das aplicações financeiras, o Estado deve aplicar sanção administrativa pela negligência perpetrada. Se existe uma diretriz do Conselho Monetário Nacional (art. 1º da Resolução CMN nº 2.324/96) que exige rentabilidade e segurança nas aplicações de recursos de fundo de pensão, os administradores que não atuaram de forma prudente podem ser autuados com base no art. 64 do Decreto nº 4.942/2003.⁵⁰

A aplicação da medida sancionatória deve-se dar àquele que tem o dever de vigiar, caso contrário estar-se-ia conferindo maior responsabilidade ao que executa a operação financeira.

Além disso, o Estado não precisa provar que o autuado efetivamente conhecia o ilícito, mas basta demonstrar o potencial conhecimento. Já a defesa, deve demonstrar que tomou todas as providências cabíveis para evitar o cometimento da infração.

49 *Idem*, p. 367

50 “Art. 64. Aplicar os recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.”

Também se discute, em razão dessa atribuição conferida pelo estatuto da entidade fechada, se é possível transferir a responsabilidade do dirigente a um terceiro, a uma instituição financeira, por exemplo. Vejamos trecho do voto proferido pelo Conselheiro Daniel Pulino no processo administrativo nº 44000.002108/2006-14, em que foi negado provimento ao recurso voluntário, por maioria.

Assim, no âmbito dos fundos de pensão o fato de se deliberar pela contratação de pessoa interposta (terceirização) para realizar operações de aplicação de recursos não poderia jamais suprimir, como num passe de mágica, a responsabilidade dos membros da diretoria-executiva designados pelo cumprimento do regramento estabelecido.

Nesse sentido, não seria descabido afirmar que a figura do dirigente das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – EFPC pode ser equiparada à do ‘garantidor’, aquele que tem o dever de evitar a prática da conduta ilícita, aquele a quem se impõe um dever de cuidado a fim de evitar que se coloque em perigo o patrimônio coletivo que congrega o conjunto dos recursos do plano.

Daí porque existe dispositivo expresso no Regulamento anexo à Resolução CMN nº 3.121/2003, no sentido de equiparar as aplicações realizadas pela própria entidade, tal como se extrai do art. 12 do citado normativo, que se aplica ao caso (investimentos do segmento de renda fixa, como são os títulos públicos deste caso – e cabendo lembrar que há dispositivo semelhante, no art. 23, voltado, porém, aos de renda variável), e que prevê: ‘Art. 12. Equiparam-se às aplicações realizadas diretamente pelas entidades fechadas de previdência complementar aquelas efetuadas por meio de fundos de investimento ou de carteiras administrativas’.

Tal dispositivo, bem se pode observar, parecer traduzir algo elementar, diante do que acima se expôs, porque a fidúcia que é depositada nos dirigentes dos Fundos de Pensão pelos participantes para que aqueles (os dirigentes) administrem os recursos destes (os participantes) constitui uma confiança do tipo pessoal, não se imaginando que os dirigentes pudessem transferir a seu talante essa responsabilidade (a eles confiada por lei!) a terceiros estranhos ao Plano de Benefícios. A respeito desse dever fiduciário, aliás, são esclarecedoras as palavras de Flávio Martins Rodrigues, vazadas nos três seguintes trechos que pedimos vencia para transcrever:

‘[...] a gestão dos fundos de pensão se faz com a participação dos patrocinadores e dos participantes nos colegiados superiores. Esses gestores, em realidade, exercem múnus fiduciário, pois administram patrimônio que não lhes pertence e do qual dependem milhões de trabalhadores e suas famílias.’ (...)

Entendo assim, em conclusão deste tópico, que (1) o apontado dever fiduciário, ou mesmo (2) os deveres de *diligência e cuidado – impostos ao dirigente nos casos em que decida terceirizar ainda que em parte a gestão dos ativos – na escolha e também no acompanhamento, ainda que apenas razoável, do gestor terceirizado (deveres dos quais, força é observar, simplesmente, não se lhe é dado demitir-se, por se tratar de responsabilidade legalmente fixada, como demonstrado)*, ou mesmo, finalmente (3) diante da clara e expressa previsão veiculada no próprio art. 12 da Resolução MCN nº 3.121/2003, acima citado, são mais do que suficientes para afastar a alegação – que, nesse contexto, nos soa até pueril, *data máxima vênia* – de que as operações realizadas por meio dos Fundos de Investimentos Exclusivos estariam pura e simplesmente excluídas de qualquer responsabilidade dos dirigentes da entidade, não cabendo a alegação de ignorância dos fatos ou a eventual autonomia dos gestores de fundo. (grifo acrescentado)

Portanto, nesse processo decidiu-se que não se pode delegar a responsabilidade da administração do Fundo de Pensão, mas tão-somente a gestão, que deve ser acompanhada pelos dirigentes da entidade.

Todavia, esse entendimento não é pacífico, havendo o posicionamento que o terceiro que exerce o serviço de gestão da entidade fechada é que deve ser punido, com base no princípio da responsabilidade subjetiva.

Ainda sobre os requisitos do auto de infração, também deve ser considerada como parte integrante a prova dos fatos, referente à infração supostamente cometida pelo autuado, sob pena de nulidade do ato administrativo, embora não haja previsão desse requisito no Decreto nº 4.942/2003.

Não se deve admitir, onde impera o Estado Democrático de Direito, que o particular seja acusado de cometer uma infração e posteriormente seja severamente penalizado sem que tenha sido apresentada alguma prova, e mais, sem que tenha participado da produção desta prova.

Para Demian Guedes “o Estado democrático precisa ser, antes de tudo, um Estado que se explica: legitima-se através da exposição de suas razões e fundamentos à crítica dos cidadãos”.⁵¹

Dessa forma, quando o autuado for notificado para apresentar defesa, a prova da acusação deve encontrar-se no interior do processo administrativo (não bastando existir na repartição pública), para que o acusado possa exercer com plenitude seu direito de defesa.

Segundo o autor citado,

diante das disposições do ordenamento pátrio (CR, art. 1º e 37) não é aceitável que os *fundamentos de fato* da atuação administrativa sejam conhecidos (apenas internamente, no plano de sua consciência) pelo agente público imbuído do dever de fiscalização, sem contar com uma exteriorização probatória objetiva.⁵²

Não basta ser público o processo, o autuado tem o direito de se manifestar antes de todas as decisões que serão tomadas no curso, inclusive anteriormente à lavratura do auto de infração. A respeito do direito ao contraditório, Leonardo Greco defende que:

o contraditório eficaz é sempre prévio, anterior a qualquer decisão, devendo a sua postergação ser excepcional e fundamentada na convicção firme da existência do direito do requerente e na cuidadosa ponderação dos interesses em jogo e dos riscos da antecipação ou da postergação da decisão.⁵³

Pode-se argumentar que o auto de infração não é uma decisão, que seria o equivalente a uma ação judicial. Ora, mesmo que se considere o auto de infração uma denúncia, por exemplo, não retira o direito do particular, que está sendo investigado, de participar da produção da prova, como ocorre no inquérito policial.

A presunção de veracidade dos atos administrativos não pode ter um caráter absoluto no Direito Administrativo Sancionador, tendo em

51 GUEDES, Demian. *A presunção de veracidade e o Estado Democrático de Direito*: uma reavaliação que se impõe. In: ARAGÃO, op. cit., p. 252

52 Idem, p. 253

53 GRECO, op. cit., p. 242

vista que num mesmo grau de relevância estão outras garantias que protegem o particular de sofrer uma acusação sem fundamento de fato.

Todavia, a posição majoritária da doutrina defende que a presunção de veracidade dos atos administrativos confere ao administrado o ônus da prova para invalidar o ato da Administração.⁵⁴

Compreende a doutrina que a presunção de veracidade decorre da auto-executoriedade dos atos administrativos. Ocorre que hoje se busca a democracia substantiva, que é a efetiva participação do administrado nas decisões da Administração Pública. Sendo assim, a auto-executoriedade não está em consonância com a atual concepção de Estado Democrático de Direito.⁵⁵

Além da questão do ônus da prova, que não deve recair somente para o acusado, também deve estar presente no processo administrativo a busca pela verdade material. De acordo com Demian Guedes “no âmbito do processo administrativo, o princípio da verdade material pode ser compreendido em oposição ao formalismo, que se satisfaz com a mera aparência de juridicidade. Assim, a verdade material atua na proteção do princípio da legitimidade [...]”⁵⁶

Enfim, além dos requisitos previstos no art. 4º do Decreto nº 4.942/2003, deve o ente público anexar ao auto de infração as provas que fundamentam a acusação.

5 JULGAMENTO E RECURSO

O Decreto nº 4.942/2003 deve ser aplicado em conformidade com a Lei nº 12.154/2009, a qual criou a PREVIC.

O art. 11 do Decreto dispõe que compete ao Secretário de Previdência Complementar julgar o auto de infração. Todavia, hoje é a Diretoria Colegiada que decide, em primeiro grau, sobre a conclusão dos

⁵⁴ GUEDES, op. cit., p. 28

⁵⁵ “O consenso na escolha de pessoas pelo voto formal, trata-se de buscar um consenso mais amplo sobre a escolha de políticas públicas através de outras formas institucionais que possam disciplinar com fidelidade e segurança o processo de formação da vontade participativa, ou seja, a crescente importância da processualidade adequada à decisão pretendida, como instrumento democrático”. NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do direito público*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 58 e 59

⁵⁶ GUEDES, op. cit., p. 118

Relatórios Finais dos processos administrativos (art. 7º, inciso III, da Lei nº 12.154/2009).⁵⁷

Da decisão proferida pela Diretoria, cabe recurso com efeito suspensivo no prazo de 15 dias, contando o prazo a partir do recebimento da notificação e a interposição da data da postagem, sendo que a remessa por via postal deverá ser com aviso de recebimento.

Apesar de não estar previsto no Decreto nº 4.942/2003, a CRPC tem julgado os pedidos de revisão administrativa, nos termos do art. 65 da Lei nº 9.784/99. Todavia, existem alguns pressupostos de admissibilidade do pedido de revisão, vejamos:

Art. 65. Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.

Conforme o exposto, para que seja admitido o pedido, é necessário que haja fatos novos ou circunstâncias relevantes que justifiquem a alteração da sanção.

No processo administrativo nº 44000.003189/2006-61, que tramitou na CRPC, não se conheceu do pedido de revisão administrativa, “dado que inexistente o seu pressuposto de cabimento consistente na existência de decisão sancionadora”.⁵⁸

57 Art. 2º, II, da Lei nº 12.154/2009: “Compete à PREVIC: apurar e julgar infrações e aplicar as penalidades cabíveis.”

58 Ementa: “Consulta recepcionada como Pedido de Revisão Administrativa - artigo 65 da Lei 9.784/99 - Inexistência de pressuposto de admissibilidade - Decisão a ser revista não corresponde a decisão com sanção para o administrado - Impossibilidade de julgamento do AI ante à extinção da comissão de Inquérito, competente para julgamento do AI, constituída a partir da decretação da liquidação extrajudicial da entidade, conforme decisão do CGPC - Nulidade da DN mantida - Aplicação do artigo 52 da Lei 9.784/99 - o processo deve ser extinto quando exaurida sua finalidade, ou o objeto da decisão se tornar impossível, inútil ou prejudicado por fato superveniente - Pedido de revisão não conhecido.” Decisão: Por unanimidade de votos, a Câmara de Recursos da Previdência Complementar - CRPC, não conheceu do pedido de revisão, determinando a extinção do processo. Ausente, justificadamente, o Membro Daniel Pulino, representante dos servidores federais de cargo efetivo.” Decisão de 09/11/2010, Relator Conselheiro Luiz Gonzaga Marinho Brandão. Disponível em: <www.previdencia.gov.br>. Acesso em: 06 dez. 2011.

Por sua vez, o art. 40 do Decreto nº 7.123/2010 previu o cabimento de embargos de declaração da decisão proferida pela CRPC.⁵⁹ O recurso deverá ser dirigido ao Presidente da Câmara, no prazo de cinco dias úteis, contados da publicação da decisão no Diário Oficial da União. O Decreto mencionado admite os efeitos infringentes dos embargos de declaração, em casos excepcionais, porém não elencou as hipóteses.

Apesar desse recurso ter sido introduzido somente com o advento do Decreto nº 7.123/2010, a CRPC entende que mesmo antes da vigência desse normativo, já poderiam ser admitidos os embargos declaratórios, tendo em vista o princípio da ampla defesa.⁶⁰

De acordo com Egon Bockmann Moreira, o processo administrativo moderno não comporta uma visão burocrática do mesmo, devendo o princípio do contraditório ser efetivamente implementado, de maneira que o particular participe e colabore na atuação do Estado.⁶¹

No que se refere à exigência de depósito prévio para a interposição do recurso (art. 14 do Decreto nº 4.942/2003⁶²), trata-se de norma inconstitucional, vez que o STF consignou na Súmula Vinculante nº 21 que é “inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”. Por sua vez, a CRPC vem acolhendo a preliminar de inexigibilidade do depósito prévio.⁶³

59 “Art. 40. Caberão embargos de declaração quando na decisão houver obscuridade, ambiguidade ou contradição entre o resultado do julgamento e os seus fundamentos ou quando for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se o colegiado”.

60 Processo Administrativo nº 44000.000202/2008-92, Relatora Cons. Maria Batista da Silva. Decisão de 01/12/2010. Ementa: “Recurso de ofício. Nulidade da atuação. Insuficiência da descrição dos fatos imputados ao atuado. Impossibilidade de pleno conhecimento da situação em concreto. Prejuízo da análise do mérito. Inviabilidade do contraditório e da ampla defesa do administrado.” Decisão: Por unanimidade, a CRPC conheceu do recurso de ofício e, no mérito, negou-lhe provimento. Ausente, justificadamente, o representante dos patrocinadores e instituidores de planos de benefícios de entidades fechadas de previdência complementar.”

61 MOREIRA, op. cit., p. 312 e 313. “É dever do Estado colaborar, mesmo *ex officio*, na interação do administrado no processo. Além de outorgar lapsos temporais adequados para a manifestação das pessoas privadas, devem ser esclarecidas as razões de tais atos e as alternativas que deles derivam”. Cf. *Idem*, p. 319 e 320.

62 “Art. 14. O recurso voluntário, na hipótese de penalidade de multa, somente será conhecido se for comprovado pelo recorrente, no ato de interposição do recurso, o depósito antecipado de trinta por cento do valor da multa aplicada”.

63 Processo administrativo nº 44000.000847/2007-44, Relatora Cons. Lygia Maria Avena, Decisão de 18/08/2010, disponível em: <www.previdencia.gov.br>. Acesso em: 07 dez. 2011.

Além do recurso voluntário, o Decreto n 4.942/2003 prevê o recurso de ofício da decisão que anular ou cancelar o auto de infração, bem como se a decisão for reconsiderada pela Diretoria Colegiada (art. 16).

6 DO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO

Com o advento do Decreto n 7.123/2010, passou ser da Diretoria Colegiada da PREVIC a faculdade de reconsiderar a decisão de última instância da autarquia. Prevê, ainda, que na hipótese de ausência de manifestação expressa no prazo de cinco dias, “entender-se-á que sua decisão está mantida por seus próprios fundamentos” (art. 27, § 1º).

Alguns recursos foram interpostos depois de revogada a norma prevista no art. 13, §3º do Decreto n 4.942/2003, a qual previa que “é facultado ao Secretário de Previdência Complementar reconsiderar motivadamente sua decisão, no prazo de quinze dias, contado do recebimento do recurso”, porém, no período anterior à publicação do Decreto n 7.123/2010.

Nesses casos, a Diretoria Colegiada decidiu com base no art. 27, §1º do Decreto n 7.123/2010, isto é, manteve a decisão da PREVIC pelos próprios fundamentos, sem fundamentar expressamente as razões de direito e de fato da decisão. Todavia, alguns recorrentes se sentiram prejudicados com essa medida, alegando que o processo deveria retornar à Diretoria Colegiada para que fosse decidido expressa e fundamentadamente os motivos que não levaram a reconsiderar a decisão.

No julgamento do recurso no processo n 44000.003033/2007-6164, a CRPC, por maioria, negou o pedido de retorno dos autos à

64 Ementa: “Cerceamento de defesa - Art. 22, §2º do Decreto n 4942/03 -Pedido de reconsideração não analisado - Compra de títulos NTN-B por preços superiores aos praticados pelo mercado. Ausência de apresentação de qualquer pesquisa de mercado ou estudo técnico prévios, a justificar as aquisições nos parâmetros em que foram efetuadas. Inadequada aplicação dos recursos por falta de atenção às regras de liquidez, prudência, segurança e rentabilidade que perpassam as diretrizes fixadas pelo Conselho Monetário Nacional. Impossibilidade legal de delegação da responsabilidade dos administradores. Princípio da individualização da sanção - Pena de inabilitação - Ofensa ao princípio da proporcionalidade - Portaria SPC 1016/07. Recurso voluntário parcialmente provido.”

Decisão: Por unanimidade de votos a Câmara de Recursos da Previdência Complementar - CRPC conheceu do recurso. Por maioria, a CRPC afastou a preliminar quanto à devolução dos autos à Superintendência Nacional de Previdência Complementar, vencido os votos dos Membros Antonio Bráulio de Carvalho e Lygia Maria Avena, que votaram pela devolução dos autos. Por unanimidade de votos, a CRPC afastou as preliminares de cerceamento de defesa e de nulidade do auto de infração. Por maioria de votos, a CRPC, no mérito, acolheu parcialmente o recurso, aplicando a pena de multa pecuniária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) com atualização monetária conforme decidido pelo

PREVIC, tendo em vista que 1) a Diretoria Colegiada reiterou os motivos da decisão, sendo suficiente para fundamentar a não reconsideração; 2) a norma de caráter instrumental se aplica imediatamente e 3) o pleito dos recorrentes esbarra nos princípios da eficiência e da economia processual.

7 CONCLUSÃO

A Câmara de Recursos da Previdência Complementar – CRPC, órgão recursal colegiado e integrante do Ministério da Previdência Social - MPS, foi instituída com o propósito de permitir um trabalho racional e ao mesmo tempo democrático nos processos administrativos sancionadores em trâmite na Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC. Consequentemente, a CRPC vem satisfazer o princípio da revisibilidade, que é o direito do administrado recorrer da decisão desfavorável.

Embora, antes da criação da CRPC já atuasse o Conselho de Gestão da Previdência Complementar - CGPC, este órgão exercia dupla função, pois era responsável tanto pela regulação das atividades das entidades fechadas de previdência complementar, quanto pelo julgamento dos recursos interpostos contra as decisões da Superintendência de Previdência Complementar - SPC, no que dizia respeito às penalidades administrativas, o que não primava pelo princípio da eficiência.

A instituição do Estado Democrático de Direito pela Constituição da República de 1988 possibilitou a criação de um sistema de previdência complementar fechada orientada pelo princípio democrático. Um exemplo desse feito, é a composição mista da CRPC, que deve abranger os representantes de diferentes segmentos, tanto do Governo, quanto das entidades fechadas, dos participantes e das patrocinadoras.

Logo, é evidente que a CRPC foi criada para atender o princípio democrático de uma maneira mais eficiente, devendo garantir a observância do devido processo para que sejam tomadas decisões justas. A violação das garantias fundamentais no processo administrativo, como o contraditório efetivo e a ampla defesa, é uma forma de não cumprir os valores democráticos, posto que acusa o particular de uma conduta irregular, de forma arbitrária.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, Disponível em: <www.agu.gov.br>. Acesso em: 08 dez.2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ARAÚJO, Thiago; SANTOS, Daniel Aisengart. *Termo de Ajustamento de Conduta – TAC e aplicação às EFPC*. Disponível em: <www.bocater.com.br>. Acesso em: 08 dez. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Temas de direito constitucional*. Tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Disponível em: <www.cni.org.br>. Acesso em: 25 nov. 2011.

DIAS, Eduardo Rocha. *Sanções Administrativas aplicáveis a licitantes e contratados*. São Paulo: Dialética, 1997.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.). *Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo*, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. Estado de Direito e Devido Processo Legal. *Revista de Direito Administrativo*, 209, jul./set. 1997.

GÓES, Wagner (coord.). *Gestão de Fundos de Pensão: Aspectos Jurídicos*. São Paulo: Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – ABRAPP, 2006.

GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de Direito Processual*, Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. *O Acesso ao Direito e à Justiça*. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 03 abril 2013.

GUEDES, Demian. *Processo Administrativo e Democracia: uma reavaliação da presunção de veracidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. Sanções administrativas e princípios de Direito Penal. *Revista de Direito Administrativo*, n. 219, jan./mar. 2000.

MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Atuais Rumos do Processo Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO, Rafael Munhoz de. Processo Administrativo, Devido Processo Legal e a Lei nº 9.784/99. *Revista de Direito Administrativo*, n. 227, jan./mar. 2002.

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. <www.previdencia.gov.br>. Acesso em: 21 set. 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei nº 9.784/1999*. 4. ed. Malheiros, 2010.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Discricionariedade Administrativa das autoridades reguladoras e aplicação das normas punitivas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 254, maio/ago. 2010.

RODRIGUES, Flávio Martins. *A Previdência Complementar Fechada: alguns elementos estruturadores, a contratualidade de suas relações, a independência patrimonial dos planos de benefício e a competência governamental para sua fiscalização*. Disponível em: <www.bocater.com.br>. Acesso em: 21 set. 2011.

PULINO, Daniel. *Previdência Complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas Entidades Fechadas*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Infrações e sanções administrativa*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TANURE, Fabrício Duarte. *A responsabilidade administrativa no mercado de valores mobiliários brasileiro*. Rio de Janeiro: Instituto de Economia - Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, 2005 (Monografia do curso de pós-graduação em Regulação do Mercado de Capitais). Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/port/public/publ/ie_ufrj_cvm/Fabricio_Duarte_Tanure.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

A PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA COMO MEIO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

*THE PROCEEDINGS OF ADMINISTRATIVE SELF
PROTECTION AS AN ALTERNATIVE CONFLICT
SOLUTION*

André Luis Nascimento Parada

Auditor Federal de Controle Externo.

Assessor de Ministro-Substituto do TCU. Advogado

Mestrando em Direito e Políticas Públicas no Centro Universitário de Brasília

SUMÁRIO: Considerações iniciais; 1 Procedimentalização da Autotutela Administrativa; 2 Autotutela; 2.1 Procedimento ou Processo ; 2.2 As funções e as vantagens da Procedimentalização; 3A atuação de órgãos colegiados de procedimentalização da autotutela administrativa em entes federados ; 3.1 A Junta Administrativa de Indenizações de Porto Alegre; 3.2 O Conselho de Administração de Pessoal de Minas Gerais ; 3.3 A procedimentalização no fornecimento de medicamentos pelo Estado de São Paulo ; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: este trabalho tem o objetivo de analisar a possibilidade de a procedimentalização da autotutela administrativa atuar como mecanismo alternativo de solução de conflitos. Para tanto, destaca-se a tendência natural de se consentir e incentivar outras formas de composição de interesses antagônicos. Discorre-se sobre a autotutela administrativa e a procedimentalização em que são gizadas as demarcações conceituais de um e de outro instituto, bem como são apresentadas diferenças entre processo e procedimento. Relativamente à procedimentalização, menciona-se algumas funções e vantagens trazidas pelo fenômeno. Por fim, relata-se a experiência de entes federativos pátrios que optaram por adotar a procedimentalização da autotutela por meio de órgãos colegiados e mediante parcerias em ações concertadas, cujos bons resultados refletem na diminuição da litigiosidade, no tratamento de adequado de informações e no mapeamento de necessidades e falhas da Administração.

PALAVRAS-CHAVE: Autotutela. Procedimentalização. Solução de Conflitos.

ABSTRACT: this work aims to examine the possibility of the proceedings of administrative autotutela act as an alternative solution conflict mechanism. To this end, there is natural tendency to allow and encourage other forms of composition of antagonistic interests. Discourse on administrative autotutela and procedimentalização where are the conceptual delimitation of one and other institute, as well as are presented differences between process and procedure. Regarding proceedings, it mentions some functions and advantages brought by the phenomenon. Finally, the Federative experience who have chosen to adopt the proceedings of autotutela by means of collegiate bodies and through concerted actions of partnerships, whose good results reflected decreased litigation, in the proper handling of information and mapping needs and failure of the administration.

KEYWORDS: Self Protection. Proceedings. Solution Conflict.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Estado contemporâneo tem enfrentado muita dificuldade em solucionar os conflitos trazidos ao seu conhecimento de forma rápida e efetiva. A complexidade das relações sociais e o volume de demandas levadas ao descortino do Poder Judiciário colocam em xeque a noção de amplo acesso à justiça.

A demora excessiva na prestação jurisdicional obsta a efetividade do processo, haja vista que frustra as expectativas dos litigantes acerca da resolução tempestiva dos conflitos.

Dados colhidos do Relatório Justiça em Números¹ de 2011, de iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, informam que, no ano de 2010, tramitaram no Poder Judiciário 83,4 milhões de processos. Desse total 70% findaram o ano sem solução, o que revela uma majoração de três pontos percentuais na taxa de congestionamento² dos tribunais ao se considerar que em 2009 essa taxa foi de 67%.³ No Relatório Justiça em Números de 2012, a taxa de congestionamento foi de 71,2%.⁴

- 1 As informações do Justiça em Números apresentam um panorama global da Justiça, por meio de dados disponibilizados pelos tribunais sobre processos distribuídos e processos julgados, número de cargos de juízes ocupados e ainda o número de habitantes atendidos por juiz. O objetivo do CNJ é que os dados sejam referência para a criação de uma cultura de planejamento e gestão estratégica. Outra finalidade do Justiça em Números é fornecer bases para construção de políticas de gestão e possibilitar a avaliação da necessidade de criação de cargos e funções. O estudo também enumera relação de despesas com pessoal, recolhimentos e receitas, informática, taxa de congestionamento e carga de trabalho dos juízes. Os números são encaminhados semestralmente pelos magistrados. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em 10 set. 2012.
- 2 A taxa de congestionamento é um indicador do Justiça em Números que mede a efetividade do tribunal em um período, levando-se em conta o total de casos novos que ingressaram, os casos baixados e o estoque pendente ao final do período. Ele tem analogia direta com uma caixa d'água, que quando dá vazão ao volume que entra e mantém um nível baixo, resulta numa baixa taxa de congestionamento. Ao contrário, quando não dá vazão ao que entra e ainda mantém um estoque alto resulta numa alta taxa de congestionamento. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/indicadores/486-rodape/gestao-planejamento-e-pesquisa/indicadores/13659-03-taxa-de-congestionamento>>. Acesso em 10 set. 2012.
- 3 Essas informações estão exatamente conforme publicado no Justiça em Números. Ocorre que ao longo dos anos os Tribunais podem retificar ou fornecer informações que não foram corretas ou tempestivamente enviadas ao CNJ. Assim, esses números se alteraram e passam a ser mais verossímeis. Contato realizado pelo Autor junto ao CNJ, em 25/03/2013, trazem as seguintes notas de atualização: a) processos tramitados no Poder Judiciário em 2010: 85,2 milhões; b) taxa de congestionamento em 2010 (Processos que findaram sem solução em 2010): 72%; Taxa de congestionamento em 2009 (Processos que findaram sem solução em 2009):70%.
- 4 Disponível em:<https://docs.google.com/uc?export=download&confirm=no_antivirus&id=0BxR2dZ_NKZKSR1o0VE9rUDhVTU0>. Acesso em: 22 mar. 2013.

É preciso revisitar a noção de que a via judicial é o fim único e último de toda pretensão resistida ou insatisfeita.

Essa cultura está na base da crise numérica pelo excesso de processos, não só pelo estímulo à contenciosidade social como também por impedir que a larga parcela de conflitos deixe de ser encaminhada por outros agentes, órgão e instâncias, o que aliviaria a carga que hoje assoberba a Justiça estatal e a impede de ofertar uma resposta de qualidade: justa, jurídica, econômica, tempestiva e razoavelmente previsível.⁵

O art. 5º, inc. XXXV, da CF, ao propugnar que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, não tem o escopo de proclamar o Poder Judiciário como o único capaz de estabelecer a justiça e a pacificação de todos os conflitos; ao revés, o preceito busca coibir que o legislador produza normas que embarquem ou obstem o acesso à justiça.

Acrescente-se que o dispositivo retrocitado, tanto pela via interpretativa gramatical quanto pela teleológica, não incentiva a judicialização, tampouco impõe restrições para que as controvérsias sejam equacionadas fora do eixo do Poder Judiciário.

Na tentativa de reavaliar a função judicial no Estado brasileiro, Rodolfo Mancuso propõe a implementação de uma política judiciária voltada para meios alternativos ou complementares que ofereçam “estradas vicinais” por onde podem e devem transitar os conflitos que, por sua singeleza, valor envolvido, opção dos interessados, conduzam à resolução de litígios para fora e além da estrutura judiciária estatal. Se apesar dessa providência, não resultar dirimido o conflito nesses patamares intermediários, ele restará melhor dirimido e maturado, pavimentando o caminho para que as partes decidam com mais segurança, o que não exclui o ajuizamento da demanda.⁶

Nessa linha de exegese, surge uma tendência natural de consentir e incentivar a adoção de meios de solução de conflitos extrajudiciais, entre os quais se destacam a mediação, a conciliação, a arbitragem e outras formas de procedimentalização da autotutela administrativa que

5 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito. *RBDP*, n. 60, mar./abr. 2010. p. 78.

6 *Ibid.*, p. 92-93.

envolvem agentes, órgãos e instâncias capazes de pacificar controvérsias de forma tempestiva, conferindo-lhes resolução técnica pertinente, com aumento da legitimidade e menor custo.

Estas anotações não terão como objetivo examinar os meios extrajudiciais de solução de conflitos tradicionais – mediação, conciliação, arbitragem –, mas sim terão o desígnio de analisar a procedimentalização da autotutela administrativa como meio adequado para se estabelecer instâncias parajudiciais aptas e capazes de recepcionar e resolver conflitos.

É como ensina Araken de Assis, há a necessidade de “criar-se a ‘justiça administrativa’. Realmente, os conflitos entre o cidadão e os Estados-membros [...] carecem da instalação de estrutura própria e independente para resolvê-los, desfazendo a orfandade atual do direito administrativo.”⁷

Assim, opta-se pela solução de contendas na intimidade da Administração mediante a procedimentalização que, caso não logre êxito em dirimir o conflito, ao menos embasa com informações, provas e argumentos técnicos as demandas que ingressarem no Poder Judiciário.

Ressalva-se que a procedimentalização da autotutela administrativa não é a solução para todos os males da justiça, mas pode contribuir, em alguma medida, para desafogar o Poder Judiciário.

1 PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA

2 AUTOTUTELA

A autotutela é normalmente referenciada no Direito Administrativo como o poder-dever de a Administração rever suas decisões. Ou seja, quando os atos administrativos são ilegais devem ser anulados e quando inconvenientes e inoportunos podem ser revogados, conforme consagrado pelas Súmulas ns. 346 e 473, ambas do STF, e pelo art. 53 da Lei n. 9.784/1999.⁸

7 ASSIS, Araken. O direito comparado e a eficiência do sistema judiciário. *Revista do Advogado*, n. 43, jun. 1994, p. 19.

8 Súmula/STF n. 346: “A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.” Súmula/STF n. 473: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

Etimologicamente tutelar é zelar, defender, proteger. Quando o ordenamento jurídico confere o poder de autotutela ou autoproteção à Administração ele dispensa a obrigatoriedade de intervenção do Poder Judiciário para proteção de determinados direitos, uma vez que dá competência ao interessado para sanear irregularidades pelas suas próprias forças. O interessado, no caso, é a Administração.

A autotutela configura um meio de a Administração, *sponte propria*, zelar pelos seus atos e suas condutas na busca de uma célere recomposição da ordem jurídica e da readequação ao interesse público.

Em essência, a autotutela potencializa o controle interno que a Administração Pública exerce sobre seus próprios atos, o que não exclui ou afasta o controle externo por outros órgãos legitimados (Ministério Público, Tribunais de Contas etc).

Guido Landi e Guisepe Potenza anotam que somente sanar as irregularidades não basta, é necessário que também a Administração as previna, evitando reflexos prejudiciais ao administrado ou ao próprio Estado.⁹

Nesse contexto, define-se a autotutela como um poder-dever de a Administração Pública zelar e controlar – *a posteriori*, concomitante ou preventivamente – seus atos, condutas e atividades, com vistas a evitar lesão a direitos de terceiros, no desígnio de restaurar a legalidade e de atender o interesse público.

2.1 PROCEDIMENTO OU PROCESSO

Questão que gera bastante controvérsia é a distinção entre processo e procedimento. Antes, porém, de tentar estabelecer as dessemelhanças entre um e outro instituto, vale rememorar que, no passado, o termo processo normalmente era associado à função jurisdicional.

González Pérez assevera ser possível explicar a limitação do conceito de processo à função judicial do ponto de vista histórico, mas registra que essa redução é insustentável sob o aspecto jurídico teórico,

Art. 53 da Lei n. 9.784/1993: “A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.”. Embora com uma ou outra diferença em suas redações, esses dispositivos consagram o poder-dever de autotutela da Administração.

9 LANDI, Guido; POTENZA, Guisepe. *Manuale di diritto amministrativo*. Milão: Guiffirè, p. 588.

uma vez que o processo em sua própria natureza pode desenvolver-se em todas as funções estatais.¹⁰

Esclarece Odete Medauar que a partir da década de 50 a doutrina processualista e administrativista começou a conceber o processo atrelado à noção de exercício do poder estatal. Nessa linha de inteligência, a autora aduz que o “processo expressa o aspecto dinâmico de um fenômeno que vai se concretizando em muitos pontos no tempo, refletindo a passagem do poder em atos ou decisões”, para concluir que “o processo existe tanto no exercício da função jurisdicional, como na função legislativa e na função executiva.”¹¹

Bandeira de Mello afirma que processo e procedimento não são patrimônio exclusivo da função jurisdicional ao defender que também são encontráveis em outras funções estatais, tanto é que se pode falar hoje em um Direito Processual Administrativo.¹²

Atualmente não cabe mais questionar, ante a sua inegável realidade, a existência do processo administrativo que pode ser claramente entendido como uma espécie do gênero processo a se desenvolver na intimidade da função administrativa.¹³ Tanto é assim que a União (Lei n. 9.784/1999) e alguns Estados-membros da Federação já editaram leis que regulam o processo administrativo no âmbito de suas competências constitucionais.

Firmada a premissa existencial do processo administrativo, cabe verificar a controvérsia entre o processo e o procedimento.

Muito já se escreveu na tentativa de distinguir o processo do procedimento. Em países cujos sistemas jurídicos apresentam a dualidade de jurisdição, a exemplo da Itália e da França, ou seja, onde há uma estrutura organizacional encarregada de aplicar a jurisdição comum e outra com atribuição de jurisdição administrativa, com força

10 PÉREZ, Jesús González. *Derecho procesal administrativo*, t. I, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1957. p. 46.

11 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 165.

12 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 479.

13 Função administrativa é aquela exercida pelo Estado e por seus delegados, subjacente à ordem constitucional e legal, sob o regime de direito público, com vistas a alcançar os fins traçados na ordem jurídica. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 5.

de coisa julgada em ambas as situações, o tema parece não gerar muitas controvérsias.

Nesses países de jurisdição dual, o termo processo administrativo ficou adstrito à jurisdição administrativa quando a decisão final faz coisa julgada em sentido material, uma vez que praticada por autoridade judicial-administrativa; ao passo que a expressão procedimento administrativo seria utilizada para designar o trâmite dos pleitos que se desenvolvem perante a Administração Pública e cuja decisão tem natureza meramente administrativa, haja vista que se dá na função administrativa, e não judicial.¹⁴

No Brasil, em que a jurisdição é una por força do art. 5º, inc. XXXV, da CF, o tema parece não encontrar balizas precisas, o que dificulta um pouco a conceituação de um e outro fenômeno.

Na tentativa de estabelecer uma sistematização, Lúcia Valle Figueiredo entende que processo, em sentido amplo, é gênero, no qual se encartariam as seguintes espécies:¹⁵

- 1) procedimento, como uma forma de atuação normal da Administração Pública;
- 2) procedimento, sequência de atos ordenada para a emanção de ato final, dependendo a validade do ato posterior sempre de seu antecedente, subdividindo-se em: a) procedimento nominados; b) procedimentos inominados;
- 3) processo, em sentido estrito, em que a litigiosidade ou as 'acusações' encontram-se presentes, obrigando-se o contraditório e ampla defesa: a) processos revisivos; processos disciplinares; c) processos sancionatórios.

Como se vê, a doutrinadora traça nota distintiva do processo (sentido estrito) quando há controvérsias, litígios, acusados em geral, com a obrigatória observância de contraditório e ampla defesa. O procedimento, por sua vez, seria a exteriorização da função administrativa e, ainda, a sequência de atos preordenados a um ato final, estando o procedimento compreendido no processo em sentido amplo.

Egon Bockmann Moreira averba que há diferença no conteúdo jurídico do processo e procedimento, haja vista que o processo retrata

14 PETIAN, Angélica. *Regime jurídico dos processos administrativos ampliativos e restritivos de direito*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 84.

15 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 424.

relação jurídica específica, de caráter processual em sentido estrito, enquanto o procedimento seria puramente o desenrolar de atos e fatos que configuram o começo, meio e fim do processo.¹⁶

Também nessa linha, Angélica Petian define procedimento administrativo como um “rito que será mais ou menos formal, com maior ou menor laço temporal para sua conclusão, com intervenção de poucas ou muitas autoridades e órgãos técnicos, enfim, que variará de acordo com a espécie de processo em causa e com a respectiva disciplina legal.”¹⁷

Com se percebe, a doutrina inclina-se a lecionar que o processo seria algo mais amplo que o procedimento, radicado em uma relação de gênero e espécie ou em uma relação de inclusão entre o processo e o procedimento, vale dizer, este estaria contido naquele.

Preferimos conferir certa autonomia ao procedimento por considerar que nem sempre ele será abrigado sob a égide de um processo,¹⁸ mormente ao se levar em conta a complexidade de se realizar a função administrativa em que a tomada de decisões no âmbito da Administração Pública não pode mais se contentar com ato isolado e autoritário, mas, ao revés, requer uma sequência preordenada de atos desenvolvidos para atingir um determinado resultado ou uma decisão.

Em face das múltiplas finalidades que estão a cargo da Administração, o procedimento atua como uma ferramenta para coordenar a variedade não previsível de interesses que surgem conjugados nessa atividade.

Procedimento seria uma categoria jurídica própria, não necessariamente ligada a um processo, em que uma série de atividades e atos são realizados em progressão obrigatória para atingir resultados, objetivos ou fins predeterminados. Em linguagem simples, procedimento é o desenrolar da atividade administrativa, segundo trâmites previamente estabelecidos, que visa a um efeito final.

16 MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 49.

17 PETIAN, Angélica. *Regime jurídico dos processos administrativos ampliativos e restritivos de direito*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 84.

18 Na maioria das vezes o procedimento vai fazer parte do processo, como ocorre no Poder Judiciário em que há, no processo judicial de conhecimento, o procedimento sumário e ordinário. Ou no processo administrativo licitatório em que a lei estabelece procedimentos diferentes para cada modalidade de licitação.

Pensa-se, nesse contexto, em procedimento como meio capaz de ordenar o mecanismo decisório administrativo, que assegure a participação do administrado, agentes públicos, órgãos técnicos, com vistas a subsidiar as escolhas, a tomada de decisões na intimidade da Administração, de forma a estabelecer instâncias parajudiciais capazes de receber e resolver conflitos internamente, desfazendo-se a ideia de que a via judicial é o fim único e último de toda pretensão resistida ou insatisfeita, mediante um exercício de procedimentalização da autotutela administrativa.

2.2 AS FUNÇÕES E AS VANTAGENS DA PROCEDIMENTALIZAÇÃO

A noção de procedimentalização que se pretende neste trabalho, como visto, tem sentido amplo e está além da abordagem reducionista de compreender o procedimento somente como espécie do gênero processo.

Defende-se, portanto, uma categoria jurídica capaz de auxiliar o melhor desempenho da função administrativa.

Nesse norte, a doutrina tem destacado algumas importantes funções da procedimentalização ante a sua real capacidade de atuar como instrumento jurídico.

Normalmente, são apontadas as seguintes funções do procedimento: a) a *função organizatória* como resultado da capacidade de coordenação intrasubjetiva, realização progressiva da previsão, ordenação de concretização do direito que o procedimento contém; b) a *função ordenadora* na medida em que confere ordem à administração em ação; c) a *função metódica* que se expressa na qualidade de meio de realização do Direito Administrativo;¹⁹ e d) a *função consenso* que personifica um estilo administrativo cooperativo que baseia a descoberta da decisão numa relação duradoura entre a administração e os interessados procedimentais.²⁰

19 DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentalização*: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996. p. 90.

20 DUARTE, op. cit., p. 97.

Registre-se ainda a *função legitimadora* do procedimento quando se permite a participação do administrado, uma vez que este passa de mero objeto a sujeito da decisão.²¹⁻²²

Além das funções coligidas pela doutrina especializada, entende-se que outras podem ser creditadas ao procedimento como as *funções informação, participação e solução de conflitos*.

Acerca da *função informação*, rememora-se que o procedimento administrativo é um conjunto de atos e atividades produzidos na Administração com vistas a atingir resultados.

Para tanto, o procedimento necessita de obter e processar a informação e dela se nutrir. Busca-se subsidiar a escolha entre várias alternativas com a conseqüente melhora na preparação da decisão, na identificação dos problemas e de pontos vulneráveis e, ainda, na avaliação das necessidades futuras que retroalimentam o sistema em uma operação continuada de tratamento da informação.

Em essência, esse tratamento no bojo dos procedimentos favorece a qualidade das decisões administrativas, uma vez que tende a suprir o *deficit* de informação na Administração Pública.

A *função participação*²³ aparece relacionada à questão da transparência que ganhou mais vigor com a edição da Lei n. 12.527, de 19/11/2011, reguladora do direito de acesso à informação, direito esse de estatura constitucional.

Considera-se essencial a participação e a intervenção do administrado no *iter* procedimental decisório. Essa função está claramente ligada à função anterior (informação), porquanto para

21 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 189. Nesse mesmo entendimento, é a lição de LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*. Coimbra, 1995. p. 119.

22 Destaca João Carlos Simões Gonçalves Loureiro que, embora faltem estudos, existe a probabilidade da participação no procedimento aumentar a capacidade de legitimação das decisões, no plano empírico, reduzindo o recurso aos tribunais e facilitando a implementação das decisões. Essa dimensão tem sido particularmente considerada no campo das políticas públicas. (*O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*. Coimbra, 1995. p. 119.)

23 João Carlos Simões Gonçalves Loureiro assevera que a expansão das possibilidades participativas reforça a legitimidade das decisões administrativas ao introduzir um elemento dialógico nas decisões. In: *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*. Coimbra, 1995, p. 118.

participar é necessário ter informação. A participação também tem sido normalmente referida como meio de se atingir a função legitimadora ao se considerar que ela facilita a aceitação das decisões tomadas em um ambiente concertado.

Para David Duarte as injunções permanentes de explicação do desenvolvimento procedimental, a transparência do processo e o tratamento comum dos dados levam a um crescimento da capacidade de aceitação dos efeitos do ato conclusivo, com aumento da aceitabilidade da decisão por via da comparticipação e da potencialidade de exercício legítimo de influência.²⁴

Por fim, fala-se em *função solução de conflitos* cuja existência tem bom lugar em uma sociedade complexa e pluralista, permeada por relações sociais múltiplas, nas quais a conflituosidade quando instaurada tem sobrecarregado o Poder Judiciário.

À medida que os demandantes vêem suas expectativas frustradas ante, por exemplo, a morosidade nos provimentos jurisdicionais, com o denominado *deficit* de jurisdição,²⁵ ganham força as formas pré-contenciosas de soluções de conflitos, entre elas, a procedimentalização.

Com a procedimentalização desloca-se a solução do conflito para o momento em que eles precisamente se manifestam, isto é, no decurso procedimental.²⁶ A intervenção dos particulares pela via do contraditório é ponto nuclear da antecipação do conflito que o procedimento hoje incorpora ao trazer a conflituosidade do momento “decisão/reação” para o momento anterior onde há, pelo menos, a hipótese de se dissolverem parte dos interesses que tradicionalmente se colocariam frente a frente no campo dos tribunais.²⁷

24 DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentalização*: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996. p. 97.

25 Segundo David Duarte, a procedimentalização da solução de conflito é ponto de partida da visão do procedimento como um meio compensatório. A partir de três fatores qualificáveis como exteriores: a) decréscimo da precisão técnica dos comandos legais; b) crescimento da administração na configuração da vida social; c) imperfeição do controle judicial; torna-se perceptível como o procedimento se apresenta como um meio de compensação num contexto deficitário. (idem, p. 95).

26 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 191.

27 DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentalização*: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996. p. 41.

O procedimento extrajudicial vem a lume como uma das formas de solucionar a crise por que passa o Poder Judiciário, como importante instrumento de composição de interesses antagônicos que podem ser resolvidos na intimidade da Administração.

Além do plexo de funções mencionadas, que não são estanques, mas, ao revés, apresentam-se de forma interligada, pode-se destacar ainda algumas vantagens trazidas pelo procedimento para o sistema decisório da Administração Pública.

As vantagens são igualmente relacionadas às funções retrocitadas. Sem a pretensão de exauri-las, destacam-se as seguintes:

- a) alargamento da capacidade de decisão;
- b) decisões mais justas e conformes os parâmetros jurídicos globalmente aceitáveis;²⁸
- c) maior racionalidade das decisões e maior eficiência administrativa, haja vista a elaboração de rotinas que facilitam o bom e regular funcionamento da Administração;
- d) mapeamento das necessidades, problemas e visualização de alternativas para soluções futuras;
- e) melhor tratamento das informações e da qualidade das decisões;
- f) uniformização jurídica das soluções administrativas;
- g) percepção ponderada do universo variado dos interesses públicos, bem como a garantia do direito dos administrados,²⁹ além de, na maioria dos casos, ocorrer a interveniência e compatibilização de interesses públicos e privados;
- h) facilitação do controle da Administração por parte dos órgãos de controle internos e externos e da sociedade.

28 DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentalização*: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996. p. 95.

29 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 193.

Delineadas as funções e as vantagens da procedimentalização, passa-se ao exame de alguns exemplos colhidos da prática administrativa de entes federados brasileiros que adotaram a procedimentalização da autotutela administrativa por meio de órgãos colegiados e de ações concertadas, como forma de solucionar conflitos na intimidade da Administração.

3 A ATUAÇÃO DE ÓRGÃOS COLEGIADOS DE PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA EM ENTES FEDERADOS

A seguir serão indicadas algumas práticas desenvolvidas por entes federados brasileiros que adotaram a procedimentalização da autotutela. Destacam-se, entre outros, a Junta Administrativa de Indenizações de Porto Alegre, o Conselho de Administração de Pessoal de Minas Gerais e a sistemática desenvolvida por órgãos da estrutura organizacional paulista para o fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde.³⁰

3.1 A JUNTA ADMINISTRATIVA DE INDENIZAÇÕES DE PORTO ALEGRE

A Junta Administrativa de Indenizações de Porto Alegre – JAI foi criada pelo Decreto Municipal n. 12.619/1999³¹⁻³² com o objetivo de estabelecer procedimentos uniformes e ágeis no exame de pedidos administrativos de indenização³³ por danos causados pelo Município a terceiros com base no art. 37, § 6º, da CF.

30 Esses exemplos foram mencionados por Raquel Mello Urbano de Carvalho em palestra proferida na Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios na data de 26 de julho de 2012, sob o tema das Novas Perspectivas para o Controle da Administração Pública.

31 Não se discutirá neste artigo a inconstitucionalidade/ilegalidade de se estabelecer uma Junta com as atribuições da JAI mediante decreto, e não por lei, principalmente ao se considerar que o Decreto Municipal n. 12.619/1999 é anterior à Emenda Constitucional n. 32/2011, que permitiu ao chefe do Poder Executivo federal dispor, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento da administração federal, nos termos do art. 84, inc. VI, alínea a, da CF, de aplicação, por simetria, aos demais chefes dos Poderes Executivos estaduais e municipais, conforme já assentou o STF (ADI 102/RO, ADI 2.857/ES). Entretanto, pode-se cogitar – sem maiores reflexões para não fugir ao escopo deste trabalho – que a JAI teria sido recepcionada pela CF com a redação dada pela EC n. 32/2001.

32 Há também um Regimento Interno editado pelo Procurador-Geral do município que regula as competências e procedimento da JAI.

33 Não se diga que a indenização paga pela JAI estaria em desacordo com o regime de precatórios, pois o art. 100 da CF é claro ao se referir a pagamentos decorrentes de sentença judicial, estes sim obedientes ao sistema de precatório. Essa previsão constitucional nada obsta que a Administração possa reconhecer o ilícito por ela praticado e restaurar a legalidade mediante o exercício da autotutela.

Os “considerandos” do decreto registram que o exame dos pedidos por um órgão colegiado proporcionará maior transparência e segurança jurídica nas decisões administrativas.

A Junta está instalada na Procuradoria-Geral do Município e é constituída por seis membros, sendo três titulares e três suplentes, devendo dois terços serem procuradores municipais, designados por portaria do Procurador-Geral do Município (art. 2º do Dec. n. 12.619/1999).

Poderá a JAI expedir diligências aos demais órgãos municipais, requisitar a oitiva e auxílio técnico de servidores municipais, tudo com objetivo de instruir o procedimento administrativo de indenização. Deverá, ainda, encaminhar as providências para apurar eventual falta funcional dos servidores envolvidos nos fatos, objeto de pedido indenizatório (§§ 1º e 2º do art. 2º do Dec. n. 12.619/1999).

A similitude do que ocorre com os tribunais judiciais, o procedimento administrativo terá início com o pedido de indenização, apresentado perante o Protocolo Central da Prefeitura pelo interessado ou procurador legalmente constituído, o qual será encaminhado diretamente à Procuradoria-Geral do Município, para distribuição à Junta (art. 7º Regimento Interno – RI/JAI).

O “processo”³⁴ será distribuído a um relator que, no prazo máximo de trinta dias, procederá a um exame preliminar do feito, determinando as providências que entender necessárias para instrução, inclusive a oitiva de servidores municipais, se for o caso (art. 8º RI/JAI). As decisões serão tomadas pelo voto da maioria dos membros da Junta, em forma de parecer a ser lavrado pelo relator (art. 10 RI/JAI).

O parecer da Junta será submetido ao Procurador-Geral do Município que poderá acolher, deferindo ou não o pedido de indenização administrativa, conforme o § 3º do art. 2º do Decreto n. 12.619/1999. No caso de deferimento do pedido de indenização no valor superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a decisão do Procurador-Geral será objeto de reexame necessário ao Prefeito Municipal.

Da decisão proferida pelo Procurador-Geral não caberá recurso, mas somente pedido de reconsideração quando o requerente demonstrar

34 A norma fala em processo.

sua manifesta ilegalidade ou comprovar a ocorrência de prova ou fato novo (art. 18 RI/JAI). O pedido de reconsideração será interposto na Secretaria da Junta, no prazo de dez dias, contados do recebimento da notificação da JAI (art. 19 RI/JAI). O pedido de reconsideração será analisado e decidido pela Junta ou de ofício pelo Procurador-Geral, mantendo-se o relator original (art. 19 RI/JAI).

Segundo João batista Linck Figueira, a implantação da JAI trouxe as seguintes vantagens: a) diminuição de demandas judiciais contra o Poder Público municipal; b) desburocratização do acesso a uma indenização justa; c) reduzido tempo de atendimento aos pedidos levados à JAI; d) mapeamento de quais serviços necessitam de maior atenção por parte da administração municipal.³⁵

Acerca dessas benesses, destacam-se duas de grande relevância: uma relacionada à duração do procedimento da indenização na JAI e outra referente à melhoria nos serviços prestados pelo Poder Público local.

Sobre a duração do procedimento, há registros de que entre a protocolização do pedido de indenização e o pagamento há um interregno temporal médio de apenas 90 (noventa) dias,³⁶ o que revela uma recomposição célere dos danos sofridos pelos administrados se comparados aos litígios judiciais cujas soluções se arrastam por anos a fio.

A outra vantagem a ser ressaltada refere-se à melhoria nos serviços prestados pelo Poder Público local.

Como exemplo, a JAI mapeou a existência de diversos pedidos de indenização decorrente do arremesso, pela máquina de cortar grama, de fragmentos de pedras e demais objetos sólidos que estavam nos gramados podados. Detectada essa falha, adotou-se providência muito simples de utilizar rede de proteção junto à capina realizada para impedir que os objetos em contato com a máquina fossem lançados contra os veículos e os transeuntes que circulavam próximos ao local de corte. Assim, houve

35 FIGUEIRA, João batista Linck. *Junta Administrativa de Indenizações – justiça célere no Município de Porto Alegre*. Disponível em <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/junta-administrativa-de-indenizacoes-justica-celere-no-municipio-de-porto-alegre/print/>>. acesso em 27 set. 2012, p. 2.

36 FIGUEIRA, op. cit., p. 3.

diminuição de ocorrência de danos dessa natureza e acréscimo de maior segurança à população.³⁷

Essa breve descrição do funcionamento da JAI revela a aplicação prática das funções antes atribuídas à procedimentalização. Entre elas, sobressaem algumas: a) a função organizatória, porquanto há coordenação no procedimento e na atuação dos agentes e órgão envolvidos, ou seja, a JAI, o Procurador-Geral do Município e o Prefeito; b) função ordenadora, pois confere ordem à Administração local; c) função solução de conflitos, haja vista a diminuição de litigiosidade.

Maior destaque merece, no caso, a função informação, bem ilustrada no exemplo da máquina de cortar grama, uma vez que a prática examinada subsidiou a Administração na identificação de problemas e vulnerabilidades e, conseqüentemente, serviu para aprimorar a gestão local.

Como se vê, a JAI representa um órgão colegiado de procedimentalização da autotutela em que a própria Administração pode reconhecer a sua responsabilidade e indenizar³⁸ aqueles que sofrerem danos decorrentes da ação ou omissão do Estado, com fulcro na responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público prevista no art. 37, § 6º, da CF.

Tudo isso ocorre de forma gratuita, sem que o interessado precise constituir advogado ou deflagrar um processo junto ao Poder Judiciário que, como já mencionado alhures, não é o fim único e último de toda e qualquer pretensão, indenizatória ou não.

Nota-se que a prática desenvolvida pelo Município de Porto Alegre com a criação da JAI vai ao encontro da ideia de procedimentalização da autotutela administrativa, imersa em um poder-dever da Administração Pública de zelar pelos seus atos, condutas e atividades, evitando lesão a direitos de terceiros, no desígnio de atender o interesse público e de restaurar a legalidade, sem precisar da intervenção do Poder Judiciário.

37 FIGUEIRA, João batista Linck. *Junta Administrativa de Indenizações – justiça célere no Município de Porto Alegre*. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/junta-administrativa-de-indenizacoes-justica-celere-no-municipio-de-porto-alegre/print/>>, acesso: em 27 set. 2012. p. 3.

38 Essa indenização ocorrerá por conta do orçamento, dispensando a prática do precatório e do longo e prévio processo judicial que acarreta dispêndios com o pagamento de custas processuais, honorários advocatícios e de peritos, e juros incidentes sobre as indenizações a serem adimplidas em face da demora dos processos judiciais etc.

3.2 O CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DE PESSOAL DE MINAS GERAIS

Outro órgão colegiado de procedimentalização da autotutela administrativa é o Conselho de Administração de Pessoal – CAP.

O CAP foi criado pela Lei estadual n. 4.594/1967 e integra a estrutura da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. O Decreto n. 43.697/2003 dispõe sobre o Regimento Interno do Conselho.

De acordo com o referido decreto, o CAP é órgão coletivo de “jurisdição” administrativa³⁹ intermediária que tem a incumbência de acolher, analisar e decidir reclamações e pleitos dos servidores, na ativa e aposentados, das Secretarias de Estado, das autarquias e das fundações públicas, em relação a atos que afetem seus direitos funcionais (arts. 1º e 2º).

Não está incluída na competência do Conselho a apreciação de atos relativos ao regime disciplinar dos servidores estaduais, ressalvada a hipótese de alegação de nulidade do processo administrativo (parágrafo único do art. 2º). Também não é atribuição do CAP examinar reclamações de empregados das empresas públicas ou sociedades de economia mista daquele Estado.

Ressalta-se que o Conselho é denominado órgão coletivo intermediário porquanto “seria uma instância recursal existente entre a primeira reclamação feita pelo servidor junto ao seu órgão ou entidade de provimento e a reclamação em grau de recurso final a ser analisada em última instância pelo Governador do Estado.”⁴⁰

O CAP contempla a seguinte estrutura: a) Plenário; b) Presidência; c) Assessoria; d) Secretaria Executiva (art. 3º). É integrado por sete membros. O Advogado-Geral do Estado é o Presidente do Conselho. Os outros membros efetivos (há suplentes também) são designados por ato do

39 Apesar de a norma conceituar o CAP como órgão de “jurisdição administrativa”, entende-se que a melhor designação para o Conselho seria de órgão colegiado de procedimentalização de autotutela administrativa por melhor se amoldar ao fim a que se destina, nos termos do Decreto n. 43.697/2003, e por questões didáticos-metodológicas para evitar confusões com a solução de conflitos exercida pelo Judiciário por meio da jurisdição.

40 CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. A experiência do Conselho de Administração de Pessoal da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. Direito Público: *Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte*, v. 5, n. 1-2, p. 35-45, jan./dez. 2008.

Governador do Estado da seguinte forma: a) um representante da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Minas Gerais; b) dois representantes da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão, preferencialmente possuidores de título de Bacharel em Direito; c) um representante da Secretaria de Estado de Fazenda, preferencialmente possuidor de título de Bacharel em Direito; d) dois representantes dos servidores públicos, preferencialmente possuidores de título de Bacharel em Direito (art. 4º). O Secretário Executivo do CAP será designado pelo Presidente, dentre os servidores do órgão.

Observa-se que a composição do Conselho é paritária ao prever representantes da Administração e dos servidores públicos estaduais. Também nota-se a preocupação de contar com bacharéis em direito para evitar indesejáveis nulidades que poderiam, em tese, comprometer o objetivo do Conselho.

A reclamação proposta pelo servidor deverá ser formulada em três vias. A 1ª servirá para instauração do procedimento; a 2ª via será encaminhada à autoridade responsável para conhecer e prestar informações; a 3ª via, datada e rubricada, servirá de protocolo do reclamante; sendo admitido o litisconsórcio com até vinte servidores quando a reclamação derivar dos mesmos fundamentos de fato e de direito (art. 19).

O prazo para apresentação da reclamação pelo interessado ao Conselho é de cento e vinte dias contados do dia seguinte ao que ocorrer a publicação no Órgão Oficial dos Poderes do Estado, do ato impugnado, ou, quando não for o caso, de sua ciência por parte do servidor (art. 41).

Não haverá efeito suspensivo e o Conselho não conhecerá de reclamação contra a Administração quando a matéria já houver sido pacificada em parecer normativo do Advogado-Geral do Estado aprovado pelo Governador do Estado e publicado em Órgão Oficial (§§ 1º e 2º do art. 41).

Autuada a reclamação, ela será distribuída à Assessoria para requisição de documentos e execução de diligências necessárias à instrução do processo e à elaboração do relatório conclusivo (art. 19, inc. V).

A autoridade responsável pelo ato impugnado tem prazo de trinta dias úteis, improrrogáveis, contados do dia seguinte ao do recebimento

da 2ª via da reclamação, para apresentar as razões, de fato e de direito, de sua decisão. O processo será incluído em pauta dentro de até 30 trinta dias ininterruptos a contar de seu recebimento pelo Relator (art. 19, inc. VI).

O autor da reclamação deverá declarar, no ato da formulação da reclamação, que não postulou o mesmo direito em juízo, devendo informar ao CAP, a todo tempo, a existência da ação judicial de teor idêntico ao da reclamação na qual ele for autor, hipótese em que o processo administrativo será extinto (§§ 1º e 2º do art. 19).

A tese da extinção coaduna-se com o ordenamento jurídico e parece recobrir-se de lógica e acerto, pois, tendo o reclamante ingressado em juízo, não há porque manter, no âmbito administrativo, a discussão a respeito da matéria: a uma para evitar duplicidade de esforços desnecessários, com deseconomia administrativa e processual; a duas pelo fato de que a força da coisa julgada formal e material obsta o revolvimento, na esfera administrativa, do que fora decidido pelo Poder Judiciário.⁴¹

O Conselheiro-Relator fará a leitura de seu voto, sendo a decisão do CAP tomada pela maioria absoluta de seus membros (art. 31). As deliberações e os despachos administrativos do CAP serão publicados no órgão oficial dos Poderes do Estado.

No caso de decisão favorável ao reclamante, dentro de cinco dias, o Presidente do CAP encaminhará o processo à autoridade responsável do órgão ou entidade em que o interessado é lotado.

Da deliberação do Conselho caberá recurso, no prazo de trinta dias, ao Governador do Estado, tanto pelo reclamante, em hipótese de denegação do seu pedido, quanto pela autoridade ou de seu superior hierárquico, no âmbito da Administração direta e indireta, que tiver praticado o ato impugnado, quando provida a reclamação (art. 41).

Não havendo apresentação tempestiva do recurso, a decisão transitará em julgado na esfera administrativa (§ 2º do art. 42).

41 De ressaltar que não há obstáculo algum para que o interessado ingresse diretamente como seu pleito no Poder Judiciário, tampouco há exigência de esgotamento de vias administrativas, o que, em ambos os casos, não receberiam guarida do ordenamento jurídico.

O recurso será de ofício ao Governador quando o Presidente do Conselho de Administração de Pessoal (Advogado-Geral do Estado) votar a favor da Administração e for vencido na decisão (§ 5º do art. 42).

Como se vê, o CAP é um órgão colegiado de procedimentalização da autotutela administrativa que julga, em grau de recurso, reclamações interpostas por servidores, ativos ou inativos, estaduais da Administração Direta mineira, autarquias e fundações públicas sobre atos que afetem seus direitos funcionais, exceto os atos referentes à regime disciplinar, ressalvada a hipótese de nulidade de processo administrativo.

Registre-se que o CAP em 2010, 2011 e 2012 (este último ano contabilizado até 17/09/2012) publicou, respectivamente, 1.153, 1.231 e 487 deliberações.⁴²

Além dessa atribuição, o CAP tem outra competência que consiste em propor ao Advogado-Geral do Estado a edição de enunciados de súmulas administrativas, que serão publicadas no órgão oficial do Estado (art. 6º, §§ 1º e 2º, do Decreto n. 43.697/2003).

Essa súmula não tem efeito vinculante sobre os órgãos da administração pública estadual direta, autarquias e fundações públicas, uma vez que inexistente no ordenamento jurídico estadual previsão expressa nesse sentido.⁴³

Mesmo sem efeito vinculante, a súmula administrativa serve para padronizar rotinas e procedimentos, racionalizar a atividade

42 Essas informações foram enviadas por meio do Ofício n. 403/2012-CAP/AGE, de 19 de setembro de 2012, subscrito pela Sra. Lucilene Custódia Siuves, Secretária do CAP, que atendeu a solicitação do autor no sentido de obter dados estatísticos acerca da atuação do CAP. Também consta do documento mencionado o seguinte: a) em 2010, foram protocolados no CAP 266 processos, em 2011, 196 processos, e em 2012 (até 17/09/12) 91 processos; b) em 2010, foram publicados 134 despachos do Governador, sendo que 116 mantiveram as deliberações do CAP, 17 reformaram as deliberações e 1 despacho considerou a ocorrência de transitado julgado; c) em 2011, publicou-se 21 despachos do Governador, 11 mantendo e 7 reformando as deliberações do CAP, 1 despacho considerou prejudicado o recurso, 1 despacho foi de retificação e 1 pedido de reconsideração de servidor foi indeferido; d) Em 2012, foram 26 despachos do Governador, os quais 13 acolheram as deliberações do CAP, 10 reformaram, e houve ainda 3 despachos de retificação.

43 Marcelo Barroso Lima Brito de Campos entende que as súmulas administrativas editadas pelo CAP têm caráter obrigatório (para administração direta, autarquias e fundações públicas) em razão do que dispõe o art. 7º, inc. VIII, do Decreto n. 43.697/2003, o qual determina que compete ao Presidente dar ciência das deliberações do CAP às autoridades que devem observá-las. In: A experiência do Conselho de Administração de Pessoal da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte*, v. 5, n. 1-2, p. 35-45, jan./dez. 2008.

administrativa, além de proporcionar economia processual e fazer deferência ao princípio da segurança jurídica.

Verificam-se no CAP as funções procedimentais ordenadora, metódica, consenso, participação, solução de conflitos e informação.

Como se percebe, o CAP é mais um órgão de procedimentalização da autotutela que se insere na proposta de solução de conflitos internamente pela Administração, o que vem ao encontro do papel importante conferido ao procedimento como instrumento de composição de interesses antagônicos.

3.3 A PROCEDIMENTALIZAÇÃO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO DE SÃO PAULO

É sabido e consabido que um dos maiores desafios enfrentado pela sociedade brasileira é a concretização do direito à saúde.

Como é cediço, a saúde é direito fundamental social garantido pelo art. 6º, *caput*, da Constituição Federal. A Lei Maior consagra a saúde como direito de todos e dever do Estado, com acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196) e, ainda, com atendimento integral (art. 198, II).

Na prática, a concretização desse direito, mediante a formulação de políticas públicas adequadas para atender os comandos insculpidos pela Constituição Federal, não tem logrado o êxito esperado, razão pela qual, não raro, o Poder Judiciário é chamado a intervir para garantir esse direito.

Ocorre que, se por um lado o Poder Judiciário tem sido importante na efetivação do exercício do direito à saúde, por outro as decisões judiciais têm deixado os gestores e operadores de políticas públicas de saúde apreensivos, pois algumas delas são adotadas sem levar em consideração a noção global da política pública empreendida pelo ente federado, as contingências orçamentárias e, ainda, os demais direitos de responsabilidade desses entes, igualmente relevantes e de estatura constitucional, como educação, segurança, cultura etc.

O objetivo deste tópico não é enfrentar o tormentoso tema da judicialização de políticas públicas de saúde, mas sim de descrever as medidas adotadas pelo Estado de São Paulo para enfrentar esse fenômeno na busca de alternativas extrajudiciais e judiciais.

Esse exemplo de procedimentalização é mais complexo que os anteriormente gizados e retrata ações concertadas do Estado de São Paulo tanto pré-contenciosas como judiciais, dentro daquela noção já mencionada alhures de que a procedimentalização busca a solução de contendas na intimidade da Administração, mas, se essa hipótese não ocorrer, servirá para subsidiar de informações, provas e argumentos técnicos as demandas que aportarem no Poder Judiciário.

Passando ao exame da prática em si, estudos levados a cabo pela Procuradoria do Estado de São Paulo mapearam elevado aumento do número de ações judiciais, no período de 2001 a 2008, que objetivavam a obtenção de fármacos, tratamentos e insumos medicamentosos, classificadas como ações de medicamentos. Essas ações que em 2001 representavam 17% das ações ajuizadas contra o Estado de São Paulo passaram ao patamar de 85% em 2007.⁴⁴

Esse incremento desencadeou uma ação concertada da Procuradoria com o objetivo de acompanhar mais detidamente as ações de medicamentos e da Secretaria Estadual de Saúde que criou uma equipe interdisciplinar para gerenciar o problema, a Coordenação de Demandas Estratégicas do Sistema Único de Saúde – CODES.⁴⁵

Organizou-se um sistema informatizado para controle de ações na Secretaria Estadual de Saúde, o Sistema de Controle Jurídico – SCJ, com a formação de um banco de dados que contempla: nome do paciente, nome do médico prescriptor, unidade de saúde de atendimento, tipo de medicamento, material ou tratamento requerido, tipo de enfermidade, dados do processo judicial etc.⁴⁶

A implantação do *software* SCJ conduziu à constatação de que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo era quem mais ajuizava ação de medicamentos e de que muitas dessas ações envolviam produtos já disponibilizados pelo SUS.

44 As informações constantes das medidas adotadas pelo Estado de São Paulo foram colhidas de artigo subscrito pela Procuradora daquele Estado YOSHINAGA, Juliana Yumi. Judicialização do direito à saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. Belo Horizonte: *RBDP*, ano 8, n. 30, p. 97-116, jul./set. 2010.

45 YOSHINAGA, Juliana Yumi. Judicialização do direito à saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. Belo Horizonte: *RBDP*, ano 8, n. 30, p. 103, jul./set. 2010.

46 YOSHINAGA, op. cit., p. 104, jul./set. 2010.

Diante desse contexto, a partir de 2008, passou-se a realizar uma triagem por técnicos e farmacêuticos da Secretaria de Estado de Saúde com adoção do seguinte procedimento: a) material disponível pelo SUS – indicava-se ao cidadão o local de sua dispensação; b) medicamento não constante da lista do SUS, mas com terapia alternativa disponível na rede pública – era ofertado ao paciente;⁴⁷ c) medicamento não padronizado pelo SUS, mas que, todavia, era a única alternativa do paciente – o fornecimento ocorria via procedimento administrativo pela Secretaria de Saúde, após avaliação de médico pertencente àquele órgão.⁴⁸

O resultado dessa prática foi a redução de cerca de 90% de litigiosidade, haja vista que fez decair a média de 150 a 180 ações mensais de medicamentos ajuizadas pela Defensoria no Município de São Paulo para um média de 15 a 18 ações por mês em 2009.⁴⁹

Além disso, o mapeamento das ações de medicamentos proporcionado pelo *software* SCJ levou à descoberta de ações judiciais forjadas, o que desencadeou a operação policial “Garra Rufa” responsável por identificar três organizações criminosas integradas por médicos, advogados, ONGs e representantes de laboratórios que atuavam no Município de Marília. Em regra, a prática delituosa consistia no ajuizamento de ações contra o Poder Público requerendo fármacos que não constavam do SUS, mas que eram fabricados por três laboratórios farmacêuticos envolvidos.⁵⁰

O SCJ também proporcionou a disponibilização de relatórios técnicos elaborados pelo CODES os quais contemplavam a análise individual de cada demanda, o que trouxe a vantagem de subsidiar as defesas do Estado de São Paulo conduzidas pelos Procuradores que passaram a contar com informações e argumentos de ordem médica necessários para fundamentar bem a defesa do Estado, e não somente

47 No caso de alternativa terapêutica, o paciente é orientado a consultar seu médico sobre a possibilidade de modificar a prescrição.

48 YOSHINAGA, Juliana Yumi. Judicialização do direito à saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. Belo Horizonte: *RBDP*, ano 8, n. 30, p. 105, jul./set. 2010.

49 YOSHINAGA, op. cit., p. 105.

50 Estima-se, apenas em 2008, um prejuízo de R\$ 63.000.000,00 (sessenta e três milhões de reais) decorrente de 2.500 ações fraudulentas. YOSHINAGA, Juliana Yumi. Judicialização do direito à saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. *RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, p. 109, jul./set 2010.

com teses genéricas (ilegitimidade da parte, responsabilidade de outro ente federado etc) utilizadas antes da implantação do SCJ.⁵¹

Por fim, foi criada uma instância administrativa⁵² para fornecimento de medicamentos não padronizados pelo SUS e para quando não houvesse alternativa terapêutica fornecida pelo SUS.

Nesse caso, o paciente é orientado a entregar ao seu médico prescritor um requerimento administrativo para que descreva o quadro clínico e o diagnóstico encontrado e, ainda, as justificativas técnicas do tratamento. Esse pedido é examinado por uma equipe técnica multidisciplinar de médicos e farmacêuticos da Secretaria Estadual de Saúde que, se considerar que o tratamento fornecido pelo SUS não é eficaz, atenderá o pleito requerido. Negado o pedido, a instância administrativa funcionará como condição de procedibilidade das ações por medicamentos a embasar com argumentos técnicos as ações que ingressarem no Poder Judiciário.

Percebe-se que essa ação concertada decorrente da parceria de órgãos do Estado de São Paulo gerou benefícios relevantes como: a criação do *software* SCJ, a identificação de demandas fraudulentas, fornecimento de terapias e fármacos por via administrativa, relatório técnico para subsidiar as ações judiciais, redução de 90% de litigiosidade em relação às ações de medicamentos.

Verifica-se que além das funções procedimentais ordenadora, metódica, consenso, participação, solução de conflitos, destaca-se, em especial, a função informação.

A função informação foi prestigiada com a criação do SCJ que formou um banco de dados capaz de suprir a Administração de insumos para mapear as lides envolvendo medicamentos e tratamentos demandados em juízo, com importante orientação acerca da tomada de decisão na distribuição de fármacos, mediante decisão administrativa,

51 YOSHINAGA, op. cit., p. 113.

52 A implementação dessa instância administrativa mostrou um redução nas ações ajuizadas na Capital do Estado. Em 2006, foram propostas 4.132 ações e 451 pedidos administrativos. Em 2007, 3.996 ações judiciais e 646 pedidos administrativos e, em 2008, 3.098 ações e 1.945 pedidos administrativos. OLIVEIRA, Luiz Duarte. A judicialização da saúde pública e a experiência paulista. São Paulo, 2009. p. 14, apud YOSHINAGA, Juliana Yumi. Judicialização do direito à saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. *RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, p. 114-115, jul./set. 2010.

ou, caso não fosse possível, na hipótese de inevitável conflito, dotou o Estado de São Paulo de informações e argumentos técnicos (nas ciências médicas) para subsidiar as defesas em juízo.

Diante das benesses trazidas pela prática ora analisada, observa-se que essas alternativas procedimentais, em tema de políticas públicas de saúde, contribuem para minorar os desafios enfrentados pela sociedade brasileira acerca da concretização do direito à saúde.

4 CONCLUSÕES

Ante a complexidade das relações sociais e o crescente volume de demandas levadas ao conhecimento do Poder Judiciário, sem que haja correspondente e necessária contrapartida de resolução tempestiva dessas lides, surge uma tendência natural de consentir e incentivar a adoção de meios de solução de conflitos extrajudiciais, entre os quais se destaca a procedimentalização da autotutela administrativa.

A autotutela é um poder-dever de a Administração Pública zelar e controlar seus atos, condutas e atividades, com vistas a evitar lesão a direitos de terceiros, no desígnio de restaurar a legalidade e de atender o interesse público.

Esse poder-dever exercido sob a égide do procedimento – categoria jurídica própria em que uma série de atividades e atos são realizados em progressão obrigatória para atingir fins – revela-se como meio capaz de ordenar o mecanismo decisório administrativo, que assegure a participação do administrado, agentes públicos e órgãos técnicos, com vistas a subsidiar as escolhas e a tomada de decisões na intimidade da Administração, de forma a estabelecer instâncias parajudiciais capazes de recepcionar e resolver conflitos internamente; e, principalmente, de desfazer a ideia de que a via judicial é o fim único e último de toda pretensão resistida ou insatisfeita.

Caso a procedimentalização não logre êxito em dirimir o conflito, ao menos embasa com informações, provas e argumentos técnicos as demandas que ingressam no Poder Judiciário.

As funções que podem ser atribuídas ao procedimento são as seguintes: organizatória, ordenadora, metódica, consenso, legitimadora, informação, participação e solução de conflitos; além de vantagens relacionadas a essas funções, como: alargamento da capacidade de

decisão, maior racionalidade das decisões, mapeamento das necessidades e problemas, uniformização jurídica das soluções administrativas, entre outras.

Da análise de algumas práticas levadas a cabo por entes federados brasileiros que adotaram a procedimentalização da autotutela por meio de órgãos colegiados e por intermédio de parcerias em ações concertadas, sobressai que essas medidas têm gerado bons resultados seja na diminuição da litigiosidade no âmbito do Poder Judiciário seja no tratamento de informações e mapeamento de necessidades e falhas da Administração.

REFÊRENCIAS

ASSIS, Araken. O direito comparado e a eficiência do sistema judiciário. *Revista do Advogado*, n. 43, jun. 1994.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. A experiência do Conselho de Administração de Pessoal da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, v. 5, n. 1/2, jan./dez. 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentalização: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996.

FIGUEIRA, João batista Linck. *Junta Administrativa de Indenizações – justiça célere no Município de Porto Alegre*. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/junta-administrativa-de-indenizacoes-justica-celere-no-municipio-de-porto-alegre/print/>>.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

LANDI, Guido; POTENZA, Guiseppe. *Manuale di diritto amministrativo*. Milão: Guiffrè.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*. Coimbra, 1995.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito. *RBDP*, n. 60, mar./abr. 2010.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. São Paulo: RT, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010,

PÉREZ, Jesús González. *Derecho procesal administrativo*, t. I, Madrid: Instituto de Estudos Políticos, 1957.

PETIAN, Angélica. *Regime jurídico dos processos administrativos ampliativos e restritivos de direito*. São Paulo: Malheiros, 2011.

YOSHINAGA, Juliana Yumi. Judicialização do direito à saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. Belo Horizonte: *RBDP*, ano 8, n. 30, jul./set. 2010.

**ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL
DO ESTADO POR DANOS MORAIS EM
DECORRÊNCIA DE ATOS PRATICADOS
NA AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL E
NA INSCRIÇÃO DO DEVEDOR EM
CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO**

***ANALYZING THE LIABILITY OF THE STATE FOR PAIN
AND SUFFERING ARISING FROM ACTIONS TAKEN BY
THE STATE DURING TAX COLLECTION LAWSUITS AND
TAX DEFAULTERS LISTING***

*Ângelo Dela Bianca Segundo
Procurador Federal*

Coordenador da PFE/INSS/Campo Grande perante os JEFs

SUMÁRIO: Introdução; 1 Noções gerais sobre responsabilidade civil do Estado; 2 Do dano moral; 3 Da ação de execução fiscal; 4 Da execução fiscal para cobrança de dívida paga; 5 Da constrição dos bens do devedor após o pagamento no curso da execução fiscal

e o dever de mitigar as próprias perdas (*duty to mitigate the loss*); 6 Do redirecionamento da dívida da sociedade empresária para as pessoas naturais que a integram; 7 Da inscrição do devedor em órgãos públicos ou privados de proteção ao crédito por dívida paga; 8 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a incidência ou não da responsabilidade civil do Estado em decorrência de atos praticados em ação de execução fiscal e na inscrição dos devedores da Fazenda Pública em cadastros restritivos de crédito, utilizando-se, para tanto, da doutrina e jurisprudência pátrias acerca do tema, com ênfase no estudo da boa-fé objetiva e seus desdobramentos, bem como no constitucional direito de ação. Com o crescente número de ações ajuizadas por particulares em face do Estado, almejando indenizações por danos morais, mostra-se de extrema relevância pesquisar se as condutas de simples ajuizamento de execução fiscal por dívida já paga, de constrição dos bens do devedor após o pagamento no curso da execução fiscal, de redirecionamento da dívida da sociedade empresária para as pessoas naturais que a integram e de inscrição do devedor em órgãos públicos ou privados de proteção ao crédito por dívida já paga têm o condão de gerar dano moral.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Estado. Execução Fiscal. Restrição ao Crédito. Redirecionamento de Débito. Dívida Paga. Dano Moral.

ABSTRACT: This paper aims to analyze whether the State is liable for actions taken during tax collection lawsuits and for listing debtors of the National Treasury under credit reporting agency lists. This paper is based on Brazilian legal scholarly works and case law, emphasizing the study of objective good faith and its unfoldings, as well as the constitutional right of action. The growing number of lawsuits filed by individuals against the State, aiming at obtaining compensation for pain and suffering shows the utmost importance of investigating actions such as: filing a tax collection lawsuit for a debt already paid, returning the debtor's assets after payment during the course of the tax collection lawsuit, assigning the debt liability of companies to their shareholders, and listing debtors under credit reporting agencies for a debt already paid, which all have the power to cause pain and suffering.

KEYWORDS: Liability. State. Tax Collection Lawsuit. Limiting Credit Rights. Assigning Debt. Debt Paid. Pain and Suffering.

INTRODUÇÃO

Recentemente, tem crescido o número de demandas judiciais que têm por objeto a condenação do Estado a uma reparação civil por danos morais decorrentes do ajuizamento de ações de execução fiscal e da inscrição do nome do devedor em cadastros restritivos de crédito.

De fato, mostram-se recorrentes os casos em que pessoas sentem-se moralmente ofendidas ao ser cobradas por uma dívida perante o Estado já adimplida, ou ainda, quando vêem seu nome inscrito em serviços de proteção ao crédito por dívidas ilegítimas.

Igualmente litigam em face do Estado aqueles que são incluídos em execuções fiscais como corresponsáveis de débitos de pessoas jurídicas, bem como quando têm seus bens constrictos após o pagamento do débito no curso da ação executiva.

Objetivando-se obter uma acurada visão acerca da problemática proposta, as questões envolvidas serão analisadas à luz do estudo da boa-fé objetiva e seus desdobramentos, bem como do constitucional direito de ação, perpassando-se pelos modernos conceitos doutrinários sobre os direitos da personalidade.

Desse modo, o presente artigo, com base em tais premissas, tem o objetivo de pesquisar se as seguintes condutas praticadas pelos entes públicos têm o condão de gerar dano moral:

- a) simples ajuizamento de execução fiscal por dívida já paga;
- b) constrição dos bens do devedor após o pagamento no curso da execução fiscal;
- c) redirecionamento da dívida da sociedade empresária para as pessoas naturais que a integram;
- d) inscrição do devedor em órgãos públicos ou privados de proteção ao crédito por dívida já paga.

Paralelamente ao estudo doutrinário relativo ao tema, buscar-se-á, ao longo do texto, demonstrar o atual cenário da jurisprudência pátria, evidenciando-se as eventuais divergências e convergências de entendimentos.

1 NOÇÕES GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade jurídica, ao prever as bases gerais do dever de resposta de alguém perante o ordenamento jurídico, pelos atos praticados geralmente, mas não necessariamente, com inobservância à lei ou dever de conduta, que acarretem prejuízos a outrem, regula os efeitos daí decorrentes, a fim de se obter a recomposição do estado anterior das coisas, atuando como instrumento de pacificação social.

O Estado, assim como as pessoas naturais e jurídicas, é responsável por seus atos, podendo, conforme o caso, ficar submetido tanto à responsabilidade objetiva, que ocorre de forma predominante, quanto à responsabilidade com culpa ou subjetiva, em casos mais específicos.

Em ambos os tipos de responsabilidade civil, para que fique configurado o dever indenizatório, é imprescindível a presença dos seguintes pressupostos: conduta, dano e nexos de causalidade.

A diferenciação entre os mencionados tipos de responsabilidade dá-se apenas na conduta. Para a responsabilidade civil com culpa, a conduta deve estar imbuída, conforme o próprio nome já indica, do elemento culpa, em sentido amplo, ao passo que na responsabilidade civil objetiva, para restar configurada, independe do elemento volitivo do seu agente. No direito administrativo, a conduta é também conhecida como fato administrativo.

Carvalho Filho apresenta o conceito do fato administrativo, “assim considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público”¹.

O segundo pressuposto, o dano, na concepção geral dos doutrinadores, traduz a idéia de qualquer prejuízo experimentado pela vítima por ocasião de um fato ou ato praticado por outrem. Divide-se em material e moral, conforme a natureza do patrimônio lesado.

Por sua vez, o nexos de causalidade consiste na relação de causa e efeito entre a conduta do agente lesionador e o dano infligido à vítima. Uma vez presente o nexos causal entre o fato ou ato e o dano, inexoravelmente estará materializado o dever indenizatório.

1 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 448.

Já a culpa, presente apenas na teoria da responsabilidade subjetiva, no que toca estritamente à responsabilidade civil do Estado por atos omissivos, “origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano”².

O fundamento geral da responsabilidade civil objetiva do Estado encontra-se na Constituição Federal de 1988, especificamente em seu art. 37, §6º, ao dispor que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. O Texto Constitucional levou em consideração o risco natural que a atividade administrativa, por si só, gera para os administrados.

Em abono a esse entendimento, Cavalieri Filho³, ao interpretar o dispositivo em apreço, aduz que:

A Administração Pública gera risco para os administrados, entendendo-se como tal a possibilidade de dano que os membros da comunidade podem sofrer em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado.

Também entendendo de igual maneira, Gagliano e Pamplona Filho⁴ averbam que:

A idéia de *risco administrativo* avança no sentido da publicização da responsabilidade e coletivização dos prejuízos, fazendo surgir a obrigação de indenizar o dano em razão da simples ocorrência do ato lesivo, sem se perquirir a falta do serviço ou da culpa do agente. (grifos no original)

Trata-se da regra geral de responsabilidade a que fica adstrito o Estado, presente quando este pratica, comissivamente, algum evento danoso em detrimento de um administrado.

Ressalte-se, por oportuno, que o risco administrativo a que fica adstrita a Administração Pública não se confunde com o apregoado

² Idem, *ibidem*, p. 454, Nota 1.

³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 252.

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 3. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 215.

pela teoria do risco integral, onde se entende que o dever indenizatório encontra-se presente inclusive nos casos de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior.

A referida modalidade doutrinária da responsabilidade objetiva conduziria, caso fosse aplicada, como se pode ver, a soluções injustas e extremadas, fazendo, assim, com que a coletividade respondesse por fatos para o quais o ente estatal não contribuiu. A responsabilidade na modalidade risco integral somente se aplica excepcionalmente, através de expressa previsão legal nesse sentido.

Por outro lado, porém, quando se tratar de conduta omissiva estatal, a regência da responsabilidade se dará pela modalidade subjetiva. Nesse caso, a teoria da responsabilidade objetiva fica afastada, entrando em cena o elemento culpa, entendido em sentido amplo.

Lecionando a respeito do tema, Mello⁵ afirma que:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma *omissão* do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade *subjetiva*. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja *obrigado a impedir* o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se *descumpriu dever legal* que lhe impunha obstar ao evento lesivo. (grifos do autor)

Figueiredo⁶ possui entendimento no mesmo sentido, ao aduzir que:

Deveras, ainda que consagre o texto constitucional a responsabilidade objetiva, não há como se verificar a adequabilidade da imputação ao Estado na hipótese de omissão, a não ser pela teoria subjetiva. [...] Em outro falar: se o Estado omitiu-se, há de se perquirir se havia o dever de agir. Ou, então, se a ação estatal teria sido defeituosa a ponto de se caracterizar insuficiência da prestação do serviço.

5 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 818-819.

6 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 260.

Carvalho Filho⁷, em consonância com o acima exposto, adverte que:

Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos. A consequência, dessa maneira, reside em que a responsabilidade civil do Estado, no caso de conduta omissiva, só se desenhará *quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa*. (grifos no original)

É importante ressaltar, porém, que restará afastada a responsabilidade civil do Estado, em contraposição à teoria do risco integral como acima exposto, quando presentes a culpa exclusiva da vítima e os fatos imprevisíveis (caso fortuito e força maior). Nesses casos, o nexo de causalidade entre a conduta e o dano estará rompido, uma vez que o ente público não participa em nenhum momento dos fatos, ficando isento, assim, de qualquer dever indenizatório.

2 DO DANO MORAL

A Constituição da República de 1988 erigiu a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos, de onde decorre a tutela fundamental dos direitos da personalidade, traduzidos, de forma mais específica, no seu art. 5º, inciso X, ao dispor que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrentes de sua violação.

Não obstante a diversidade de formas de se conceituar o dano moral, mostra-se mais lúcida aquela que atesta ser tal espécie de dano intrinsecamente ligada à noção de grave violação aos direitos da personalidade, calcados no princípio da dignidade da pessoa humana.

Beltrão⁸, a respeito do tema, ensina que:

7 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 454. Nota 1.

8 BELTRÃO, Sílvio Romero. *Direitos da Personalidade*: de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005. p. 25.

[...] podem-se definir os direitos da personalidade como categoria especial de direitos subjetivos que, fundados na dignidade da pessoa humana, garantem o gozo e o respeito ao seu próprio ser, em todas as suas manifestações espirituais ou físicas.

Em conseqüência, Moraes⁹ traz sua contribuição, afirmando que:

Constitui dano moral a lesão a qualquer dos aspectos componentes da dignidade humana – dignidade esta que se encontra fundada em quatro substratos e, portanto, corporificada no conjunto dos princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade.

Nessa mesma senda, Bittar¹⁰ dispõe que:

Com isso, os danos morais plasmam-se, no plano fático, como lesões às esferas da personalidade humana situadas no âmbito do ser entidade pensante, reagente e atuante nas interações sociais, ou conforme os Mazeaud, como atentados à parte afetiva e à parte social da personalidade.

Igualmente pensam Gagliano e Pamplona Filho¹¹, ao argumentar:

Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Venosa também não destoa dessa linha de raciocínio, ao aduzir que “Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade”¹².

A seu turno, Diniz¹³, comungando da mesma forma de pensar, assim se posiciona:

9 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 327.

10 BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 46.

11 GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 61-62. Nota 4.

12 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 5. ed. v. 4. São Paulo: Atlas, 2005. p. 47.

13 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 18. ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 93.

O *dano moral direto* consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal e psíquica, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família). Abrange, ainda, a lesão à dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III). (grifos do autor)

Consoante a preciosa lição de Cavalieri Filho¹⁴, pode-se inferir o seguinte pensamento do comando constitucional:

Os direitos à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade, e à liberdade estão englobados no *direito à dignidade*, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana. (grifos no original)

Beltrão¹⁵, corroborando o exposto, argumenta que:

A Constituição da República Federativa do Brasil tem como um dos seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, a qual revela o mais primário de todos os direitos, na garantia e proteção da própria pessoa como um último recurso, quando a garantia de todos os outros direitos fundamentais se revela excepcionalmente ineficaz, proclamando a pessoa como fim e fundamento do direito.

Fica evidenciada, portanto, a preocupação do Diploma Excelso em salvaguardar a incolumidade moral dos integrantes da sociedade, na medida em que assegura a inviolabilidade da honra e demais direitos personalíssimos como cláusula pétrea, juntamente com a previsão da indenização pela inobservância do preceito constitucional em questão.

Assim, presente a possibilidade jurídica da obtenção da reparação dos danos morais sofridos, pode a vítima ajuizar em face do autor da conduta danosa uma ação, cujo objeto é a compensação da dor resultante do dano.

A posição majoritária, porém, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, entende que a função da reparação por danos morais tem, além do caráter compensatório, um cunho punitivo.

14 CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 101. Nota 3.

15 BELTRÃO, op. cit., p. 23. Nota 8.

Por essa linha de pensamento, o magistrado, no momento do julgamento da lide posta em juízo, deverá arbitrar uma quantia que englobe a necessária compensação à vítima pelos danos suportados, bem como uma pena ao ofensor, a fim de desestimulá-lo à reiteração da prática lesiva, aplicando a doutrina do *Punitive Damages*, consagrada nos países que adotam o sistema da *common law*.

Nesse sentido, observa-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Processual civil. Dissídio jurisprudencial. Majoração do quantum indenizatório. Desnecessidade. Verba ressarcitória fixada com moderação.

I – A indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e outros membros da sociedade a cometerem atos dessa natureza.

II – É entendimento deste Tribunal que o valor do dano moral deve ser fixado com moderação, considerando a realidade de cada caso, cabível a intervenção da Corte quando exagerado ou ínfimo, absurdo, fugindo de qualquer parâmetro razoável, o que não ocorre neste feito.

III - Agravo regimental a que se nega provimento.

BRASIL, STJ. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 598700, Relator: Antônio de Pádua Ribeiro, 2005.

No que tange à quantificação da compensação dos danos morais, importa destacar que não existe uma tarifação, ou mesmo uma relação exata de equivalência, imposta pelo ordenamento jurídico ao julgador, quando provocado a solucionar a lide que lhe foi apresentada.

Na verdade, o bom senso e a prudência do magistrado, ao analisar as peculiaridades do caso concreto, imperam nessa seara. O juiz, atento à realidade social que o cerca, tem o grande papel de arbitrar o valor da compensação segundo a extensão do dano praticado, conforme acima mencionado.

Nesse sentido, Reis¹⁶ argumenta o seguinte:

16 REIS, Clayton. *Dano Moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 103.

No entanto, ainda que inexistam parâmetros legais fixados, o melhor critério é o de confiar no arbítrio dos juízes, para a fixação do *quantum* indenizatório. Afinal, o magistrado, no seu mister diário de julgar e valer-se dos elementos aleatórios que o processo lhe oferece e, ainda, valendo-se do seu bom senso e sentido de equidade, é quem determina o cumprimento da lei, procurando sempre restabelecer o equilíbrio social, rompido pela ação de agentes, na prática de atos ilícitos.

Outro aspecto relevante para o magistrado na avaliação do dano moral diz respeito à prova do dano.

É assente o entendimento doutrinário no sentido de que as conseqüências advindas do dano moral estão presumidas com o advento do próprio dano. O julgador não precisa adentrar na mente da vítima, a fim de perquirir seu estado anímico, para valorar o dano por ela sofrido. Realmente, difícil seria para a parte lesada comprovar como e quanto seu estado psicológico foi alterado em face do dano sofrido.

Com bastante propriedade, Cavalieri Filho¹⁷ sustenta o seguinte pensamento:

Entendemos, todavia, que por se tratar de algo imaterial ou ideal a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível, exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais.

[...]

Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto*,

17 CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 108. Nota 3.

está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum.

Entende-se, portanto, que é desnecessário provar a dor, o sofrimento, a angústia experimentados pelo ato praticado pelo agente. Ou seja, provada a conduta do agente, o dano moral e o nexó causal entre os dois primeiros, despidiéndose será a prova das conseqüências naturalmente desencadeadas no patrimônio psicológico da vítima.

Ressalte-se, porém, que, com isso, a vítima não fica dispensada de demonstrar a efetiva ocorrência do dano moral. Para que surja o dever de se indenizar o patrimônio ideal de determinada pessoa, indiscutivelmente haverá que estar presente uma ofensa que proporcione uma repercussão na sua esfera moral.

Delgado¹⁸ chama atenção para a peculiaridade, sustentando que:

Não se pode confundir *prova do dano moral*, com *prova dos acontecimentos* que deram origem ao dano moral. Uma questão é a prova do dano moral, difícil de ser realizada, notadamente, em razão do fato, como já amplamente ressaltado, de que esta categoria de danos não se exterioriza no mundo material, pois, se produz na alma, no coração, nos sentimentos da vítima. Outra questão é a prova dos acontecimentos que causam dano moral. (grifos ausentes no original)

De outra banda, há que se ressaltar que os atos e fatos corriqueiros que geram mera preocupação ou simples insatisfação não têm o condão de fazer nascer o dano moral, uma vez que não possuem força relevante para abalar a dignidade da pessoa humana. A vítima tem o dever de demonstrar que foi abalada por um dano de natureza grave, não lhe sendo suficiente, para obter uma compensação pecuniária, provar que foi afligida por um ato comezinho da vida.

Se não ficar demonstrado que o dano alegado efetivamente repercutiu de forma séria na dignidade da parte lesada, afastada estará a hipótese da presença do dano moral pela falta de um de seus pressupostos. O prejuízo moral há que ser relevante para que fique patente a responsabilidade indenizatória, sob pena de se subverter o

18 DELGADO, Rodrigo Mendes. *O Valor do Dano Moral: como chegar até ele*. São Paulo: J. H. Mizuno, 2003. p. 243.

instituto em estudo, transformando-o em uma fonte de enriquecimento sem causa.

Por tais motivos, Moraes¹⁹ afirma que:

O dano moral tem como causa a *injusta* violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte da Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado com o princípio geral de respeito à dignidade humana). (grifo no original)

Com absoluta lucidez, Cavalieri Filho²⁰ remata o acima exposto, aduzindo o seguinte:

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, *fugindo à normalidade*, interfira *intensamente* no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. (grifou-se)

Diante da necessidade, portanto, de restar demonstrada uma efetiva lesão ao patrimônio moral da vítima, surge o questionamento se a pessoa jurídica pode sofrer, a par das pessoas naturais, um dano de ordem moral.

Naturalmente emerge tal indagação, uma vez que se trata de um ser criado simplesmente por uma ficção jurídica, destituído de sentimentos ou percepções, sendo insuscetível, destarte, de sentir dor.

A par dos precedentes pretorianos existentes sobre a matéria, admitindo a possibilidade de indenização das pessoas jurídicas por danos morais, o Superior Tribunal de Justiça, a fim de dirimir eventuais

19 MORAES, op. cit., p. 132. Nota 9.

20 CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 105. Nota 3.

discordâncias, em 08 de setembro de 1999, editou a Súmula nº 227, que possui o seguinte enunciado: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

Nessa esteira de pensamento, em remate a qualquer discussão acerca da possibilidade jurídica de reparação de tais pessoas por danos morais, o Código Civil de 2002, em seu art. 52, veio dispor que: “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

Para entender, porém, como pode o Estado ser o agente causador, ou não, do dano moral em sede de execução fiscal ou de inscrição do nome de devedores em cadastros de restrição do crédito, seja em face da pessoa natural, seja contra a pessoa jurídica, analisar-se-ão, a seguir, as noções, o procedimento e alguns direitos e deveres dos sujeitos ativo e passivo na referida ação executiva.

3 DA AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL

Como instrumento de coação ao cumprimento de obrigações impostas por lei ou por sentença judicial, e não satisfeitas por determinada pessoa, o ordenamento jurídico lança mão do processo de execução.

Conforme preleciona Theodoro Júnior, “Atua o Estado, na execução, como substituto, promovendo uma atividade que competia ao devedor exercer: a satisfação da prestação a que tem direito o credor”²¹.

Destarte, o processo de execução tem por finalidade garantir ao credor o cumprimento de determinada obrigação perante ele assumida, dotada de uma presunção de certeza reconhecida juridicamente, ou reconhecida através de sentença judicial, e, em ambos os casos, não cumprida voluntariamente pelo devedor.

O processo executivo pressupõe uma relação jurídica processual entre credor, Estado-juiz e devedor, possuindo um caráter exclusivamente patrimonial.

A patrimonialidade indica que o devedor responderá por suas dívidas apenas com seus bens, sequer podendo ser preso civilmente na condição de depositário infiel, em virtude do reconhecimento

21 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 36. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 4.

da supralegalidade dos tratados de direitos humanos pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343/SP. Nessa ocasião, o Pretório Excelso entendeu que a incorporação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) ao direito interno exerceu eficácia paralisante sobre todas as normas legais acerca da prisão civil por infidelidade de depósito, seja qual for a modalidade (Súmula Vinculante 25 STF).

Ademais, a execução deverá se dar pelo modo menos gravoso para o devedor, atendendo, assim, aos princípios gerais da razoabilidade e proporcionalidade.

As partes deverão agir, como em todo processo judicial, com lealdade e boa-fé, sendo vedado ao devedor fraudar a execução, opor-se maliciosamente a ela, resistir injustificadamente às ordens judiciais, bem como ocultar os bens passíveis de execução, ao passo que ao credor será interdito utilizar-se do processo de execução para infligir punição ao devedor (art. 600, CPC).

São requisitos para qualquer processo de execução a existência do inadimplemento do devedor e de um título executivo, consoante a inteligência do art. 580 do CPC. O título executivo consiste em um documento que indica, basicamente, o credor, o devedor, o objeto da prestação e quando ela deve ser satisfeita.

Deve, outrossim, revestir-se o título executivo dos atributos de certeza, liquidez e exigibilidade, nos termos do art. 586 do Código de Processo Civil.

O célebre jurista Carnelutti define cada um deles, aduzindo, com propriedade, que *“é certo quando il titolo non lascia dubbio intorno alla sua esistenza; liquido quando il titolo non lascia dubbio intorno al suo oggetto; esigibile quando il titolo non lascia dubbio intorno allá sua attualità”*²².

Os títulos que embasam as execuções podem ser de dois tipos: judiciais, consistentes em sentença judicial cujo dispositivo pode assumir caráter declaratório, condenatório, constitutivo, executivo ou mandamental; ou extrajudiciais, quando a lei confere a determinados títulos força executiva, independentemente de pronunciamento jurisdicional.

22 CARNELUTTI, apud THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 32. Nota 46.

Dentre os títulos executivos extrajudiciais enumerados pela legislação, encontra-se a certidão de dívida ativa, correspondente aos créditos inscritos, na forma da lei, na dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Território e Município, por força do disposto no art. 585, inciso VII do Código de Processo Civil.

Frustrada a cobrança amigável junto ao sujeito passivo da obrigação tributária ou não, a Fazenda Pública, mediante procedimento administrativo na repartição competente, respeitando o contraditório e a ampla defesa, apura, constitui e inscreve o débito, materializando-o na certidão de dívida ativa, que goza de presunção de certeza e liquidez (art. 3º da Lei nº 6.830/80).

Judicialmente, a disciplina da cobrança dos créditos fiscais, inscritos em dívida ativa pelos entes públicos, é feita pela Lei nº 6.830, de 1980, a Lei das Execuções Fiscais, dotada de previsão de um procedimento especial para a execução dos créditos fazendários, aplicando-se subsidiariamente o Código de Processo Civil no que a lei específica for omissa.

Fixadas as bases conceituais delineadas anteriormente, passemos à análise específica acerca da existência ou inexistência da responsabilidade civil do estado por determinados atos praticados em sede da ação de execução fiscal e da inscrição do nome do devedor em cadastros restritivos de crédito.

4 DA EXECUÇÃO FISCAL PARA COBRANÇA DE DÍVIDA PAGA

É crescente o número de ações ajuizadas por pessoas naturais e jurídicas, almejando a reparação civil por danos morais em face de ações de execução fiscal movidas pela Fazenda Pública, para cobrança de dívida já paga.

Contudo, é importante destacar que o puro e simples ajuizamento de execução fiscal, cujo objeto seja cobrar dívida paga, não se constitui em um fato capaz de originar uma lesão à personalidade das pessoas, consubstanciando-se, na verdade, apenas em um exercício do direito de ação assegurado constitucionalmente a todos, inclusive ao Estado, mesmo tendo por conteúdo direito inexistente.

Ora, semelhante caso ocorre em todas as demais demandas que são julgadas improcedentes e, nem por isso, seus autores são condenados a pagar somas a título de compensação por danos morais decorrentes da sucumbência proveniente da demanda malograda.

Até mesmo em decorrência de ações penais cujas sentenças sejam absolutórias, salvo situações excepcionais, inexistente direito a indenização por danos morais, porquanto, a par do que acontece nas execuções fiscais, o que ocorre é o legítimo exercício de um direito, conforme se infere do julgado a seguir:

DIREITO CIVIL - INSTAURAÇÃO DE AÇÃO PENAL PÚBLICA - DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ - SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

I - Inviável o recurso especial se a questão federal que ele encerra não foi objeto de debate pelo acórdão recorrido nem opostos embargos declaratórios para sanar eventual omissão.

II - No âmbito do recurso especial, é inadmissível revisar entendimento assentado em provas, conforme está sedimentado no enunciado 7 da Súmula desta Corte.

III - Só se conhece de recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional, se o dissídio estiver comprovado nos moldes exigidos pelos artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, parágrafos 1.º e 2.º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

IV - Em princípio, a ação penal instaurada pelo Ministério Público, para apurar a existência ou autoria de um delito se traduz em legítimo exercício de direito, ainda que a pessoa denunciada venha a ser inocentada. Desse modo, para que se viabilize pedido de reparação, é necessário que o dano moral seja comprovado, mediante demonstração cabal de que a instauração do procedimento se deu de forma injusta, despropositada, e de má-fé.

Recurso especial não conhecido.

BRASIL, STJ. Recurso Especial 592811, Relator: Castro Filho, 2004.

É certo que a lei processual prevê punição para a prática de determinados atos praticados na relação jurídica processual, como é o caso da litigância de má-fé, todavia, o exercício do direito de ação, quando praticado dentro das raias da boa-fé processual, não pode ser visto como fato capaz de ocasionar lesões aos direitos da personalidade, sob pena de se inviabilizar tal instituto jurídico.

O Estado, na relação com seus administrados, deve agir com total cautela e diligência, uma vez que existe para atingir o bem comum, porém o interesse público não pode ficar solapado quando a Fazenda Pública incide em falhas de reduzida repercussão moral para determinadas pessoas individualmente identificadas em sede de execução fiscal.

Analisando-se, portanto, a presente hipótese à luz da doutrina e da jurisprudência mais abalizadas, constata-se que o melhor entendimento aponta para o reconhecimento de que o fato em comento deságua em meros aborrecimentos.

O executado, uma vez citado para pagar ou garantir o débito, poderá, por meio de simples petição, ou até mesmo dirigindo-se pessoalmente à Secretaria do juízo onde tramita a ação de execução fiscal, apresentar os comprovantes de pagamento da dívida. Feito isso, após a concordância do credor acerca do adimplemento devidamente comprovado nos autos, estes serão arquivados, com a declaração de extinção do processo.

No que tange à jurisprudência pátria, no âmbito dos Tribunais Regionais Federais, prevalece o entendimento acima exposto, conforme se pode observar das seguintes ementas:

CONSTITUCIONAL E CIVIL. AJUIZAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL PARA COBRANÇA DE DÉBITO JÁ PAGO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. DESCABIMENTO. 1. O mero ajuizamento de ação de execução fiscal, para cobrança de débito já pago, não caracteriza, por si só, a responsabilidade civil objetiva do Estado, a autorizar a indenização por danos materiais e morais. 2. Em face do legítimo exercício do direito subjetivo de ação não se pode responsabilizar autarquia pelo fato de ajuizar ação executiva visando a cobrança de débito já pago. A solução nestes casos encontra-se na própria legislação processual civil no que diz respeito à sucumbência. Assim, se indevido o ajuizamento, arcará a exequente com o ônus da sucumbência, respondendo também pelo pagamento dos honorários advocatícios. Em caso de má-fé, responderá nos termos da legislação processual civil (CPC, artigos 16 a 18). 3. O simples registro cartorário da existência de feito judicial em desfavor da autora demandante não tem o condão, por si só, de caracterizar danos morais, mormente quando não demonstrado que, do referido

registro, tenha resultado qualquer prejuízo. 4. Apelação da Autora não provida.

BRASIL, TRF 1ª Região. Apelação Cível 200141000012513, Relator: Pedro Francisco da Silva, 2009.

DIREITO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. DÍVIDA QUITADA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.

- Apelação cível objetivando a condenação da União Federal em indenização por dano moral, haja vista ter sido proposta ação de execução fiscal de dívida já quitada.

- Desistência da ação de execução antes da prática de qualquer ato de penhora ou avaliação de bens.

- Ausência de pressupostos constitutivos do direito alegado.

BRASIL, TRF 2ª Região. Apelação Cível 236044, Relator: Paulo Espírito Santo, 2001.

ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - AJUIZAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL - INEXISTÊNCIA DE DANO. I - Para a fixação da responsabilidade civil é necessário estabelecer os pressupostos da obrigação de indenizar, a saber: ação ou omissão do agente, culpa, nexa causal e dano. II - O simples ajuizamento de execução fiscal, sem a comprovação de maiores prejuízos, como a restrição ao crédito e a inscrição em cadastro de devedores, não traz abalo moral que permita a indenização. III - Dano moral, segundo ensina Sílvio de Salvo Venosa, “é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio, o “bonus pater familias”: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino.” Como se vê, não é qualquer dissabor ou aborrecimento da vida que enseja a

possibilidade de reparação pela via da indenização, sendo necessário demonstrar a existência do prejuízo, o que não ocorreu. IV - Não se pode perder de vista, outrossim, a conduta positiva da Administração, que tão logo constatou a inexistência da dívida peticionou ao juízo requerendo a extinção da execução fiscal, pondo fim à demanda. V - Sucumbência invertida, ficando, contudo, a exigibilidade suspensa nos termos do artigo 12 da Lei nº 1.060/50. VI - Apelação provida.

BRASIL, TRF 3ª Região. Apelação Cível 200561260066642, Relator: Cecília Marcondes, 2011.

RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO NO CADIN E NEGATIVA DE OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO AGRÍCOLA. NÃO COMPROVAÇÃO DO DANO. PEDIDO INDENIZATÓRIO IMPROCEDENTE. 1.- Diante da absoluta ausência de prova tanto da inscrição do nome do autor no CADIN quanto da negativa do Banco do Brasil em lhe conceder crédito, não há como acolher o pedido de indenização por danos morais. 2.- A simples vinculação do nome do autor com execução fiscal, sem a comprovação do prejuízo efetivo, não é suficiente para configurar o dano moral indenizável.

BRASIL, TRF 4ª Região. Apelação Cível 200670070026195, Relator: Maria Lúcia Luz Leiria, 2010.

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL INDEVIDA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. CITAÇÃO NO LOCAL DE TRABALHO. POSSIBILIDADE. ART.216 CPC. 1. Trata-se de apelação em face da sentença que julgou improcedente o pedido exordial - indenização por danos materiais e morais, o qual visa reparar o ajuizamento de execução fiscal indevida, assim como suposta citação ilegal. 2. De logo, não merece reforma a sentença a quo, devendo esta ser mantida em todos os seus termos e por seus judiciosos fundamentos. O mero ajuizamento de execução fiscal, ainda que indevida, não acarreta, por si só, dano moral e material indenizável. Trata-se de exercício do direito de ação, pelo qual a parte não pode ser responsabilizada de outra forma senão pela condenação nos ônus sucumbenciais, inclusive com o pagamento de honorários de advogado, ou, no caso de comprovada má-fé, nos termos da legislação processual civil (artigos 16 a 18 do CPC). Para que reste configurada hipótese de dano moral, faz-se mister que a

parte comprove efetivos prejuízos sofridos em razão da propositura da execução fiscal. 3. No tocante a citação realizada no local de trabalho, supostamente ilegal, tem-se claro o disposto no art. 216 do CPC: “A citação efetuar-se-á em qualquer lugar em que se encontre o réu.” 4. Apelação a que se nega provimento.

BRASIL, TRF 5ª Região. Apelação Cível AC539018/CE, Relator: Marcelo Navarro, 2012.

No Superior Tribunal de Justiça, a matéria é controvertida, ora se decidindo que o simples ajuizamento de execução fiscal por dívida já paga gera dano moral presumido (REsp 1139492/PB), ora se entendendo pela necessidade de prova efetiva de um abalo moral em decorrência do exercício da propositura da execução (AgRg no Ag 1163571/RJ).

Com a devida vênia, o entendimento da Corte Especial no sentido de presunção de dano moral não deve subsistir.

Consoante salientado linhas atrás, um dos pressupostos da responsabilidade civil é a prova do dano. Não se mostra necessária a demonstração da dor, do sofrimento, mas sim de um fato relevante capaz de causar lesão aos direitos da personalidade da pessoa natural ou jurídica.

Ademais, a questão da análise da prova do dano deve permanecer restrita à primeira e segunda instâncias, não possuindo as Cortes superiores competência para o revolvimento do conjunto probatório, sob pena de ofensa ao teor da Súmula 7 do próprio Superior Tribunal de Justiça.

Não se questiona aqui o equívoco do ente público que, decerto, existe. Todavia, tal fato, por si só, não tem o condão de ocasionar uma diminuição no patrimônio moral do executado, a menos que este comprove outros fatos realmente danosos à sua órbita moral daí decorrentes.

Para existir dano moral decorrente de uma ação de execução fiscal deve se demonstrar que o prejuízo extrapola ao desprazer de responder a uma ação judicial na qualidade de réu.

Somente ocorreria o dever de indenizar no caso de restar provada a existência de um fato que seja lesivo à personalidade do executado e,

ao mesmo tempo, qualifique-se como consequência negativa externa da ação de execução fiscal.

Tal situação poderia ocorrer, por exemplo, na hipótese de denegação de concessão de mútuo por instituições financeiras, em virtude da pendência da ação de execução fiscal em face do candidato a mutuário.

Outro exemplo seria o caso de determinada pessoa ser eliminada de concurso público na fase de investigação da vida pregressa, por entender a Administração que a condição de executado em execução fiscal é fato incompatível com a assunção do cargo almejado.

Nas duas situações hipotéticas, assim como em todas as demais hipóteses em que incide a teoria francesa da perda de uma chance, as consequências do ato praticado pelo Estado extrapolam os normais efeitos do exercício do direito de ação, causando relevante lesão aos direitos da personalidade do administrado.

Nesse sentido, pode-se concluir, em síntese: o simples ajuizamento de ação de execução fiscal não gera dano moral, eis que mero exercício do direito constitucional de ação; caso a pendência da ação de execução fiscal de dívida já paga gere efeitos negativos, externos à ação executiva, na esfera de direitos da personalidade do executado, surgirá o dever de indenização por danos morais.

5 DA CONSTRIÇÃO DOS BENS DO DEVEDOR APÓS O PAGAMENTO NO CURSO DA EXECUÇÃO FISCAL E O DEVER DE MITIGAR AS PRÓPRIAS PERDAS (DUTY TO MITIGATE THE LOSS)

No caso de o executado efetuar o pagamento da dívida em juízo, o magistrado, de plano, extinguirá a execução fiscal, com base no art. 794, inciso I, do Código de Processo Civil, não havendo espaço para nenhuma constrição indevida dos bens do devedor.

Na hipótese, porém, de ocorrer a extinção ou suspensão da exigibilidade do débito por ato praticado na via administrativa, através, por exemplo, do pagamento ou parcelamento, estando pendente a ação de execução fiscal, importa destacar que não só a Fazenda Pública possui o dever de informar a ocorrência do fato extintivo ou suspensivo nos autos do processo de execução.

Esse dever também se estende ao executado, eis que parte interessada na rápida extinção do processo.

Não é dado, pois, ao devedor conseguir, na via administrativa, a extinção ou suspensão da exigibilidade do débito e, na esfera judicial, silenciar sobre tal fato, adrede permitindo que a execução prossiga em seu desfavor no intuito de pleitear posteriormente danos morais, ao aduzir que sofreu indevida execução por dívida paga.

Mencionada conduta, além de afrontar de forma flagrante o disposto no art. 14, II, do Código de Processo Civil, que determina que as partes procedam com lealdade e boa-fé, resultaria em inobservância ao dever que a todos se impõe de mitigar as próprias perdas (*duty to mitigate the loss*). De acordo com esse desdobramento da boa-fé objetiva, é vedado a qualquer das partes, em uma relação jurídica, praticar o agravamento do próprio prejuízo.

Entendendo que é dever do executado a comunicação da extinção ou suspensão da exigibilidade do crédito nos autos da execução fiscal, assim decidiu o Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL APÓS O ADIMPLENTO DE ACORDO FIRMADO ENTRE AS PARTES. DESIGNAÇÃO DE DATA PARA LEILÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. I - O Instituto da Responsabilidade Civil traduz-se na idéia de reparação do dano, consubstanciada no dever de assumir ações ou omissões que tenham lesado a esfera jurídica de um terceiro, causando-lhe dano, no campo moral ou material. II - Objetiva a recorrente a condenação do CRC/PE - CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE EM PERNAMBUCO a indenizá-la a título de danos morais suportados em virtude manutenção do feito executivo fiscal, quando já adimplido acordo de pagamento, fato este que culminou com a publicação de edital de leilão. III - "A informação ao juízo da execução da existência de causa suspensiva da exigibilidade do débito pode ser feita tanto pelo exequente quanto pelo executado. No acordo de parcelamento citado, não há cláusula sobre a quem competirá a informação de sua existência nos autos da execução. Se ambas as partes podem requerer a suspensão da execução e comprovar a existência de causa suficiente para tanto, não pode uma das partes imputar à outra a responsabilidade pelo prosseguimento da execução". IV - Inexistiram humilhações ou situações vexatórias, enfim, não ocorreu ofensa ao patrimônio moral do recorrente.

BRASIL, TRF 5ª Região. Apelação Cível - AC441451/PE, Relator: Edílson Nobre, 2011.

Por fim, pode o Estado, de forma diligente, comunicar o pagamento da dívida, ocorrendo, ainda assim, algum ato construtivo ou de alienação no curto espaço de tempo entre o pagamento e a devida comunicação, como, por exemplo, a penhora de algum bem do executado, ou a publicação de edital de leilão já designado anteriormente.

Aqui, ainda assim, ficará afastada a responsabilidade estatal de compensar o sujeito passivo por algum ato construtivo ou de alienação, porquanto não houve prática de nenhuma conduta comissiva por parte do ente fazendário, mas tão somente fato de terceiro, que, por sua vez, também não detinha conhecimento da causa extintiva do débito.

A ausência de responsabilidade estatal, descrita nessa última possibilidade, encontra respaldo, igualmente, nas lições de Mello²³, que pondera da seguinte forma:

Reversamente, descabe responsabilizá-lo se, inobstante atuação compatível com as possibilidades de um serviço normalmente organizado e eficiente, não lhe foi possível impedir o evento danoso gerado por força (humana ou material) alheia.

Verifica-se, portanto, que caso a Fazenda Pública comunique em prazo razoável ao juízo competente o pagamento em sede administrativa, não poderá ser responsabilizada, eis que não houve nenhuma omissão dolosa ou culposa, e nem mesmo nenhuma conduta comissiva prejudicial à personalidade do sujeito passivo da execução fiscal.

6 DO REDIRECIONAMENTO DA DÍVIDA DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA PARA AS PESSOAS NATURAIS QUE A INTEGRAM

É comum a Fazenda Pública requerer o redirecionamento da dívida da empresa para pessoas naturais, apontadas pelo exequente como corresponsáveis, quando a citação da pessoa jurídica não se concretiza ou não são encontrados bens suficientes à garantia do débito.

O ente público, dispondo dos dados relativos ao sujeito passivo do débito, especialmente no que se refere aos representantes dos entes

²³ MELLO, op. cit., p. 820. Nota 5.

morais, requer ao juiz competente que a dívida seja excutida também contra os responsáveis solidários ou subsidiários.

É o caso, por exemplo, previsto no art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, ao prever que os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos.

Porém, em se tratando de uma das condições da ação, matéria conhecível de ofício pelo magistrado, cabe a este analisar devidamente o pedido à luz do disposto na legislação em vigor.

No caso de o juiz deferir o pedido que lhe fora feito e determinar a inclusão da pessoa natural no pólo passivo da execução fiscal, cujo objeto seja cobrança de débito de pessoa jurídica, pode o novel executado, a qualquer tempo, através de simples petição, comumente conhecida por exceção de pré-executividade, sem a necessidade de garantia do juízo, requerer sua saída da relação jurídica processual executiva, alegando a sua ilegitimidade *ad causam*.

Em regra, a simples inclusão de pessoa natural integrante da pessoa jurídica, como corresponsável pelo débito, em ação de execução fiscal não se apresenta como fato hábil a exigir uma compensação por danos morais ao sujeito ilegítimo para figurar na demanda.

A Fazenda Pública, na persecução do seu crédito fiscal, utilizando-se de sua base de dados disponíveis sobre a empresa devedora, tenta obter, através dos meios previstos legalmente, a satisfação da obrigação perante ela contraída, requerendo a inclusão, por exemplo, dos sócios-gerentes da pessoa jurídica no polo passivo da execução fiscal.

No caso, porém, de ser deferido o pedido do ente fazendário e, posteriormente, o suposto corresponsável vir a demonstrar a sua ilegitimidade passiva diante da inexistência de causa legal que imponha ao sócio o dever de responder pelo débito com seus bens particulares, não há que se falar em compensação por danos morais.

Isso porque o que ocorre no caso é a simples interpretação jurídica acerca dos institutos da responsabilidade solidária ou subsidiária

previstos na legislação nacional, estando presente, mais uma vez, o exercício regular de um direito consagrado pelo ordenamento jurídico.

Não há mesmo que se falar em danos morais, mas, tão-somente, em meros aborrecimentos decorrentes de discussão, nos próprios autos do processo executivo, acerca de uma das condições da ação, mormente quando se trata de matéria de fácil deslinde, podendo, inclusive, ser discutida a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

Em abono ao referido pensamento, vale a pena colacionar a ementa de julgado acerca da matéria:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO MORAL. INEXISTÊNCIA. 1. O fato de ter sido o apelado indevidamente citado em Execução Fiscal, como responsável tributário da empresa executada, sem qualquer consequência maior, não possui o condão de causar dano moral, por não ser capaz de causar dor, intranquilidade ou sofrimento ensejador de indenização, configurando apenas um mero aborrecimento a que todos estão passíveis; 2. Não socorre o autor a alegação de que o exequente somente teria corrigido o equívoco após o caso ter sido amplamente divulgado e explorado em propaganda político-partidária, se a única prova disso consiste em panfleto contendo nota feita com a colaboração do próprio autor, que forneceu os elementos para sua elaboração; 3. Não se pode permitir que uma pessoa patrocine uma matéria e depois venha a juízo pedir indenização em virtude de sua divulgação, mormente se a mesma em momento algum denigre sua imagem, sendo, inclusive, elogiosa; 4. Apelação e remessa oficial providas.

BRASIL, TRF 5ª Região. Apelação Cível AC376645/PB, Relator: Paulo Roberto de Oliveira Lima, 2008.

Destaque-se, no entanto, que uma vez apresentada petição na qual se pleiteie a exclusão do sujeito passivo apontado como corresponsável pelo débito, o magistrado, orientando-se pela normal prudência que o caso exige, uma vez que se trata de questão de ordem pública a ser por ele observada obrigatoriamente, não deve determinar, até que se resolva o ponto controvertido, o cumprimento de qualquer ato que importe na constrição dos bens daquele que se declara parte ilegítima para figurar no feito.

Situação diversa ocorre quando é incluída na relação jurídica processual executiva pessoa natural que nunca integrou os quadros da pessoa jurídica. Em tais casos, não há que se falar em exercício regular de direito, mas em abuso de direito, causando à parte indevidamente incluída um constrangimento desnecessário, sem justa causa, que fica obrigada a adimplir uma dívida para qual não contribuiu, de forma alguma, para o respectivo nascimento.

No sentido de que o fato acima mencionado gera abalo de ordem moral, já houve decisão judicial nos seguintes termos:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL.
AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL REDIRECIONADA
EQUIVOCADAMENTE CONTRA O AUTOR.

- O redirecionamento de ação de execução fiscal contra quem jamais participou da sociedade comercial demandada afasta a alegação de exercício regular de direito. Na verdade, cuida-se de exercício irregular de direito, ao requerer em juízo fosse redirecionado processo executivo contra cidadão que jamais participou a qualquer título da empresa executada.

- Presente o dano moral frente ao constrangimento e sofrimento que o ato ilícito deu causa.

BRASIL, TRF 4ª Região. Apelação Cível 200071020015189, Relator: Vânia Hack de Almeida, 2005.

Assim, há que se apurar no caso concreto a qualidade da pessoa natural que foi incluída na relação processual executiva originariamente existente em face de determinada pessoa jurídica, a fim de haver um pronunciamento correto sobre o advento, ou não, de uma lesão a direitos personalíssimos.

7 DA INSCRIÇÃO DO DEVEDOR EM ÓRGÃOS PÚBLICOS OU PRIVADOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO POR DÍVIDA PAGA

Antes mesmo do ajuizamento de uma ação de execução fiscal, pode o nome do sujeito passivo da dívida vir a ser inscrito em cadastro de pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado com caráter público, responsáveis por análises, decisões e proteção relativas ao crédito.

No âmbito da Administração pública federal, a Lei 10.522, de 19 de julho de 2002, criou o CADIN – Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal.

Dispõe o art. 6º do aludido diploma legal que é obrigatória a consulta prévia ao CADIN, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para: I - realização de operações de crédito que envolvam a utilização de recursos públicos; II - concessão de incentivos fiscais e financeiros; III - celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos, e respectivos aditamentos.

Nas esferas Estadual e Municipal, existe a possibilidade de criação de cadastro restritivo de créditos próprio, mediante edição de lei, ou mesmo da inscrição do nome do respectivo devedor em serviço de restrição privado com caráter público, a exemplo do SERASA.

Quanto à legalidade de tal conduta, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça acerca de sua perfeita conformidade com o ordenamento jurídico, consoante se vê a seguir:

ANDADO DE SEGURANÇA. DÍVIDA DE NATUREZA TRIBUTÁRIA. INCLUSÃO NO SERASA. POSSIBILIDADE.

1. É possível a inclusão de débitos de natureza tributária inscritos em dívida ativa nos cadastros de proteção ao crédito, independentemente de sua cobrança mediante Execução Fiscal.
2. Hipótese em que a impetrante não questiona o débito em si, mas apenas sua inclusão no Serasa.
3. Recurso Ordinário não provido.

BRASIL, STJ. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 31859/GO, Relator: Herman Benjamim, 2010.

É importante salientar, contudo, que, em quaisquer dos níveis da Fazenda Pública, antes da efetiva inscrição do nome do devedor no respectivo cadastro, é imperiosa a notificação prévia do sujeito passivo da obrigação acerca da existência do débito passível de inscrição.

De acordo com o art. 2º, §2º, da Lei 10.522/2002, somente se dará a inclusão no CADIN 75 (setenta e cinco) dias após a comunicação ao devedor da existência do débito passível de inscrição naquele cadastro, fornecendo-se todas as informações pertinentes ao débito. No caso do SERASA, o prazo mínimo entre a notificação e a inclusão no respectivo banco de dados é de 10 (dez) dias.

A prévia notificação é de extrema relevância, pois garante o devido respeito ao contraditório, aplicável tanto nas relações públicas como nas privadas (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), possibilitando ao devedor, se for o caso, a demonstração da inexistência da dívida em tempo hábil, ou mesmo providenciar o próprio adimplemento do débito.

Nesse sentido, a inscrição de dívida em tais cadastros restritivos do crédito, sem a prévia comunicação ao devedor, configura dano moral a ser devidamente compensado.

Nesse sentido é o entendimento pacificado do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. INSCRIÇÃO SEM PRÉVIA NOTIFICAÇÃO. JULGAMENTO EM RECURSO REPETITIVO. VALOR DENTRO DOS PARÂMETROS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. 1. A Segunda Seção desta Corte, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.061.134/RS, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, em 10/12/2008, DJe 1º/4/2009, pacificou entendimento no sentido de que a ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome em órgão de proteção ao crédito enseja a indenização por danos morais, exceto se preexistirem outras inscrições regularmente realizadas. 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, para a fixação de indenização por danos morais são levadas em consideração as peculiaridades da causa, de modo que eventuais disparidades do valor fixado, sem maior relevância, não autorizam a intervenção deste Tribunal, como na espécie. 3. Agravo regimental não provido.

BRASIL, STJ. Agravo Regimental nos Embargos De Declaração no Recurso Especial - 686744, Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva, 2012.

Saliente-se, contudo, que não pode o sujeito passivo, notificado do débito, silenciar dolosamente durante o prazo que antecede a inscrição do débito, caso este seja inexistente ou já tenha sido pago.

Consoante já anteriormente salientado, em respeito à boa-fé objetiva, em especial ao seu desdobramento consistente no dever de mitigar as próprias perdas (*duty to mitigate the loss*), não pode o suposto devedor calar-se diante de tal fato, no ilegal intuito de obter futura indenização.

Outro fato gerador de responsabilidade civil por dano moral é a indevida inclusão do nome da pessoa natural ou jurídica nos cadastros restritivos de crédito por dívida já paga, ou a sua manutenção, mesmo após o pagamento, por tempo além do razoável.

Isso porque, ao determinar a inclusão da parte adversa no rol de inadimplentes, ou a sua manutenção por longo período de tempo sem justa causa, em decorrência de débito inexistente, o ente estatal comete um ato lesivo ao patrimônio personalíssimo do devedor, que tem sua imagem indevidamente maculada perante seus pares.

A restrição indevida ao crédito causa, sem dúvida, nas circunstâncias atuais, abalo à dignidade e à imagem da pessoa, ferindo suas honras subjetiva e objetiva, sendo, inclusive, como os demais danos morais em geral, de difícil reparação. O abalo ao crédito não se restringe a meros aborrecimentos, mas, ao contrário, implica na falta de apreço ao patrimônio moral da vítima.

Por fim, não custa destacar que, consoante entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, na Súmula 385, não é cabível indenização por dano moral em virtude de irregular anotação em cadastro de proteção ao crédito, quando preexistente uma legítima inscrição, ressalvado o simples direito ao cancelamento.

8 CONCLUSÃO

Ao longo do presente artigo, constatou-se de vital importância que o estudo da responsabilidade civil do Estado por danos morais nas questões acima delineadas deve se dar, principalmente, através dos filtros da boa-fé objetiva e do constitucional direito de ação, com efetiva observância aos direitos da personalidade.

Em linhas gerais, torna-se relevante mencionar que, do legítimo exercício de um direito assegurado pelo ordenamento jurídico, não podem

nascer atos lesivos ao patrimônio moral da parte contra quem é exercido tal direito. Somente com o desvirtuamento da prática de um direito legitimamente garantido há a possibilidade do surgimento de danos morais.

Restou nítido que o simples ajuizamento de ação de execução fiscal para cobrança de dívida já paga e a inclusão de pessoa natural, como responsável solidário ou subsidiário, no pólo passivo da relação jurídica processual executiva não constituem, em regra, fatos geradores de danos morais, mas simples aborrecimentos cotidianos.

Por outro lado, quanto à inclusão do nome da pessoa em órgão de proteção ao crédito decorrente de débito já pago ou inexistente, resta patente a presença da lesão a direitos da personalidade praticados pelo Estado em sua atuação processual e administrativa, sendo imperioso o dever de compensar os danos morais ocasionados.

Por fim, pôde-se concluir que a existência do dano moral decorrente de atos praticados pelos entes públicos em sede de execução fiscal e de inscrição do nome do devedor em cadastros de restrição creditícia deve ser perquirida de forma acurada no caso concreto, devendo-se apontar pela necessidade de uma imposição de compensação somente nos casos em que restar configurada a existência de um fato que tenha a força de produzir uma lesão relevante nos direitos da personalidade tutelados pelo ordenamento jurídico, sob pena de se proporcionar o indesejável enriquecimento sem causa.

REFERÊNCIAS

ÁLVARES, Manoel et al. *Execução Fiscal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1998.

ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BELTRÃO, Sílvio Romero. *Direitos da Personalidade: de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2006.

_____. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 mar. 2006.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 26 mar. 2006.

_____. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 26 mar. 2006.

_____. *Lei nº 10.522, de 19 de Julho de 2002*. Disponível em: <https://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10522.htm>. Acesso em: 26 mar. 2006.

_____. *Lei nº 6.830, de 22 de Setembro de 1980*. Disponível em: <https://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/L6830.htm>. Acesso em: 26 março 2006.

_____. *Código Civil, Código de Processo Civil e Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2003.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto-de-Lei nº 6.960, de 12 de Junho de 2002*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=56549>. Acesso em: 26 mar. 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DELGADO, Rodrigo Mendes. *O Valor do Dano Moral: como chegar até ele*. São Paulo: J. H. Mizuno, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 18. ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERNANDES, Odmir *et al.* *Lei de Execução Fiscal Comentada e Anotada*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 3. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PICCOLOTTO, Neltair. *O Dano Moral: caracterização e reparação*. Santa Catarina: OAB/SC, 2003.

REIS, Clayton. *Dano Moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Avaliação do Dano Moral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 36. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 5. ed. v. 4. São Paulo: Atlas, 2005.

VIANA, Patrícia Guerrieri Barbosa. *Dano Moral à Pessoa Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ZENUN, Augusto. *Dano Moral e sua Reparação*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.



DA CLÁUSULA PENAL

PENAL CLAUSE

Arthur Rabay

Advogado em São Paulo-SP

Mestrando em Direito Civil, Especialista em Direito Processual Civil e

Especialista em Direito Contratual pela PUC-SP.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceito; 2 Natureza jurídica; 3 Funções; 4 Modalidades; 5 Limites; 6 Revisão judicial; 7 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho aborda o tema da cláusula penal, no âmbito do Direito Civil, abarcando a identificação do seu conceito, natureza jurídica, funções, modalidades, limites, e possibilidade de revisão judicial. Para desenvolvimento do tema, o autor conjuga doutrina, jurisprudência e legislação. O conceito, a natureza jurídica e as funções da cláusula penal são enfrentados com coesão, concisão e clareza pelo autor. As diferentes modalidades de cláusula penal são destrinchadas, e a melhor técnica para diferenciá-las também é apresentada. As limitações da cláusula penal provindas de fontes legais são citadas caso a caso. No que concerne à revisão judicial da cláusula penal, são abordados os fundamentos teóricos, as fontes legais, e citados precedentes jurisprudenciais.

PALAVRAS-CHAVE: Cláusula Penal. Direito Civil. Modalidades. Limites. Revisão Judicial.

ABSTRACT: This paper addresses the issue of penalty clause under the Civil Law, covering the identification of its concept, legal nature, functions, procedures, limits, and the possibility of judicial review. For development of the theme, the author combines doctrine, jurisprudence and legislation. The concept, the legal nature and functions of the penalty clause are faced with cohesion, conciseness and clarity by the author. The different modalities are destrinchadas penalty clause, and the best technique to differentiate them is also presented. The limitations of the penalty clause stemmed from legal sources are cited in each case. With regard to judicial review of the penalty clause, examines the theoretical foundations, legal sources, and cited precedents.

KEYWORDS: Penal Clause. Civil Law. Procedures. Limitations. Judicial Review.

INTRODUÇÃO

O instituto jurídico da cláusula penal, tem localização topográfica no Código Civil de 2002, dentro da Parte Especial, no Livro I – Do Direito das Obrigações, Título IV - Do Inadimplemento das Obrigações, Capítulo V – Da Cláusula Penal.

Nota-se, destarte, que a cláusula penal tem lugar e aplicação nos casos de inadimplemento obrigacional, mostrando-se de aplicação universal nos negócios jurídicos em geral, atos bilaterais / contratos, e negócios unilaterais, tais como inclusive nos testamentos.

As funções exercidas pela cláusula penal constituem em reforço e motivação para que o devedor cumpra a obrigação que lhe cabe, perante o credor, pois caso contrário haverá incidência da penalidade nela prevista, bem como pré-fixação de perdas e danos para o caso de descumprimento, sem necessidade de comprovação do respectivo prejuízo.

A previsão de revisão judicial da cláusula penal, constante do Código Civil de 2002, como “dever” do magistrado, confirma o seu caráter cogente, de norma de ordem pública, inderrogável pela vontade dos particulares¹, revelando que a *Justiça Contratual* (equilíbrio contratual) foi definitivamente erigida a verdadeiro princípio na novel legislação civil². Confirmando tal assertiva, constata-se que diversas leis esparsas, em variada gama de relações jurídicas específicas, limitam o seu teor.

O estudo da cláusula penal, portanto, revela-se desafiador, de grande interesse e imensa aplicação prática, ao mesmo tempo abarcando aspectos bastante vetustos e tradicionais, e outros novos e inovadores a cada novo olhar, a cada nova alteração legislativa.

1 Consoante acentua Humberto Theodoro Júnior: “Por meio das leis de ordem pública, o legislador desvia o contrato de seu leito natural dentro das normas comuns dispositivas, para conduzi-lo ao comando daquilo que a moderna doutrina chama de ‘dirigismo contratual’, onde as imposições e vedações são categóricas, não admitindo possam as partes revogá-las ou modificá-las” (in: *O Contrato e seus Princípios*, 1. ed. São Paulo: Aide, 1993. p. 17).

2 Nos dizeres de Renata Mandelbaum: “... através da aplicação dos princípios que regem a nova realidade contratual, busca-se a segurança jurídica, não através da liberdade contratual, onde imperava a supremacia da “palavra dada” (pacta sunt servanda), mas através da tutela da confiança e da boa fé, banhados pelo princípio da justiça contratual (in: *Contratos de Adesão e Contratos de Consumo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 101).

1 CONCEITO

Como de há muito já advertiam os antigos romanos, através do velho brocardo – *omnis definitio periculosa est* – toda definição é perigosa. Inobstante, no avanço da Ciência Jurídica há que se definir, há que se arriscar, há que se evoluir e transcender.

A cláusula penal, também chamada de pena convencional, ou multa contratual, é pacto acessório pelo qual se estipula a incidência de determinada penalidade, para a hipótese de descumprimento culposo, no todo, ou em parte, da obrigação principal, em desfavor da parte inadimplente^{3 4 5}.

A penalidade, por sua vez, pode constituir em: “(i) pena pecuniária (em dinheiro), (ii) entrega de coisa, (iii) abstenção de um fato, (iv) perda de algum benefício, tal como um desconto⁶.”, dentre outras⁷.

Pode ser estipulada concomitante ou posteriormente à obrigação principal, isto é, no próprio instrumento, como cláusula específica, ou ainda em apartado, enquanto pacto adjeto / aditamento (artigo 409, Código Civil).

3 A cláusula penal, no ensinamento de Pablo Stolze Gagliano e de Rodolfo Pamplona Filho, “é um pacto acessório, pelo qual as partes de determinado negócio jurídico fixam, previamente, a indenização devida em caso de descumprimento culposo da obrigação principal, de alguma cláusula do contrato ou em caso de mora” (in: *Novo Curso de Direito Civil – Obrigações*. 7. ed. v.II, São Paulo: Saraiva, 2006. p. 319).

4 Como leciona De Plácido e Silva: “Também chamada de pena convencional, consiste na disposição aceita pelas partes contratantes, em virtude da qual, na falta de cumprimento da obrigação ou obrigações insertas no contrato, fica a parte contraventora sujeita ao pagamento da pena pactuada. É, assim, cláusula imposta para segurança e garantia da execução ou cumprimento da obrigação principal, ajustada no contrato” (in: *Vocabulário Jurídico Eletrônico*, Rio de Janeiro: Forense, 3. ed. verbete “cláusula penal”).

5 Pontes de Miranda, por sua vez, conceituou a cláusula penal como: “... prestação, de ordinário em dinheiro, que alguém, devedor ou não, promete, como pena a que se submete, para o caso de não cumprir a obrigação, ou não a cumprir satisfatoriamente, ou para o caso de se dar algum fato, concernente ao negócio jurídico, ou não se dar” (*Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. t. XXVI, p. 62).

6 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v. II – Teoria Geral das Obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva 2006. p. 385.

7 “Em regra, as partes têm liberdade em estabelecer o valor dos danos e avaliá-los na quantia que melhor lhes aprouver, tudo isso dentro do princípio da liberdade de contratar, podendo-se estipular não só dinheiro, mas também coisas, fatos ou abstenções” (in: *Contratos - Manual Prático e Teórico*, Wagner Veneziani Costa e Gabriel J. P. Junqueira, São Paulo: WVC, 1999. p. 37).

A cláusula penal pode ser estipulada para o caso de inadimplemento total da obrigação, para o caso de simples mora, e para segurança especial de determinada cláusula.

A incidência da cláusula penal opera de pleno direito, desfavoravelmente ao devedor, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação principal, ou constitua-se em mora.

Deveras, não há mora sem culpa, e não há descumprimento obrigacional, nem incidência de cláusula penal, sem culpa, tratando-se inclusive de texto expresso de lei (artigo 408, Código Civil). Se a obrigação se tornar inexecúvel sem culpa do devedor, a cláusula penal restará resolvida, *ipso facto*⁸. Logo, como de ordinário, o devedor não responderá por descumprimento obrigacional decorrente de caso fortuito ou de força maior, salvo convenção expressa em sentido contrário (artigo 393, Código Civil), mas responderá por eventual “inexecução culposa” da obrigação, ou pela sua mora^{9 10}.

Carlos Alberto Bittar¹¹ bem observa o seguinte a respeito: “tanto no caso fortuito, como na força maior, existe ausência de culpabilidade do devedor, que fica liberado da obrigação, sem qualquer pagamento de indenização.”

A mora por parte do devedor, por sua vez, restará configurada, de pleno direito, isto é, sem necessidade de notificação / interpelação por parte do credor, desde que haja termo final (prazo de vencimento) para cumprimento da obrigação, caso em que prevalecerá a parêmia *dies interpellat pro homine* (o termo interpela em lugar do credor – tradução livre), tratando-se de *mora ex re*. Ou, não havendo prazo convencionado,

8 GOMES, Orlando. *Obrigações*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 160.

9 “O contratante que haja dado causa ao descumprimento do pacto está obrigado ao pagamento da cláusula penal previamente estipulada” (TJSC - AC n.º 2004.014965-4 - Balneário Camboriú - Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben - j. 21/09/2006).

10 “A total inexecução contratual pode advir, algumas vezes, de fatos alheios à vontade dos contratantes, que impossibilitam o cumprimento da obrigação que incumbe a um deles, operando-se de pleno direito, então, a resolução do contrato, sem ressarcimento das perdas e danos, por ser esta uma sanção aplicada a quem agiu culposamente, e sem intervenção judicial, exonerando-se o devedor do liame obrigacional. Entretanto, caberá a intervenção judicial apenas para compelir o contratante a restituir o que recebeu. Isto é assim por se tratar de impossibilidade superveniente, total, objetiva e definitiva, proveniente de caso fortuito ou força maior, cujos efeitos não poderiam ser evitados pelo devedor” (in: DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v.III. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 169).

11 BITAR, Carlos Alberto. *Teoria Geral das Obrigações*. 7. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 270

imperiosa a notificação / interpelação do devedor pelo credor para sua constituição em mora, tratando-se, em tal hipótese, de *mora ex persona*¹².

De suma importância observar que para exigência da cláusula penal, o credor não precisa provar prejuízo, e caso este não tenha sequer existido, nem por isso afastar-se-á sua incidência, conquanto presumido, *ex vi legis*¹³. Deverá, entretanto, o credor, provar o inadimplemento da obrigação, por parte do devedor, para ensejar a incidência da cláusula penal.

Neste sentido, entende-se a *condicionalidade* da cláusula penal. Conforme ensinança de Maria Helena Diniz¹⁴:

A cláusula penal possui a característica da condicionalidade, já que o dever de pagar a pena convencional está subordinado a um evento futuro e incerto, o inadimplemento total ou parcial da prestação ou o cumprimento tardio da obrigação, por força de fato imputável ao devedor.

2 NATUREZA JURÍDICA

Como já visto acima, a natureza jurídica da cláusula penal é de obrigação acessória ou pacto secundário, e como tal, segue a sorte da obrigação principal, de modo que a existência, validade e eficácia daquela, dependem desta.

Certo é que, diante de tal peculiaridade, a invalidade da obrigação principal enseja a invalidade da cláusula penal, enquanto pacto acessório, mas a recíproca não é verdadeira, pois a invalidade da cláusula penal não enseja a invalidade da obrigação principal (artigo 184, Código Civil).

Aplica-se, assim, o princípio de que o acessório segue o principal (*accessorium sequitur principale*).

De todo modo, cumpre lembrar que nos negócios jurídicos em geral, assim como na cláusula penal, prevalecem, com a ressalva acima

12 “Art. 397 - O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor. Parágrafo único - Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial” (Código Civil).

13 Artigos 212, inciso IV, e 416, caput, do Código Civil.

14 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 313.

apresentada, os princípios da conservação (preservação) (artigo 184, Código Civil), ora conservando a validade da parte hígida do negócio jurídico, em detrimento da parte maculada e viciada (*utile per inutile non vitiatur* - “o útil não é viciado pelo inútil” - tradução livre), da conversão (artigo 170, Código Civil), ora convertendo negócio jurídico nulo em válido, e do aproveitamento (“na cláusula suscetível de dois significados, interpretar-se-á em atenção ao que pode ser exequível – princípio do aproveitamento”¹⁵).

Seja como for, eventual invalidade da cláusula penal não impede que o lesado venha a pleitear indenização relativa às perdas e danos que venha a sofrer, com fundamento no direito comum, devendo arcar, entretanto, com o ônus da prova dos prejuízos sofridos, em harmonia ao princípio da reparação integral (*restitutio in integrum*).

Igualmente, no caso de ato doloso^{16 17} por parte do devedor, mesmo válida a cláusula penal, independentemente de haver ou não previsão contratual expressa de indenização suplementar, caberá indenização integral, em toda a sua extensão, relativamente ao evento danoso¹⁸. E isto porque, não seria justa, nem jurídica, a ausência de plena e completa indenização a respeito em tal caso, sob pena de favorecimento da má-fé, da intenção deliberada de prejudicar outrem, da emulação e do engodo do devedor, bem como sob pena de aviltar o princípio da reparação integral (*restitutio in integrum*), que prevalece no campo da responsabilidade civil. Outrossim, a responsabilidade contratual (oriunda do descumprimento culposo do contrato) não pode e não deve excluir a responsabilidade extracontratual (oriunda da prática de ato ilícito culposo), nem tampouco com esta confundir-se. De fato, o ato doloso, afastando-se da órbita contratual, achega-se ao campo de atuação da responsabilidade extracontratual, ensejando-a.

15 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V. I – Parte Geral, São Paulo: Saraiva, 2. ed. 2005. p. 302.

16 O dolo, segundo o escólio de Wilson de Souza de Campos Batalha: “[...] consiste no artifício, ou manobra, tendente a induzir outrem a erro na celebração do negócio jurídico que o prejudica” (in: *Defeitos dos Negócios Jurídicos*, Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 121).

17 Clóvis Beviláqua, por seu turno, conceitua o dolo como: “o emprego de um artifício ou expediente astucioso para induzir alguém à prática de um ato que o prejudica e aproveita o autor do dolo ou o terceiro” (In: *Comentários ao Código Civil*, v. I, 6. ed. 1940. p. 339).

18 “Ressalva-se somente a hipótese de ato doloso do devedor, caso em que a indenização há de cobrir o ato lesivo em toda a sua extensão” (in: *Direito Civil Brasileiro*, v. II – Teoria Geral das Obrigações, Carlos Roberto Gonçalves, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 385)

3 FUNÇÕES

A cláusula penal exerce dupla função: *i) função intimidatória* - como meio de intimidação do devedor, e reforço para compeli-lo ao cumprimento da obrigação principal, sob pena de incidência da penalidade nela prevista; e *ii) função ressarcitória* - como pré-fixação de perdas e danos devidos em decorrência do inadimplemento da obrigação, sem necessidade de prova do prejuízo.

Efetivamente, a cláusula penal enseja incontestado efeito, influenciando as partes contratantes, de modo a incentivá-las e a movê-las a cumprir a obrigação assumida, no tempo, no modo e no lugar devidos, caso contrário a parte culpada, inadimplente, responderá pela sanção civil (penalidade) adrede ajustada de comum acordo entre as mesmas.

Por outro lado, também se presta à pré-fixação das perdas e danos, oriundas de eventual inexecução culposa da obrigação, facilitando à parte inocente em liquidar e receber a respectiva indenização já expressamente prevista no negócio jurídico. Com efeito, neste caso a lei estabelece dispensa do ônus da prova e presunção do prejuízo cujo montante já tenha sido previamente ajustado entre credor e devedor. Trata-se de vantagem manifesta, considerando-se as recorrentes dificuldades afetas à produção de provas¹⁹.

Arnaldo Rizzardo²⁰, em palavras bastante esclarecedoras, observa o seguinte:

Não resta dúvida de que duas as finalidades básicas: compelir ao cumprimento e composição do prejuízo trazido pela mora ou omissão em atender o convencionado. A função coercitiva é, realmente, a mais importante, apesar das tendências em salientar o caráter reparatório ou compensatório. Sempre predominou esta finalidade, eis que

19 "ocorrendo o inadimplemento imputável e culposo, o credor tem a possibilidade de optar entre o procedimento ordinário, pleiteando perdas e danos nos termos dos arts. 395 e 402 (o que o sujeita à demora do procedimento judicial e ao ônus de provar o montante do prejuízo) ou, então, pedir diretamente a importância prefixada na cláusula penal, que corresponde às perdas e danos estipulados a forfait. Daí a utilidade da cláusula penal como instrumento que facilita o recebimento da indenização, poupando ao credor o trabalho de provar, judicialmente, ter havido dano ou prejuízo, livrando-se, também, da objeção da falta de interesse patrimonial" (COSTA, Judith Martins. In: *Comentários ao Novo Código Civil. Do Inadimplemento das Obrigações*. v. V. Tomo II. Arts. 389 a 420. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 490).

20 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 536.

interessa sobretudo ao credor ver atendido seu crédito, pelo tempo, modo e valor firmados. Possui força intimidativa, induzindo o devedor a satisfazer aquilo a que se comprometeu. Temendo que será obrigado a pagar soma bem superior àquela consignada no contrato, haverá maior empenho e cuidado para o devido cumprimento.

Na atualidade, entretantes, a par das funções acima referidas, não há como se negar também a *FUNÇÃO SOCIAL* da cláusula penal, em decorrência da consagração do *princípio da socialidade* e do *princípio da função social dos contratos* pelo Código Civil vigente (artigos 421 e 2.035, parágrafo único). De fato, a cláusula penal como parte do todo, vale dizer, do negócio jurídico, que encampa função social, também deverá submeter-se a tal princípio. Tanto não bastasse, a própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, também consagra a função social da cláusula penal, ao estabelecer que na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum²¹.

Extraí-se, daí, que a cláusula penal, da mesma maneira que os contratos, também se sujeita aos ditames e aos limites impostos pela função social²².

4 MODALIDADES

Na dicção da lei (artigo 409, segunda parte, Código Civil), têm-se como modalidades da cláusula penal:

- (1) compensatória (para a hipótese de inadimplemento absoluto);
- (2) moratória (para a hipótese de mora no cumprimento da obrigação principal); e
- (3) segurança especial de cláusula determinada (para a hipótese de inadimplemento de cláusula especial).

21 Art. 5º - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

22 “Ao contrato, instrumento outrora de feição individualista, é outorgada também uma função social [...] Timbra em exigir que as partes se pautem pelo caminho da lealdade, fazendo com que os contratos, antes de servirem de meio de enriquecimento pelo contratante mais forte, prestem-se como veículo de harmonização dos interesses de ambos os pactuantes” (in: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A produção Contratual no Código do Consumidor e o Âmbito de sua Aplicação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 27, jul./set. 1998. p. 59 e 62).

Sobre o tema, leciona Mário Luiz Delgado Régis:²³ “Diz-se compensatória a cláusula penal estipulada para a hipótese de descumprimento total da obrigação. [...] Diz-se moratória a cláusula penal estipulada para punir a mora ou a inexecução de alguma cláusula determinada”.

Diferencia-se, como cediço, o inadimplemento absoluto, do inadimplemento relativo (ou simples mora), mediante avaliação da possibilidade remanescente, ou não, de cumprimento da obrigação principal, e da persistência, ou não, de interesse e de utilidade da prestação devida ao credor. Em caso de resposta negativa, a tais indagações, configura-se inadimplemento absoluto, em caso de resposta positiva, configura-se inadimplemento relativo (ou simples mora).

Como técnica de interpretação para identificar qual a modalidade da cláusula penal, a doutrina ensina que dependerá do montante da penalidade, ou seja, quando expressivo e/ou próximo do valor da obrigação principal, estar-se-á diante de cláusula penal compensatória, quando reduzido o valor da mesma, estar-se-á diante de cláusula penal moratória ou de cláusula penal de segurança especial de cláusula determinada.

A respeito do assunto, valiosos os ensinamentos de Sílvio Rodrigues²⁴:

Na maioria dos contratos, o intérprete descobre facilmente a natureza da cláusula penal, pois, se se referir à inexecução completa da obrigação, será compensatória, enquanto se cuidar apenas da execução imperfeita, será moratória. Por vezes, entretanto, tal distinção é penosa, por se apresentar obscura a intenção dos contratantes. O remédio apregoado por muitos juristas antigos e modernos para se descobrir a natureza da disposição, consiste em atentar para o montante da multa. Se o valor é elevado, aproximando-se do valor da obrigação principal, há que se considerá-la compensatória, pois é provável que as partes a tenham estipulado antevendo a possibilidade de inadimplemento absoluto. Ao contrário, se reduzido é o valor da estipulação penal, sensivelmente inferior ao da obrigação principal, há que se compreender ser moratória a cláusula, pois seria ilógico

23 RÉGIS, Mário Luiz Delgado. *Código Civil Comentado*. Coordenador Ricardo Fiuza, São Paulo: Saraiva, 2002. p. 365-366.

24 RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. v. 02, São Paulo: Saraiva, 2000. p. 92.

que para substituir as perdas e danos advindos da inexecução, se fixasse indenização excessivamente modesta.

Outrossim, pouco importa a designação ou a nomeação que for atribuída à cláusula penal, porquanto sua natureza jurídica será aferida tomando-se em consideração a intenção manifesta das partes. Segundo antigo brocardo romano: *actus, non a nomine sed ab effectu, judicatur* - “o ato é apreciado, tomando-se em consideração, em vez do simples nome, o efetivamente desejado, querido” (tradução livre).

Sobredita distinção, como se sabe, tem extrema relevância, na medida em que é opção do credor exigir o pagamento da cláusula penal, ou a execução específica (cumprimento forçado da obrigação principal), para o caso de inadimplemento absoluto, sendo vedada a cumulação de exigência da cláusula penal compensatória e o cumprimento da obrigação principal, bem como sendo vedada a cumulação de exigência da cláusula penal compensatória e de perdas e danos (artigo 410, Código Civil)²⁵, diante do princípio *non bis in idem* e do princípio da vedação do enriquecimento sem causa. Ressalva-se, entretanto, a possibilidade de exigência da cláusula penal compensatória e de indenização suplementar, desde que provado o prejuízo excedente, quando expressamente pactuada entre os contratantes (artigo 416, parágrafo único, do Código Civil). Já no caso de inadimplemento relativo (ou simples mora), a cumulação é autorizada, facultada ao credor (artigo 411, Código Civil) a exigência da cláusula penal moratória e o cumprimento da obrigação principal, cumulativamente.

O Conspícuo superior Tribunal de Justiça, acerca do tema, já firmou escólio de que: “O pagamento de cláusula penal compensatória exclui a possibilidade de exigir-se ainda a solução de perdas e danos” (STJ - REsp 556620 / MT - Relator Ministro CESAR ASFOR ROCHA (1098) - Órgão Julgador - T4 - QUARTA TURMA - Data do Julgamento 20/11/2003 - Data da Publicação/Fonte DJ 10/05/2004 p. 293 - LEXSTJ vol. 178 p. 158).

A doutrina²⁶, observando tais peculiaridades, sob critérios e/ou nomenclatura diversos, também classifica a cláusula penal, como segue:

25 “É indevida a exigência cumulativa de cláusula penal e de indenização por perdas e danos decorrentes de inadimplemento contratual, porque aquela já é espécie de fixação prévia dos prejuízos oriundos do descumprimento da avença” (TJSC - AC n. 98.005495-8, Des. Pedro Manoel Abreu).

26 NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, nota 2 ao artigo 408, 2006. p. 399.

- (a) cláusula penal alternativa (artigo 410, Código Civil);
- (b) cláusula penal cumulativa (artigo 411, Código Civil);
- (c) cláusula penal punitiva (artigo 416, parágrafo único, Código Civil); e
- (d) cláusula penal liberatória (ou multa penitencial).

Até na transação, enquanto modalidade contratual, cumpre lembrar, admite-se a estipulação de cláusula penal (artigo 847, do Código Civil).

Quando cabe indenização suplementar, além do montante previsto na cláusula penal? A resposta estará na própria redação da cláusula penal.

De importância curial, portanto, atentar-se na redação da cláusula penal, na medida em que, não havendo previsão convencional expressa de cabimento de indenização suplementar, não poderá o credor exigí-la, ainda que o prejuízo exceda ao nela previsto. Caso tenha sido prevista indenização suplementar, o montante da penalidade já prevista valerá como mínimo da indenização, sem necessidade de prova, competindo ao credor provar o prejuízo excedente, para fazer jus a respectiva indenização suplementar (artigo 416, parágrafo único, do Código Civil).

5 LIMITES

Como bem acentua Antunes Varela²⁷:

Há no capítulo do não-cumprimento das obrigações alguns princípios de caráter imperativo, destinados à defesa de interesses de ordem pública, que não podem ser derogados pela vontade dos particulares... A lei, fiel à proteção que deve à parte mais fraca (o *favor debitoris*) e atenta aos valores que a Justiça põe especialmente em jogo em situações de tal natureza, estabelece imperativamente limites à liberdade das partes na fixação da cláusula penal.

De pronto, o Código Civil estabelece limite obrigatório do valor da cláusula penal, que enquanto pacto acessório, não poderá ultrapassar o

27 VARELA, Antunes. *Direito das Obrigações*, v. 2, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 169 e 174.

valor da obrigação principal (artigo 412, CC), em harmonia ao princípio que veda o enriquecimento indevido.

Cabe, aqui, entretantes, distinguir cláusula penal, enquanto instituto de direito material, convencionada entre credor e devedor no negócio jurídico, com teto e limitação máxima de valor prevista no artigo 412, do Código Civil, do preceito cominatório / multa cominatória (*astreinte*), enquanto instituto de direito processual, fixada pelo juiz no curso do processo, sem teto e sem limitação máxima de valor prevista no artigo 461, §§ 1º ao 6º, 644 e 645, do Código de Processo Civil, que inclusive não se sujeita à imutabilidade da coisa julgada e pode ser revisto e alterado de ofício pelo magistrado a qualquer tempo^{28 29 30}, conforme precedentes jurisprudenciais oriundos do Conspícuo Superior Tribunal de Justiça:

Não se confunde a cláusula penal, instituto de direito material vinculado a um negócio jurídico, em que há acordo de vontades, com as *astreintes*, instrumento de direito processual, somente cabíveis na execução, que visa a compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer e que não correspondem a qualquer indenização por inadimplemento” (STJ - REsp n.º 169057/RS - Quarta Turma - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Há diferença nítida entre a cláusula penal, pouco importando seja a multa nela prevista moratória ou compensatória, e a multa cominatória, própria para garantir o processo por meio do qual pretende a parte a execução de uma obrigação de fazer ou não fazer. E a diferença é, exatamente, a incidência das regras jurídicas específicas para cada qual. Se o juiz condena a parte ré ao pagamento de multa prevista na cláusula penal avençada pelas partes, está presente a

28 “Artigo 461 – Omissis. § 6º – O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva” (Código de Processo Civil).

29 “AGRAVO REGIMENTAL. MULTA COMINATÓRIA. REVISÃO. FASE DE EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. 1. A jurisprudência deste Tribunal considera que a imposição de multa cominatória diária não faz coisa julgada, podendo ser a qualquer momento alterada pelo juízo a fim de evitar enriquecimento sem causa (CPC, art. 461, § 6º e 273, § 4º). Precedentes. 2. Agravo a que se nega provimento” (STJ – 4. Turma - AgRg no REsp 1138150 / PR - 2009/0084589 – Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti - data do julgamento 09/08/2011 - data da publicação / fonte DJe 22/08/2011 – grifos nossos).

30 “A multa poderá, mesmo depois de transitada em julgado a sentença, ser modificada, para mais ou para menos, conforme seja insuficiente ou excessiva. O dispositivo indica que o valor da *astreinte* não faz coisa julgada material, pois pode ser revista mediante a verificação de insuficiência ou excessividade. O excesso a que chegou a multa aplicada justifica a redução” (STJ – 3. Turma - Resp 705.914 - Rel. Min. Gomes de Barros - julgamento em 15/12/2005 - v.u. - DJU 6.3.06, p. 378 - grifos nossos).

limitação contida no artigo 920 (atual artigo 412) do Código Civil. Se ao contrário, cuida-se de multa cominatória em obrigação de fazer ou não fazer, decorrente de título judicial para garantir a efetividade do processo, ou seja, o cumprimento da obrigação, está presente o artigo 644 (atual artigo 461, §§ 1º e 6º) do Código de Processo Civil, com o que não há teto para o valor da cominação” (STJ - REsp n.º 196262/RJ - Terceira Turma - Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – remissão aos artigos de lei atuais nossos).

Nesta mesma linha, tem-se também a limitação da multa moratória relativa à eventual atraso no pagamento das despesas condominiais, prevista no precitado *Codex*³¹, de até 2% (dois por cento).

O Código de Defesa do Consumidor, do mesmo modo, veda cláusula penal que estabeleça a perda total das prestações pagas nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, e estabelece o limite máximo de multas de mora de até 2% (dois por cento) do valor da prestação, no fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor^{32 33}.

A legislação que regula contratos de compromisso de compra e venda de imóveis loteados (Dec. Lei n.º 58/37, artigo 11, letra “f”; Lei n.º 6.766/79, artigo 26, inciso V), limita a multa em até 10% (dez por cento) do valor do débito.

A Lei da Usura (Dec. n.º 22.626/33, artigo 9º), por sua banda, limita a multa contratual em até 10% (dez por cento) do montante da obrigação, nos mútuos de dinheiro.

Outrossim, com referência ao montante prefixado nas cláusulas penais compensatórias nas relações locatícias, nas quais, de praxe,

31 “Art. 1.336 - São deveres do condômino: [...] § 1º O condômino que não pagar a sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, os de um por cento ao mês e multa de até dois por cento sobre o débito”.

32 “Art. 53 - Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado [...]”.

33 “Art. 52 - No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor [...] § 1º - As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação [...]”.

atribui-se a importância equivalente a 3 (três) alugueres, para o caso de inadimplemento absoluto, cumpre observar que a Lei do Inquilinato (Lei n.º 8.245/91) não estabelece nenhuma limitação, nem tarifação a respeito. Deste modo, não há óbice para que as partes contratantes, de maneira livre e espontânea, elejam montante diverso da multa contratual, mais justa, adequada e equânime ao caso concreto, seja inferior, seja superior, quando assim o exigirem as peculiaridades do negócio jurídico, sempre limitada, entretanto, ao teto geral previsto no Código Civil (artigo 413), qual seja, valor da obrigação principal.

Tais limitações legais, acima exemplificadas, impende reconhecer, tem por escopo atender ao princípio da moderação da penalidade, manter o equilíbrio contratual, assegurar a razoabilidade, bem como afastar eventual tirania, opressão e exploração da parte forte e dominante, em desfavor da parte fraca e vulnerável, da relação obrigacional.

Por outro lado, no caso de igualdade entre as partes contratantes (contratos paritários), não pairam dúvidas de que ninguém melhor do que as próprias partes contratantes para auto-regrar os seus próprios interesses, estabelecendo a multa contratual no montante que melhor lhes aprouver.

Imbuído deste espírito, e lembrando-se que “no campo dos negócios bilaterais, o poder de regular os próprios interesses presume a liberdade de contratar, a liberdade de obrigar-se, a liberdade de forma”³⁴, vale dizer, impera a liberdade negocial e o princípio da autonomia privada, salvo os limites impostos por normas de ordem pública, tais como pela legislação consumerista³⁵, nada impede que as partes contratantes estabeleçam cláusula limitativa de responsabilidade, de montante mínimo ou de montante máximo, assegurando tanto ao credor, quanto ao devedor, a comprovação de prejuízos reais e efetivamente ocorridos, e o pleito da indenização correspondente, mas sempre limitados aos patamares mínimos e máximos ajustados previamente, não se confundindo, contudo, com a cláusula penal, que constitui pré-fixação da indenização, relativamente imutável (ressalvada apenas a hipótese do artigo 413, do Código Civil), e sem necessidade de qualquer comprovação de prejuízo³⁶.

34 GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 1. ed. Atualização e notas por Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Forense, eletrônica, 2001. p. 175.

35 Tal como, vedação legal da inserção de cláusula de não-indenizar nas relações de consumo (artigos 25 e 51, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor).

36 Conforme anota Tatiana Magalhães Florence, em obra coordenada pelo Prof. Gustavo Tepedino, a cláusula penal não se confunde com eventual cláusula limitativa de responsabilidade: “na primeira [cláusula penal], a indenização pré-fixada é devida pela parte inadimplente mesmo não tendo acarretado

6 REVISÃO JUDICIAL

À toda evidência, as obrigações, assim como a cláusula penal nascem para serem cumpridas, como regra, de modo que devem ser pactuadas em bases negociais justas e equilibradas, não somente para propiciar o cumprimento, quanto para resgate da liberdade do devedor, pois se assim não o fosse, atado estaria *ad eternum*, com instalação da escravidão civil, abominada e vedada em nosso ordenamento jurídico.

Surge, destarte, e neste contexto, a possibilidade de revisão judicial da cláusula penal, a fim de possibilitar o reequilíbrio e o cumprimento da obrigação e o resgate da liberdade, por parte do devedor, como ensina Renan Lotufo³⁷:

No estudo das obrigações não se vê exclusivamente a figura proeminente do credor, posto que se está diante de uma relação jurídica entre dois sujeitos de igual valor. Assim, não se pode admitir a visão de prisão pelo vínculo, mas a idéia de que a liberdade do devedor é que é o fundamento, como já antevisto por Carnelutti, pois a liberdade é que ficou afetada pela relação obrigacional nascida, relação que, com o adimplemento pelo devedor, vai ser dissolvida, e a plenitude da liberdade juridicamente garantida restabelecida para quem a conquistou por sua própria vontade.

Quanto à possibilidade de revisão judicial da cláusula penal, na justa equalização do valor da cláusula penal, ponderam-se diversos princípios, dentre os quais:

- (i) princípio da força obrigatória das convenções;
- (ii) princípio do equilíbrio contratual (ou da justiça contratual ou da revisão judicial dos contratos);
- (iii) princípio que veda o enriquecimento indevido;
- iv) princípio da razoabilidade (ou da moderação da penalidade).

dano ao credor, enquanto que na segunda [cláusula limitativa de responsabilidade] o que se estipula é o máximo que poderá ser pago a título de perdas e danos pela inexecução culposa do contrato; o devedor ficará isento do pagamento da indenização caso seja comprovada a inexistência do dano ou se sua qualificação for inferior ao máximo estabelecido na cláusula, respondendo nessa hipótese apenas pelo exato montante do prejuízo” (in: *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Coordenação de Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 520).

37 LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*. v. 2, São Paulo: Saraiva, 2003. p. 9.

Se é verdade que o primeiro recomenda a obrigatoriedade dos pactos (*pacta sunt servanda*), e prega a imutabilidade das convenções, de modo a propugnar pela imutabilidade da cláusula penal, que o segundo prega a possibilidade de revisão judicial, sempre que houver desproporção, imprevisão, onerosidade, lesão e/ou desequilíbrio qualificados com os demais predicativos e requisitos legais (artigos 157, 317, 413 e 478, Código Civil, e artigo 6º, inciso V, Código de Defesa do Consumidor), que o terceiro princípio, acima mencionado, abomina o enriquecimento de uns, à custa da jactura alheia, de outros, reprova a tirania e a opressão da parte forte em detrimento da parte fraca da relação obrigacional, e reprova a ausência de justa causa na alteração patrimonial de quaisquer das partes, e que o quarto tem por régua e por medida de aferição a razão e o bom senso na aplicação do direito, na constante e incessante sina do operador do direito de busca da *regula juris* aplicável ao caso concreto (regime jurídico aplicável aos fatos, diante da ponderação dos respectivos valores envolvidos), qual deles deve prevalecer com relação à cláusula penal?

Com efeito, cada caso é um caso, e a casuística é quem ensejará a aplicação de um princípio em detrimento de outro, e/ou a ponderação de tais princípios entre si, sempre visando a justiça contratual, sendo certo que o Código Civil é quem delinea, enquadra e delimita o assunto, com os seguintes parâmetros:

Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

Da dicção da lei, de logo extraem-se diferenças entre o Código Civil/1916, revogado, e o novel Código Civil/2002, com a reformulada redação que lhe foi conferida, seja por estabelecer “dever” do magistrado de redução da penalidade instituída na cláusula penal, quando cumprida em parte a obrigação, ou quando manifestamente excessivo o seu montante, seja por pautá-la sob o critério da *equidade*, e não mais da *proporcionalidade*³⁸, notadamente diferentes entre si, revelando patente evolução e louvável aprimoramento, conquanto aquele atribui-lhe maior liberdade e maleabilidade para proferir sua decisão.

Deve, pois, o magistrado, de ofício, por tratar-se de norma de ordem pública e caráter cogente, reduzir equitativamente o montante da cláusula

38 “Art. 924 – Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento” (Código Civil / 1916).

penal, nas hipóteses acima mencionadas, de modo a realizar a justiça no caso concreto.

Em que pese a liberdade dos particulares para auto-regulamentação dos seus interesses, diante da função social dos contratos, tal liberdade não mais é absoluta nas relações obrigacionais.

A respeito, revela-se oportuna a lição de J. M. Othon Sidou³⁹:

[...] os contraentes só são legisladores, mesmo entre si, enquanto as cláusulas por eles dispostas e os efeitos delas decorrentes sejam compatibilizados com a justiça social, ou o bem comum. [...] O juiz, portanto, é autoridade para interpretar qualquer contrato, tanto quanto o é para interpretar qualquer lei.

Ou, como assinala Caio Mário Da Silva Pereira⁴⁰:

[...] o princípio da liberdade contratual tem perdido terreno em favor do sentido de justiça, capaz de oferecer segurança, paz, ordem e prosperidade ao Estado. Em contraposição ao dogma do Código Napoleão, que considerava sagrado o acordo de vontades, o direito moderno consagra a intervenção do Estado, para anular ou para modificar aquele acordo, conforme as exigências do interesse coletivo.

A jurisprudência, por seu lado, confirma as assertivas acima, como segue:

“A redução da multa compensatória, de acordo com o Código Civil, somente pode ser concedida nas hipóteses de cumprimento parcial da prestação ou, ainda, quando o valor da multa exceder o valor da obrigação principal. Considerando-se que estipulada a cláusula penal em valor não excedente ao da obrigação e que foi total o inadimplemento contratual, não cabe a redução do seu montante, que deve servir como compensação pela impossibilidade de obtenção da execução específica da prestação contratada” (STJ - REsp 687285 / SP - Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI - Órgão Julgador - T3 - TERCEIRA TURMA - Data do Julgamento 25/09/2006 - Data da Publicação/Fonte DJ 09/10/2006 p. 287).

39 SIDOU, J. M. Othon. *A Revisão Judicial dos Contratos*. 2. ed. São Paulo: Forense, 1984. p. 158-159.

40 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 141.

“A jurisprudência das duas Turmas que compõem a Segunda Seção, desta Corte, é firme no sentido da possibilidade de redução da cláusula penal no contrato de compra e venda, quando verificado, no caso concreto, que o valor avençado acarreta excessiva onerosidade do promissário-comprador e o enriquecimento sem causa do promitente-vendedor. Precedentes (REsp nºs 134.636/DF, 330.017/SP, 292.942/MG e 158.193/AM)” (AgRg no Ag 660801 / RS - Relator Ministro JORGE SCARTEZZINI - Órgão Julgador - T4 - QUARTA TURMA - Data do Julgamento 17/05/2005 - Data da Publicação/Fonte DJ 01/08/2005 p. 469).

7 CONCLUSÃO

Como visto, o instituto da cláusula penal tem sofrido alterações constantes com o fluir dos tempos, tratando-se de tema palpitante e de ampla aplicação prática.

Diversas peculiaridades e inúmeros detalhes devem ser observados, seja na redação, seja na interpretação, seja na execução da cláusula penal, bem como na aplicação da respectiva norma jurídica ao caso concreto, mesmo porque de há muito assim já nos ensinavam os antigos romanos, no sentido de que *modica facti differentia, magnam inducit juris diversitatem* (“pequena diferença de fato, induz grande diversidade de direito” – tradução livre).

O operador do direito, forçoso reconhecer, deverá temperar *fato, valor e norma jurídica*, caso a caso, a fim de realização da justiça, não sendo diferente no que concerne ao instituto da cláusula penal, que em sua justa e equilibrada interpretação e aplicação, carecerá de esforço de conjugação dos preceitos legais, aliada à análise concreta, precisa e acurada, dos fatos, e ponderação dos respectivos valores envolvidos.

A razoabilidade e o bom senso, sempre foram, e sempre serão, úteis ao operador do direito, e não devem ser desprezados, mesmo consideradas as normas jurídicas aplicáveis no âmbito da cláusula penal.

A meditação, o aprofundamento e o debruçamento nos estudos da conceituação, da natureza jurídica, das funções, das modalidades, dos limites, e das hipóteses de revisão judicial da cláusula penal, decerto que auxiliam o exegeta a dirigir-lhe a correta interpretação e a escorreita aplicação, o que, ainda que de maneira limitada e despretensiosa, procurou-se conhecer e realizar neste humilde trabalho.

REFERÊNCIAS

- BEVILÁQUA, Clóvis. *Comentários ao Código Civil*, v. I. 6. ed. 1940.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria Geral das Obrigações*. 7. ed. São Paulo: RT, 1999.
- CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza de. *Defeitos dos Negócios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- COSTA, Wagner Veneziani; JUNQUEIRA, Gabriel J. P. *Contratos - Manual Prático e Teórico*. São Paulo: WVC, 1999.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. III. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FLORENCE, Tatiana Magalhães. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Coordenação de Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 1. ed. Atualização e notas por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, eletrônica, 2001.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v. I – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v. II – Teoria Geral das Obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*. v. 2, São Paulo: Saraiva, 2003.
- MANDELBAUM, Renata. *Contratos de Adesão e Contratos de Consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil - Do Inadimplemento das Obrigações - v. V - Tomo II*. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. t. XXVI.
- NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *A produção Contratual no Código do Consumidor e o Âmbito de sua Aplicação*. v. 27, jul./set. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, 1998.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- RÉGIS, Mário Luiz Delgado. *Código Civil Comentado*. Coordenador Ricardo Fiuza. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, v. 02. São Paulo: Saraiva, 2000.
- SIDOU, J. M. Othon. *A Revisão Judicial dos Contratos*. 2. ed. São Paulo: Forense, 1984.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico Eletrônico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, verbete “cláusula penal”.
- STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Obrigações – v. II*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e seus Princípios*. 1. ed. São Paulo: Aide, 1993.
- VARELA, J.M. Antunes. *Direito das Obrigações – v. 2*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.



AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NA SUPREMA CORTE BRASILEIRA: NOVAS TENDÊNCIAS PARA O DIÁLOGO SOCIAL

PUBLIC HEARINGS AT THE BRAZILIAN SUPREME COURT: NEW
TENDENCES FOR SOCIAL DIALOGUE

Cecilia de Almeida Silva

Mestre em Direito Público (UNESA-RJ), professora da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ – ITR) e da Universidade do Grande Rio (UNIGRANRIO)

Igor Ajouz

Procurador Federal, Mestre em Direito Público UNESA-RJ
Professor da Universidade Veiga de Almeida (UVA).

SUMÁRIO: Introdução; 1 O papel político da Suprema Corte Brasileira; 2 O histórico das audiências públicas convocadas pelo Supremo Tribunal Federal; 3 O pragmatismo jurídico e as suas características; 4 Confirmando a hipótese: componentes pragmáticos no histórico e nas recentes audiências públicas realizadas pelo STF; 5 Conclusões; Referências.

O pragmatismo aplicado ao direito no máximo tira dos juízes a alegação de estarem engajados numa atividade científica neutra de casar os fatos com as leis, em vez de numa atividade basicamente política de formulação e aplicação de políticas públicas chamadas de direito.¹

RESUMO: O Supremo Tribunal Federal brasileiro, desde o ano de 2007 tem se valido do instrumento das audiências públicas, como aporte no julgamento de casos emblemáticos, de aguda controvérsia técnica, fática ou moral. O emprego desta ferramenta tem suplantado o escopo técnico-informativo para tornar-se prospectiva, projetando o problema e os reflexos que advirão de uma decisão futura. É nesse sentido que se tem verificado uma postura pragmática dos Ministros na realização das últimas audiências públicas realizadas nos anos de 2012 e 2013. Por certo que ainda não se tem uma parametrização desta tendência, fato que suscita a seguinte indagação: em que medida o emprego pragmático das audiências públicas influi na construção das decisões judiciais? O rito observado nas audiências públicas favorece aos desígnios constitucionais de efetivação de direitos e transformação social, sob o prisma prospectivo? Destas questões se cuida no presente trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Audiências Públicas e Pragmatismo Jurídico.

ABSTRACT: The Brazilian Supreme Court, following this line, since the year 2007, has been using the instrument of public hearings, as a contribution in the trial of emblematic cases and moral content. However, this tool has also undergone changes over the initiatives, abandoning his facet merely technical-informative to become diligent, a precursor to a projection problem in focus and reflexes that will come from a future decision. It is in this sense that it has been a pragmatist stance of Ministers in the performance of past hearings held in the years 2012 and 2013. Certainly not yet have a parameterization of this trend, a fact that is revealed in a great point: how the hearings influence decisions? Are the hearings procedures suited to the proposes of rights effectiveness and social transformation? These are the questions explored in this paper.

KEYWORDS: Public Hearings and Legal Pragmatism.

1 POSNER, Richard. *Direito, Pragmatismo E Democracia*. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 35.

INTRODUÇÃO

O estudo aponta uma inclinação, nas recentes audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal, à análise pragmática das questões sensíveis postas sob debate. Embora ainda incipiente o material analisado, o trabalho busca verificar em que medida o pragmatismo influi na condução procedimental das audiências públicas e na moldagem das decisões que delas sobrevêm, mitigando o tradicional e estrito caráter técnico-científico que usualmente qualifica o exercício da missão da guarda da Constituição Federal pela Suprema Corte.

1 O PAPEL POLÍTICO DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA

Na primeira década do século XXI acenou a Suprema Corte brasileira uma orientação à prática identificada como diálogo social², adotando instrumentos que revelam a faceta atinente à denominada dimensão participativa do princípio democrático.³ Esse elemento comportamental caminha na mesma direção da também já identificada⁴ superação do constitucionalismo clássico, qualificado por um Judiciário inerte e adstrito às questões normativas, ganhando visibilidade a exploração de novos modelos, engajados na proteção do processo democrático e na concretização dos direitos socioeconômicos, apoiados na atividade jurisdicional, como elemento potencializador destes interesses⁵.

2 O comportamento do Supremo Tribunal Federal, o manejo e justificativas de suas práticas, tem sido constante objeto de estudo do Grupo de Pesquisa Novas Perspectivas em Jurisdição Constitucional (PPGD-UNESA). Na esteira de uma série de investigações que se complementam ao longo dos anos, verificada a tendência da Suprema Corte brasileira em conceder maior abertura à participação da sociedade por meio das figuras do *amicus curiae* e das audiências públicas, o referido Grupo de Pesquisa concentrou esforços investigativos na teoria do diálogo social, culminando na publicação da obra: *Audiências públicas e ativismo: Diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. O presente artigo dá continuidade a esta análise, apreciando a possível pragmaticidade das derradeiras audiências públicas realizadas pela Corte.

3 O magistério de Canotilho esclarece que foi consagrada na Constituição uma articulação dialética e integradora das duas dimensões do princípio democrático: a representativa e a participativa. (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 288-289).

4 CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. *El Canon Neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010. p. 158-162.

5 VIEIRA, José Ribas; AJOUZ, Igor. O constitucionalismo transformador e o papel institucional do Poder Judiciário: uma visão crítica sobre o ativismo judicial. In: VALLE, Vanice Regina Lírio do (coord.). *Justiça e Constitucionalismo em Tempos de Transição*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

A possibilidade de abertura à participação da sociedade, como vetor auxiliar à construção das decisões, por meio de instrumentos como as audiências públicas, é fato notório e contemporâneo que, embora positivado⁶, ultrapassa as fronteiras da norma e reclama consciência e participação plural e democrática, no viver idealizado por Haberle⁷.

No entanto, a configuração dos mecanismos processuais orientados à sua materialização ainda estão longe da pacificação: sem uma metodologia ou aporte teórico bem definido, seus contornos têm sido delineados pela *praxis* do Supremo Tribunal Federal, ao longo de suas iniciativas concretas de convocação de audiências públicas. Em verdade, as controvérsias incidentes sobre este instrumento têm ultrapassado cogitações meramente formais para atingir maior profundidade, vez que, ao cabo, o que se discute é o papel institucional deste Tribunal que desponta, neste novo constitucionalismo, com a pretensão de promover a transformação social⁸. Por certo que a implementação do escopo haverá também de envolver novos arranjos políticos, sociais e institucionais, cuja legitimidade sugere uma maior participação social.

É notório o fato de que a Suprema Corte, dia-a-dia, expande seu universo de atuação para ocupar-se de questões outrora reservadas à política, na medida em que, sob o signo de “guardião da Constituição”, se vê sob a responsabilidade de tutelar e buscar a efetivação de direitos fundamentais.

Se é possível afirmar que a transição política e as transformações sociais alvitradas pelo texto da Constituição não têm um termo final⁹, desencadeando um amadurecimento hermenêutico gradativo do Texto

6 Disposições autorizativas à realização das audiências públicas constam no art. 9º, § 1º, da Lei 9868/99 e no art. 6º, § 1º, da Lei 9882/99.

7 É de Gilmar Mendes a afirmação de que a “abertura do processo constitucional foi fortemente influenciada, no Brasil, pela doutrina de Peter Häberle” (MENDES, Gilmar Ferreira. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, ano 2, 2008/2009). Ao propor uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, Haberle sugere uma legitimação ou, quando menos, uma abertura à participação popular na edificação hermenêutica da Constituição – o que, na visão de Coelho, ensejaria um resgate das reais forças de poder apontadas na concepção constitucional de Lassalle (COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse/Peter Haberle: um retorno aos fatores reais de poder. *Revista de Informação Legislativa*, n. 138, 1998. p. 185-192).

8 Sobre o vertiginoso incremento de atuação do Poder Judiciário, no cenário do neoconstitucionalismo, como fiador dos direitos fundamentais, é abordada por Luis Roberto Barroso: BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 58, 2007. p. 129-162.

9 LANGA, Pius. Transformative constitutionalism. *Stellenbosch Law Review*, v. 18, 2006. p. 351-364.

Fundamental, admitir-se-ia como movimento natural, na esteira do pensamento de Teitel¹⁰, que o Judiciário se torne um palco especialmente relevante nesse *continuum*. As cláusulas constitucionais de acesso à justiça e de inafastabilidade do controle jurisdicional potencializam o exercício da atividade judicial, emoldurando a criação de uma cultura tutelar de direitos fundamentais.

Neste cenário, no entanto, florescem novas discussões em torno dos limites institucionais da atuação judicial, frequentemente sintetizadas na preocupação com uma postura cunhada como ativista¹¹, que reacendem as antigas discussões sobre o déficit democrático e a dificuldade contramajoritária¹² do controle judicial sobre a oferta de prestações disponibilizadas pelo Estado.

Segundo o olhar de significativa parcela doutrinária, o que se verifica é que o Supremo Tribunal Federal, acomodando-se entre as instituições democráticas, assume parte do ônus da transformação, fomentado pelo descrédito notório do sistema representativo, e acaba por exercer funções originalmente cometidas às outras estruturas de poder do Estado, invalidando, substituindo ou, por vezes, elaborando políticas públicas¹³.

10 TEITEL, Ruti. Transitional jurisprudence: the role of law in political transformation. *Yale Law Journal*, n. 106, 1997. p. 2009-2080.

11 Este tema foi objeto de estudo do Grupo de Pesquisa Novas Perspectivas em Jurisdição Constitucional onde, ao considerar amostras casuísticas do Supremo Tribunal Federal, particularmente após o advento da Emenda Constitucional 45/04, se constatou o protagonismo da Corte, concluindo que a mesma pratica o ativismo jurisdicional, vez que "vem redefinindo os limites de sua própria competência jurisdicional, alcançando áreas e temas que talvez não se contivessem no traçado original da constituição, alterando, assim, seu próprio peso no concerto político da relação entre os poderes." (VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*, Curitiba: Juruá, 2009. p. 40.)

12 A cunhagem da expressão "dificuldade contramajoritária" foi prelecionada por Alexander Bickel, ao questionar se o mecanismo de revisão da norma constitucional - *judicial review* - haveria de apresentar um déficit democrático em virtude da característica do próprio Tribunal, de composição por membros não eleitos pelas vias representativas (BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court At The Bar Of Politics*. 2nd. ed. New Haven: Yale University, 1986). A discussão do autor contribuiu para a consolidação do princípio contramajoritário na teoria constitucional americana, com vistas a uma postura preventiva da Corte, como meio de proteção de possíveis atentados da vontade política de uma maioria. Sobre o tema: VALLE, Vanice Regina Lírio do; AJOUZ, Igor. Abertura dialógica na jurisdição constitucional: do contramajoritarianismo ao alinhamento com a maioria. *Juris Poiesis*, n. 13, 2010. p. 431-456.

13 CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, n. 23, 2004. p. 115-126.

O texto constitucional ostenta algumas características das quais defluiria, naturalmente, uma fidúcia em relação ao Poder Judiciário: cunhado pela via de cláusulas abertas, preceitos principiológicos e normas programáticas, revela uma tendência de apostar no protagonismo judicial como meio de concretizar direitos¹⁴, muito por força da grande margem que se deu à discricionariedade dos juízes, em seu trabalho hermenêutico. Decerto, todavia, à ocasião da promulgação da Carta de 1988 ainda não se podia prever o alcance desta outorga ao Supremo, cujos desdobramentos restaram visíveis após a experiência dos 25 anos de vigência¹⁵.

A ampliação deste espectro de atuação da Corte Constitucional pode ser verificada na esteira de evolução da prática das audiências públicas, tendo em conta, especialmente, como adiante se desenvolverá, o conteúdo das cogitações propostas à análise pelas forças da sociedade organizada. Importante abrir parêntese para justificar o paradigma, porque além de revelar-se, aparentemente, um instrumento de democracia participativa, legitimador das decisões¹⁶, as iniciativas são notadamente realizadas como fonte de abastecimento informacional para os julgamentos de grande repercussão e questões morais, implicando em pronunciamentos que têm em conta uma gama de polêmicos aspectos: garantistas, econômicos, sociais, dentre outros.

2 O HISTÓRICO DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS CONVOCADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Desde o ano de 2007 até a conclusão do presente estudo, foram realizadas doze audiências públicas¹⁷. Ao longo deste período, não se

14 STRECK, Lênio. *O Que É Isto – Decido Conforme Minha Consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 20.

15 Em boa medida, a abertura semântica e deôntica de determinados direitos catalogados na Constituição Federal de 1988 decorre da falta de um necessário amadurecimento político, jurídico e estrutural sobre o conteúdo, a extensão e as condições de exequibilidade dos mesmos direitos no momento de exercício do poder constituinte originário, confiando-se à experiência hermenêutica posterior o mister do balizamento. A manobra é descrita, com detalhes teóricos, em SUNSTEIN, Cass R. *Constitutional Agreements Without Constitutional Theories*. Ratio Juris, v. 13, n. 1, 2000. p. 117-130.

16 Na ADI 3.510, o Ministro Relator Carlos Brito, valorizou a iniciativa como sendo um mecanismo de democracia direta participativa. O então Presidente da Suprema Corte, Ministro Gilmar Mendes, no discurso de abertura da audiência realizada na ADPF 54, reforçou a intenção dialógica do Tribunal, o apego ao pluralismo e a democracia deliberativa. O Ministro Ricardo Lewandowski, como Relator da ADPF 186, afirmou tratar-se o evento de uma quebra de paradigma, por tratar-se de experiência que traz a cidadania para dentro do judiciário. VALLE, Vanice Regina Lírio do (coord.). *Audiências Públicas E Ativismo*. Diálogo Social No STF. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 66-81-94.

17 No ano de 2007, a primeira audiência pública na ADI 3510, abordou a temática do uso terapêutico das células tronco embrionárias. Na sequência, em 2008, foram duas as iniciativas: na ADPF 101,

verificou um padrão claramente definido de determinação da realização dos eventos, em virtude de um amplo espaço de discricionariedade do Relator, concedido pelo conjunto normativo das Leis 9868/99, 9882/99 e Emenda Regimental 20/09,¹⁸ que vieram a disciplinar este instituto que, até então, não encontrava guarida no Judiciário, vivenciado tão somente no Legislativo e na Administração Pública¹⁹. No entanto, é possível traçar algumas linhas mestras que orientaram as iniciativas já havidas.

As primeiras audiências primavam pela busca de informação técnica para subsidiar os Ministros no entendimento objetivo da controvérsia para posterior julgamento. Neste sentido, a prioridade foi a convocação de profissionais da sociedade civil, *experts* no assunto em pauta, bem como dos setores governamentais diretamente envolvidos.

sobre a questão de importação de pneus usados e ADPF 54, acerca da antecipação terapêutica de feto anencefálico. Em 2009, a questão da Judicialização da Saúde, por iniciativa do então Presidente da Corte, Gilmar Mendes, seguindo em 2010, na ADPF 186, - sistema de cotas no ensino superior. Em 2012, mais dois eventos: na ADI 4.103, sobre a Lei Seca, e na ADI 3937, no que tange à regulação da utilização de amianto. Agendadas para o ano de 2013 respectivamente: em fevereiro, no RE 586.224, para discutir a prática das queimadas em canaviais e vinculada aos processos ADI nº 4.679, ADI nº 4.756 e ADI nº 4.747, sobre o novo marco regulatório para TV por assinatura no Brasil. Para Março, no RE 627.189, a controvérsia se limita acerca do campo magnético de linhas de transmissão de energia. No mês de Junho, convocada audiência na ADI 4650, para discutir o financiamento de campanhas eleitorais e por fim, ainda não aprazada, no Recurso Extraordinário 641320, pretende-se abordar a possibilidade de cumprimento de pena em regime menos gravoso quando o Estado não dispuser, no sistema penitenciário, de vaga no regime indicado na condenação. A análise crítico-descritiva das cinco primeiras audiências realizadas está contida na obra: VALLE, (Vanice Regina Lírio do (coord.). *Audiências Públicas e Ativismo*. Diálogo Social no STF. Belo Horizonte: Fórum, 2012)

- 18 Com base na prerrogativa regimental que assinala ao Relator plena liberdade para definir todos parâmetros da audiência, tais como: a delimitação do rito e de outros elementos atinentes à convocação, admissão ou não de propensos participantes, recebimento de memoriais, dinâmica dos expositores, conteúdo das arguições, dentre outros. Conclusão para as referidas diligências processuais foram os contornos bastante diferenciados, segundo cada Ministro que as presidia. Assim é que na ADI 3510, foram convocados somente setores técnico científicos da sociedade, não pertencente à área jurídica. Organizadas as exposições em dois grupos de oposição e vedado veementemente qualquer conteúdo moral, político ou embate entre as partes, ao passo que na ADPF 186, verificou-se a participação de vários setores da sociedade, organizados por agrupamento temático. (VALLE, Vanice Regina Lírio do (coord.). *Audiências Públicas e Ativismo*. *Diálogo Social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012)
- 19 A primeira aplicação do instituto na ADI 3510, quando ainda não possuía previsão normativa, resultou da utilização do Regimento Interno da Câmara dos Deputados como fonte de inspiração. No que tange à possibilidade de participação popular na função administrativa, são vários os exemplos de previsão de sua integração em procedimentos administrativos: o Estatuto da Cidade - Lei 10.257/2001 - traça as diretrizes gerais da política urbana a partir de uma integração com a comunidade, prevendo sua participação através das audiências públicas em mais de um momento; seja no processo de implantação de empreendimentos, (Art. 2 XIII), ou ainda, no de implantação e consolidação do plano diretor (Art. 40 § 4º, I). O processo licitatório - lei 8.666/93 - deve ser iniciado, em contratações de grande vulto, com audiência pública (art. 39, caput). Até mesmo em matéria ambiental, o instrumento deliberativo mereceu guarida, no procedimento referente ao EIA/RIMA, regulado na Resolução CONAMA nº 009/87 (D.O.U. de 05.07.90).

Restrições às arguições foram eventualmente impostas pelos Relatores, como parte da dinâmica arquitetada por estes, diante de suas prerrogativas regimentais, vedadas, em sua grande maioria, as argumentações de cunho moral, o embate entre os participantes e por vezes até mesmo questões de direito²⁰, salvo algumas exceções.²¹ Posteriormente, inaugurou-se a estratégia de divulgação de quesitos previamente elaborados pelos Relatores, roteiro de exposições a ser fielmente perseguido pelos participantes da audiência.

Neste diapasão é que as iniciativas, em contornos gerais, assumiram um cariz nitidamente unilateral, sem o enriquecimento de idéias que a contradita permite – donde, possivelmente, o resultado empírico de que os argumentos manejados em audiência raramente se viram considerados na fundamentação das decisões.

No entanto, percebe-se, designadamente nas últimas convocações realizadas pelo Supremo Tribunal Federal, uma mudança de direcionamento, fundada em novas expectativas havidas entre os Ministros, que agora instigados ao conhecimento de fatos – sociais, econômicos, ambientais – vem impingindo um novo componente consequencialista, a partir da reflexão sobre as informações aportadas, com o escopo de determinar a partir de sua projeção no tempo, os efeitos da decisão.

Esse elemento consequencialista na construção das decisões, em certa medida, se aproxima à corrente filosófica, abraçada pelo Direito, denominada pragmatismo jurídico. Ainda sem pretensão de unanimidade, tal método hermenêutico visa impingir à sentença uma preocupação com os efeitos da decisão, inspirando a consciência de sua esfera de comprometimento com a sociedade *au futur*.

De qualquer sorte, pode-se observar nitidamente um processo de reconfiguração do instituto das audiências públicas – que se alinha, evidentemente, com o redesenho do papel institucional da própria

20 Essa vedação à análise em audiências públicas de questões de direito foi fortemente exigida pelo Ministro Luiz Fux na audiência pública da Lei Seca, reiterando posicionamento anterior de que a matéria jurídica é de ser remetida à sessão de julgamento, em sustentação oral. Disponível em vídeo na TV Justiça: <<http://www.youtube.com/watch?v=RehaFRuvQxQca>>. Último acesso em: 20 jul. 2012.

21 A audiência havida na ADPF 54 trouxe inovações: permitiu-me manifestação de vários setores da sociedade, não somente àqueles tecnicamente vinculados ao tema. Os participantes puderam se manifestar de maneira ampla e houve abertura para a realização de perguntas. VALLE, Vanice Regina Lirio do (coord.). *Audiências Públicas e Ativismo*. Diálogo Social no STF. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Corte. Isso não se revela em si um mal, mas demanda que o percurso evolutivo das audiências públicas seja acompanhado pela doutrina, apreciando-se criticamente a coerência interna e o desenvolvimento das diversas experiências conduzidas pela Corte, assim como os resultados materializados nos julgamentos que lhes sucedem.

Se cumpre à academia jurídica ofertar elementos de auxílio à compreensão e à construção por agregação do instituto, justifica-se o presente trabalho à verificação de um ingrediente ainda pouco explorado, no que toca às audiências públicas: o pragmatismo.

Impende, portanto, examinar em que consiste o pragmatismo jurídico, pressuposto necessário à confirmação da hipótese ora apresentada.

3 O PRAGMATISMO JURÍDICO E AS SUAS CARACTERÍSTICAS

Não há consenso, tampouco uniformidade, sobre o que seja o pragmatismo jurídico: ora alçado à categoria de corrente teórica jusfilosófica, ora tratado como mera técnica de decisão, o tema decerto ainda não atraiu o merecido cuidado pela doutrina nacional²².

Muito mais próxima da consensualidade – superados os dogmas do positivismo jurídico²³ – está a afirmação de que a jurisdição consiste em uma prática social que não é autossuficiente para o êxito de sua missão institucional. A disponibilidade de fatores extrajudiciais é imprescindível para o sucesso da empreitada de efetivação de direitos na arena judicial²⁴.

Uma série de ingredientes políticos, econômicos, estruturais e culturais influenciam, de modo determinante, o condicionamento da interpretação constitucional e, mais do que isso, a sua exequibilidade prática²⁵. O Direito-Narciso, sedutora miragem, se torna de uma utopia que põe sob ameaça a implementação gradual dos direitos fundamentais²⁶.

22 Em vanguarda: CAMARGO, Margaria Maria Lacombe. Fundamentos filosóficos do pragmatismo jurídico. *Revista de Direito do Estado*, v. 6, 2007. p. 185-212.

23 BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições De Filosofia Do Direito*. São Paulo: Ícone, 1996.

24 BUTLER, Brian E. *Legal pragmatism: banal or beneficial as a jurisprudential position?* *Essays in Philosophy*, v. 3, art. 14, 2002.

25 FARIA, José Eduardo de. Introdução: o Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. In _____ (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais E Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 11-29.

26 VALLE, Vanice Regina Lírio do. *O Direito-Narciso: Nova Ameaça À Jusfundamentalidade Dos Direitos*. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo*, v. 6, 2007. p. 245-266.

O pragmatismo jurídico põe-se, destarte, como uma concepção teórica segundo a qual o domínio dos elementos empíricos, sociais, culturais e políticos, de qualquer sorte, deve ser buscado, na máxima medida possível, para que o exercício subsuntivo (hermenêutico, portanto, já que interpretar é aplicar o Direito) decorra de um processo reflexivo que potencialize a eficácia das normas.

O método pragmático de aplicação do Direito preordena interpretar cada instituto a partir do exame do repertório de consequências práticas que cada opção hermenêutica disponível possa causar. Aqui, ao exegeta não basta o domínio anterior de dogmas, princípios ou conceitos pré-concebidos, cabendo-lhe envolver-se com as possíveis consequências – técnicas e factuais – das deliberações²⁷.

Parafraseando-se Posner, seria de se indagar: e o que o pragmatismo tem a oferecer ao Direito?²⁸

A resposta apresentada por Kaufmann²⁹ é seminal: os cânones neoconstitucionais têm servido a atribuir aos juristas e ao Direito uma posição de vanguarda – para não dizer monopólio – para um manejo racional e ponderativo de valores pretensamente satisfativos ao cumprimento das promessas constitucionais, sobretudo em temas atrelados aos direitos fundamentais.

A adoção do paradigma pragmatista resgata, democraticamente, a centralidade sistêmica da cidadania e da participação no processo de interpretação e concretização constitucional, reconhecendo a relevância das instâncias políticas, da mobilização popular e dos desígnios e intempéries experimentados pelos destinatários das cláusulas atributivas de direitos insculpidas na Constituição Federal³⁰. Ostenta, pois, uma eficácia profilática contra os reveses provocados, segundo Sunstein e

27 JAMES, William. What pragmatism means. In MENAND, Louis. *Pragmatism: a reader*. New York: Vintage Books, 1997. p. 93-111.

28 POSNER, Richard. What has pragmatism to offer Law? *Southern California Law Review*, v. 63, 1989. p. 1653-1670.

29 KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos Humanos, Direito Constitucional E Neopragmatismo*. Tese de doutorado: Universidade de Brasília, 2010. Disponível em: <http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/9165/1/2010_RodrigodeOliveirakaufann.pdf>.

30 “O Direito deixa de ser aquela ciência preocupada apenas com a realização lógica dos seus preceitos; desce do seu pedestal para aferir se esta realização lógica está sendo apta a realizar os seus desígnios na realidade da vida em sociedade” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da*

Vermeule³¹, pelo déficit de informação decorrente do insulamento de juízes e aplicadores do Direito.

Não se cuida – como advertem Arguelhes e Leal³² – de repisar uma exortação à autocontenção do Poder Judiciário, à conta da limitação de suas capacidades institucionais, precipuamente na apreciação de matérias de elevada complexidade técnica ou de agitado dissenso moral. A cláusula constitucional da inafastabilidade da jurisdição torna inescapável o controle judicial de tudo quanto transite pelo meio jurídico. A concepção pragmática dirá, nestas sendas, como fazê-lo, otimizando, na prática, a implementação dos princípios fundamentais³³.

A adjudicação pragmática é orientada pelo exame das consequências sistêmicas do *thema decidendum*, a implicar sejam considerados, além dos elementos fáticos, os fatores políticos envolvidos na deliberação – do que exurgem os diálogos institucionais como um relevante fator de influência sobre a interpretação constitucional empreendida pela Corte³⁴.

O pragmatismo jurídico é moldado sob uma orientação empírica, curvando-se à necessidade de acumulação de informações para o fim de potencializarem-se as chances de produção de um resultado decisório adequado e satisfatório³⁵.

Entre as características atribuídas ao pragmatismo jurídico, destarte, podem ser enumeradas³⁶: a contextualidade, eis que o

economicidade. In RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (org.). *Regulação E Agências Reguladoras: Governança E Análise De Impacto Regulatório*: Brasília, Casa Civil da Presidência da República, 2009. p. 34).

31 SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. *Interpretation And Institutions*. Public Law and Legal Theory Working Paper n. 28. Public Law and Theory Working Paper Series, University of Chicago Law School, 2002. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=320245>. Acesso em: 22 fev. 2013.

32 ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, 2011. p. 6-50.

33 “As optimization requirements, principles are norms requiring that something be realized to the greatest extent possible, given the factual and legal possibilities” (ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *I-CON*, v. 3, n. 4, 2005. p. 573).

34 Sobre o tema: SILVA, Cecília de Almeida *et alii*. *Diálogos Institucionais E Ativismo* Curitiba: Juruá, 2010.

35 Explorando o constitucionalismo de muitas mentes e a aplicabilidade do teorema de Condorcet ao processo deliberativo judicial em matéria constitucional: VALLE, Vanice Regina Lírio do *et alii*. *Audiências Públicas E Ativismo: Diálogo Social No STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 95-121.

36 Um elenco simétrico consta em: VALLE, Vanice Regina Lírio (org). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 108-112.

dimensionamento de cada *vexata quaestio* se dará pela compreensão panorâmica do problema; a instrumentalidade, que sob uma visão construtivista aposta no Direito como um propulsor das transformações possíveis; a interdisciplinariedade, pelo sensato reconhecimento de que falta ao ordenamento jurídico autossuficiência para a concretização dos programas constitucionais; e o consequencialismo, atrelado à visão reflexiva e prospectiva cunhada na interpretação nas normas jurídicas³⁷.

O Poder Judiciário, nesta toada, torna-se uma arena em que ganha vida a relação de complementariedade e vinculação havida entre o Direito – e de um modo ainda mais intenso o Direito Constitucional – e a Política, como sugere Bercovici³⁸:

Não se pode, portanto, entender a Constituição fora da realidade política, com categorias exclusivamente jurídicas. A Constituição não é exclusivamente normativa, mas também política; as questões constitucionais são também questões políticas. A política deve ser levada em consideração para a própria manutenção dos fundamentos constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal, guardião institucional da Constituição e titular do monopólio da última palavra em interpretação constitucional³⁹, se torna um palco de reflexão do processo político⁴⁰, o que reclama a consideração “não apenas dos textos normativos, mas também de elementos do mundo do ser, os fatos do caso e a realidade no seio e âmbito da qual a decisão em cada situação há de ser tomada”⁴¹.

37 Impende destacar, neste ponto, que embora seja frequente na literatura a referência ao consequencialismo como um dos fatores inerentes à opção teórica pragmatista, Posner – uma das principais referências no tema – se cerca de cuidados para discernir pragmatismo e consequencialismo: enquanto o modelo atitudinal pragmático conservaria uma maior preocupação com a estabilidade da ordem jurídica, o que perpassa a reverência às opções legitimamente adotadas pelos diferentes centros de exercício do poder, o consequencialismo, levado ao extremo, vilipendiaria a segurança jurídica, livrando o hermeneuta de quaisquer amarras exegéticas (POSNER, Richard. *Direito, Pragmatismo E Democracia*. Trad. Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 51-55).

38 BERCOVICI, Gilberto. *Direito E Política: Uma Relação Difícil*. Lua Nova, v. 61, 2004. p. 24.

39 Embora a prerrogativa tenha sido afirmada em um número expressivo de precedentes do Supremo Tribunal Federal (por todos, confira-se a ADI 3345, rel. Min. Celso de Mello), não passa imune às críticas doutrinárias. Sobre o tema: COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional E Política*. Direito Público, n. 10, 2005. p. 5-15.

40 GARRIDO, Alexandre *et alii*. O Supremo Tribunal Federal e a força normativa dos fatos. *Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ*, N. 3, 2008. p. 100.

41 Trecho do voto do Ministro Eros Grau na ADIn 2240-7/BA.

E é seguindo esta inevitável tendência, que hodiernamente segue acoplada à praxis judicial do Supremo Tribunal Federal, que a experiência – ainda incipiente – das audiências públicas, sobretudo no que se percebe em relação às últimas convocações, tem aproximado a postura da Corte aos ditames do pragmatismo jurídico, conforme pode ser depreendido do estudo de casos que segue.

4 CONFIRMANDO A HIPÓTESE: COMPONENTES PRAGMÁTICOS NO HISTÓRICO E NAS RECENTES AUDIÊNCIAS PÚBLICAS REALIZADAS PELO STF

A adoção deste “novo olhar” pragmático, no exercício do *judicial review*, pelo Supremo Tribunal Federal, começou timidamente, na audiência pública que versou acerca da possibilidade do uso do elemento mineral denominado amianto. Aparentemente, a ação seguiu calcada em conteúdo eminentemente normativo-jurídico, relacionado a suposto conflito de competência legislativa entre União e Estado, para regulação de matéria ambiental. Isso porque, não obstante a vigência da Lei Federal n. 9.055/95, que disciplina e permite o uso de uma espécie desta substância, qual seja, o amianto crisotila, foi editada pelo Estado de São Paulo, no ano de 2007, a Lei nº 12.684, que proíbe completamente o seu uso direto ou indireto, diploma este, a que se direciona o questionamento da inconstitucionalidade, na ADI 3937-SP, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria, em face da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo.

Em verdade, a preocupação na realização de uma análise mais abrangente do tema, foi externada pelos Ministros, em intenso debate firmado em Plenário, no julgamento de medida cautelar proposta pela Confederação autora, visando suspender liminarmente os efeitos da Lei Estadual questionada.⁴²

Nesta ocasião, a seriedade da temática foi ressaltada inicialmente pelo Ministro Joaquim Barbosa, que apresentando estudo pormenorizado

42 A Confederação dos Trabalhadores na Indústria defende a inconstitucionalidade da Lei Estadual, apresentando, dentre outros argumentos formais, os riscos para o mercado de trabalho que a suspensão da produção e comercialização do produto em todo o Estado de São Paulo, causaria. Em contrapartida, o Estado de São Paulo se afiança nos danos à saúde pública da substância, que segundo estudos científicos, seria altamente cancerígena. Importante salientar os interessados que se habilitaram na qualidade de *amicus curiae*, quais sejam: Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto – ABREA; Instituto Brasileiro do Crisotila – IBC; Sindicato dos Trabalhadores na Indústria da Extração de Minerais não-metálicos de Minaçu-GO e Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração Mineral,

acerca da matéria, atentou para o importante fato de que o julgamento desta ação poderia importar na mudança do entendimento da Corte, vez que, a matéria já fora analisada em ADIs semelhantes, que questionavam a mesma vedação imposta por Leis Estaduais de outros Estados da Federação⁴³. Naqueles precedentes, optou a Corte por limitar-se ao julgamento da questão formal, qual seja, a competência legislativa dos entes federativos envolvidos, declarando a inconstitucionalidade das leis estaduais e reafirmando, por conseguinte, o uso da substância por força da prevalência da regulação da União.

Entre os fatores determinantes para a reanálise da matéria, de um modo mais abrangente, estava o ordenamento supranacional, em razão da existência da Convenção 162 da OIT – Organização Internacional dos Trabalhadores e ratificada pelo Brasil, para o compromisso de implementação de medidas visando a proteção do trabalhador exposto e substituição do amianto por materiais menos nocivos. Neste contexto, a inconstitucionalidade da Lei Estadual que segue essa diretriz, cairia por terra.

Nesta mesma linha de raciocínio, manifestou-se o Ministro Eros Grau, que afirmou ter errado no julgamento das ações anteriores, convidando a Corte a um novo enfrentamento da controvérsia, sob luzes mais amplas.⁴⁴ Muito embora, naquela ocasião preliminar, diante da complexidade da matéria, não se tenha chegado a um entendimento uniforme, o que culminou no indeferimento da medida cautelar em alusão ao princípio da precaução, fato incontroverso é que posteriormente, o Ministro Relator, decidiu, optar pela realização da audiência pública, na busca desta visão multiangular da controvérsia, objetivando a obtenção do conhecimento dos aspectos que estão além da questão formal.

Forçoso ressaltar que, não obstante não tenha havido explicitamente, a alusão à teoria pragmatista, restou mencionado no

43 ADI 2.396-MS de relatoria da Ministra Ellen Gracie e ADI 3.035-PR cujo relator foi o Ministro Gilmar Mendes, ambas apreciadas no ano de 2003.

44 Reafirma, o Ministro Eros Grau a necessidade de uma análise abrangente da temática “Faço um apelo, Sr. Presidente, a que se considere isto: que esta Corte assumo seu papel. Vamos enfrentar o tema!” justificado em seu papel de interprete da Constituição em sentido lato: “O dever da Corte é interpretar tanto a Constituição escrita quanto a real; está aqui para considerar o movimento das forças sociais em toda a sua intensidade” e pautado na competência da Corte para tanto, reafirma o propósito ratificador: “E eu digo, portanto, que ela não está vinculada às razões que fundamentam o pedido do requerente. O exame é o da conformidade da Lei Federal com o Texto da constituição do Brasil”. (Acórdão de julgamento da medida cautelas, p. 59/84, disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2544561>>. Acesso em: 10 abr. 2013).

despacho convocatório e no discurso de abertura do Ministro, não somente a necessidade da informação científica acerca do uso do amianto, mas também, requerido aos expositores a apresentação dos riscos à saúde pública, possibilidades de substituição do elemento químico, bem como, os impactos econômicos destas opções, o que revela sem dúvidas, um forte viés consequencialista no direcionamento da iniciativa⁴⁵

Importante salientar o ineditismo da dinâmica imposta pelo Relator, que em clima amistoso, coordenou ambiente interativo, admitindo a possibilidade de realização de questionamentos aos expositores por parte dos Ministros, de eventual contradita das partes⁴⁶e ainda, à cada exposição, abriu ao Ministério Público, concedendo-lhe plena liberdade para indagações e comentários de estilo, o qual, utilizando da prerrogativa, externou proposições dotadas de grande parcialidade⁴⁷. Assegurada ainda, a representatividade da sociedade propriamente dita, mediante manifestação de trabalhador da indústria de telha, acometido de câncer pela exposição ao elemento químico.⁴⁸Em virtude da pendência de

45 *“A audiência pública ocorrerá em agosto de 2012, em data a ser determinada. Esclareço que o objetivo é analisar, do ponto de vista científico, a possibilidade de uso seguro do amianto da espécie crisotila e os riscos à saúde pública que o referido material pode trazer bem como verificar se as fibras alternativas ao amianto crisotila são viáveis à substituição do mencionado material, considerados, igualmente, os eventuais prejuízos à higidez física e mental da coletividade. Por fim, deverão os especialistas apontar os impactos econômicos decorrentes de ambas as opções. Cada expositor terá o tempo de vinte minutos, permitida a apresentação de memoriais.”* Despacho Convocatório, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2544561>>. Acesso em: 04 fev. 2012.

46 No segundo dia do evento, em 31 de agosto, o expositor Milton do Nascimento, gerente de saúde ocupacional do Grupo Eternit, rebateu colocações do Ministério Público e pediu autorização para responder pergunta que foi realizada para expositor anterior. Tal contradita lhe foi concedida. Vídeo Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=mwnVI3nxDN0>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

47 Um bom exemplo disso foi o comentário realizado pelo Procurador Geral Dr. Mário Gisi à exposição realizada pelo Representante da Cadeia de revendedores de material de construção no segundo dia do evento, em 24 de agosto de 2012: *“Me parece que ficou mais do que evidente do conteúdo técnico trazido aqui até agora que demonstra o risco a saúde pública e por isso seria uma grande iniciativa da sociedade a qual o senhor representa tomar as devidas providências. Mas o que me chama a atenção também é esse tipo de terrorismo que diz que se não houver também mais esse produto vai acabar o mercado e estamos entrando em uma crise...”* vídeo disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=mwnVI3nxDN0>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

48 Ouvido o Sr. Doracy Brageon, ex-empregado de determinada empresa do segmento de telhas, representante da Associação Brasileira de Expostos à Amianto. Sua exposição deu-se em linguagem coloquial e de forte apelo moral, relatando casos de mortes de trabalhadores próximos a este. Esta abertura ao cidadão comum no histórico das realizações não é freqüente. Verificada a hipótese na ADPF 186 - audiência do sistema de cotas no ensino superior e na ADI 4.103 - Lei seca. Não tem sido tão ampla a participação do Ministério Público; em verdade, a regra das dinâmicas sempre primou pela imparcialidade, reservado o embate e as externações conclusivas para o Pleno, que seria a seara adequada para tanto. No entanto, esta conduta ativa do *parquet*, se repetiu nas audiências subsequentes.

Julgamento, persiste a expectativa acerca do peso desta nova perspectiva na construção da decisão. Ao que tudo indica, serão consideradas as informações resultantes das contribuições, vez que o Ministro Relator já elaborou relatório pormenorizado do conteúdo ventilado por cada expositor, outro elemento inovador, na esteira de desenvolvimento das iniciativas.⁴⁹

Não menos interessante é a temática que envolve o plantio da cana-de-açúcar, que segue a mesma linha de investigações, com os mesmos contornos normativo-jurídicos.

A suposta inconstitucionalidade que envolve a temática ascendeu à Suprema Corte pela via difusa. O Recurso Extraordinário RE 586.224, foi interposto em oposição ao acórdão proferido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, à ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 126.780-0/-00, proposta pelo SIFAESP - Sindicato da Indústria de Fabricação de Alcool de São Paulo e pela Fazenda do Estado de São Paulo, em face da Câmara Municipal do Município de Paulínia - SP, no intuito de ver reconhecida a suposta inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 1.952 de 20 de dezembro de 1995, que vedou a utilização de fogo como método de manejo no cultivo de cana-de-açúcar.

A controvérsia segue fundada no conflito de competência legislativa entre os entes federativos, já que a referida Lei Municipal, vedou completamente a realização das queimadas no plantio da cana-de-açúcar, em detrimento da Lei Estadual anterior, de nº 11.241/02, que já regulava a matéria e previa medidas mais brandas e gradativas para o controle da atividade e diminuição desta prática.⁵⁰

A ação foi julgada improcedente pelo Órgão Especial paulista, na esteira de entendimento externado pelo Tribunal de Justiça em feitos semelhantes, envolvendo vários municípios interioranos. O inconformismo acerca de tal decisão levou a questão à última análise pelo Supremo.⁵¹

49 Peças eletrônicas disponíveis no sítio do Supremo Tribunal Federal: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1563146#0%20-%20Peticao%20inicial>>

50 Os paradigmas para o questionamento da constitucionalidade foram os artigos 24 VI e 30 I e II, da Constituição Federal, os quais, respectivamente, concedem competência concorrente entre União e Estados para tratar de assuntos de proteção ambiental e poluição, bem como, aos Municípios, somente a competência suplementar à legislação Estadual e Federal e de interesse local.

51 Em relação ao conflito de competência, o acórdão recorrido considerou que os efeitos das queimadas e a necessidade de sua regulação, referem-se a assunto urbanístico, de interesse local, e portanto, no âmbito de competência legislativa municipal. Apontadas decisões semelhantes em ações interpostas em

Os argumentos ventilados pelas partes no aludido recurso são contundentes e extrapolam eminentemente o viés normativo da hipótese a fim de sustentar, exaustivamente, os reflexos desta prática agrícola nos vários segmentos da sociedade, no meio ambiente, na economia e na saúde pública.

Os recorrentes preocuparam-se com os impactos econômicos da supressão da prática das queimadas nesta espécie de cultivo, o que implicaria na diminuição da produtividade, inviabilidade para os agricultores suportarem o ônus de uma mudança repentina para o cultivo mecanizado, além do desemprego e diminuição de arrecadação tributária.

O Município, em contrapartida, justifica sua iniciativa legislativa, nos impactos causados pelas queimadas na esfera ambiental, nos danos à saúde dos munícipes e dos trabalhadores envolvidos na atividade canavieira.

O Supremo Tribunal Federal não se mostrou indiferente a todas estas questões fáticas e de antemão, e também em tom de inovação, solicitou prévia manifestação técnica de órgãos públicos e entidades com representatividade nas matérias envolvidas, para apresentarem pareceres esclarecedores da inferência desta prática de queimadas⁵².

face dos municípios de Riberão Preto, Piracicaba, Limeira, Araras, dentre outros, que consolidaram o entendimento daquele Egrégio Tribunal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2616565>>. Acesso em: 29 jan. 2013.

52 “Com efeito, a definição das consequências sociais e econômicas da medida transcende a análise puramente jurídica, sendo oportuna a manifestação de órgãos e entidades representativos dos setores da sociedade envolvidos.” Determino, portanto, sejam oficiados os seguintes órgãos e entidades, para que emitam parecer, por escrito, no prazo comum de 20 (vinte) dias, esclarecendo quais prejuízos sociais, ambientais e econômicos podem advir da proibição do método da queimada ou da sua manutenção: Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA); Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA); Associação Brasileira de Entidades Estaduais de Meio Ambiente (Abema); Agência Nacional de Águas (ANA), a fim de relatar os impactos das queimadas nos recursos hídricos da região; Ministério do Meio Ambiente; Associação Nacional de Órgãos Municipais de Meio Ambiente (ANAMMA); Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA); Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama); Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG); e Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE), que deverá informar a respeito dos efeitos experimentados pela atmosfera em virtude das queimadas promovidas em canaviais.” Despacho proferido em 02 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2616565>>. Acesso em: 29 jan. 2013.

Por certo que a busca por um prognóstico para a controvérsia é de vanguarda e mais inovador ainda, a solicitação de informações a estranhos ao processo, sem que isso importasse em sua admissão na qualidade de *amicus curiae* ou vinculação à dinâmica das audiências. Revela-se aí o exercício de uma busca ativa de elementos necessários à formação do convencimento que se distancia do tradicional princípio da inércia como orientador da jurisdição, Obviamente que tal atitude não passou despercebida aos recorrentes, que insurgiram contra a decisão do Ministro Luiz Fux, no intuito de sua reconsideração, sem a obtenção do êxito esperado.⁵³

Os quesitos então formulados revelaram veementemente a preocupação consequencialista, direcionados essencialmente a perquirir acerca do impacto da decisão na sociedade como um todo: seja no aspecto econômico⁵⁴; na preocupação com a saúde do trabalhador⁵⁵ e sua readaptação ao mercado; a ótica dos ônus para os produtores no ajuste para a mecanização da produção⁵⁶; e aos danos ao meio ambiente⁵⁷

53 O Ministro reafirma sua decisão, subsidiado nas possibilidades trazidas pelo art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/99, que permitiriam a requisição de informações, designação de peritos e oitiva de depoimentos em audiência pública, acrescentando tratar-se de uma tendência da jurisprudência, no controle de constitucionalidade, de se aliar fato à norma, valorizando a coleta de dados, como aporte à construção das decisões. Neste sentido, explícita o viés pragmatista, ao justificar a iniciativa dialógica: “A oitiva de especialistas na matéria é essencial, na medida em que o Tribunal não pode fechar os olhos para as consequências sociais de suas decisões.”

54 Denota-se essa preocupação nos quesitos: 05 e 06, por exemplo: 5) Quais as restrições do mercado exterior à importação de etanol associado a impactos socioambientais severos? A implantação da colheita mecanizada pode gerar um aquecimento da economia que compense o desemprego dos trabalhadores que vivem da queima? 6) O custo econômico da implantação da colheita mecanizada prejudica pequenas e médias empresas? Qual a possibilidade de facilitação do financiamento do maquinário necessário à colheita mecanizada por órgãos como o Banco Nacional do Desenvolvimento(BNDES)?” Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/RE_586.224.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2013.

55 Quesito de n. 4: “*Sob o prisma da medicina do trabalho, quais os impactos da queima da palha para a saúde do trabalhador?*” Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/RE_586.224.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2013.

56 Quesito de n. 2: “*Que providências devem ser adotadas para a maximização dos benefícios da extinção da queima da palha da cana-de-açúcar e quais seriam os custos dessas providências?*” Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/RE_586.224.pdf>.

Acesso em: 29/01/2013.

57 Quesito de n. 10: “*Há comprovação científica de que o carbono emitido pelas queimadas é anteriormente retirado da atmosfera pela planta da cana, no processo de fotossíntese, tornando nulo o balanço na fase agrícola? Seria desejável que, eliminando a queima, o balanço se torne ambientalmente positivo?*” Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/RE_586.224.pdf>. Acesso em: 29/01/2013.

Importante abrir parêntese para salientar que na ADPF 101, que também envolvia a temática ambiental, não houve a mesma preocupação, limitando-se, a Ministra Carmen Lúcia, a perseguir na proposta do conhecimento eminentemente técnico, adstrito aos envolvidos no processo.⁵⁸

Outrossim, uma importante evolução rumo ao diálogo constitui o quesito de nº 3, questionador da existência de ações afirmativas da União e também da iniciativa privada, orientadas à requalificação da mão-de-obra do plantio açucareiro.⁵⁹ Neste particular, o interesse da Suprema Corte acerca do conhecimento de políticas públicas já implantadas no cenário da controvérsia, revela um viés ainda não explorado pelo judiciário brasileiro, mas que merece registro positivo em experiências apontadas nos Tribunais Constitucionais de países, como a África do Sul, que embrenharam-se em processos recentes de abertura democrática e que utilizam a prática do diálogo com os outros poderes como subsídio à construção de decisões comprometidas em um projeto de implementação gradual e efetiva dos direitos sócio econômicos.⁶⁰

58 VALLE, Vanice Regina Lirio do (coord.). *Audiências Públicas e Ativismo. Diálogo Social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012

59 Um bom exemplo é o quesito de número 3: “3) É viável a requalificação dos trabalhadores que atuam na queimada cana-de-açúcar? Em que consiste o Programa de Requalificação de Trabalhadores de Cana-de-Açúcar (RenovAção) criado pela União da Indústria de Cana-de-Açúcar (UNICA)? Qual a sua abrangência (municipal, regional, estadual ou nacional)? É possível a sua reprodução/ampliação? Em que consiste o Compromisso Nacional, firmado em 2009, sob iniciativa da Secretaria-Geral da Casa Civil da Presidência da República, que contém cláusula (Terceira – Item IV) prevendo a qualificação/reinserção de trabalhadores eventualmente dispensados do corte da cana-de-açúcar?” Despacho Convocatório disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/RE_586.224.pdf> Acesso em: 29 jan./2013.

60 A proposta da África do Sul é a de promover o processo de abertura democrática, suplantando os seculares cenários de exclusão, por meio do Constitucionalismo de Transição. A opção de política judiciária se opera a partir da lógica de construção por agregação, dos critérios de justiciabilidade dos direitos socioeconômicos – de modo a evitar-se o voluntarismo ou a microjustiça. A atividade hermenêutica tem por objeto, não um preceito constitucional em si, mas o sistema constitucional como um todo – nesses termos, as sucessivas decisões judiciais implementam uma dinâmica dialógica com as outras esferas de poder, afim de conhecer as agendas, prioridades e possibilidades de implementação destes direitos. A partir deste intercâmbio, é possível, alinhar-se, a Corte, com uma matriz de controle que tem por objeto a fundamentação da escolha administrativa e a sua aptidão para estabelecer um adequado padrão de prioridades. Tem-se desta feita, a possibilidade de real efetivação destes direitos, a partir da exigência e monitorando do comprometimento dos entes públicos, de maneira a atingir o maior número de beneficiados possível. Acerca do constitucionalismo de transição sul africano e estudo de casos: (VALLE, Vanice Regina Lirio e HUNGRIA, Ana. Implementação gradual de direitos socioeconômicos: construtivismo constitucional na Corte Constitucional sul-africana. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 4, n. 2, p. 226-238.

De outro lado, é de ser denunciado o desprestígio pela Corte às possibilidades de intercâmbio de informações com o executivo, através do aproveitamento das cogitações havidas na sociedade antes da judicialização desse tipo de *quaestio juris*. Isso porque, é cediça a prática de audiências públicas realizadas pelos entes públicos, previamente à concessão de licenças ambientais – e certamente as razões em aval e em oposição à iniciativa ali apontadas podem se mostrar úteis à aferição pelo STF.

O Governo do Estado de São Paulo, em especial – diretamente envolvido na discussão que deu origem à audiência pública sob análise – conforme sinalizado pelas partes, possui largo histórico desta prática⁶¹, através de órgãos que fiscalizam a atividade e realizam audiências públicas nos processos de permissão para as indústrias do álcool, bem como, em projetos destinados à diminuição gradativa das queimadas para o segmento.⁶²

61 A CETESB – Companhia Ambiental do Estado de São Paulo, subordinada à SMA – Secretaria do Meio Ambiente, é a agência do Governo do Estado responsável pelo controle, fiscalização, monitoramento e licenciamento de atividades geradoras de poluição, desde a década de 70. A partir de 2009, com a entrada em vigor da lei estadual 13.542, passou a ser a única responsável pelo licenciamento ambiental que antes era realizado por quatro áreas diferentes do sistema estadual de meio ambiente (DEPRN, DUSM, DAIA e CETESB). Assim, hoje o licenciamento de fontes de poluição, incluindo aqueles casos envolvendo a avaliação de impacto ambiental, as solicitações de autorização de supressão de vegetação nativa ou intervenção em áreas de preservação permanente e de alvarás para intervenções em APM – Área de Proteção aos Mananciais da Região Metropolitana de São Paulo é realizado pela CETESB. Parte das solicitações de licenciamento e de autorizações podem ser efetivadas pela internet: < <http://www.ambiente.sp.gov.br/o-que-fazemos/licenciamentos/>>.

O Consema – Conselho do Meio ambiente é órgão consultivo, normativo e recursal, integrante do SEAQUA-Sistema Estadual de Administração da Qualidade Ambiental. Suas atribuições são amplas e vão da avaliação e acompanhamento da política ambiental, no que se refere à preservação, conservação, recuperação e defesa do meio ambiente, passando pelo estabelecimento de normas e padrões ambientais, até a convocação e condução de audiências públicas e, sob determinadas circunstâncias, a apreciação de EIAs/RIMAs- Estudos e Relatórios de Impacto sobre o Meio Ambiente. O site do órgão consultivo, é capaz de listar diversas atas de audiências públicas deste segmento. Disponível em: <<http://www.ambiente.sp.gov.br/?s=audiencia+publica+queima+da+cana+de+a%C3%A7ucar>>.

62 O site do Consema, possuindo link direto com a CETESB, sobre o tema: queima da palha de cana de açúcar.

Este portal é destinado à eliminação gradativa da queima da Palha da cana-de-açúcar, através do qual, os envolvidos realizam cadastros de suas queimadas. Outrossim, há informes acerca de diversas decisões públicas interpostas em vários municípios do Estado, que em sua grande maioria, determinam à CETESB a suspensão de concessão de novos licenciamentos ambientais para este segmento, a exemplo dos municípios de *Buritama*, Processo N°. 0131250-79.2011.8.26.0000), Araraquara, para as safras de 2011-2012, Processo N°. 2008.61.20.011027-5, *Águas de São Pedro*, Americana, Analândia, Araras, dentre outros. Processo 0002693-21.2012.4.03.6109, Há ainda, notícias de resultados de Recursos, admitindo o restabelecimento dos licenciamentos, a ex dos municípios da Subseção Judiciária de Marília (Álvaro de Carvalho, Alvinlândia, Echaporã, Fernão, Gália, Garça, Júlio Mesquita, Lupércio, Marília, Ocaucu, Oriente, Pompéia, Quintana e Vera Cruz Agravo de Instrumento nº 0010322-

Muito embora a audiência pública tenha sido pormenorizadamente arquitetada, a dinâmica do evento não foi capaz de explorar todo o vasto universo subsidiador que seria de se supor: não houve espaço para perguntas ou qualquer interação; os expositores não estiveram adstritos obrigatoriamente aos quesitos, sendo certo que alguns deles, se ativeram em apresentar números e dados estatísticos relativos à suas regiões ou ao segmento que representavam.

As duas últimas iniciativas examinadas, quais sejam, a audiência realizada na ADI 4679⁶³ convocada pelo Ministro Luz Fux, bem como, no Recurso Extraordinário n. 627189⁶⁴, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, não trouxeram dinâmica inovadora em relação às anteriores, muito embora, o próprio objeto das ações envolvesse igualmente temas com potenciais efeitos relevantes para sociedade: seja no que se refere aos danos à economia e ao patrimônio cultural brasileiro, no viver das modificações trazidas pela Lei 12.485/2011, que trouxe novo marco regulatório para as TVs de assinatura no Brasil; ou ainda, no que tange aos danos à saúde pública, em face da exposição da população ao campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia elétrica. Neste sentido, a audiência realizada nos dias 18 e 25 de fevereiro de 2012, visava

40.2012.4.03.0000/SP. Se por um lado, a questão ainda não esteja solucionada, fato incontroverso é que existe forte tendência ao diálogo social em sede administrativa, que não é considerado pela Suprema Corte. Informações Disponíveis em: <<http://www.sigam.ambiente.sp.gov.br/sigam2/default.aspx?idPagina=123>>. Acesso em: 02 fev. 2013.

63 Tratam-se de três ADIS; de número, 4679 4.747 e 4.756, ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Democratas, pela Associação NEO TV e pela Associação Brasileira de Radio difusores (ABRA), contra diferentes dispositivos da Lei nº 12.485/2011, que estabeleceu o novo marco regulatório da televisão por assinatura no Brasil.

As ações questionam múltiplos aspectos do arcabouço legal, notadamente a extensão dos poderes fiscalizatórios e normativos atribuídos à Agência Nacional do Cinema (ANCINE), a restrição à propriedade cruzada entre segmentos dos setores de telecomunicações e de radiodifusão, a limitação à participação do capital estrangeiro no mercado audiovisual do país, a obrigatoriedade de veiculação mínima de conteúdo brasileiro e a razoabilidade das regras de transição referentes às prestadoras de TV a Cabo – TVC, Serviços Distribuição de Canais Multiponto Multicanal – MMDS, de Serviços de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura Via Satélite – DTH, bem como relativamente às autorizatárias de uso de radiofrequência nas modalidades MMDS e TVA. Despacho convocatório disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudenciaPublicaTvAssinatura/anexo/Despacho_convocatorio__ADI_4679.pdf>. Acesso em: 05 maio 2013.

64 O recurso extraordinário - RE 627189 foi interposto pela Eletropaulo Metropolitana - Eletricidade de São Paulo S.A. contra decisão da Câmara Especial do Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP) em favor da Sociedade Amigos do Bairro City Boaçava e Outros. Com base no princípio da precaução, o Tribunal Paulista determinou a redução do campo eletromagnético em linhas de transmissão de energia elétrica localizadas nas proximidades de dois bairros paulistanos, em razão de alegado potencial cancerígeno da radiação produzida.

a obtenção de informações técnicas, políticas, econômicas e culturais relativas ao funcionamento do mercado brasileiro de TV por assinatura, tendo sido vedadas as exposições de cunho jurídico⁶⁵ e apresentadas pelo Relator, diretrizes de abordagem da controvérsia. Não houve abertura à questionamentos e o evento transcorreu segundo o ritmo eminentemente informativo, ao talante da relatoria.

Por derradeiro, a audiência pública realizada nos dias 6, 7 e 8 de Março de 2013, também apresentou dinâmica conservadora e simplista⁶⁶, justificada na obtenção de questões técnicas e fáticas, acerca da exposição de pessoas aos campos eletromagnéticos inerentes às redes elétricas.⁶⁷

No campo da delimitação da controvérsia, diferentemente do verificado em precedentes anteriores, o Relator limitou-se a traçar de forma genérica, a espécie de cogitação desejada⁶⁸. Observe-se que

65 A oitiva de especialistas, entidades reguladoras e representantes da sociedade civil não se destina a colher interpretações jurídicas dos textos constitucional ou legal, mas sim a esclarecer as inúmeras questões técnicas, políticas, econômicas e culturais relativas ao funcionamento do mercado brasileiro de TV por assinatura, tais como: i) a identificação e as peculiaridades relacionadas às diferentes plataformas tecnológicas empregadas na prestação do serviço; ii) o papel e a natureza de cada atividade integrante da cadeia de valor do mercado audiovisual de acesso condicionado; iii) o grau de abertura e concorrência entre os agentes econômicos atuantes no setor; iv) os impactos das restrições à participação do capital estrangeiro e da vedação à propriedade cruzada; v) a composição atual e histórica do mercado audiovisual pátrio, tendo em vista a produção nacional e a estrangeira; vi) as diferentes técnicas de estímulo à produção e ao consumo de conteúdo brasileiro; vii) as mudanças operadas no mercado em razão das novas regras contidas na Lei nº 12.485/2011, especialmente as que já tenham sido implementadas pelos entes reguladores competentes; viii) o perfil de atuação da ANCINE no campo cultural brasileiro, ilustrado por dados concretos; ix) o panorama mundial de regulação da TV por assinatura. Despacho convocatório disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaTvAssinatura/anexo/Despacho_convocatorio__ADI_4679.pdf>. Acesso em: 05 maio 2013.

66 O relator não nomeou quesitos, mas externou, no despacho convocatório quais seriam os objetivos da audiência, a saber:

“ i) quais são os efeitos da radiação eletromagnética de baixa frequência sobre o meio ambiente e a saúde pública; ii) que investimentos e tecnologias são necessários para se reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão; e iii) quais são as repercussões práticas e econômicas de uma tal redução sobre o fornecimento de energia elétrica. No recurso são questionados, também, aspectos do arcabouço legal, notadamente o marco regulatório aplicável à distribuição de energia elétrica, a adoção de padrões internacionais de segurança e a aplicação do princípio da precaução a hipóteses como esta. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ConvocacaoAudienciaRE6271891.pdf>> Acesso em: 05 maio 2013.

67 : “[...] A realização da audiência pública propõe-se à oitiva de especialistas, entidades reguladoras e representantes da sociedade civil, visando obter informações técnicas e fáticas relativas ao campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia elétrica, de modo a subsidiar a Corte com o conhecimento especializado necessário para o deslinde da causa em juízo” Despacho convocatório disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ConvocacaoAudienciaRE6271891.pdf>>. Último acesso em: 05 de maio de 2013.

68 Por sua vez, o debate reclama análise que ultrapassa os limites do estritamente jurídico, porquanto demanda abordagem técnica e interdisciplinar acerca da controvérsia, em seus variados aspectos, o que implica discutir, entre outras coisas: i) quais são os efeitos da radiação eletromagnética de baixa frequência sobre o meio ambiente e a saúde pública; ii) que investimentos e tecnologias são necessários

a estratégia aqui materializada, com o apontamento não de questões objetivamente formuladas, mas com a exopressa alusão ao interesse quanto às “...repercussões práticas e econômicas...” envolvidas na temática, associa o olhar pragmático com as possíveis limitações de conhecimento específico do próprio relator, que limitariam a possibilidade de formulação de questões específicas.

Fato notório é o de que não foi assegurada uma representatividade paritária, posto que os expositores, em sua grande maioria, eram representantes do governo, ou técnicos ligados às empresas do ramo de energia elétrica. O conteúdo, portanto, se restringiu à defesa dos parâmetros técnicos constantes na legislação para a instalação das redes, bem como, da inviabilidade econômica de implantação de mudanças. Não foi possível a elaboração de perguntas aos expositores, até porque, inexpressiva a presença dos Ministros⁶⁹. No entanto, denota-se, novamente a atuação veemente e crítica do representante do Ministério Público, que em seu pronunciamento de encerramento apresentou conclusões desabonadoras, atinentes à questão da representatividade, ao ressaltar que “a vertente exposta no evento seguiu o viés econômico, desconsiderando os efeitos sociais”.⁷⁰ Assinala-se ainda a determinação pelo Relator, que o conteúdo das arguições fossem anexadas aos autos, permitindo a contradita dos outros argüentes, fato ainda não verificado nas experiências anteriores.

Forçoso ainda, o registro, da previsão de mais duas audiências, que por certo serão promissoras de grande furor social, em virtude da complexidade e repercussão inerentes às controvérsias. Convocada pelo Ministro Gilmar Mendes, segue agendada para 27 e 28 de maio de 2013, audiência que versará sobre a grande polêmica que constitui o sistema prisional brasileiro⁷¹. Muito embora a convocação tenha sido direcionada para autoridades e membros da sociedade em geral, já se pode perceber,

para se reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão; e iii) quais são as repercussões práticas e econômicas de uma tal redução sobre o fornecimento de energia elétrica. Despacho convocatório...

69 Presentes somente o Ministro Relator Luiz Fux e o Sub-Procurador Geral da República Dr. Mário Gisi.

70 Vídeo disponível em: *Vídeo* - <<http://youtu.be/T2LCweO2cfQ>>.

71 “Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão da Quinta Câmara Criminal do TJRS, o qual deu parcial provimento a recurso de apelação, para fixar a prisão domiciliar de apenado “enquanto não existir estabelecimento destinado ao regime semiaberto que atenda todos os requisitos da LEP” O despacho convocatório não parametrizou quesitos. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoConvocatorioRegimePrisional.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2013.

pela relação de habilitados, que a audiência será para o setor público⁷², ressaltando ainda mais, o viés político da Suprema Corte, na atualidade. Para os dias 17 e 24 de junho de 2013, de relatoria do Ministro Luiz Fux, a questão do financiamento de campanhas eleitorais⁷³ merecerá abordagem.

Por certo que a realização de audiências públicas sobre assuntos revestidos de acentuada relevância no cenário político-social brasileiro, haveriam de propiciar um ganho qualitativo-pragmático na exata medida do aprimoramento da dinâmica empreendida, de modo a propiciar crescente abertura à sociedade e contribuir efetivamente para a composição de julgamentos que, atentos à preocupação consequencialista, atendam aos propósitos transformativos da Carta de Outubro.

72 Conselho Nacional dos Defensores Públicos Gerais; Defensoria Pública do Estado do Ceará; Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo; Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso; Defensoria Pública do Estado do Pará; Defensoria Pública do Estado de São Paulo; Grupo Candango de Criminologia (GCCrim/UnB); Pastoral Carcerária; Conecta Direitos Humanos; Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Desembargadora da 1ª Câmara Criminal); Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Juiz de Direito indicado pela Presidência do Tribunal); Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário); Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul; Ministério Público do Estado de São Paulo; Subsecretário de Estado de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro; Secretário Adjunto de Administração Penitenciária do Estado do Mato Grosso; Secretário-Executivo Adjunto da Secretaria de Estado de Justiça e Direitos Humanos do Estado do Amazonas; Agência Goiana do Sistema de Execução Penal; Superintendente do Sistema Penitenciário do Estado do Pará; Coordenador do Sistema Penitenciário do Distrito Federal; Conselho Nacional de Justiça (Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e de Medidas Socioeducativas); Conselho Nacional do Ministério Público; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Secretário de Estado de Defesa Social do Estado de Minas Gerais; Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública do Estado do Mato Grosso do Sul; Secretário de Administração Penitenciária do Estado da Paraíba; Secretária de Estado de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos do Estado do Paraná; Secretário da Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul; Secretário de Estado da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo; Diretor-Geral do Departamento Penitenciário Nacional (Ministério da Justiça); Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (Ministério da Justiça); Diretora do Departamento de Defesa dos Direitos Humanos da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República; Deputado Federal Relator do PL 299/1999 (cumprimento de penas em regime aberto em casa de albergado ou prisão domiciliar). Cronograma disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Cronograma_Despacho_RE_641320_16042013.pdf>. Acesso em: 13 maio 2013.

73 “Trata-se de Ação de Direta de Inconstitucionalidade, com pedido cautelar, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, contra diversas disposições da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições) e da Lei nº 9.096/95 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos), que, ao possibilitarem doações financeiras por pessoas naturais e jurídicas a campanhas eleitorais e a partidos políticos, teriam contrariado os princípios da isonomia (CRFB/88, art. 5º, caput, e art. 14), democrático, republicano e da proporcionalidade, na sua dimensão de vedação à proteção insuficiente.” Interessante ressaltar, que a OAB postula a modificação da norma, mediante a declaração da inconstitucionalidade com modulação de efeitos, e a determinação ao Legislativo para a elaboração normativa, atribuindo-se ao Tribunal Superior Eleitoral a regulamentação provisória da matéria. <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ConvocacaoAudienciaPublicaFinanciamentoDeCampanhas.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2013.

5 CONCLUSÕES

Os elementos reunidos no presente estudo permitem reconhecer, designadamente nas últimas convocações, que há motivações pragmáticas para a realização de audiências públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

A busca pela oitiva de diversos atores sociais envolvidos, nas diferentes questões controvertidas que suscitam as convocações, revela uma inclinação, por parte de nossa Corte constitucional, à antecipação das consequências de suas deliberações, viabilizada pela ampliação do espectro informacional a lastrear a tomada das decisões.

É notória a evolução dos limites de atuação da Suprema Corte, que a cada dia se envereda, sem poder se eximir, em contendas que, para além da grande complexidade, desbordam para campos usualmente restritos ao debate político. Ao ter que decidir sobre aspectos atinentes a políticas públicas, o Supremo Tribunal tem de conviver com este tênue liame existente entre a concretização de direitos fundamentais e a possibilidade de afronta à esfera de atribuição dos outros poderes, muitas vezes definindo quais sejam as suas competências legislativas e político-administrativas.

A terapêutica para este paradoxo tem sido a procura de saídas hermenêuticas cujos desdobramentos sejam preordenados e a própria democracia participativa através do diálogo social. Ultrapassa-se, pois, em alguma medida, os dogmas da inércia e da autossuficiência do Direito na sua concretização jurisdicional, materializado no obsoleto brocardo *iura novit curie*, para avançar sob novas perspectivas dinâmicas e dialógicas com o fito da construção de uma decisão mais efetiva.

Conhecer fielmente os fatos, não isoladamente, mas sim, projetados no seio de uma realidade social traz um signo de sensatez para análise de todos os prismas da controvérsia, possibilitando melhores escolhas dentro dos fins constitucionalmente protegidos. Em certas situações, a questão jurídica acaba sendo apreciada de modo associado aos contornos fáticos, técnicos e econômicos, inclusive sob o aspecto prospectivo, em prol do bem estar e da máxima efetividade.

O Supremo Tribunal Federal, ao que tudo indica, percebe o potencial do mecanismo das audiências públicas à serviço desta nova órbita jurisdicional, posto que permite agregação ampla de conhecimento aos Ministros, sem uma rígida vinculação aos termos da demanda.

Além do aporte técnico, há a possibilidade de aproximação da Corte à sociedade e o fortalecimento do signo de legitimidade pela aceitação popular. Prova disso foi a justificação apontada pelo Ministro Luiz Fux para convocar a audiência pública sobre financiamento de campanhas eleitorais, acentuando a necessidade de “ouvir a voz da sociedade”⁷⁴.

É certo que o emprego do instrumento ainda reclama aprimoramento: o excesso de discricionariedade do Ministro relator, na escolha dos participantes (por vezes excessivamente atrelados a instâncias governamentais), na elaboração dos quesitos e na definição do rito dos trabalhos ainda embaraça a otimização do produto colhido na construção decisória. Mas é incontroverso, todavia, que já há uma significativa evolução ao longo das iniciativas, agora aparentemente alinhadas à hermenêutica pragmatista.

Para que todas as potencialidades do instituto das audiências públicas sejam aproveitadas, é de se viabilizar o fomento e o incremento de um ambiente deliberativo amplo e diversificado, aprimorando-se todas as vias de diálogo social. O compartilhamento de informações, afinal, se revela imprescindível para a escorreita medição dos possíveis resultados das deliberações vindouras.

Não que o diálogo entre as instâncias de poder seja despido de relevância. Muito ao contrário, para a reconstrução de todo o cenário da controvérsia, em seus plúrimos aspectos, deve-se ouvir não somente os diretamente envolvidos ou, ainda, aqueles que se debruçam sobre a matéria em seus aspectos técnicos: deve-se tomar em conta, inevitavelmente, a ótica daqueles entes públicos que, por injunção constitucional, estão imbuídos na problemática e suas consequentes responsabilidades.

O conhecimento da agenda da Administração Pública para o problema importa não somente em uma decisão mais próxima da realidade e, conseqüentemente, mais efetiva, como também concede, principalmente, um efeito coletivo, passível de afastar o caráter individualista impregnado à justiça distributiva, que tipicamente norteia a tutela dos direitos fundamentais na jurisdição constitucional brasileira.

Anda há um longo caminho a ser percorrido, rumo ao conhecimento, prática e aprimoramento desta via dialógica tão promissora. A recente experiência brasileira revela que a Suprema Corte, para além de se imiscuir em temas outrora reservados à cena política, sinaliza um cuidado com os impactos fáticos, sociais e econômicos de suas mais renhidas discussões.

74 Informação disponível em <stf.jus.br>. *Press release* de 15/06/2013.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Balancing, *Constitutional Review, and Representation*. I-CON, v. 3, n. 4, 2005. p. 572-581.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 6-50, 2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. In RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (org.). *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*: Brasília, Casa Civil da Presidência da República, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 12, n. 96, 2010.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 58, 2007.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1996.

BATEUP, Christine. The Dialogue Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. *Direito E Política*: uma relação difícil. Lua Nova, v. 61, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*: legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. Problemas institucionais no constitucionalismo contemporâneo. *Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 17, 2011.

BUTLER, Brian E. Legal Pragmatism: banal or beneficial as a jurisprudential position? *Essays in Philosophy*, v. 3, art. 14, 2002.

CAMARGO, Margaria Maria Lacombe. Fundamentos Filosóficos Do Pragmatismo Jurídico. *Revista de Direito do Estado*, v. 6, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARBONELL, Miguel. El Neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. *El Canon Neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em Busca da Judicialização da Política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, n. 23, 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Konrad Hesse/Peter Habermas: Um Retorno Aos Fatores Reais De Poder. *Revista de Informação Legislativa*, n. 138, 1998.

_____. Interpretação Constitucional e Política. *Direito Público*, n. 10, 2005.

COSTA, Alexandre Araújo. *O Princípio da Razoabilidade na Jurisprudência do STF: O século XX*. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/o-principio-da-razoabilidade-na-jurisprudencia-do-stf-o-seculo-xx/capitulo-iii-analise-da-jurisprudencia/i-controle-drazoabilidade-de-interpretacoes-/3-necessidade-de-fundamentacao-da-decisoes-judiciais/>>. Acesso em: 17 jul. 2012.

DIMOULIS, Dimitri. A Relevância Prática do Positivismo Jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 102, 2011.

_____. Moralismo, positivismo e pragmatismo na interpretação do Direito Constitucional. *Revista dos Tribunais*, n. 769, 1999.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso De Processo Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, Direito e política. *Novos Estudos*, n. 62, 2002.

FARIA, José Eduardo de. Introdução: o Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. In: _____ (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GARRIDO, Alexandre et al. O Supremo Tribunal Federal e a força normativa dos fatos. *Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ*, n. 3, 2008.

JAMES, William. What pragmatism means. In MENAND, Louis. *Pragmatism: a reader*. New York: Vintage Books, 1997.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo*. Tese de doutorado: Universidade de Brasília, 2010. Disponível em: <http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/9165/1/2010_RodrigodeOliveirakaufann.pdf>.

LANGA, Pius. Transformative Constitutionalism. *Stellenbosch Law Review*, v. 18, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. As Responsabilidades Políticas do Ativismo Judicial: aspectos teórico-práticos da experiência norte-americana e brasileira. In: _____ (org.). *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LIMA, Martonio Mont' Alverne Barreto. Jurisdição Constitucional: Um Problema da Teoria da Democracia Política. In: BERCOVICI, Gilberto et. al. *Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Observatório da Jurisdição Constitucional, ano 2, 2008/2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado*. Belo Horizonte: Forum, 2011.

OLVERA, Jesús Gallegos. El pragmatismo jurídico estadounidense em tiempos de neoconservadurismo y seguridad nacional. *Revista Enfoques*, n. 8, 2008.

PISKE, Oriana. Pragmatismo Jurídico: o diálogo entre a filosofia pragmática e o Direito. *Revista Bonijuris*, v. 23, n. 7, 2011.

POSNER, Richard. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. What has pragmatism to offer Law? *Southern California Law Review*, v. 63, 1989.

TEITEL, Ruti. Transitional jurisprudence: the role of law in political transformation. *Yale Law Journal*, n. 106, 1997.

VALLE, Vanice Regina Lirio (org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009.

_____ et al. *Audiências Públicas e Ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. O Direito-Narciso: nova ameaça à jusfundamentalidade dos direitos. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo*, v. 6, 2007.

_____. Direitos Sociais E Jurisdição: riscos do viver jurisdicional de um modelo teórico inacabado. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga. *Direito público e evolução social – 2ª série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VALLE, Vanice Regina Lirio do; AJOUZ, Igor. Abertura dialógica na jurisdição constitucional: do contramajoritarianismo ao alinhamento com a maioria. *Juris Poiesis*, n. 13, 2010.

VALLE, Vanice Regina Lirio do; SILVA, Cecília de Almeida. Constitucionalismo cooperativo ou supremacia do Judiciário? *Juris Poiesis*, n. 12, 2009.

VIEIRA, José Ribas (org.). *Teoria Constitucional Norte-Americana Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

VIEIRA, José Ribas; AJOUZ, Igor. O constitucionalismo transformador e o papel institucional do Poder Judiciário: uma visão crítica sobre o ativismo judicial. In: VALLE, Vanice Regina Lirio do (coord.). *Justiça e Constitucionalismo em Tempos de Transição*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa & AVRITZER, Leonardo. “Introdução para ampliar o cânone democrático”. In: *Democratizar a Democracia – Os Caminhos da Democracia Representativa*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SILVA, Cecilia de Almeida et al. *Diálogos Institucionais E Ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010.

STRECK, Lênio. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SUSTEIN, Cass. *A constitution of many minds*. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

_____. Constitutional Agreements Without Constitutional Theories. *Ratio Juris*, v. 13, n. 1, 2000.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. Public Law and Legal Theory Working Paper n. 28. *Public Law and Theory Working Paper Series, University of Chicago Law School, 2002*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=320245>. Acesso em: 22 fev. 2013.



SEGURIDADE SOCIAL: ASSISTENCIALISMO X CONTRIBUTIVIDADE

SOCIAL SECURITY: WELFARE SYSTEM X CONTRIBUTORY SYSTEM

Cirlene Luiza Zimmermann

Procuradora Federal

Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul – UCS

SUMÁRIO: Introdução; 1 A seguridade social no Brasil e seus princípios; 2 Afrontas assistenciais aos princípios da previdência social; 3 O subsistema da previdência social rural; 4 A automação e seus reflexos na previdência social; 5 Benefícios previdenciários: a questão da carência; 6 O fator previdenciário; 7 Contribuição continuada dos aposentados; 8 Acidente do trabalho: de quem é a responsabilidade?; 9 A competência jurisdicional para as causas que envolvem a previdência social; 10 O FGTS e a possibilidade ou não de

contribuição desse fundo ao sistema da seguridade social; 11 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O sistema de proteção social no Brasil é visualizado de forma significativa a partir da seguridade social, expressão que demonstra uma concepção de provisão para o futuro e que vem disposta na Constituição da República de 1988 como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Isso evidencia a importância da seguridade social para a melhoria presente e vindoura da qualidade de vida dos brasileiros e justifica a preocupação em torno da sustentabilidade desse sistema, especialmente em sua perspectiva previdenciária, cujo enfoque é contributivo, em oposição ao assistencialismo que rege o sistema da proteção social como um todo. Diante disso, objetiva-se aprofundar neste artigo os estudos acerca dos princípios do sistema da seguridade e da previdência social e alguns aspectos considerados vitais no cenário atual, como o subsistema da previdência social rural, a automação e seus reflexos na previdência social, a questão da carência nos benefícios previdenciários, o fator previdenciário, a contribuição continuada dos aposentados, a responsabilidade sobre os acidentes de trabalho, a competência jurisdicional para as causas que envolvem a previdência social, e a possibilidade ou não de contribuição do FGTS ao sistema da seguridade social; sendo a perfeita compreensão desses temas e a adequada atuação frente às eventuais afrontas ao sistema primordiais para a garantia da sua estabilidade e consequente continuidade no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção Social. Seguridade Social. Previdência Social. Sistema Assistencial. Sistema Contributivo.

ABSTRACT: The social protection system in Brazil is viewed as a significant social security, which shows an expression of design provision for the future and that is prepared in the Constitution of the Republic in 1988 as an integrated set of actions of the initiative of public authorities and society to ensure the rights to health, welfare and social assistance. This highlights the importance of social security to improve this and future quality of life for Brazilians and justifies the concern about the sustainability of the system, especially in its welfare perspective, the focus is contributory, as opposed to care that governs the system of social protection as a whole. Thus, it aims to deepen the studies in this article about the principles of the system's security and welfare and some aspects considered vital in the current scenario, as the subsystem of rural welfare, automation and its impact on welfare, the question

the lack of benefits, the pension factor, the continuing contribution of retirees, the responsibility for accidents at work, the jurisdiction to cases involving the welfare and the possibility or not of FGTS contribution to the system of social security; being a perfect understanding of these issues and appropriate action against any affront to the primary system to guarantee their stability and consistent continuity in Brazil.

KEYWORDS: Social Protection. Social Security. Social Welfare. Welfare System. Contributory System.

INTRODUÇÃO

A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD/IBGE de 2007 registrou a existência de 53,82 milhões de pessoas socialmente protegidas no Brasil, com idade entre 16 e 59 anos. Esse contingente faz parte de um universo de 82,47 milhões de habitantes que se declararam ocupados e se encontram na mesma faixa etária, o que significa uma cobertura total de 65,3%. Em outras palavras, de cada 10 trabalhadores, cerca de 6 estão inseridos no sistema de proteção previdenciária ou assistencial, o que evidencia a duplicação da parcela de brasileiros protegidos nas últimas quatro décadas, já que em 1969, apenas 29,7% da população economicamente ativa possuía tal cobertura. Por outro lado, 28,65 milhões de pessoas, ou seja, 34,7% da população ocupada encontram-se sem qualquer tipo de cobertura social.

Dentre os protegidos, a maior categoria é a dos contribuintes do Regime Geral de Previdência Social – RGPS (47,2% dos ocupados com idade entre 16 e 59 anos), seguida pela dos segurados especiais rurais (9,4%) – diferenciados em função de particularidades na contribuição e elegibilidade ao benefício previdenciário –, dos segurados dos Regimes Próprios de Previdência Social – RPPS (7,2%) e dos não contribuintes que recebem benefícios previdenciários ou assistenciais, já que a PNAD não permite que os benefícios assistenciais sejam dissociados dos benefícios previdenciários, devendo ser ressaltado que os benefícios assistenciais representam cerca de 12,3% do estoque de benefícios emitidos, segundo dados da competência dezembro de 2007 (1,5%).

Já os trabalhadores socialmente desprotegidos são aqueles que não contribuem para a Previdência Social, não recebem benefícios previdenciários e não se enquadram na categoria de segurados especiais. Desse contingente, 15,70 milhões possuem capacidade contributiva - renda mensal igual ou superior a um salário mínimo

- e poderiam ser incorporados ao RGPS. Outros 12,51 milhões, no entanto, possuem rendimentos inferiores ao valor do salário mínimo e, portanto, dificilmente teriam condições de contribuir para a Previdência.

Entre os idosos, definidos como aqueles com idade igual ou superior a 60 anos, a proteção social chega a 80,6%. Os idosos socialmente protegidos – que recebem aposentadoria e/ou pensão de qualquer regime previdenciário ou da assistência social ou contribuem para a Previdência Social – totalizam 16,1 milhões de pessoas, sendo 7,6 milhões homens e 8,5 milhões mulheres.

Assumindo como condição de pobreza a percepção de rendimento domiciliar *per capita* mensal inferior a meio salário mínimo, estima-se, para 2007, em 56,9 milhões a quantidade de pessoas nessa situação – considerando rendas de todas as fontes. Se fossem desconsideradas as rendas advindas do recebimento de benefícios previdenciários e assistenciais, essa quantidade de pobres seria de 79,1 milhões, o que significa dizer que o pagamento de benefícios pela Previdência Social retira da condição de pobreza cerca de 22,2 milhões de brasileiros.¹

Esses dados são uma parte do cenário da seguridade social no Brasil, definida na Constituição da República de 1988 como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

A expressão seguridade social mostra uma concepção de provisão para o futuro. Nesse sentido, explica Martins:

A idéia essencial da Seguridade Social é dar aos indivíduos e a suas famílias tranquilidade no sentido de que, na ocorrência de uma contingência (invalidez, morte etc), a qualidade de vida não seja significativamente diminuída, proporcionando meios para a manutenção das necessidades básicas dessas pessoas. Logo, a Seguridade Social deve garantir os meios de subsistência básicos do indivíduo, não só, mas principalmente para o futuro.²

1 Todos os dados estatísticos apresentados até aqui se encontram em: BRASIL. Ministério da Previdência Social. *Informe de Previdência Social: Evolução Recente da Proteção Social e seus Impactos sobre o Nível de Pobreza*. Outubro de 2008. v. 20, n. 10.

2 MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 19.

Os números apresentados refletem a importância da seguridade social, especialmente em suas perspectivas previdenciária e assistencialista, para a redução da pobreza no Brasil, e justificam a necessidade de se aprofundar o estudo dos princípios desse sistema e eventuais afrontas, já que disso dependerá a sua estabilidade e consequente continuidade.

1 A SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL E SEUS PRINCÍPIOS

A proteção dos direitos da seguridade social pelo Estado surge a partir da implantação da sua face social, cuja evolução decorre da percepção de que a liberdade humana do liberalismo era uma liberdade sem direitos e sem garantias, que conduzia a graves e irreprimíveis situações de arbítrio.

Bonavides explica que com o moderno Estado social cresceram os fins do Estado e sua esfera de responsabilidades, notadamente pela imposição ao poder estatal das necessidades do mundo moderno.³

Diante dessa constatação, importa distinguir o Estado social do socialista, para cuja tarefa novamente utilizar-se-á a lição do eminente constitucionalista:

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, [...] confere [...] os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social.

Quando a presença do Estado, porém, se faz ainda mais imediata e ele se põe a concorrer com a iniciativa privada, nacionalizando e dirigindo indústrias, nesse momento, sim, ingressamos na senda da socialização parcial.

3 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 72-73.

E, à medida que o Estado produtor puder remover o Estado capitalista, dilatando-lhe a esfera de ação, alargando o número das empresas sob seu poder e controle, suprimindo ou estorvando a iniciativa privada, aí, então, correrá grave perigo toda a economia do Estado burguês, porquanto, na consecução desse processo, já estaremos assistindo a outra transição mais séria, que seria a passagem do Estado social ao Estado socialista.⁴

A partir do Estado social, portanto, a proteção social encontra-se dentre as suas funções, gerando uma forte dependência do indivíduo, que passa a estar impossibilitado, perante fatores alheios à sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas.⁵

A partir desse vínculo e/ou dependência do indivíduo com o/ do Estado, fortemente desenvolvido pelos princípios do Estado social, algumas áreas passaram a exigir obrigatória intervenção estatal, não bastando um Estado mínimo, sob pena de afronta a direitos fundamentais consagrados por esse mesmo Estado em sua carta constitucional.

Dentre essas áreas, encontram-se os direitos sociais da saúde, da assistência social e da previdência, denominados no Brasil de direitos da seguridade social. Quando se fala desses direitos, portanto, a “morte” ou “desmaio” do Estado em nada melhora a vida dos homens, por mais que essas ocorrências sejam propaladas como necessárias para a ampliação da liberdade de viver. Muito pelo contrário, eventual afastamento do Estado de sua responsabilidade no tocante a esses direitos tende a gerar ainda mais desigualdade entre os indivíduos.⁶

A instituição do sistema da seguridade social vem ao encontro dos fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, especialmente o da dignidade da pessoa humana, pois somente a proteção social eficaz pode garanti-la, inserida em uma sociedade livre, justa e solidária, preocupada com a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como com a redução das desigualdades sociais e regionais; através da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

4 BONAVIDES, op. cit., p. 186.

5 Ibid., p. 200.

6 SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 17. ed., Rio de Janeiro: Record, 2008. p. 42.

Conforme leciona Duarte, a principal finalidade da seguridade social é a cobertura dos riscos sociais, o amparo social mantido por receita tributária ou assemelhada, sendo que sua instituição deve-se ao fato de o homem ter percebido sua impotência frente aos encargos produzidos pelos riscos sociais, ainda que protegido pelo núcleo familiar.⁷

Costanzi lembra que determinadas características pessoais, como o sexo e a raça do trabalhador, afetam a probabilidade de informalidade e, por consequência, a probabilidade de usufruir de proteção social: “essa relação, mesmo quando isolando outros efeitos, denota o efeito nefasto da discriminação sobre a informalidade e a desproteção social de determinados grupos que são vítimas dessa mazela social”.⁸

Ao se estudar o sistema da seguridade social é indispensável que se analise se ele abrange os programas de renda mínima ou renda cidadã, tão difundidos no Brasil nos últimos anos. Para Figueiredo, o sistema da seguridade social não abrange tais programas, por mais que alguns deles estejam inseridos no complexo da assistência social, como é o caso do benefício assistencial de prestação continuada, previsto na Lei nº 8.742/93⁹. Para a autora, a renda de cidadania, instituída no Brasil pela Lei nº 10.835/2004, é um direito autônomo dos cidadãos de desfrutarem das riquezas do local no qual nasceram ou residem; não se trata de uma ajuda aos pobres, embora ajude aos menos favorecidos e contribua para o decréscimo da desigualdade; é um direito assecuratório de cidadania, permitindo a opção de cada pessoa de se cadastrar ou não para receber o valor, dentro da esfera da sua liberdade; logo, não permite qualquer segregação realizada pelo Estado, definindo quem deve ou não desfrutar desse direito.¹⁰

Na lição de Figueiredo, a instituição de uma política pública como a da renda de cidadania visa concretizar direitos sociais, que se lastreiam na própria dignidade dos indivíduos¹¹, logo, deve ser estruturada de

7 DUARTE, Marina Vasques. *Direito Previdenciário*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 23.

8 COSTANZI, Rogério Nagamine. Características dos Trabalhadores Ocupados e Probabilidade de Proteção Previdenciária. In: *BRASIL. Ministério da Previdência Social*. Informe de Previdência Social. Dezembro de 2008. v. 20, n. 12, passim.

9 FIGUEIREDO, Ivanilda. *Políticas públicas e a realização dos direitos sociais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006. p. 30.

10 *Ibid.*, p. 52.

11 *Ibid.*, p. 64-65.

modo a não se converter num desestímulo ao trabalho, como uma política assistencialista qualquer, que em nada contribui para o acréscimo de cidadania dos contemplados¹². Assim, a renda de cidadania deve se fundar em três pilares fundamentais: universalidade, individualidade e incondicionalidade¹³.

Por outro lado, o art. 203 da Constituição Federal de 1988 prevê que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, tendo por objetivos a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Os programas de transferência de renda adotados no Brasil visam reduzir as desigualdades sociais através da redução da pobreza, com o que, indiretamente, atingem os objetivos traçados para o sistema de assistência social, especialmente o mais amplo deles, que se refere à proteção à família necessitada.

Assim, ao pensar os programas de renda mínima ou renda cidadã na perspectiva de Figueiredo, isto é, independentes da condição financeira dos beneficiados, de fato, devem ser afastados do sistema de seguridade social. Contudo, ao se verificar que o modelo brasileiro do programa de transferência de renda focou na redução da pobreza, não há como negar sua proximidade com o sistema de assistência social, já que seus objetivos são similares e os resultados alcançados em um campo interferem na atuação no outro.

A organização da seguridade social compete ao Poder Público, devendo dar-se com base nos seguintes princípios, constitucionalmente previstos (art. 194, parágrafo único da Constituição da República de 1988):

¹² Ibid., p. 90.

¹³ Ibid., p. 99.

- a) universalidade da cobertura e do atendimento: é a busca da cobertura de todos os riscos (dimensão objetiva) e o atendimento a todos os cidadãos (perspectiva subjetiva), com a observância do princípio contributivo no que se refere à previdência social;
- b) uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais: os direitos garantidos à população urbana no sistema devem ser os mesmos disponibilizados à rural;
- c) seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços: não sendo possível cobrir todos os riscos sociais para todas as pessoas, deverão ser selecionados os serviços mais relevantes e distribuídos para os mais necessitados. Assim, esse princípio mitiga o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento;
- d) irredutibilidade do valor dos benefícios: proibição da redução do valor nominal;
- e) equidade na forma de participação no custeio: também denominado, segundo Duarte¹⁴, de princípio da solidariedade contributiva, com cada um contribuindo para o sistema na medida de suas possibilidades. O art. 195, §9º, da CF/88 prevê alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas em razão da atividade econômica, do porte da empresa, da condição estrutural do mercado de trabalho ou da utilização intensiva de mão-de-obra. Como exemplo, podemos citar os bancos, que pagam 22,5% sobre o total das remunerações pagas, enquanto as demais empresas pagam 20%, conforme determinação do art. 22, § 1º, da Lei nº 8.212/91;
- f) diversidade da base de financiamento: esse princípio complementa o anterior, visando a segurança do sistema. Assim, a seguridade social é financiada por toda a sociedade, conforme previsto no art. 195 da CF/88, de forma direta e indireta, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das contribuições sociais dos empregadores sobre folha de salários, receita ou faturamento e sobre o lucro; dos trabalhadores e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; sobre a receita de concursos de prognósticos (sorteios de números,

14 DUARTE, op. cit., 2007. p. 27.

loterias, apostas, inclusive as realizadas em reuniões hípcas nos âmbitos federal, estadual, do Distrito Federal e municipal) e do importador de bens ou serviços do exterior. Outras fontes de custeio podem estar previstas em leis esparsas, como era o caso da CPMF;

- g) caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

A seguridade social ainda conta com alguns princípios implícitos. Vejamos:

- h) solidariedade ou solidarismo: o financiamento do sistema é solidário, sendo que a contribuição de um serve para ajudar a todos. A obrigatoriedade de o trabalhador aposentado que permanecer na ativa contribuir sobre sua remuneração (art. 195, II, da CF/88) decorre desse princípio, cuja preservação no sistema da seguridade social em tempos de globalização não é muito fácil, pois, como assevera Milton Santos, “a globalização mata a noção de solidariedade, devolve o homem à condição primitiva do cada um por si e, como se voltássemos a ser animais da selva, reduz as noções de moralidade pública e particular a um quase nada”¹⁵. A competitividade, baluarte desse estado de coisas, destroça qualquer espírito de solidariedade.¹⁶
- i) precedência da fonte de custeio¹⁷: o art. 195, § 5º, da CF/88 dispõe que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total;
- j) orçamento diferenciado¹⁸: a Constituição estabelece que a receita da Seguridade Social constará de orçamento próprio, istinto daquele previsto para a União Federal (art. 165, § 5º, III – “A lei orçamentária anual compreenderá [...] o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público” –; art. 195, §§ 1º e 2º – “§ 1º - As receitas dos Estados, do Distrito Federal

15 SANTOS, op. cit., p. 42.

16 Ibid., p. 85.

17 DUARTE, op. cit., 2007. p. 29.

18 Ibid., p. 29.

e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União.” e “§ 2º - A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos.”).

A previdência social, como um dos braços do sistema da seguridade social brasileira, é regida por todos os princípios supra mencionados, sendo organizada, de acordo com o comando constitucional do art. 201, sob a forma de *regime geral* (abrange todos os trabalhadores da iniciativa privada, urbana e rural), de *caráter contributivo* (só quem contribui tem direito a perceber benefícios previdenciários) e de *filiação obrigatória*, observados critérios que preservem o *equilíbrio financeiro e atuarial*.

A implantação da previdência social no Brasil deu-se de forma efetiva com a Lei Eloy Chaves (Decreto-Lei nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923), com a criação das Caixas de Aposentadorias e Pensões junto às empresas ferroviárias. A Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS (Lei nº 3.087/60), apesar de não unificar as Caixas de Aposentadorias e Pensões das diversas profissões, criou normas uniformes para o amparo a segurados e dependentes dos diversos Institutos. A unificação ocorreu com o Decreto-Lei nº 72, de 21 de novembro de 1966, que criou o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), mas ainda não incluía os trabalhadores rurais. A Constituição Federal de 1988, regulamentada pelas Leis nº 8.212/91 e 8.213/91, criou o Regime Geral da Previdência Social – RGPS, este sim, englobando todos os trabalhadores da iniciativa privada, urbana e rural.

A previdência social, apesar de regida pelos mesmos princípios da seguridade social, possui um aspecto que o diferencia dos demais ramos (saúde e assistência social), conforme já referido anteriormente, que é o caráter contributivo, ou seja, só participa desse sistema aquele que contribui. Como sistema contributivo que é, a previdência social brasileira possui tributos específicos para custeá-la, sendo que alguns desses não podem ser utilizados para outros fins, por expressa vedação constitucional, como é o caso das contribuições dos trabalhadores e dos empregadores sobre a folha de salários (art. 167, XI). O caráter contributivo do sistema brasileiro é ainda caracterizado por ser de repartição, ou seja, aquele que contribui não o faz apenas para si, mas para todos os contribuintes (princípio da solidariedade).

Sendo o sistema da previdência social no Brasil de caráter contributivo, é imperioso que ele se sustente, a partir da extensa base contributiva prevista na Constituição.

No entanto, essa sustentabilidade não tem sido visualizada, sendo comum a ocorrência de desvios, como se verá adiante.

2 AFRONTAS ASSISTÊNCIAIS AOS PRINCÍPIOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Seguidamente, ouvem-se notícias de que o sistema previdenciário brasileiro é deficitário. Dentre as causas dessa falta de sustentabilidade podem estar algumas afrontas assistenciais à organização contributiva do sistema.

Segundo noticiado por Cucolo¹⁹, só nos quatro primeiros meses de 2009, o déficit nas contas da Previdência Social cresceu 14%, para R\$ 15,2 bilhões, na comparação com o mesmo período do ano passado. O resultado é a diferença entre uma arrecadação de R\$ 53,8 bilhões – aumento de 5,2% em relação a 2008 – e uma despesa de R\$ 69 bilhões (alta de 7%). Esse déficit se concentra praticamente todo na área rural, para a qual o Ministério da Previdência Social prevê um saldo negativo de R\$ 40 bilhões para o ano de 2009.

Ainda segundo a mesma reportagem, quase 70% dos benefícios pagos pela Previdência Social possui valor de até um salário mínimo, o que representa 18,3 milhões de beneficiários. Trata-se de 47,2% dos benefícios pagos na área urbana (7,2 milhões de pessoas) e 99,3% na área rural (7,7 milhões de beneficiários). O valor médio dos benefícios e aposentadorias pagos no ano chegou a R\$ 655,50, o que representa um aumento real (acima da inflação medida pelo INPC) de 22,4% desde 2002.

O sistema da previdência social, apesar de também regido pelo princípio da universalidade, tem seu ponto mais alto no caráter contributivo, que efetua, por si só, o princípio da seletividade.

Se apenas quem contribui pode usufruir do sistema, como enfrentarão os riscos aqueles que não contribuem, ou porque realmente

19 CUCOLO, Eduardo. *Déficit da Previdência cresce 14% em 2009 e soma R\$ 15,2 bi até abril*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u568107.shtml>>. Acesso em: 27 jun. 2009, passim.

não têm condições para tal, ou porque, por estarem no mercado de trabalho informal, optam por esquecer que, ainda assim, são segurados obrigatórios, na qualidade de contribuintes individuais (quem presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego; ou a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não), conforme se extrai do art. 11, V, “g” e “h”, da Lei nº 8.213/91?

Para enfrentar essa situação, a Previdência Social precisa adotar uma estratégia de publicidade, como se empresa de seguro privado fosse, com novos modelos de inserção (o que depende de legislação própria), de forma a efetivamente atingir toda a classe trabalhadora, inclusive a informal e a momentaneamente desempregada.

3 O SUBSISTEMA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL RURAL

No período entre 1994 a 2000, um estudo realizado por Delgado e Castro²⁰, pesquisadores do IPEA, demonstrou que a necessidade de financiamento (diferença entre gasto com benefícios e arrecadação com contribuições com finalidade específica de financiamento da previdência social rural) é de aproximadamente 90% (média de 10 bilhões de reais por ano, o equivalente a 1% do PIB da época), sendo coberta pelos recursos das contribuições da previdência social urbana e pelo sistema da seguridade social, mas fora do âmbito da previdência social.

Para os pesquisadores, o gasto com a Previdência Rural caracteriza a contrapartida financeira de um direito social, que deve ser assumido pelo conjunto da sociedade e financiado sob a forma de uma transferência tributária, não devendo ser assumido pelos contribuintes urbanos, do ponto de vista da equidade fiscal. O sistema do seguro social contratual do INSS não tem déficit. O déficit é oriundo do subsistema da previdência rural, que não deveria ser financiado pela previdência social urbana, mas pelas contribuições parafiscais que financiam a seguridade social.

A inserção do subsistema da previdência rural no sistema da previdência social, realmente, foi equivocada. A previdência rural como se apresenta hoje tem um viés totalmente assistencialista, sem qualquer

20 DELGADO, Guilherme; CASTRO, Jorge Abrahão de. Financiamento da Previdência Rural: situação atual e mudanças. p. 107-126. In: *Brasil. Ministério da Previdência Social. Base de Financiamento da Previdência Social: Alternativas e Perspectivas*. Brasília: MPS, 2003. passim.

aproximação com o princípio contributivo, que rege a previdência social urbana.

De janeiro a setembro de 2008, a arrecadação líquida da Previdência Social totalizou R\$ 115,6 bilhões, sendo R\$ 111,8 bilhões na área urbana e R\$ 3,7 bilhões na rural (3,2% do total arrecadado). A despesa com benefícios previdenciários somou R\$ 147,9 bilhões, distribuída em R\$ 118,3 bilhões para a clientela urbana e R\$ 29,6 bilhões para a rural (20% do total pago). No acumulado do ano, o valor líquido arrecadado cobriu 78,1% da despesa com pagamento dos benefícios previdenciários, sendo que o valor arrecadado na área urbana cobriu 94,5% da despesa com benefícios urbanos e no meio rural apenas 12,6%. Esses resultados mostram que há uma tendência de equilíbrio entre receita e despesa na previdência urbana, enquanto a necessidade de financiamento é extremamente alta no meio rural, o que demonstra a feição assistencialista da previdência rural.²¹

Disso, conclui-se que os subsistemas da previdência rural e urbana são incompatíveis. Logo, não poderiam ser financiados pelo mesmo caixa, sob pena de comprometer (como já vem ocorrendo) o princípio da universalização dos direitos para os contribuintes urbanos, além de onerá-los excessivamente.

Outro grave problema envolvendo a atividade rural é a sua contagem como tempo de serviço para fins de obtenção de aposentadoria urbana, sem a necessidade de recolhimento das respectivas contribuições, quando essa atividade é anterior a 24/07/1991 (data em que entrou em vigor a Lei nº 8.213/91, nos termos do art. 55, 2º do referido diploma legal).

É extremamente comum homens e mulheres computarem como tempo de serviço o tempo em que exerceram atividade rural em regime de economia familiar desde os 12 (doze) anos até o primeiro emprego urbano, o que gera concessões prematuras de aposentadorias urbanas, sem que isso afete o cálculo do salário de benefício, já que somente são computados os salários de contribuição vertidos a partir de julho de 1994 (plano real) para o referido cálculo.

21 BRASIL. Ministério da Previdência Social. *Informe de Previdência Social: Evolução Recente da Proteção Social e seus Impactos sobre o Nível de Pobreza*. Outubro de 2008. v. 20, n. 10.

Para Rocha²², é comum a concessão de subsídios em um sistema previdenciário financiado por repartição, sendo aceita a flexibilização prevista no dispositivo em destaque no tocante aos legítimos trabalhadores rurícolas. Contudo, a interpretação dada pelo Judiciário e pelo próprio INSS, esse mais influenciado em razão das decisões daquele, acabou favorecendo os segurados urbanos que tinham origem no meio rural, mas que são os que menos necessitam de subsídios. E essa situação ainda perdurará por longo tempo, já que até as últimas décadas houve significativa migração da população rural para o meio urbano.

As mudanças necessárias ao sistema da previdência social envolvendo os trabalhadores rurais, portanto, são duas: separação da previdência social rural da urbana (como era antes da Constituição Federal de 1988), pois aquela é assistencialista e esta é contributiva, a fim de que os recursos sejam devidamente geridos; e a obrigatoriedade de indenizar ao sistema qualquer período de atividade rural que o segurado deseje ver computado para fins de concessão de benefício urbano. Só com a adoção dessas alternativas é que se vislumbra uma maior justiça social para todos os contribuintes do sistema.

4 A AUTOMAÇÃO E SEUS REFLEXOS NA PREVIDÊNCIA SOCIAL

A principal dinâmica da revolução da automação está no firme propósito do empresariado, diante da crescente concorrência global, de substituir trabalhadores por máquinas tanto quanto possível e, com isso, reduzir encargos trabalhistas, aumentar o controle sobre a produção e melhorar as margens de lucro²³. Assim, embora prazos sejam difíceis de prever, segundo o autor americano, estamos nos encaminhando sistematicamente para um futuro automatizado e provavelmente chegaremos a uma era sem trabalhadores, pelo menos na indústria nas primeiras décadas do século XXI e no setor de serviços, embora mais lento na automatização, em meados do século XXI²⁴. Com isso, em “O Fim dos Empregos”, Rifkin conjectura que, em menos de um século, a mão-de-obra “colarinho de silício”²⁵ eliminará o trabalho “em massa” no

22 ROCHA, Daniel Machado. Breves comentários sobre as normas gerais de direito previdenciário que tratam da contagem recíproca do tempo de contribuição e a sua concretização jurisprudencial. p. 11-34.

In: ROCHA, Daniel Machado (org.). *Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 23.

23 RIFKIN, Jeremy. *O Fim dos Empregos: O Contínuo Crescimento do Desemprego em Todo o Mundo*. São Paulo: Makron Books, 2004. p. 6 e 86.

24 *Ibid.*, p. 288-289.

25 *Ibid.*, p. 136.

setor do mercado em praticamente todas as nações industrializadas do mundo²⁶.

Os reflexos da automação sobre a previdência social são significativos, pois, quanto menos empregos com carteira assinada houver, menor será a arrecadação do sistema e, conseqüentemente, maior será o seu déficit, o que o obrigará a buscar recursos de outras fontes para se sustentar, afetando, basicamente, os outros dois ramos da seguridade social (saúde e assistência social). Esse circuito é perigoso, pois abalar a fonte da assistência social e da saúde em momentos de crise na geração de empregos formais é temerário, já que é nesse momento que a assistência social precisa de mais recursos, justamente para financiar a classe trabalhadora através do seguro-desemprego. Rifkin explica tal risco, citando que “a redução da rede social, em uma época em que números crescentes de trabalhadores estavam sendo deslocados pelas novas tecnologias e pela reestruturação gerencial, aumentou as tensões em toda a Europa”²⁷.

O fato é que a automação é uma realidade presente, não podendo o Estado e a sociedade vendarem seus olhos para não enfrentarem as suas conseqüências sobre os níveis de (des)emprego.

Diante desse cenário, é preciso investir em educação, transformar fábricas em escolas²⁸, a fim de reinserir a classe operária, e adotar políticas públicas que envolvam o princípio da equidade na forma de participação no custeio, ou seja, buscando maior contribuição de quem tem mais condições (grandes empresas com elevado uso de tecnologia, crescentes aumentos de produtividade e poucos funcionários) e sobre a base que seja mais rentável (faturamento ou lucro).

Rifkin sugere a expansão do terceiro setor para ajudar a reformular o contrato social no século XXI²⁹ e enfrentar as dramáticas conseqüências da automação sobre a vida das pessoas. O autor explica que isso poderia ocorrer, por exemplo, com o pagamento de salários indiretos por tempo voluntário, a cobrança de um imposto de valor agregado sobre o consumo de produtos e serviços da era high-tech,

26 Ibid., p. 3.

27 Ibid., p. 204.

28 FLUSSER, Vilém. *O mundo codificado: por uma filosofia do design e da comunicação*. Traduzido por Raquel Abi-Sâmara. São Paulo: Cosac Naify, 2007. p. 42.

29 RIFKIN, op. cit., p. 239.

para ser usado exclusivamente como garantia a um salário social aos pobres em troca de serviços comunitários, e o aumento das deduções de impostos para a filantropia corporativa, vinculada aos ganhos de produtividade³⁰. Ainda, sugere o uso de “transferências tributárias” para fomentar oportunidades de emprego no terceiro setor, isto é, a tributação de práticas e atividades social e ambientalmente danosas, com a destinação da receita especificamente à redução dos impostos sobre lucros corporativos, mão-de-obra e renda pessoal³¹. A transferência tributária voltada a comportamentos tanto social como ambientalmente nocivos (os chamados “impostos pecaminosos”) poderia ser destinada a ajudar no financiamento de organizações do terceiro setor, fomentando empregos na sociedade civil e promovendo o desenvolvimento do capital social por todo o mundo³².

A ameaça representada pela automação sobre a estabilidade do sistema jurídico-atuarial-financeiro da proteção social, entre outras causas, levou Chiarelli³³ a sugerir alternativas para minimizar o problema, como o estímulo ao surgimento de novas e a expansão das atuais atividades, predominantemente marcadas pela criatividade, já que nelas prevaleceria a sensibilidade e, conseqüentemente, a contribuição humana em detrimento da máquina, gerando novos empregos e acréscimo de arrecadação pelo sistema; e a redução da jornada humana de trabalho, já que essa limitação, sem diminuição produtiva, tenderá a ocupar mais gente, significando mais arrecadação e menos encargos onerosos ao sistema decorrentes do desemprego, por exemplo.

Segundo Rifkin, a França foi o primeiro país do mundo a adotar uma semana de trabalho de 35 horas³⁴. Só que sob a nova lei da semana de 35 horas, os trabalhadores continuavam a receber por 39 horas de trabalho. Assim, para assegurar a competitividade das empresas francesas, o governo subsidiou a remuneração horária dos trabalhadores, reduzindo os encargos de seguridade social dos empregadores. Além disso, criou um incentivo para que as empresas gerassem novos empregos, concordando em subsidiar as despesas sociais (aposentadoria, saúde, indenizações e seguro-desemprego) de quaisquer novos trabalhadores

30 RIFKIN, op. cit., p. 290.

31 Ibid., p. xxxvii.

32 Ibid., p. xl.

33 CHIARELLI, Carlos Alberto. *Temas contemporâneos na sociedade do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. p. 198-199.

34 RIFKIN, op. cit., p. xxxi.

com baixos salários. Tais subsídios somam, no mínimo, US\$ 3,3 bilhões por ano, sendo que grande parte dos fundos vêm de impostos sobre o tabaco e o álcool³⁵. Ressalta o autor:

Os governos perderão receita no fronte, mas a recuperarão ao fim. Mais pessoas trabalhando significa menos gente no bem-estar social, mais pagamentos, mais consumo, maior poupança e investimento pessoal e maior número de pessoas empregadas pagando tanto o imposto de renda pessoal como sobre transações – tudo isso aumentando a base de receita do governo.³⁶

Segundo estudos realizados pela Previdência Social, publicados no Informe *Evolução Recente da Proteção Social e seus Impactos sobre o Nível de Pobreza*³⁷, o crescimento do emprego formal tem um grande peso no aumento da arrecadação previdenciária, em especial nas receitas correntes que guardam uma vinculação muito estreita com o mercado de trabalho. Esse fato pode ser facilmente comprovado ao se confrontar os principais indicadores de mercado, divulgados mensalmente, com os resultados das receitas correntes do Regime Geral de Previdência Social.

Diante disso, imprescindível a atuação do Estado para melhorar a escolaridade dos brasileiros, pois quanto melhor essa característica, maior a tendência de inclusão do indivíduo no mercado de trabalho, inclusive aqueles com faixas etárias mais reduzidas, onde a informalidade costuma ser maior.³⁸

Assim, além da instrução, a adoção de outras medidas como o estímulo à criação de novas atividades criativas, a aplicação do princípio da equidade na forma de participação no custeio da seguridade social, a redução da jornada semanal de trabalho, acompanhada de sistemas de subsídios como os utilizados na França, e a expansão do terceiro setor tendem a ser alternativas para enfrentar os impactos negativos da automação sobre o sistema da seguridade social.

35 Ibid., p. xxxii.

36 Ibid., p. xxxiii.

37 BRASIL. Ministério da Previdência Social. *Informe de Previdência Social: Evolução Recente da Proteção Social e seus Impactos sobre o Nível de Pobreza*. Outubro de 2008. v. 20, n. 10.

38 COSTANZI, op. cit., passim.

5 BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS: A QUESTÃO DA CARÊNCIA

Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus a determinado benefício previdenciário, conforme se extrai do art. 24 da Lei nº 8.213/91. O parágrafo único do mesmo dispositivo prevê que havendo perda da qualidade de segurado, as contribuições anteriores a essa data só serão computadas para efeito de carência depois que o segurado contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com, no mínimo, 1/3 (um terço) do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício a ser requerido.

O art. 25 da Lei dispõe sobre os períodos de carência exigidos para a concessão dos diversos benefícios, como, por exemplo, 12 (doze) contribuições mensais para o auxílio-doença e aposentadoria por invalidez e 180 (cento e oitenta) para aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de serviço e aposentadoria especial; independentemente de carência a concessão de pensão por morte, auxílio-reclusão, salário-família e auxílio-acidente; bem como auxílio-doença e aposentadoria por invalidez nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho; os benefícios concedidos aos segurados especiais, entre outras prestações (art. 26).

Introduzida a questão, importa referir que a carência exigida para a concessão dos benefícios por incapacidade (auxílio-doença e aposentadoria por invalidez) é extremamente reduzida, não sendo incomum o segurado filiar-se (ou refiliar-se) ao regime, na qualidade contribuinte individual ou segurado facultativo, somente após estar doente e sentir a proximidade da incapacidade, vindo a contribuir com apenas doze (filiação originária) ou quatro (reinscrição) recolhimentos, para o posterior requerimento do benefício.

Uma carência tão facilmente cumprível tende a ser um convite à prática de fraudes ao sistema, situação que tem se intensificado e precisa ser tratada rapidamente, sob pena de causar-lhe sérios prejuízos.

Outro aspecto a referir nesse tópico é a carência exigida para a concessão da aposentadoria especial e por tempo de contribuição, que é de apenas 180 contribuições, quando o tempo de serviço exigido é de 15, 20 ou 25 anos para a primeira e 30 ou 35 anos para a segunda, esta diferenciada para mulheres e homens, respectivamente.

Ora, se desde a Emenda Constitucional nº 20/98 a aposentadoria chama-se por tempo de contribuição e o art. 201, § 7º, inciso I, da Constituição exige trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher, não há motivos para manter a exigência de apenas 180 meses (quinze anos) de contribuições para efeito de carência, pois isso gera consideráveis prejuízos ao sistema, especialmente quando o segurado alega o desenvolvimento de atividade rural anterior a 1991, cujo período é contado como tempo de serviço sem exigir contribuições, conforme já referido acima, o mesmo ocorrendo com a conversão de tempo de serviço de atividade especial em comum (art. 57, § 5º, da Lei nº 8.213/91), com a contagem de tempo de serviço fictício, sem as competentes contribuições.

Assim, apresenta-se necessária uma revisão na sistemática da carência, a fim de que se torne efetivamente um requisito para a concessão de benefícios previdenciários, deixando de ser um mero passo.

6 O FATOR PREVIDENCIÁRIO

O fator previdenciário foi criado pela Lei nº 9.876/1999 devido à ausência na Emenda Constitucional nº 20/1998 do requisito da idade mínima para as aposentadorias concedidas no âmbito do INSS. Trata-se de uma fórmula que procura correlacionar o esforço de contribuição com o tempo esperado de duração do benefício, aplicando-se, obrigatoriamente, apenas à aposentadoria por tempo de contribuição. Quanto mais cedo e com menos tempo de contribuição ocorre a aposentadoria, menor é o fator, que aumenta quando o segurado possui tempo de contribuição e idade elevados. Logo, tem como principal objetivo postergar a idade da aposentação.

O Projeto de Lei nº 3.299/2008 busca revogar o fator previdenciário, sendo apoiado pela classe trabalhadora em geral. Contudo, além disso, o PL busca introduzir a idade mínima para a aposentadoria, o que, aliás, deveria ter sido feito já em 1999, ao invés da criação do tão criticado fator. Todavia, a classe trabalhadora apóia apenas a primeira parte do projeto, esquecendo-se que depende da segunda a sustentabilidade do sistema e a própria garantia de que poderá usufruir de benefício previdenciário quando chegar a sua vez. Tal cenário enquadra-se perfeitamente no dizer de Napoleão, conforme escreve Balzac: “o homem defende muito mais seus interesses do que seus direitos”³⁹.

39 Apud CHIARELLI, Carlos Alberto, op. cit., p. 201.

Assim, a extinção do fator previdenciário é medida importante, já que visa garantir o direito do trabalhador de aposentar-se com um valor de benefício mais coerente com o que vinha recebendo na ativa, situação que efetivamente garantirá seu sustento sem queda na sua qualidade de vida após a jubilação. Contudo, se não confirmada a postergação do início do benefício, com a implementação do requisito da idade mínima para a concessão da aposentadoria, novamente o prejudicado será o sistema, que representa, ninguém menos, que toda a sociedade.

Segundo noticiado pela imprensa⁴⁰, em negociação realizada entre governo e centrais sindicais no dia 25 de agosto de 2009, aparentemente chegou-se a um consenso, com a ideia da criação do fator 85/95, que passaria a ser uma fórmula alternativa ao atual fator previdenciário, requerendo que a soma do tempo de contribuição e da idade do trabalhador ao se aposentar seja igual a 85 anos, no caso de mulheres, e a 95 anos, no caso de homens, para obtenção de uma aposentadoria no valor de 100% do salário de benefício (que passaria a ser a média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a setenta por cento de todo o período contributivo, apurado desde julho de 1994). Entretanto, a nova regra ainda precisa ser aprovada pelo Congresso.

7 A CONTRIBUIÇÃO CONTINUADA DOS APOSENTADOS

Considerando que o sistema da previdência social no Brasil rege-se pelo princípio da solidariedade, em que a contribuição de um serve para ajudar a todos, é natural a exigência de o trabalhador aposentado contribuir sobre sua remuneração no caso de permanecer em atividade, como acontece atualmente (art. 195, II, da CF/88), apesar da crítica ferrenha de doutrinadores como Martins⁴¹. Se o sistema brasileiro caracteriza-se por ser contributivo de repartição, é decorrência lógica que aquele que contribui não o faz apenas para si (senão não teria sentido, por exemplo, o financiamento do sistema decorrente de percentual que incide sobre a receita de concursos de prognósticos, já que estes não usufruem de qualquer benefício no sistema), mas para todos os possíveis beneficiários. Assim, mesmo quem já está recebendo seu benefício continua contribuindo, não especificamente para pagar a sua própria prestação previdenciária, mas para ajudar a todos aqueles que dependem do sistema.

40 Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u615019.shtml>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

41 MARTINS, op. cit., p. 153-156.

Já as aposentadorias e pensões concedidas pelo regime geral de previdência social estão, atualmente, isentas de contribuição para a seguridade social, nos termos do disposto na parte final do inciso II, do art. 195 da Constituição Federal de 1988. Contudo, não seria nenhum absurdo exigí-la, desde que mantida a garantia de nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado ter valor mensal inferior ao salário mínimo, prevista no art. 201, § 2º, da Constituição.

No caso dos servidores públicos inativos e pensionistas dos regimes de previdência públicos, incide tal contribuição sobre seus proventos e pensões, em atenção ao disposto no art. 40, *caput*, da Constituição, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003. Referido dispositivo até teve sua constitucionalidade questionada, através das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3105/DF e 3128/DF, contudo, foi declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em razão da inexistência, em nosso ordenamento, de norma jurídica válida que imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, ou, em outras palavras, da inexistência de direito adquirido ao recebimento desses vencimentos sem a incidência de contribuição previdenciária.

Dessa forma, entende-se que a expansão da base de financiamento da seguridade social para atingir os inativos e pensionistas, com a manutenção da garantia do não recebimento de benefício de valor inferior ao salário-mínimo, apresenta-se como medida possível para a sustentabilidade do Regime Geral da Previdência Social.

8 ACIDENTE DO TRABALHO: DE QUEM É A RESPONSABILIDADE?

Os custos da Previdência Social com os benefícios decorrentes de acidentes do trabalho têm sido elevados, motivo pelo qual a questão também merece reflexão.

O Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho de 2008 (referente apenas aos contratos de trabalho formalizados) apontou para a ocorrência no Brasil de 512.232 acidentes e 2.798 óbitos em 2006 e 653.090 acidentes (o que significa uma incidência de 22 acidentes para cada 1.000 vínculos) e 2.804 óbitos (+ de 10 óbitos por dia útil) em 2007. Além disso, consta do informativo que para cada 100 acidentados em 2007, 55 têm idade entre 16 e 34 anos, ou seja, estão no ápice da vida produtiva.

A Constituição Federal, em seu art.7º, inciso XXII, prevê entre os direitos dos trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, e no inciso XXVIII, o seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

O pagamento do seguro pelas empresas reduz o impacto das eventuais indenizações sobre sua saúde financeira, ao mesmo tempo em que garante imediatidade e certeza da reparação em favor do acidentado.⁴²

Mas a contratação do seguro obrigatório desobriga a empresa de atender ao outro direito dos trabalhadores, que é a redução dos riscos inerentes ao trabalho? Lógico que não! O pagamento do seguro deve servir apenas para cobrir os casos excepcionais, em que, apesar da adoção de todos os meios para elidir ou reduzir os riscos, ainda assim subsistiu algum que provocou o infortúnio.

Logo, não adotados todos esses meios à disposição do empregador para o afastamento dos riscos decorrentes da sua atividade econômica, não deve o segurador social (INSS) e, por consequência, toda a sociedade, responsabilizar-se pelo prejuízo.

Claro que o trabalhador acidentado também não pode ser prejudicado, pois isso significaria desampará-lo diante de uma contingência da vida, que é justamente o que a seguridade social busca amparar, motivo pelo qual se entende adequado que a Previdência Social de imediato conceda o benefício acidentário de direito.

Contudo, concedida a prestação, deve a Previdência Social fazer uso de um instrumento que a Lei nº 8.213/91 lhe coloca à disposição: a ação regressiva acidentária. O art.120 da Lei de Benefícios prevê que, nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.

Assim, em atendimento ao seu papel, o INSS não pode se esquivar desse dever, competindo-lhe ajuizar a ação regressiva acidentária sempre que se deparar com a concessão de benefício acidentário que envolva infortúnio decorrente de negligência do empregador, para cobrar

42 SANTOS, Marco Fridolin Sommer. *Acidente do trabalho entre a seguridade social e a responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 145.

todas as prestações pagas e a pagar no benefício, valor que ressarcirá as despesas do sistema que não têm fonte de custeio prevista, já que o seguro de acidente do trabalho cobrado visa custear os gastos com os acidentes imprevisíveis e inevitáveis.

No tocante aos acidentes de trabalho, ainda importa registrar entendimento equivocado que vem sendo adotado pelo Judiciário nas ações em que se busca a concessão do benefício de auxílio-acidente sob a alegação de perda auditiva induzida por ruído. O art. 86, § 4º, da Lei nº 8.213/91 prevê que a perda da audição, em qualquer grau, somente proporcionará a concessão do auxílio-acidente, quando, além do reconhecimento de causalidade entre o trabalho e a doença, resultar, comprovadamente, na redução ou perda da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

Todavia, a simples perda auditiva, sem qualquer relevância na atividade profissional habitual do segurado e com nexos apenas parciais com o trabalho, tem sido suficiente para a concessão de milhares de benefícios de auxílio-acidente nas mais diversas comarcas da Justiça Estadual desse país.

Diante de tal constatação, entende-se que está faltando conscientização por parte do Poder Judiciário, já que os fatos representam uma afronta aos princípios constitucionais da previdência social, em prejuízo de toda a sociedade, especialmente os da prévia fonte de custeio e da seletividade e distributividade, já que o risco selecionado pelo legislador recaiu sobre a perda auditiva causada pelo trabalho e que cause redução ou perda da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia, sendo devido o benefício apenas aos segurados que se enquadrem com exatidão na situação descrita⁴³, já que

43 Em 12/05/2010, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso especial nº 1.108.298/SC, sob o regime do art. 543-C do CPC c/c a Res. n. 8/2008-STJ (recurso especial repetitivo), entendeu que, para a concessão de auxílio-acidente fundamentado na perda de audição, é necessário que a seqüela seja ocasionada por acidente de trabalho e que haja uma diminuição efetiva e permanente da capacidade para a atividade que o segurado habitualmente exercia, conforme dispõe o art. 86, *caput* e § 4º, da Lei n. 8.213/1991, sendo que o segurado que não comprova o efetivo decréscimo na capacidade para o trabalho que exercia terá seu pedido de concessão do mencionado benefício indeferido. Assim restou ementada a decisão: RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA A DA CF. ART. 543-C DO CPC. RESOLUÇÃO 8/08 DO STJ. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE FUNDAMENTADO NA PERDA DE AUDIÇÃO. REQUISITOS: (A) COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A ATIVIDADE LABORATIVA E A LESÃO E (B) DA EFETIVA REDUÇÃO PARCIAL E PERMANENTE DA CAPACIDADE DO SEGURADO PARA O TRABALHO. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PARECER MINISTERIAL PELO IMPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL DO INSS PROVIDO, NO ENTANTO.

inexiste fonte de custeio para o pagamento de benefícios concedidos sem o atendimento desses requisitos.

9 A COMPETÊNCIA JURISDICIONAL PARA AS CAUSAS QUE ENVOLVEM A PREVIDÊNCIA SOCIAL

O art. 109, inciso I, da Constituição Federal de 1988 prevê a competência dos juízes federais para processar e julgar as causas em que seja parte a União e/ou entidade autárquica, como é o caso do INSS, exceto as de acidentes de trabalho. Já o § 3º do mesmo dispositivo reza que serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal (competência delegada em razão da hipossuficiência do segurado).

No entanto, entende-se que essa delegação de competência sem a devida instrução da Justiça Comum Estadual para a matéria tem gerado distorções graves e que comprometem a sustentabilidade do sistema previdenciário.

Enquanto a Justiça Comum Federal especializou-se no julgamento dessas causas, a Justiça Estadual sequer tem tempo para elas, diante do numeroso volume de matérias que lhe são submetidas, o que leva à impossibilidade de apreciação das ações previdenciárias e acidentárias com a cautela que merecem, por envolverem um sistema do qual depende o futuro da grande maioria dos brasileiros.

-
1. Nos termos do art. 86, caput e § 4o. da Lei 8.213/91, para a concessão de auxílio-acidente fundamentado na perda de audição, como no caso, é necessário que a seqüela seja ocasionada por acidente de trabalho e que acarrete uma diminuição efetiva e permanente da capacidade para a atividade que o segurado habitualmente exercia.
 2. O auxílio-acidente visa indenizar e compensar o segurado que não possui plena capacidade de trabalho em razão do acidente sofrido, não bastando, portanto, apenas a comprovação de um dano à saúde do segurado, quando o comprometimento da sua capacidade laborativa não se mostre configurado.
 3. No presente caso, não tendo o segurado preenchido o requisito relativo ao efetivo decréscimo de capacidade para o trabalho que exercia, merece prosperar a pretensão do INSS para que seja julgado improcedente o pedido de concessão de auxílio-acidente.
 4. Essa constatação não traduz reexame do material fático, mas sim valoração do conjunto probatório produzido nos autos, máxime o laudo pericial que atesta a ausência de redução da capacidade laborativa do segurado, o que afasta a incidência do enunciado da Súmula 7 desta Corte.
 5. Recurso Especial do INSS provido para julgar improcedente o pedido de concessão de auxílio-acidente, com os efeitos previstos no art. 543-C do CPC e na Resolução 8/2008 (recursos repetitivos). (STJ, Terceira Seção, REsp nº 1.108.298/SC, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Data do Julgamento: 12/05/2010) (grifo nosso)

Frequentemente se tem verificado a mitigação dos requisitos nas ações previdenciárias e acidentárias julgadas pela Justiça Estadual, com uma visão claramente assistencialista nas questões que envolvem a previdência social, cujo sistema é contributivo, como tivemos a oportunidade de verificar quando falamos dos acidentes de trabalho.

Isso não significa que na Justiça Federal tudo sejam flores. Muito pelo contrário, já que em muitas Varas Federais, especialmente nas de Juizados Especiais, também nos deparamos com atrocidades envolvendo o sistema da previdência social⁴⁴.

A própria atuação dos Tribunais Superiores merece críticas, quando decide, por exemplo, que a revogação da tutela antecipada no trato de verba previdenciária não exige a restituição dos valores recebidos, diante de seu caráter alimentar e da não configuração de fraude ou má-fé do segurado em seu recebimento.⁴⁵ Ora, se a restituição não for obrigatória, em prejuízo do toda a sociedade⁴⁶, estamos diante do perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, que impede o uso do instituto da antecipação dos efeitos da tutela, nos termos do art. 273, § 2º, do Código de Processo Civil.

Ainda maior reflexão merece a questão quando um Tribunal Superior usa a causa da seguridade social como estratégia de *marketing*, como fez o Superior Tribunal de Justiça, ao divulgar a notícia intitulada “STJ é vanguarda nos direitos da seguridade social”⁴⁷. A reportagem destaca a atuação do Tribunal, dentre outros temas, no tocante à possibilidade da desaposentação: “A situação típica é quando a pessoa se aposenta proporcionalmente, mas continua trabalhando e contribuindo para o INSS e, posteriormente, usa esse tempo para

44 A Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Rio Grande do Sul é um exemplo disso, em que, pela experiência prática com a atuação na Procuradoria Federal, é possível afirmar que 90% dos processos são julgados com votos de meia página, em que apenas se confirma a sentença pelos seus próprios fundamentos e se condena o recorrente em honorários advocatícios, ou seja, sem qualquer análise minuciosa do mérito, atitude mínima que se espera de uma segunda instância do Judiciário.

45 Precedentes do STJ: AgRg no Ag 1.101.490-RS, julgado em 26/5/2009; REsp 991.030-RS, DJ 15/10/2008, e AgRg no Ag 399.531-RJ, DJ 9/2/2004.

46 A antecipação dos efeitos da tutela em ações previdenciárias é medida extremamente comum (mesmo que o segurado tenha passado recentemente por perícia médica junto ao INSS), especialmente quando a ação tramita na Justiça Estadual, o que é confirmado pelo expressivo número de agravos de instrumentos interpostos pela Procuradoria Federal junto aos Tribunais Federais Regionais versando sobre a questão.

47 Notícia veiculada no site do Superior Tribunal de Justiça em 28/06/2009. Disponível em: <http://www.stj.gov.br:80/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=92658>. Acesso em: 28 jun. 2009.

conseguir aposentadoria integral. Na primeira e segunda instância, tem sido admitida essa possibilidade, mas é exigida a devolução dos benefícios já pagos. Já o STJ tem entendido que, como a pessoa já contribuiu com a seguridade, não haveria por que devolver os benefícios pagos.”

O Decreto nº 3. 048/99, que regulamenta a Lei de Benefícios da Previdência Social, prevê em seu art. 181-B, que “as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis.”

Quanto à matéria da desaposentação, Duarte⁴⁸ defende a impossibilidade da simples revisão de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição já concedida, admitindo a revogação do ato, desde que desfeitas todas as consequências jurídicas que ele havia trazido (efeitos *ex tunc*), inclusive com a devolução das parcelas recebidas a esse título, ainda que tenham natureza alimentar, sob pena de se admitir enriquecimento ilícito e prejuízo para o universo previdenciário (criação de despesa não autorizada em lei, com afronta aos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público), onde vigora o princípio da solidariedade social.

Assim, necessário um olhar menos paternalista por parte do Poder Judiciário sobre as questões previdenciárias, com especial atenção aos princípios contributivo e da prévia fonte de custeio que regem o sistema.

Felizmente, a matéria será novamente analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista a admissão do processamento do incidente de uniformização de jurisprudência (Pet 9231) suscitado por um aposentado, contra decisão da Turma Nacional de Uniformização (TNU) que aplicou entendimento contrário ao já consolidado pela Corte Superior, que admite a renúncia à aposentadoria para fins de concessão de novo benefício, sem que para isso seja necessária a devolução ao Erário dos valores já recebidos. Assim, está suspensa a tramitação de todos os processos no país que tratam da mesma controvérsia até o julgamento no STJ, que ocorrerá pela Primeira Seção.⁴⁹

48 DUARTE, Marina Vasques. Desaposentação e revisão do benefício no RGPS. p. 73-94. In: ROCHA, Daniel Machado (org.). *Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 81 e 89.

49 Ver mais informações no site do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/porta_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106332>. Acesso em: 10 jul. 2012.

Por outro lado, também é urgente a alteração da competência constitucional, seja a acidentária⁵⁰, seja a delegada, requisição que ganha ênfase com a interiorização da Justiça Federal ocorrida nos últimos anos e a ser intensificada nos próximos, diante da criação de mais 230 (duzentas e trinta) Varas Federais pela Lei nº 12.011, de 4 de agosto de 2009, a serem implantadas até 2014, providências que tenderão a moralizar, pelo menos um pouco, o cenário jurídico relacionado à Previdência Social.

10 O FGTS E A POSSIBILIDADE OU NÃO DE CONTRIBUIÇÃO DESSE FUNDO AO SISTEMA DA SEGURIDADE SOCIAL

O fundo de garantia do tempo de serviço (FGTS) foi criado pela Lei nº 5.107/66 para substituir a garantia do emprego prevista nos Capítulos V e VII do Título IV da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). No entanto, quando de sua criação, o FGTS não era um regime obrigatório, cabendo aos empregados optarem por ele ou não (art. 1º da referida lei).

A partir da Constituição Federal de 1988, o fundo de garantia do tempo de serviço passou a ser direito de todos os trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, III), ficando ressalvado o direito adquirido dos trabalhadores que, à data da promulgação da Constituição, já tinham o direito à estabilidade no emprego nos termos do Capítulo V do Título IV da CLT (art. 14 da Lei nº 8.036/90).

O FGTS é regido por normas e diretrizes estabelecidas por um Conselho Curador, composto por representação de trabalhadores, empregadores e órgãos e entidades governamentais (art. 3º da Lei nº 8.036/90), sendo que compete a esse Conselho estabelecer as diretrizes e os programas de alocação de todos os recursos do FGTS, de acordo com os critérios definidos na Lei nº 8.036/90, em consonância com a política nacional de desenvolvimento urbano e as políticas setoriais de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana estabelecidas pelo Governo Federal (art. 5º, inciso I). O art. 9º, § 2º da Lei refere que os recursos do FGTS deverão ser aplicados em habitação, saneamento básico e infraestrutura urbana, devendo as disponibilidades financeiras ser mantidas em volume que satisfaça as condições de liquidez e remuneração mínima necessária à preservação do poder aquisitivo da moeda. O art. 26 do referido diploma legal dispõe que é competente a

50 A Proposta de Emenda à Constituição – PEC nº 278/2008, que tramita na Câmara dos Deputados, trata da questão.

Justiça do Trabalho para julgar os dissídios entre os trabalhadores e os empregadores decorrentes das regras do FGTS, mesmo quando a Caixa Econômica Federal e o Ministério do Trabalho e da Previdência Social figurarem como litisconsortes.

Pelo exposto, é de se concluir que o FGTS tem natureza trabalhista, já que ingressou entre os direitos dos trabalhadores em substituição ao instituto da estabilidade por tempo de serviço. Trata-se de uma espécie de poupança, assegurada pelo empregador ao empregado, a fim de lhe garantir, em especial, a subsistência em caso de desemprego involuntário ou, como ensinam Motta e Barchet⁵¹, o FGTS consiste em uma reserva financeira que serve de garantia mínima para o trabalhador, um fundo financeiro pessoal para o trabalhador, que lhe permite custear despesas extraordinárias, que escapam à possibilidade de pagamento com seu salário normal, além de servir de parâmetro para a definição do valor da multa indenizatória por despedida arbitrária ou sem justa causa, até que seja editada a lei complementar referida no art. 7º, inciso I, da Constituição da República de 1988.

Contudo, os valores depositados nesse fundo precisam ter alguma rentabilidade, como toda poupança tem. Para isso, optou o legislador em aplicar os recursos em habitação, saneamento básico e infraestrutura urbana, cobrando por isso, sendo que o § 1º do art. 9º da Lei nº 8.036/90 exige que a rentabilidade média das aplicações deverá ser suficiente à cobertura de todos os custos incorridos pelo Fundo e ainda à formação de reserva técnica para o atendimento de gastos eventuais não previstos, sendo da Caixa Econômica Federal e dos demais órgãos integrantes do Sistema Financeiro da Habitação – SFH o risco de crédito.

Assim, os recursos do FGTS são utilizados para a realização de políticas públicas relacionadas com a política nacional de desenvolvimento urbano e as políticas setoriais de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana estabelecidas pelo Governo Federal sendo que essa destinação como instrumento de crédito (finalidade econômica e financeira) de baixo custo visa garantir direitos sociais, ao mesmo tempo em que garante a rentabilidade mínima dos valores investidos no Fundo, com a garantia do capital.

Diante dessas constatações, conclui-se que os recursos do FGTS não poderiam ter destinação assistencial, já que o dinheiro aplicado precisa retornar com rentabilidade, mesmo que mínima, aos

51 MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 343.

trabalhadores empregados (especialmente porque costumam precisar dele em momentos de crise, para garantir o sustento e possibilitar a continuidade da vida profissional), como se investidores fossem, sendo um sistema contributivo de capitalização. A aplicação assistencial impediria esse retorno, já que a seguridade social é um sistema contributivo de repartição, ou seja, não há nenhuma garantia de receber de volta o investimento feito, que, na realidade, é um gasto.

Assim, diferentemente da contribuição previdenciária, que o segurado paga sem saber se um dia usufruirá das prestações, o FGTS é recolhido mensalmente pelo empregador, tendo o empregado a garantia de que receberá aquela quantia quando se enquadrar em uma das hipóteses de saque previstas em lei, não sendo possível aplicar seus recursos em investimentos inseguros ou em dispêndios sem retorno, como seria com a seguridade social.

11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema de seguridade social no Brasil, instituído pela Constituição da República de 1988, trata-se de um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. A Seguridade Social visa garantir os meios de subsistência básicos do indivíduo, não só, mas principalmente para o futuro, sendo extremamente relevante para a redução da pobreza no país.

Contudo, esse sistema vem enfrentando dificuldades, tendo esse artigo focado especialmente nos dilemas da previdência social. Segundo Chiarelli⁵², a principal enfermidade do atual sistema da previdência social é o aumento da longevidade, já que, quanto mais vive o beneficiário, maior o tempo em que terá que ser sustentado pelo sistema.

Diante disso, questiona-se: será que o sistema de previdência social pública somente é viável em países subdesenvolvidos, em que a expectativa de vida é menor?

Apesar de uma resposta positiva a essa indagação ser atrativa, não se acredita nisso. Um sistema amplo de seguridade social como o existente no Brasil é justo, diante da perspectiva social da questão, que, por cobrir riscos futuros, requer a interferência estatal, para efetivamente garantir a

⁵² CHIARELLI, op. cit., p. 192.

cobertura; e também é possível, dependendo apenas de uma melhor gestão, com a tomada de atitudes imediatas diante de algumas falhas.

Rocha⁵³ defende que em um contexto econômico desfavorável, no qual fica cada vez mais evidente que os bens da vida, assim como os recursos estatais, não são suficientes para atenderem a todas as carências humanas, torna-se imperioso aprofundar a reflexão sobre o funcionamento global dos sistemas de prestação estatal, detectando-se quais são as necessidades sociais mais relevantes e cujo atendimento deve ser prioritário (princípio da seletividade e da distributividade na prestação dos benefícios e serviços), a fim de que a interpretação obtida não seja distorcida e acabe por comprometer ainda mais a satisfação das legítimas expectativas dos cidadãos mais necessitados.

O sistema da seguridade social planejado para o Brasil pode e precisa perdurar, em atenção aos objetivos e fundamentos da nossa Carta Magna, que são cláusulas pétreas. Todavia, a sustentabilidade desse sistema depende das ações que o envolvem terem embasamento nos princípios constitucionalmente estatuídos, os quais devem conduzir o trabalho legislativo e não serem corrompidos por uma atuação administrativa e judiciária assistencial e sem visão de futuro.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Assembléia Nacional Constituinte, 1988.

_____. *Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991*. Brasília: Congresso Nacional, 1991.

_____. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Brasília: Congresso Nacional, 1991.

_____. Ministério da Previdência Social. *Informe de Previdência Social: Evolução Recente da Proteção Social e seus Impactos sobre o Nível de Pobreza*. Outubro de 2008. v. 20, n.10.

53 ROCHA, op. cit., p. 33.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego; Ministério da Previdência Social. *Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho: AEAT 2007*. Brasília: MTE: MPS, 2008.

CHIARELLI, Carlos Alberto. *Temas contemporâneos na sociedade do trabalho*. São Paulo, LTr, 2007.

COSTANZI, Rogério Nagamine. *Características dos Trabalhadores Ocupados e Probabilidade de Proteção Previdenciária*. In: BRASIL. Ministério da Previdência Social. Informe de Previdência Social. Dezembro de 2008. v.20, n.12.

CUCOLO, Eduardo. *Déficit da Previdência cresce 14% em 2009 e soma R\$ 15,2 bi até abril*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u568107.shtml>>. Acesso em: 27 jun. 2009.

DELGADO, Guilherme; CASTRO, Jorge Abrahão de. *Financiamento da Previdência Rural: situação atual e mudanças*. p. 107-126. In: Brasil. Ministério da Previdência Social. *Base de Financiamento da Previdência Social: Alternativas e Perspectivas*. Brasília, MPS, 2003.

DUARTE, Marina Vasques. Desaposentação e revisão do benefício no RGPS. p. 73-94. In: ROCHA, Daniel Machado (org.). *Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Direito Previdenciário*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

FIGUEIREDO, Ivanilda. *Políticas públicas e a realização dos direitos sociais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

FLUSSER, Vilém. *O mundo codificado: por uma filosofia do design e da comunicação*. Traduzido por Raquel Abi-Sâmara. São Paulo: Cosac Naify, 2007.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2006.

MOTTA, Sylvio, BARCHET, Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

RIFKIN, Jeremy. *O Fim dos Empregos: O Contínuo Crescimento do Desemprego em Todo o Mundo*. São Paulo: Makron Books, 2004.

ROCHA, Daniel Machado. Breves comentários sobre as normas gerais de direito previdenciário que tratam da contagem recíproca do tempo de contribuição e a sua concretização jurisprudencial. p. 11-34. In: ROCHA, Daniel Machado (org.). *Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SANTOS, Marco Fridolin Sommer. *Acidente do trabalho entre a seguridade social e a responsabilidade civil*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2008.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.



RAZÕES HISTÓRICAS DO DESEQUILÍBRIO REGIONAL E FEDERATIVO

*HISTORICAL REASONS OF THE FEDERAL AND
REGIONAL IMBALANCE*

Cleucio Santos Nunes

Advogado em Brasília

Professor do UniCEUB e do IESB de Direito Financeiro e Tributário/Brasília

Mestre em Direito pela Universidade Católica de Santos

Especialista em Direito Tributário e Processual Tributário pela PUC/SP

Vice-Presidente Jurídico dos Correios (ECT)

Jefferson Carús Guedes

Advogado da União

Professor da Graduação e Mestrado do UniCEUB/Brasília

Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP

SUMÁRIO: Introdução; 1 Origens históricas das disparidades econômicas regionais brasileiras; 2 A função da federação ante a ocorrência de disparidades econômicas regionais; 3 Os efeitos das disparidades econômicas entre as regiões; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo faz breve relato histórico do desenvolvimento econômico do Brasil com o fim de investigar se este pode ser a causa das disparidades econômicas entre as regiões do país. Feita essa retrospectiva de fatos históricos, pode-se concluir que os diversos ciclos econômicos do Brasil contribuíram para a concentração de melhores condições de desenvolvimento econômico nas regiões sudeste e sul. Isso exige do Governo Central a transferência de recursos financeiros a outros entes federados com a finalidade de se corrigirem as disparidades econômicas entre as regiões. Este trabalho introduz o tema das *transferências de recursos financeiros para correção de disparidades econômicas no federalismo fiscal*, no qual será examinada a relação da federação com as competências atribuídas aos entes federados e a busca do bem-estar da população por meio do desenvolvimento socioeconômico, tudo com vistas a diminuir a relação de dependência econômica entre as unidades federadas.

PALAVRAS-CHAVE: Desenvolvimento Econômico do Brasil. Histórico. Desigualdades Regionais.

ABSTRACT: The present study is brief historical account of the economic development of Brazil in order to investigate whether this may be the cause of the economic disparities between regions. Done this retrospective historical facts, it can be concluded that economic cycles in Brazil contributed to the concentration of a better economic development in the southeast and south. This requires central government to transfer funds to other federal entities in order to correct the economic disparities between regions. This paper introduces the issue of transfers of financial resources to correct economic disparities in fiscal federalism, which will review the relationship of the federation with the powers granted to federal entities and the pursuit of well-being of the population through socioeconomic development, all with order to reduce the economic dependency ratio between the federated units.

KEYWORDS: Economic Development in Brazil. History. Regional Inequalities.

INTRODUÇÃO

O tema das transferências de recursos prende-se íntima e profundamente à formação do Estado, mais exatamente ao Estado federado e ao princípio do pacto federativo. Tratar da necessidade de se transferirem receitas entre os entes de uma federação não autoriza que sejam deixados de lado aspectos econômicos, históricos, sociológicos, políticos e estatísticos, os quais, devidamente articulados, podem explicar o estágio de desenvolvimento das regiões e lançam as projeções de crescimento equilibrado de toda a federação.

A noção que se extrai do conjunto normativo da Constituição Federal (em especial dos artigos 1º, 3º, 18, 157, 158 e 159) remete ao conceito de que *federalismo fiscal* é a descentralização de atribuições e de receitas às entidades subnacionais.¹

Esse compartilhamento de recursos financeiros para a execução de competências materiais estabelecidas pela Constituição conduz à delicada articulação de fatores econômicos e políticos que buscam explicação na história do desenvolvimento do país.

A distribuição de recursos financeiros dentro de uma federação pode comportar duas ordens de idéias. Pela primeira, pede-se a organização de um sistema que garanta a distribuição de receitas arrecadadas pelo ente central com competência tributária mais ampla. Neste caso, pretende-se a repartição da riqueza nacional em níveis que possam atuar na execução das competências constitucionais estabelecidas para cada ente federado. São exemplos os artigos citados, os quais cuidam da repartição das receitas tributárias na federação. Esse sistema, devidamente pré-estabelecido e institucionalizado na Carta Política, opera em regime obrigatório de distribuição, o qual se aloja perfeitamente na previsão do artigo 25 da Lei Complementar 101, de 2000, Lei de Responsabilidade Fiscal. Tal artigo distingue – sem *definir propriamente* – *transferências obrigatórias de transferências voluntárias*.

A outra forma de transferência de recursos não passa por um regime legal rígido de garantia de recursos, como ocorre com as transferências obrigatórias, já que estas são garantidas por disposições constitucionais. Assim, as transferências admitem também certa flexibilidade. Daí por

1 GOLDBERG, Daniel K. Entendendo o federalismo fiscal: uma moldura teórica multidisciplinar. In: *Federalismo fiscal*, p. 17.

que dependerão de previsões orçamentárias amplas e de disponibilidades financeiras. Por essa razão são consideradas transferências voluntárias, para distinguir do regime das obrigatórias. Tais transferências também estão aludidas no artigo 25 da Lei Responsabilidade Fiscal.

Assim, o quadro jurídico dogmático das transferências de recursos no âmbito do federalismo fiscal é amplamente regulado pela lei referida, podendo ser o regime das transferências *obrigatório* ou *voluntário*. Aquele decorre de disposição constitucional ou legal, ou ainda, das transferências do Sistema Único de Saúde – SUS. O outro, a contrário senso, será toda forma de transferência de capital, que se alicerce em regime jurídico precário, porquanto inserido em disposições orçamentárias sem garantia de disponibilidade financeira.

Neste trabalho, pretendemos demonstrar que as transferências de recursos no sistema federado são fundamentais. Talvez uma das justificativas da formação de um Estado federado esteja na necessidade de diminuição das desigualdades econômicas regionais, por meio de um esforço conjunto de entidades, sob a organização de um ente central.

Para o exame adequado da formação da federação brasileira e dos mecanismos de distribuição de recursos entre os entes federados (transferências obrigatórias e voluntárias) do ponto de vista político e, portanto, jurídico, a justificativa material do federalismo fiscal hodierno resulta da formação econômica brasileira.²

1 ORIGENS HISTÓRICAS DAS DISPARIDADES ECONÔMICAS REGIONAIS BRASILEIRAS

Em quinhentos anos de história, a ocupação do território como base da economia brasileira marcou os últimos quatro séculos. A produção de bens de maior valor agregado (industriais) no Brasil, somente se inicia com o fim do ciclo do café, na primeira metade do século XX. Mesmo antes da era da colonização, o país experimentou atividade econômica marcada pelo extrativismo, em especial do pau-brasil, que vai aproximadamente de 1501 a 1530.³

2 ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os barões da federação: os governadores e a redemocratização brasileira*, cap. I, p.31-33.

3 FURTADO, Milton Braga. *Síntese da economia brasileira*. 5. ed. p. 9.

Após a fase do descobrimento e a exploração do pau-brasil, a economia brasileira percorreu vários ciclos conhecidos, o que mais perdurou foi o da cana-de-açúcar, que evoluiu de 1530 a até meados de 1600, tendo encontrado seu apogeu entre 1646 e 1654. Apesar de já se encontrar em declínio nessa época, a cana-de-açúcar se manteve como influente fonte de exportações até ser ultrapassada pelo café, no século XIX.⁴

O ciclo da cana-de-açúcar ajuda a compreender, em parte, as disparidades da formação econômica do país desde aquela época, em que a terra era distribuída por critérios pessoais entre o donatário das terras da Coroa e os sesmeiros. O donatário recebia as terras e as distribuía em sesmarias, as quais podiam se estender do Rio Grande do Norte a São Vicente, hoje município do Estado de São Paulo. Essa distribuição se estendia por uma faixa territorial de trinta a sessenta quilômetros do litoral para o interior.⁵

A cultura da cana-de-açúcar explica a ocupação econômica do litoral brasileiro, as consequências da exploração do meio-ambiente da região e a formação de vilas e cidadezinhas, que deram ensejo à maioria das cidades economicamente desenvolvidas.⁶

O avanço para o interior se deveu ao ciclo do ouro, outra fonte da economia colonialista e mercantilista de Portugal. A Coroa somente passou a dar importância à lavra do ouro, com o declínio da cana-de-açúcar. A indústria açucareira não permitia a abertura de espaço para novos bens de produção. Além disso, as grandes reservas de metal localizavam-se no interior da colônia e os bandeirantes não eram, em um primeiro momento, exímios pesquisadores de metais preciosos. Na região de Goiás, chegou-se a observar tribos indígenas que usavam pequenos adornos em ouro, mas o acesso às minas era difícil e a cana-de-açúcar produzia lucros abundantes o bastante para sustentar a economia portuguesa. Por esses motivos, os primeiros anos de colonização se ativeram à monocultura agrícola como base da economia.⁷

Apesar de não existir precisão de datas, afirma-se que as primeiras minas de ouro descobertas no Brasil ocorrem na região do Arraial de

4 Idem, *ibidem*, p. 19.

5 Idem, *ibidem*, p. 20.

6 HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. item n. 2, p. 48.

7 Idem, *ibidem*, p. 50.

Nossa Senhora do Ribeirão do Carmo, em 1696, atualmente conhecida como a cidade de Mariana, no Estado de Minas Gerais. Depois seguiram as descobertas de minas na localidade de Vila Rica (1698), Ouro Preto (1700), São João Del Rei (1705). Em seguida, os bandeirantes rumaram para o norte, descobrindo ouro e diamante na Serra do Espinhaço e Serro Frio, na Chapada Diamantina (1729). A mineração também avançou para outras regiões da colônia, tais como Bahia, São Paulo, Pernambuco, Ceará, Maranhão e Pará, lugares em que as reservas eram mais raras.⁸

Assim é que o final do século XVII e o começo do século XVIII dão início ao ciclo do ouro no Brasil, retomando o modelo econômico extrativista do pau-brasil, porquanto para Portugal a extração do ouro tanto o de mina quanto o de aluvião era mais simples do que a cultura e beneficiamento da cana-de-açúcar.

Um dos principais efeitos do ciclo do ouro foi a migração e imigração de populações. De acordo com os dados históricos, as populações do nordeste e de São Paulo sofreram intenso êxodo em razão dos atrativos gerados com as descobertas das jazidas de ouro do interior do país.

Até os portugueses, sobretudo em razão das instabilidades políticas e econômicas de Portugal na ocasião, decidiram migrar em massa para a região das minas. O crescimento econômico e populacional da colônia foi tão relevante nessa época, que elevou o Brasil à condição de Vice-Reino português, em 1763. Isso obrigou o deslocamento da capital da colônia, de Salvador para o Rio de Janeiro (1753), certamente por força do enfraquecimento da economia açucareira nordestina. O Rio de Janeiro, em razão da proximidade com a região das minas era possuidor do principal porto de escoamento de ouro e diamantes.⁹

O ciclo do ouro entra em declínio a partir de 1760. A forma atávica como se deu a exploração do ouro na colônia, era contrária ao planejamento de qualquer política econômica duradoura. O apogeu do ciclo da mineração ocorreu no reinado de D. João V (1706-1750), marcado pelo absolutismo e louvor à opulência do ouro, com a construção de obras suntuosas na metrópole.¹⁰

8 Idem, *ibidem*, p. 51.

9 FURTADO, *op. cit.* p. 54.

10 De acordo com Milton Braga Furtado, "A Coroa portuguesa com o ouro do Brasil, além de doações e outros gastos, edificou a cidade de Mafra, construiu a biblioteca da Universidade de Coimbra e o

Em síntese, nada foi feito para conduzir o capital gerado com a mineração para atividades econômicas permanentes.

Com o fim do ciclo do ouro as populações que viviam à custa da mineração entraram em franco empobrecimento, já que nas zonas mineradoras não se desenvolveram culturas agrícolas capazes de compensar a escassez do minério. O abastecimento dessas regiões durante o ciclo vinha do nordeste e do Sudeste.

A queda da mineração no final do século XVIII voltou a impulsionar os portos do norte e do nordeste para a exportação de gêneros agrícolas, notadamente em função da Revolução industrial que se iniciava na Europa, gerando núcleos urbanos que necessitavam ser abastecidos de matérias-primas e produtos agrícolas vindos das colônias americanas. Igualmente, a guerra da independência americana (1776) e as guerras napoleônicas da Europa, propiciaram a volta da economia agroindustrial brasileira, sobretudo no norte e nordeste, impedindo profundos impactos na balança comercial portuguesa até meados do século XIX.

Com a retomada da produção agrícola, após a *febre mineradora*, inicia-se novo ciclo da economia brasileira, qual seja: o ciclo do café. Essa atividade gerou profundos reflexos na distribuição demográfica do país e na produção econômica.

O café era bastante consumido na Europa desde 1650, tornando-se muito popular na primeira metade do século seguinte. No Brasil, as primeiras mudas aportaram por volta de 1727 na região do Pará.¹¹ O café, de certa forma, compensou o fato de a mineração não ter chegado até a região norte.

O início do ciclo dá-se efetivamente com o impulso dado à cultura cafeeira, por intermédio da Carta Régia de 1732, que recomendou ao Governo do Maranhão a expansão do plantio de café para abastecer o mercado português. Pela ação incentivadora da Companhia de Comércio do Pará e do Maranhão, o café se espalhou no final do século XVIII por boa parte do território nacional para atender ao mercado interno, com plantações esparsas que iam do Pará a Santa Catarina e do litoral a Goiás.

aquele que abasteceu Lisboa". Cf. Síntese da economia brasileira, p. 60, n. 22. Estima-se que no século XVIII mais de 800 toneladas de ouro foram enviadas oficialmente do Brasil para Portugal.

11 FURTADO, op. cit. p. 104.

No início do século XIX, a exportação do café brasileiro teve como forte incentivo o fim das guerras napoleônicas da Europa e o aumento do consumo da bebida pelos Estados Unidos da América, neste último caso motivado pela alta do preço do chá importado da Inglaterra.

Apesar de iniciada no norte do país, a cultura do café tomou impulso na região do Vale do Paraíba, nas províncias de São Paulo e Rio de Janeiro.¹² Isso porque o café, diferentemente da cana-de-açúcar, era produzido com acúmulo de capital econômico nacional, tais como escravos e animais de transporte, remanescentes do ciclo da mineração na região sudeste, o que tornou mais barata a expansão da atividade.¹³

Fatores climáticos permitiram rápido e surpreendente avanço da cultura do café no Brasil, notadamente no interior de São Paulo. No litoral, sobretudo do nordeste, a terra não oferecia condições muito propícias ao plantio em razão do intenso uso na cultura de cana-de-açúcar. Outro aspecto relevante que determinou o avanço da produção do café nessa região do Estado de São Paulo, relacionava-se com a ortodoxia dos custos de produção da cana-de-açúcar na região nordeste. Enquanto as demais regiões agroindustriais produtivas do país se voltavam para o café, o nordeste se arraigou cada vez mais à cana-de-açúcar com a utilização de métodos rudimentares de produção, tais como a água e animais como forças motrizes dos engenhos. Nos países competidores, o rendimento era mais elevado em razão do uso de energia elétrica na produção da cana. Daí por que os custos de produção eram mais eficazes nos países competidores, do que no Brasil.¹⁴

No começo do século XX, o país obtinha recordes de produção de café contra a diminuição da demanda internacional, já que o comércio da planta se tornou muito competitivo, notadamente nas colônias espanholas e francesas da América Central. Para defender a economia nacional sustentada basicamente no plantio do café, os governos da época adotaram incontáveis mecanismos de subsídios agrícolas. O principal deles era a

12 HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed., item n. 7, p. 173-174.

13 "A primeira grande região produtora de café foi o Vale do Paraíba, onde a média de produção atingiu de 30 a 40 arrobas por mil pés. Em 1860, o café procedia em grande parte daquela região, sendo 76% do Estado do Rio de Janeiro, 12% do setor paulista e 8% do sul de Minas Gerais. Mais tarde, ainda no século XIX, o Espírito Santo também se tornou produtor, porém de menor expressão". Cf. FURTADO, Milton Braga, op cit, p. 106.

14 Enquanto nos países competidores do Brasil obtinha-se cerca de dez a doze por cento de açúcar da cana, no Brasil o rendimento não chegava a cinco por cento.

compra do excedente e do café de má qualidade pelo Governo, a fim de manter os preços elevados para não prejudicar os cafeicultores.¹⁵

Por força dessa política econômica protecionista, o café se manteve como o gênero central da economia brasileira até os anos setenta, quando foi substituído pelos produtos manufaturados.¹⁶

Assim, no início do século XX, a economia nacional baseava-se praticamente na agroindústria, com alguns pequenos pólos industriais que se formavam nas proximidades do Rio de Janeiro e de São Paulo. A partir dessa época já é possível estabelecer-se paralelo com a divisão econômica das regiões do país verificada na atualidade.

Consoante a observação de Milton Braga Furtado, a “geografia econômica” do Brasil apresentava as seguintes “peculiaridades regionais”¹⁷:

- I. *Amazônia*: apresentava características de economia extrativista do látex;
- II. *Nordeste*: a cultura da cana-de-açúcar encontrava-se estagnada, mas desenvolvia pequenas produções de algodão, tabaco e cacau;
- III. *Sudeste*: notadamente em São Paulo, estava em franco ritmo de expansão da produção do café; em Minas Gerais, além do café, expandia-se também a agricultura de subsistência;
- IV. *Sul e centro-oeste*: dedicava-se basicamente à pecuária, fornecendo charque, couro, peles e erva-mate.

Concomitantemente à produção cafeeira, mas sem prejuízo dela, iniciou-se o processo de industrialização do Brasil. Celso Furtado informa que no Nordeste se instalaram as primeiras fábricas, voltadas à produção de tecidos, apesar de o aparecimento da indústria no país ter ocorrido de forma simultânea em quase todas as regiões economicamente ativas.¹⁸

15 FURTADO, op. cit. p. 109-110.

16 Idem, ibidem, p. 112.

17 Síntese da economia brasileira, p. 106.

18 FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 33. ed., p. 247.

A partir de 1885, máxime em razão do maior acúmulo de capital na economia agroexportadora e o aumento da população nas zonas urbanas, iniciou-se um surto de instalação de indústrias no país. O capitalismo industrial somente encontrou condições de se desenvolver com o fim da escravidão e a chegada de imigrantes artesãos, que eram atraídos pela promessa de incentivos salariais. Os resultados econômicos da produção cafeeira eram investidos em companhias de estradas de ferro, instituições financeiras, estabelecimentos comerciais e fabris.¹⁹ Esses fatores, provavelmente, forçaram a concentração de indústrias na região sudeste, mais exatamente em São Paulo.²⁰

De acordo com Celso Furtado, a aceleração da concentração de indústrias no Estado de São Paulo inicia-se durante a Primeira Guerra Mundial, o que foi possível notar pelo aumento do número de empregados na indústria.²¹

Após o fim da Segunda Guerra, entre 1948 e 1955, a indústria paulista passou a responder por 45,3% do produto industrial, correspondendo a um aumento de 6,3% no referido período, contra 9,6% da região Nordeste, que decresceu 7,3%.²²

A consequência dessa concentração foi a disparidade de renda per capita entre as regiões do país, e que só fez recrudescer ao longo dos tempos, principalmente entre sudeste e nordeste, cuja população

19 Milton Braga Furtado aponta que a expansão industrial brasileira no final do século XVIII não encontrou condições de se espalhar tão facilmente como a cultura do café, em razão da contida produção de energia da época. Cf. Síntese da economia brasileira. 126.

20 Diferentemente das demais regiões do país, o crescimento da indústria paulista se deu sem contar com protecionismos alfandegários. Entre 1920 e 1930 as exportações de São Paulo (basicamente o café) ultrapassara mais de 50% das exportações do país. São Paulo igualmente conseguiu a façanha de não trocar, em um primeiro momento, a lavoura e as importações pela indústria. Em verdade, estas se associaram à industrialização, o que concedeu mais força econômica ao Estado e inegável predominância política, o que permitiu que São Paulo enfrentasse o Governo federal centralizador de Vargas, em 1932. Cf. FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2003. p. 798-799.

21 "O censo de 1920 já indica que 29,1 por cento dos operários industriais estavam concentrados no Estado de São Paulo. Em 1940 essa porcentagem havia subido para 34,9, e em 1950 para 38,6. A participação do Nordeste (incluía a Bahia) se reduz de 27,0 por cento em 1920 para 17,7 em 1940 e 17,0 em 1950. Se se considera, não o número de operários mas a força motriz instalada (motores secundários), a participação do Nordeste diminui, entre 1940 e 1950, de 15,9 para 12,9 por cento". Cf. FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. p. 247.

22 FURTADO, op. cit. p. 247.

cresceu significativamente contra a tendência de diminuição de renda no segundo quartel do século XX.

2 A FUNÇÃO DA FEDERAÇÃO ANTE A OCORRÊNCIA DE DISPARIDADES ECONÔMICAS REGIONAIS

Com as disparidades econômicas era intuitiva certa tensão entre as regiões, o que historicamente foi amenizado com o fluxo migratório de nordestinos para o sudeste, em especial para São Paulo. Daí a lúcida conclusão de Celso Furtado²³:

Assim como na primeira metade do século XX cresceu a consciência de interdependência econômica – à medida que se articulavam as distintas regiões em torno do centro cafeeiro-industrial em rápida expansão –, na segunda poderá aguçarse o temor de que o crescimento intenso de uma região é necessariamente a contrapartida da estagnação de outras.

De fato, a contrapartida da estagnação das demais regiões brasileiras em relação à prosperidade econômica do sudeste tornou-se real, especialmente pela concentração de indústrias no Estado de São Paulo. Em outros países do mundo a concentração de indústrias em determinada região também ocorreu, revelando ser uma tendência natural do desenvolvimento econômico a concentração de forças produtivas em determinada região.²⁴ Percebeu-se uma vez iniciada a marcha da concentração, tal não se reverte espontaneamente.

É papel do Estado no sistema federado engendrar formas de diminuição dos efeitos deletérios das disparidades econômicas entre as regiões.

Em geral, as causas que levam a essas disparidades estão associadas à escassez de recursos naturais da região menos favorecida e à incapacidade de acumulação de capitais capazes de gerar os investimentos na agroindústria e na indústria de transformação. No caso do Nordeste brasileiro, as condições climáticas de boa parte do interior, que sempre sofreu com os longos períodos de estiagem, explica o fato de o café, por exemplo, ter encontrado melhores condições de se expandir no sudeste. Outro ponto curioso, que justifica historicamente os baixos índices de

²³ Idem, *ibidem*, p. 248.

²⁴ São amplamente conhecidos os casos dos EUA, Itália e França.

desenvolvimento do nordeste, foi a condução política dada aos interesses voltados à produção de cana-de-açúcar. Os grandes engenhos, na medida em que não se modernizaram, perderam poder de competição no mercado internacional, ficando a cana-de-açúcar produzida no país praticamente confinada ao abastecimento do mercado interno.

O café produzido no Sudeste, ao contrário, voltava-se ao mercado interno e externo, produzindo, inclusive, excedentes. O modelo de monocultura agrícola do café também contribuiu para que os Governos da época, em um período em que a democracia se sustentava em bases incipientes, tendessem a preferir atender aos interesses econômicos dos cafeicultores, do que aos dos senhores de engenho. O resultado foi a perda paulatina de influência política dos governadores do nordeste sobre o governo federal.²⁵

Esse contexto de perda de força política motivada pelo esplendor da cultura do café no sudeste, explica de certa forma o fato de os recursos financeiros do capitalismo industrial, embora iniciado no Nordeste como se viu, rapidamente ter encontrado condições econômicas e políticas de se expandir no sudeste.

Apesar da faixa territorial atingida pela seca, não foram exatamente as vicissitudes climáticas que impediram as indústrias do nordeste de se expandir. Creemos que a influência econômico-política do Estado de São Paulo sobre a primeira república propiciou a concentração dos investimentos industriais mais nessa região do que no nordeste. É relevante considerar que as dificuldades para obtenção de água influenciam nas opções do setor industrial. Mas se sabe que o flagelo da seca e seus efeitos se resume à região do semi-árido nordestino e não a toda a região. Além disso, as técnicas de obtenção de água do subsolo ou do desvio dos cursos dos rios são antigas e poderiam ter, inclusive, servido de fundamento para o combate da seca desde então.

O caso da região norte não é tão complicado quanto o nordeste, pois que a concentração de pessoas é menor, uma vez que na história do desenvolvimento econômico brasileiro, essa região ficou destinada à produção da borracha e foi poupada dos sucessivos ciclos econômico pelos quais passou o Brasil.

25 ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os barões da federação: os governadores e a redemocratização brasileira*, cap. I, p.32-34, onde aponta a vitória dos setores exportadores cafeeiros, que permitiram a discriminação das rendas dos estados mais ricos.

Terminado o ciclo da mineração, o centro-oeste encontrou sua vocação agropastoril, com a pecuária e algumas plantações de café. O sul se inclinou também a criação de gado e outros animais de corte, fornecendo insumos para indústrias correlatas a esses bens. Esses fatores, notadamente a cultura de subsistência do sul e do norte, aliada às condições climáticas mais favoráveis, diminuíram os efeitos deletérios da disparidade de renda entre o Sudeste e essas regiões.

3 OS EFEITOS DAS DISPARIDADES ECONÔMICAS ENTRE AS REGIÕES

Em um país com a extensão territorial do Brasil, a correção das disparidades econômicas não é tarefa fácil. Em compensação, os efeitos negativos trazidos pelas disparidades econômicas entre as regiões atravessam tranquilamente as fronteiras entre os Estados, sobretudo em razão da integração do sistema monetário.

O primeiro efeito é de ordem prática é a *migração*. O fluxo de mão-de-obra para as regiões de maior produtividade provoca pressão de diminuição do nível de salários, já que aumenta a oferta de mão de obra. O efeito desse crescimento é que os salários deixam de acompanhar o aumento real de produtividade. Se por um lado o aumento de produtividade faz crescer a rentabilidade das empresas (industriais), por outro lado afeta o consumo, porquanto achatando a renda do trabalhador pelo excesso de oferta de mão-de-obra, esse achatamento empurra a alocação de recursos para a compra de gêneros de subsistência, cujos preços em regra são ditados pelo nível de renda dos consumidores. Isso leva a um efeito em cadeia, uma vez que o comércio terá que oferecer preços mais baixos para ter mercado, provocando diminuição de rentabilidade sobre o comércio.

A migração também direciona o capital das regiões mais pobres para as mais ricas, eis que a prosperidade econômica atrai capitais de todas as origens. O efeito é o pouco de capital formado na região menos favorecida migra para a região mais rica, igualmente ao fluxo de mão-de-obra, elevando os índices de pobreza.

Em termos comparativos, considerando que os custos de produção das regiões mais pobres são elevados, o efeito é que a mão-de-obra, nessas regiões, torna-se relativamente mais alta quando comparada com o custo de mão-de-obra das regiões mais prósperas. Esse cenário de escassez de recursos gerados na economia local, somente se resolveria do ponto de

vista estritamente econômico, caso pudessem ser importados gêneros alimentícios subsidiados pelo governo para abastecimento da região.

Apesar ter sido um dado histórico relevante a migração das regiões brasileiras menos favorecidas para a região Sudeste, não se ignora que a região nordeste manteve-se densamente povoada, ao menos em sua parte úmida. Somente nos anos oitenta, o nordeste encontrou certa vocação para a indústria do turismo. A partir da estabilização monetária dos anos noventa, essa atividade econômica se intensificou, mas não a ponto de atender as necessidades sociais da vida urbana, já que o turismo se desenvolveu em condições semelhantes às oferecidas nos grandes centros urbanos do Sudeste.

Somente a industrialização da região nordeste poderia atenuar as disparidades econômicas entre as duas regiões mais citadas neste ensaio. O problema se potencializa na medida em que as disparidades econômicas brasileiras se relacionam também com outras regiões, em especial as regiões norte e centro-oeste.

Em uma federação, a convivência sob condições econômicas tão díspares não é benéfica. Fora dificuldades observadas no campo da economia, subsistem tensões políticas que às vezes amadurecem a ponto de eclodir como movimentos separatistas, ou na forma velada de um odioso e sutil preconceito econômico.²⁶

De volta ao ponto, o governo central, no sistema federado, acaba tendo que assumir a tarefa de distribuidor e re-distribuidor da riqueza quando a solução econômica não for viável por fatores naturais, como, por exemplo, o desenvolvimento da agricultura.

Quando tais condições desfavoráveis puderem ser superadas, a escolha é de ordem política. De fato, a concentração de capital e sua aplicação nos empreendimentos econômicos não são casuais. A concentração de recursos financeiros por parte dos particulares em determinado segmento é atraída em um processo automático, uma vez que a mão-de-obra disponível se concentra proporcionalmente à concentração da atividade econômica mais vantajosa.

²⁶ No Império (1808-1889) ocorreram vários movimentos separatistas com essa natureza, tais como: Guerra dos Cabanos, em Pernambuco (1832-1835), Guerra da Cabanagem, no Pará (1835-1840), Sabinada, na Bahia (1837-1838), Balaiada, no Maranhão (1838-1841) e Guerra dos Farrapos, no Rio Grande do Sul (1835-1845). Ver síntese sobre o tema em: SKIDMORE, Thomas E. *Uma história do Brasil*. 4. ed., item n. III, p. 67-72.

No caso da comparação histórica entre a agroindústria e a indústria de bens de valor agregado, esta amealhou inúmeras vantagens sobre a primeira, uma vez que permitiu mais rentabilidade em menor tempo. A industrialização, por sua vez, transformou os modos de ser da sociedade como medida necessária desta às vicissitudes da indústria, o que rendeu espaço à ampla e rápida urbanização do espaço territorial brasileiro.

4 CONCLUSÃO

Boa parte das influências trazidas pela estrutura histórica regional ainda é sentida na conformação das regiões e estados brasileiros, como herança direta dos ciclos econômicos e da distribuição de riqueza por eles causado.

No momento experimentam-se desequilíbrios que tendem a ser preservados, ainda que na primeira década deste século se tenha constado alterações importantes no equilíbrio regional, agora baseadas em um federalismo cooperativo.²⁷

Mas o futuro da federação não poderá ficar previsivelmente refém de práticas de transferências de recursos sem solução de continuidade. A falta de expectativas de desenvolvimento econômico local pode acirrar a dependência dos entes federados ao governo central. Essa dependência, caso se torne desmedida, enfraquece a federação, pois nada adianta a Constituição dividir competências materiais, se os entes subnacionais não cumprem suas obrigações institucionais, exatamente em razão da dependência econômica do governo central.²⁸

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu nos artigos 157 a 160 regras gerais voltadas à repartição de receitas tributárias. A Lei complementar nº 101/2000, na mesma linha, distingue os instrumentos das transferências obrigatórias das voluntárias, esclarecendo que aquelas são as que decorrem da Constituição, das leis ou as pertencentes ao Sistema Único de Saúde. Serão transferências voluntárias, a contrário senso, as que não forem motivadas pelos mencionados veículos normativos. Tanto a repartição de receitas quanto as transferências de recursos constituem instrumentos de correção de disparidades regionais.

27 BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*. item n. 2.1, p. 55.

28 A necessidade de cooperação e de solidariedade entre os entes federativos se acentua nas situações em que há desequilíbrio ou desigualdade, precisamente como uma forma de redução dessas desigualdades. Essa cooperação pode se dar em dois níveis um obrigatório e outro voluntário. Ver: REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. O federalismo numa visão tridimensional do direito. item n. 24, p. 115-118.

A questão central é saber se tal modelo é eficiente. No caso do Brasil, se por um lado foi prevista a divisão da receita tributária da União com estados e municípios, por outro, a competência tributária da União foi ampliada, justamente porque os tributos de viés federal devem ser repartidos em grande parte com os entes subnacionais. Note-se que para compensar as transferências constitucionais é permitido à União instituir várias contribuições sociais, em relação às quais não se prevê repartição com os demais entes federados (CF, arts. 149, 177, § 4º, 195, 212, § 5º, 239, 240). A exceção fica por conta da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidente sobre a comercialização e importação do petróleo, derivados e álcool combustível (CIDE-Petróleo). Neste caso o artigo 159, III da Constituição Federal prevê o repasse de 29% da receita da mencionada contribuição para os estados.

Vê-se, pois, que o modelo brasileiro de repartição de receitas tributárias para correção de desigualdades regionais causa impactos econômicos, no ponto em que necessita elevar a carga tributária de interesse da União.

Não obstante esse fato, o modelo federalista brasileiro optou pelo regime de repasses combinado com a previsão de competências tributárias aos entes subnacionais, o que lhes oferece alguma autonomia financeira, embora não seja suficiente em muitos casos à manutenção plena de serviços públicos e outros bens sociais.

O ponto nodal é refletir sobre os objetivos últimos das transferências de recursos financeiros no federalismo: se devem buscar reduzir as desigualdades regionais a partir da lógica do repasse para despesas de custeio ou se deverão viabilizar também a geração de desenvolvimento socioeconômico, o que ensejaria a prática constante de repasses de receitas de capital e o apoio à concepção de políticas desenvolvimentistas na base, isto é, nos municípios.

Tudo indica que o futuro do federalismo fiscal não pode prescindir da ampliação das discussões sobre o modelo de transferências de recursos no contexto do desenvolvimento do país e não somente em relação ao assistencialismo do ente central para os demais entes federados.

Este trabalho é a introdução desse tema. Em continuação pretende-se apresentar argumentos na linha da distinção entre os modelos de estado unitário e federado, em artigo a ser publicado também neste periódico, sob o título *Transferências de recursos financeiros para correção de disparidades econômicas no federalismo fiscal*. Nesse trabalho a finalidade será examinar a relação da federação com as competências atribuídas aos entes federados e a busca do bem-estar da população por meio do desenvolvimento

socioeconômico, tudo com vistas a diminuir a relação de dependência econômica entre as unidades federadas.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os barões da federação: os governadores e a redemocratização brasileira*. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Constituição e superação das desigualdades regionais, Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. Org. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2003.

FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 33. ed. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 2003.

FURTADO, Milton Braga. *Síntese da economia brasileira*. 5. ed. São Paulo: Livros Técnicos e Científicos, 1988.

GOLDBERG, Daniel K. Entendendo o federalismo fiscal: uma moldura teórica multidisciplinary. In: *Federalismo fiscal*. Barueri: Manole, 2004.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia da Letras, 2008. Apresentação de Antonio Cândido: O significado de Raízes do Brasil.

PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. 8. ed. São Paulo: Brasiliense, 1965.

SKIDMORE, Thomas E. *Uma história do Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003. Tradução: Raul Fiker.

TORRES, João Camilo de Oliveira. *A formação do federalismo no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1961.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *O federalismo numa visão tridimensional do direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.



DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

LACHES AND LIMITATION OF ACTION AT SOCIAL SECURITY LAW

Daniel Roffê de Vasconcelos
Procurador Federal
Advocacia-Geral da União

SUMÁRIO: Introdução; 1 Decadência e prescrição em nosso direito civil – aspectos gerais; 2 Decadência e prescrição em nosso direito previdenciário; 2.1 Decadência na pretensão constitutiva positiva previdenciária; 2.2 Decadência na pretensão constitutiva negativa previdenciária; 2.3 Decadência do direito do beneficiário à revisão do ato concessório – impropriedade terminológica – natureza jurídica de prescrição; 2.4 Prescrição; 2.5 Prescrição das pretensões acidentárias decorrentes do trabalho; 2.6

Impedimento, suspensão e interrupção da prescrição; 2.7
Aplicação da lei de decadência e prescrição no tempo; 3
Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo trata de decadência e prescrição em matéria previdenciária. Procura-se utilizar as noções gerais contidas em nossa doutrina civilista, particularmente a que adota como critério distintivo as classificações de direito potestativo e a uma prestação, e das ações declaratórias, constitutivas e condenatórias, relacionadas com os planos da existência, validade e eficácia da relação jurídica. Nosso legislador sempre confundiu decadência com prescrição, utilizando muitas vezes o termo de um e outro de forma inadequada. Daí porque as teses aqui expostas procuram dar prevalência às interpretações que mais atendam aos princípios da segurança jurídica e o da isonomia, em detrimento da meramente literal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Civil. Previdenciário. Decadência. Prescrição.

ABSTRACT: This article focuses on laches and limitation of action in social security matters. It seeks to use the general concepts contained in Brazil's civilist doctrine, especially those that adopt, as distinctive criterion, potestative and installment rights, and from declaratory, constitutive and sentencing actions, related to planes of existence, validity and effectiveness of the relationship legal. The Brazilian legislator has always confused laches from limitation of action, often using these terms improperly. That's why this article seeks to stress interpretations that mostly attend to the principles of legal security and equality, rather than those which stick to the literal meaning.

KEYWORDS: Law. Civil. Social Security. Laches. Limitation of Action.

INTRODU AO

Este artigo discorre sobre decadência e prescri o em nosso direito previdenciário, partindo de seus aspectos gerais expostos por nossa doutrina civilista, particularmente a que adota como seu critério distintivo as classifica es de Chiovenda de direito potestativo e a uma presta o, e de a es declaratórias, constitutivas e condenatórias relacionadas com os planos da existência, validade e eficácia da rela o jurídica.

O presente estudo tem por finalidade conferir maior técnica e coerência às interpreta es atinentes que atendam de modo mais eficaz aos princípios da segurança jurídica e da igualdade de direitos que devem prevalecer sobre às meramente literais.

A empreitada não   fácil, em razão de atecnia legislativas que sempre confundiram esses dois institutos. Daí a importância de nosso desprendimento a essa literalidade normativa, evitando-se dar a situa es semelhantes consequências jurídicas distintas.

1 DECADÊNCIA E PRESCRI O EM NOSSO DIREITO CIVIL – ASPECTOS GERAIS

A aplica o da decadência e prescri o em matéria previdenciária somente se torna adequada, se antes compreendermos suas defini es e efeitos em nosso direito civil.

A nossa legisla o nunca teve o cuidado de distinguir adequadamente a decadência da prescri o, principalmente antes do advento do código civil de 2002, quando utilizava o termo prescri o indiscriminadamente para ambas as hipóteses. Sempre coube   nossa doutrina a árdua tarefa de tentar distingui-las; afinal, há exigência prática na medida em que geram efeitos jurídicos distintos.

São-lhes atribuídos os seguintes efeitos distintivos: a) a decadência extingue o próprio direito pelo seu não exercício em determinado prazo, legal ou convencional¹ ², enquanto na prescri o há apenas o encobrimento ou apagamento da eficácia da pretensão a uma presta o, se não exercida

1 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil* – v. 1 – Parte Geral. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 288-289.

2 LEAL, Antônio Luis da Câmara. *Da prescri o e da decadência: teoria geral do direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1982. p. 101.

no tempo previsto em lei³; b) a decadência corre sem paralizações contra todos, salvo específica disposição em contrário, enquanto a prescrição não corre durante e contra quem estiver sob a incidência de causas impeditivas e suspensivas, e se reinicia quando há hipótese interruptiva⁵; c) a decadência decorrente da lei não pode ser renunciada, enquanto a prescrição, quando consumada, pode sê-la pelo devedor⁷.

Vários juristas, como Clóvis Beviláqua⁸, Câmara Leal⁹, Paulo Stolze Gagliano¹⁰, atribuem à prescrição o efeito de causar a perda ou extinção da ação ou pretensão. A própria redação do art. 189 do código civil de 2002¹¹ define a prescrição como causa extintiva da pretensão.

Entretanto, como bem ensina Vilson Rodrigues Alves¹², seguindo Pontes de Miranda¹³, a prescrição não causa qualquer extinção da pretensão ou ação, apenas encobre a sua eficácia. Nela o que se dá é o direito de exceção contra aquele que não exerceu sua pretensão ou ação durante certo tempo. O devedor pode não exercer esse seu direito de

3 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado – Parte Geral – Tomo 6*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 101 e 106.

4 ALVES, Vilson Rodrigues. *Da prescrição e da decadência no Código Civil de 2002*. 4. ed. Campinas/SP: Servanda, 2008. p. 39.

5 MONTEIRO, op. cit., p. 289.

6 GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*, v. I: parte geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 508-509.

7 Ibidem, p. 509.

8 Apud MONTEIRO, op. cit., p. 286-287.

9 LEAL, op. cit., p. 12.

10 GAGLIANO, op. cit., p. 501.

11 “Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.”

12 ALVES, op. cit., p. 39 e 118: “Na doutrina jurídica padectista afirmou-se que a prescrição tem a eficácia de extinguir as obrigações e, também, as ações, o que é rigorosamente dúplice dicção errônea. Diversamente do que se passa com respeito aos prazos de preclusão, se o que se dá é a prescrição não se verifica nenhuma causa de extinção de qualquer dos efeitos da incidência da regra jurídica sobre suporte fático. Com efeito, diante da consumação de prazo prescricional, tão-somente se caracteriza o apagamento da eficácia da pretensão e da ação; portanto, encobrimento da exigibilidade e da compelibilidade, respectivamente, sem jamais se efetivar a extinção mesma de uma pretensão, e de outra, ação.”

[...]

“Entretantes, a prescrição não é causa de extinção, tão-somente causa de encobrimento da eficácia da pretensão de direito material pelo não-exercício nos prazos previstos na lei, e.g., Código Civil, arts. 205-206. De hipótese, se o exercício da pretensão se dá após o prazo de prescrição, a exigibilidade dessa pretensão fica apenas apagada com a alegação da parte, ou apagável com a declaração do juiz.”

13 MIRANDA, op. cit., p. 100-107.

defesa e pagar débito prescrito, que se dá de forma juridicamente válida e eficaz. E é assim justamente porque na prescrição não há qualquer extinção da pretensão ou ação que pode ser exercida a qualquer tempo; o que há é o direito de se opor ao pagamento pelo decurso da prescrição.

É por isso que segundo o art. 882, 1ª parte, do código civil, “não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita”.

O fato do § 5º do art. 219 do CPC, inserido na Lei 11.280/2006, autorizar o juiz a pronunciar a prescrição de ofício, não é porque esta extingue a pretensão, afastando sua disponibilidade ou renunciabilidade pelo devedor. Ocorre é que havendo pretensão resistida ao seu pagamento, tanto que passou a ser discutida em juízo, procura-se dar celeridade à prestação jurisdicional¹⁴, facultando-se ao juiz a declaração da prescrição de ofício, evitando-se o prolongamento processual desnecessário até que o réu decida alega-la em qualquer grau de jurisdição (art. 193 do Código Civil). É por isso que essa faculdade deve ser utilizada com cautela pelo magistrado. O correto, defende Marcelo Rodrigues Prata¹⁵, seria a prévia ouvida das partes, tanto do autor, pois poderia ter havido causa impeditiva, suspensiva ou interruptiva da prescrição ainda desconhecida, e em alguns casos, o termo inicial da prescrição “somente começa a correr da comprovação da data em que o titular teve *ciência inequívoca* de

14 SILVESTRIN, Natália Cristina Damásio. Do reconhecimento ex officio da prescrição conforme alterações da lei nº 11.280/2006. REVISTA DA ESMESC, v. 15, n. 21. 2008, p. 533-534. Artigo fundamentado na obra monográfica da Autora, Do reconhecimento ex officio da prescrição e seus efeitos no Direito Patrimonial conforme alterações da Lei nº 11.280/2006. Orientador: Msc. Victor José Sebem Ferreira. Palhoça, 2007. Disponível em: <www.esmesc.com.br/upload/arquivos/4-1246976696.PDF>. Acesso em: 30 mar. 2013: “Com o intuito de “conferir racionalidade e celeridade à prestação jurisdicional, sem, contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa”, e ainda, “conferir eficiência à tramitação de feitos e evitar a morosidade que atualmente caracteriza a atividade” do judiciário, a Exposição de Motivos da Lei nº 11.280/06 de 16 de fevereiro justificou a necessidade de alterar alguns dispositivos do CPC e da Lei de Juizados Especiais, dentre elas, a alteração do §5º, do art. 219, que determinou ao juiz decretar de ofício, sem necessidade da citação das partes, a prescrição, in verbis: §5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição. Além disto, revogou o art. 194 do CC. Desta forma, a modificação legislativa também deve ser aplicada às hipóteses do direito material.”

15 PRATA, Marcelo Rodrigues. *Prescrição de ofício* — o novo § 5.º do art. 219 do CPC, com a redação da Lei nº 11.280/06, p. 34. Originalmente publicado in CHAVES, Luciano Athayde (org) Direito processual do trabalho: reforma e efetividade. São Paulo: LTr, 2007, p. 375-403. Disponível em: <www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/marcelo_rodrigues_prata_prescricao_oficio.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2013: “9. Antes do pronunciamento, de ofício, da prescrição, é indispensável a oitiva do autor da ação, porquanto a prescrição pode ser impedida, suspensa ou interrompida, além do que o termo a quo do prazo prescricional, em alguns casos, somente começa a correr da comprovação da data em que o titular teve ciência inequívoca de violação do seu direito. É necessária, outrossim, a intimação do réu a fim de que este possa informar se deseja fazer uso do seu direito de renunciar à prescrição.”

violação do seu direito”, quanto do réu, “a fim de que este possa informar se deseja fazer uso do seu direito de *renunciar* à prescrição” (art. 191 do Código Civil).

Fixados seus efeitos distintivos, importa agora pensar suas diferentes hipóteses de incidência, considerando que nossa legislação não se ocupou de fazê-la satisfatoriamente. Afinal, não se pode utilizar efeitos jurídicos decorrentes como critério para diferenciá-las, pois antes é preciso saber se tal prazo é de um ou de outro¹⁶, justamente para aplicar a consequência jurídica correspondente.

Convém, então, adotar parâmetros que vêm se mostrando bastante adequados na distinção dos fatos geradores da decadência e prescrição, partindo da classificação de direitos potestativos e a uma prestação, e culminando na das ações declaratórias, constitutivas e condenatórias relacionadas com os planos de existência, validade e eficácia da relação jurídica.

Chiovenda¹⁷ distingue duas grandes categorias de direitos subjetivos: direitos potestativos e a uma prestação, ou, segundo Pontes de Miranda¹⁸, direitos formativos e direitos de crédito ou de crédito e pretensões.

Os direitos potestativos, destaca José de Farias Tavares¹⁹, são “poderes que a lei” ou contrato “confere a determinados sujeitos para influírem em situações jurídicas de outrem, independentemente de sua vontade”. Não visam assegurar o cumprimento de qualquer obrigação, mas criar, extinguir ou modificar relação jurídica, embora eventualmente possam gerar efeitos retroativos. Já os direitos a uma prestação são aqueles “endereço a bens da vida que o sujeito ativo ou credor alcança mediante uma prestação devida por outro sujeito (o passivo ou devedor), seja a prestação positiva (dar, fazer) ou negativa (não fazer)”.

16 TESHEINER, José Maria Rosa. *Prescrição e decadência no novo Código Civil*. Disponível em: <<http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/250-artigos-out-2003/4659-prescricao-e-decadencia-no-novo-codigo-civil?format=pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2012. “O critério mais divulgado para se fazer a distinção entre os dois institutos é aquele segundo o qual a prescrição extingue a ação, e a decadência extingue o direito. Entretanto, tal critério, além de carecer de base científica, é absolutamente falho e inadequado, uma vez que pretende fazer a distinção pelos efeitos ou consequências. O critério apontado apresenta-se, assim, com uma manifesta petição de princípio, pois o que se deseja saber, precisamente é quando o prazo atinge a ação ou o direito. O que se procura é a causa e não o efeito.

17 TAVARES, José de Farias. Prescrição e decadência – O pensamento de Agnelo Amorim Filho revivido no novo Código Civil, p. 13-14. Disponível em: <www.fesmipb.org.br/doutrina/prescricao_e_decadencia.doc>. Acesso em: 30 mar. 2013.

18 MIRANDA, op. cit., p. 247; 306-307.

19 TAVARES, op. cit., p. 13-14.

A relevância dessa classificação para os fins aqui pretendidos está no fato da decadência ser justamente o prazo fixado para o exercício de direito potestativo ou formativo, enquanto a prescrição somente incide sobre direitos a uma prestação, a partir de quando esta se torna exigível, atingindo, quando consumada, a eficácia jurídica de sua pretensão que passa a ser recusável pelo devedor.

Entretanto, para aqueles que negam a existência de direito potestativo como direito propriamente dito²⁰, e para melhor definir a relação da decadência e prescrição quanto às pretensões meramente declaratórias, que não visam a uma prestação ou formação de uma relação jurídica, também vem se adotando outro tipo de classificação complementar bastante eficaz, onde se combinam, com base nos estudos de Chiovenda e Pontes de Miranda, os planos de existência, validade e eficácia da relação jurídica com a classificação ternária das ações de direito material pelo peso de eficácia, quais sejam, declaratórias, constitutivas e condenatórias.

No plano da existência, perquire-se tão somente a ocorrência ou não de um fato juridicamente relevante. “Nesse plano”, destaca Vilson Rodrigues Alves²¹, “não se vai além dos enunciados relativos ao que é e ao que não é”. Não se discute a validade nem eficácia da relação jurídica. Encontramos aqui as ações declaratórias, que visam declarar a existência ou inexistência de determinado fato: são exemplos as de união estável. Não há aqui exercício de direito potestativo, nem se pretende uma prestação, pelo menos neste momento.

A ação meramente declaratória, assim, não se submete à prescrição nem à decadência, podendo ser exercida a qualquer tempo.

No plano da validade, quando se supõe a inexistência ou existência de fato juridicamente relevante, o que se pretende é constituir relação jurídica, ou desconstituí-la por invalidade, pelo titular de direito potestativo.

A pretensão ou ação preponderantemente constitutiva (positiva ou negativa) se submete, portanto, à decadência quando expressamente prevista por lei ou contrato, e não à prescrição.

Finalmente, no plano da eficácia não se discute a existência ou não de fato, nem a validade de negócio ou regra, mas a produção de seus efeitos jurídicos.

20 Ibidem, p. 15-17.

21 ALVES, op. cit., p. 159.

Nesse plano estão envolvidas pretensões condenatórias e declaratórias, que abrangem “os direitos e deveres, as pretensões e as obrigações, as ações, as exceções e as posições passivas correlativas às ações e às exceções”²².

Na pretensão ou ação condenatória se busca a concretização dos efeitos ou consequências jurídicas; na declaratória, nesse plano da eficácia, tão somente à declaração de existência ou inexistência desses efeitos jurídicos, como ocorre, *v.g.*, na exceção de direito material do legitimado passivo²³.

Não há nesse terceiro plano pretensão constitutiva que somente diz respeito ao da validade, criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas; não se constitui a existência ou inexistência de efeito jurídico, nem qualquer prestação, apenas se a declara ou condena a cumprir.

A pretensão ou ação condenatória que envolve direito de crédito ou a uma prestação se submete, assim, à prescrição, e não à decadência. Já na declaratória não incide a prescrição nem a decadência.

Podemos, assim, concluir no seguinte sentido²⁴:

- (a) No plano da existência, onde encontramos as pretensões declaratórias, não há prescrição nem decadência;
- (b) No plano da validade encontramos as pretensões constitutivas, cujo prazo fixado para seu exercício é de decadência, e não de prescrição;

22 ALVES, op. cit., p. 175.

23 *Ibidem*, p. 178.

24 AMORIN FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*. v. 3, São Paulo, v. 3. p. 95-132, jan./jun. 1961, p. 33. Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFICO%20PRESCRICAO%20E%20DECADENCIA-2.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2013: “Reunindo-se as três regras deduzidas acima, tem-se um critério dotado de bases científicas, extremamente simples e de fácil aplicação, que permite, com absoluta segurança, identificar, a priori, as ações sujeitas a prescrição ou a decadência, e as ações perpétuas (imprescritíveis). Assim:

1ª) - Estão sujeitas a prescrição (indiretamente, isto é, em virtude da prescrição da pretensão a que correspondem): - todas as ações condenatórias, e somente elas;

2ª) - Estão sujeitas a decadência (indiretamente, isto é, em virtude da decadência do direito potestativo a que correspondem): - as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei;

3ª) - São perpétuas (imprescritíveis): - a) as ações constitutivas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei; e b) todas as ações declaratórias.

Várias inferências imediatas podem ser extraídas daquelas três proposições. Assim: a) não há ações condenatórias perpétuas (imprescritíveis), nem sujeitas a decadência; b) não há ações constitutivas sujeitas a prescrição; e c) não há ações declaratórias sujeitas a prescrição ou a decadência.”

- (c) No plano da eficácia há pretensões condenatórias que se submetem apenas à prescrição, e declaratórias onde não incidem prescrição nem decadência.

2 DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO EM NOSSO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

2.1 DECADÊNCIA NA PRETENSÃO CONSTITUTIVA POSITIVA PREVIDENCIÁRIA

Pela relevância social e interesses envolvidos, sempre foi autorizada aos beneficiários da previdência social a solicitação da respectiva prestação a qualquer tempo. Nesse sentido dispunha o art. 57 da Lei 3.807/60²⁵, embora utilizasse inapropriadamente o termo prescrição para essa pretensão constitutiva. Esse equívoco terminológico, porém, foi corrigido pela Lei 8.213/91 (LBPS), em sua redação original²⁶.

Trata-se efetivamente de direito potestativo, cuja manifestação de vontade influi na situação jurídica da Autarquia que passa a ter o dever de pagar a prestação previdenciária. Há sujeição do ente público quando exercida a pretensão na esfera administrativa, de natureza constitutiva. Daí porque eventual prazo para o seu exercício seria de decadência, e não de prescrição.

É importante aqui fazer um esclarecimento. Embora o beneficiário tenha preenchido os requisitos necessários para tanto, o recebimento da prestação depende de requerimento administrativo, sem o qual não nasce para o INSS o dever jurídico de pagá-la, ainda que de forma retroativa. Faz-se necessário o exercício de direito potestativo para a constituição da respectiva relação jurídica. Inclusive, dada à disponibilidade desse direito, ele pode, de fato, nunca ser pretendido por seu titular.

O normal seria que todos os benefícios previdenciários fossem pagos a partir do requerimento administrativo (DER), ato constitutivo, embora se deva considerar todos os requisitos legais e formas de cálculo previstas na época em que seu direito foi adquirido (data do preenchimento dos requisitos legais ou do fato gerador), se mais vantajoso. Contudo,

25 “Art. 57. Não prescreverá o direito ao benefício, mas prescreverão as prestações respectivas não reclamadas no prazo de 5 (cinco) anos, a contar da data em que forem devidas. As aposentadorias e pensões para cuja concessão tenham sido preenchidos todos os requisitos não prescreverão mesmo após a perda da qualidade de segurado.” (grifo nosso)

26 “Art. 103. Sem prejuízo do direito ao benefício, prescreve em 5 (cinco) anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes.” (grifo nosso)

para maior proteção das intempéries da vida, vem se dando eficácia retroativa a momento anterior a DER, mas desde que sua pretensão seja exercida em curto tempo. Aqui, esse prazo decadencial não tem o efeito de extinguir o direito à própria prestação, mas de alterar o início do seu pagamento, evitando-se que a atarquia seja condenada a pagar parcelas muito anteriores ao próprio requerimento administrativo, por culpa exclusiva do beneficiário que não exerceu sua pretensão desde logo.

Assim, p.ex.: a) auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, se esta última não decorrer de mera transformação de auxílio-doença, serão devidos a contar do 16º dia do afastamento da atividade (segurado empregado) ou do início da incapacidade (demais segurados), se requerida até 30 (trinta) dias dessas datas, caso contrário, somente a partir da DER (arts. 60, *caput* e § 1º, e 43, § 1º, “a” e “b”, da LBPS); b) aposentadoria por idade/tempo de contribuição/especial será devida da data do desligamento do emprego (segurado empregado), se requerida até 90 dias, caso contrário, e para aqueles que não se desligaram do emprego e demais segurados, a contar da DER (arts. 49, 54 e 57, § 2º, da LBPS); c) pensão por morte será devida desde o óbito, se requerida até 30 dias, caso contrário, a partir da DER (art. 74, I e II, da LBPS); e d) auxílio-reclusão é devido a partir do recolhimento à prisão, se solicitado até 30 dias, senão, da DER (art. 80 c/c o art. 74 da LBPS, e § 4º do art. 116 do Decreto 3.048/99²⁷).

Ressalte-se que não se conta a decadência para os absolutamente incapazes e ausentes na forma da lei civil (arts. 208 do Código Civil, 79 e 103 da LBPS). Porém, ela passa a correr automaticamente a partir da cessação dessa incapacidade civil absoluta ou ausência. Assim, *v.g.*, a partir do dia seguinte ao completar 16 anos, contar-se-á contra o menor o prazo de 30 dias para requerer pensão por morte com direito ao seu recebimento desde o óbito, sob pena de recebê-la somente da DER.

Aqui há de se fazer uma observação em relação à habilitação tardia. Aquele que requer habilitação na qualidade de beneficiário quando outros já vêm recebendo o benefício, nos termos do art. 76 da LBPS²⁸, somente o perceberá a partir da data da inscrição ou habilitação. Isso vale para todos,

27 Segundo o art. 80 da LBPS o auxílio-reclusão será devido nas mesmas condições da pensão por morte, daí ser-lhe aplicado o art. 74, II, da LBPS. Nesse sentido, dispõe o § 4º do art. 116 do Decreto 3.048/99: A data de início do benefício será fixada na data do efetivo recolhimento do segurado à prisão, se requerido até trinta dias depois desta, ou na data do requerimento, se posterior, observado, no que couber, o disposto no inciso I do art. 105.

28 “Art. 76. A concessão da pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente só produzirá efeito a contar da data da inscrição ou habilitação.

inclusive menor impúbere²⁹, não havendo de se falar de impedimento ou suspensão da prescrição ou decadência³⁰. É porque o benefício é devido em sua integralidade ao dependente previamente habilitado que já o vem recebendo, evitando-se insegurança jurídica e responsabilização por débitos anteriores já pagos, por quem não contribuiu nem teve culpa pelo atraso no pedido de habilitação de terceiro.

A LBPS não fixa qualquer prazo de decadência para o salário-maternidade, o que é inapropriado, considerando sua natureza, já que é pago por período certo e determinado, com finalidade específica. Como aceitar, afinal, que ele seja pago em quatro parcelas quando a criança já tem idade avançada e há muito findou a licença maternidade?

Vale apenas frisar que no período de vigência do parágrafo único do art. 71 da LBPS, entre a Lei 8.861, de 25/03/1994 e sua revogação pela Medida Provisória 1.596-14, de 10/11/1997, convertida na Lei 9.528/97, foi estabelecido prazo decadencial de 90 dias, a partir do parto, para a segurada especial e empregada doméstica requererem salário-maternidade. Assim, nesse período de vigência, quem nessa qualidade não exerceu respectiva pretensão no tempo fixado teve seu direito extinto.

2.2 DECADÊNCIA NA PRETENSÃO CONSTITUTIVA NEGATIVA PREVIDENCIÁRIA

Além de se aplicar às pretensões ou ações constitutivas positivas, a decadência também incide quanto às constitutivas negativas ou desconstitutivas, ou seja, às anulatórias.

§ 1º O cônjuge ausente não exclui do direito à pensão por morte o companheiro ou a companheira, que somente fará jus ao benefício a partir da data de sua habilitação e mediante prova de dependência econômica.”

29 AC 00071371120054036120, DESEMBARGADOR FEDERAL JEDIAEL GALVÃO, TRF3 - DÉCIMA TURMA, DJF3 DATA:14/05/2008. FONTE_REPUBLICACAO: AC 04012530719934036103, DESEMBARGADOR FEDERAL THEOTONIO COSTA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA: 08/10/1996. FONTE_REPUBLICACAO: Disponível em:<<http://www.jf.jus.br/cjf>>. Acesso em: 04 abr. 2013.

30 ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios previdenciários*. 3. ed. rev. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2007. p. 491: “Qualquer inscrição ou habilitação posterior”, diz a LB, só produzirá efeitos a contar da data da inscrição ou habilitação, logo ao dependente menor não é excetuado o tratamento acima. O dependente tardio menor ou não, passará a usufruir o rateio da pensão apenas depois de inscrito. Nem é possível argumentar com o fato de que a prescrição não influi em face de menores para o fim de haver as prestações desde a data do óbito, porque não se trata aqui de prescrição, uma vez que o benefício de pensão foi e está sendo ofertado, na integralidade, a outro(s) dependente(s) previamente habilitado(s). Somente há de se falar em prescrição quando existirem prestações VENCIDAS, ou quaisquer restituições ou diferenças DEVIDAS pela Previdência Social. Na habilitação tardia todas as prestações foram satisfeitas oportunamente ao herdeiro regularmente habilitado à pensão.”

O primeiro dispositivo considerado como marco inicial da decadência em desfavor do poder público federal, incluídas suas autarquias, para anular seus atos é o art. 54 da Lei 9.784, de 29/01/1999³¹, que a fixou em cinco anos contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

Especificamente em matéria previdenciária há quem defenda³² que já havia previsão dessa decadência quinquenal no art. 7º da Lei 6.309³³, de 15/12/1975 e, depois, no art. 207 do Decreto 89.312/84³⁴, razão pela qual a partir de então já se contava respectivo prazo para a autarquia revisar seus benefícios.

Esse posicionamento, contudo, não prevaleceu em nossa jurisprudência³⁵ que entendeu serem tais dispositivos atinentes ao âmbito meramente administrativo-organizacional, não impedindo a revisão de benefícios a qualquer tempo eivados de vício de ilegalidade. A decadência para tal revisão somente viria a ser estipulada a partir da vigência do art. 54 da Lei 9.784/99, quando sua redação expressamente se referiu a prazo para anulação de ato administrativo.

Mas antes mesmo de completar cinco anos da Lei 9.784/99, esse prazo foi aumentado para dez anos a partir da Medida Provisória 138, de 19/11/2003, convertida na Lei 10.839, de 05/02/2004, que acrescentou

31 “Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.”

32 DA ROCHA, Daniel Machado; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: Esmafe, 2007. p. 374: “Não resta dúvida de que os benefícios deferidos na vigência da Lei nº 6.309/75 – que começou a vigorar no primeiro dia do segundo mês seguinte de sua publicação (16/12/1975) – não poderiam ser revisados após 5 anos da sua concessão”.

33 “Art. 7º Os processos de interesse de beneficiários e demais contribuintes não poderão ser revistos após 5 (cinco) anos, contados de sua decisão final, ficando dispensada a conservação da documentação respectiva além desse prazo.”

34 “Art. 207. O processo de interesse de beneficiário ou empresa não pode ser revisto após 5 (cinco) anos contados de sua decisão final, ficando dispensada a conservação da documentação respectiva além desse prazo.”

35 STJ, REsp 361024, Rel. Min. Félix Fisher, 5. T., DJ 22.09.2003, p. 352; STJ, REsp 78703/RS, Rel. Min. Ansilmo Santiago, DJU de 22/06/98; STJ, REsp 437845/RJ, Rel. Min. Vicente Leal, 6. T., DJU de 07.04.2003; posicionamento consolidado pelo STJ no REsp 1.114.938/AL, representativo da controvérsia, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 3ª Seção, julgado em 14/04/2010, DJe 02/08/2010. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 31 mar. 2013.

o art. 103-A da LBPS³⁶. A autarquia previdenciária, portanto, tem prazo de 10 (dez) anos para anular ato administrativo de que decorram efeitos favoráveis para seus beneficiários, contados do ato em que foram praticados (*caput*) ou da percep o do primeiro pagamento, no caso de efeitos patrimoniais contínuos (§ 1 ). Essa anula o pode gerar tanto a cessaa o do benefício quanto   sua diminui o. Contudo, comprovada má-fé do beneficiário, essa decadência não incide, autorizando o aludido cancelamento ou revisão a qualquer tempo.

Trata-se de t pico caso de decadência. Não há pretensão condenatória do INSS, já que ele   que   devedor da presta o previdenciária, e, sim, constitutiva negativa, ou seja, anulatória de seu próprio ato concessório eivado de nulidade.

Essa decadência tem início na data em que o ato administrativo impugnado for praticado. Assim, nas hipóteses de revisão de pensão por morte, se a alegada nulidade estiver na concessão da aposentadoria que a precedeu,   a partir desta, e não daquela, que se inicia o prazo decadencial. Esse mesmo raciocínio se aplica ao prazo do *caput* do art. 103 da LBPS, quando a revisão   pretendida pelo pensionista: conta-se do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira presta o da aposentadoria que originou a pensão ou, quando for o caso, do dia em que o instituidor tomou conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo³⁷.

A Instru o Normativa 45/INSS/PRES, de 06/08/2010, em seu art. 444, afasta a decadência do direito da autarquia de cessar benefício ou cota parte, cuja causa esteja prevista em lei, quando não houver erro no ato concessório, mas apenas na sua manuten o.

Essa disposi o não extrapola os limites legais.   que não se trata propriamente de nulidade de ato administrativo, mas da possibilidade, e até mesmo dever, de a qualquer tempo o INSS cessar o próprio benefício ou cota parte, quando não mais subsistente seu direito por circunstâncias ou fatos supervenientes ao ato concessório. O art. 103-A da LBPS, que

36 "Art. 103-A. O direito da Previdência Social de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1  No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo decadencial contar-se-  da percep o do primeiro pagamento.

§ 2  Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugna o   validade do ato."

37 Parecer 64/2010/DIVICONS/CGBEN/PFE-INSS.

estabelece a decadência, supõe, para sua aplicação, existência de ato administrativo de conteúdo decisório a ser anulado, sem o qual não teria como conferir efeitos favoráveis ao beneficiário, o que não ocorre quando simplesmente não mais subsiste o direito ao benefício ou cota parte por fatos surgidos após sua concessão e cuja cessação se dá de pleno direito.

Há aqui outra situação a ser pensada: o ato concessório é regular, mas em determinado momento a autarquia passa a adotar reajustes ilegais, gerando efeito favorável a seu beneficiário. Há prazo decadencial para essa revisão?

Entendo que há apenas em termos: não se pode anular reajustes praticados a mais de dez anos, ainda que ilegais. Contudo, pode-se anulá-los desde então, aplicando-se os reajustes anuais posteriores devidos, com a alteração do valor atualizado do benefício.

Deve-se ter em mente que o critério de atualização do benefício não interfere no resultado do ato concessório, podendo, inclusive, vir a ser modificado ao longo do tempo com efeitos para o futuro, para melhor atender ao poder aquisitivo da moeda, como bem se posicionou o STF no RE 91434-RN³⁸, de relatoria do Min. Thompson Flores. De qualquer forma, as parcelas pagas antes de cinco anos serão atingidas pela prescrição³⁹.

Há mais uma questão importante envolvendo a decadência que não foi devidamente regida na LBPS, qual seja, como computa-la nos casos de nulidade do processo administrativo revisional já iniciado, por vício meramente formal.

A autarquia inicia a revisão de benefício no prazo decadencial, nos termos do § 2º do art. 103-A da LBPS, mas depois vê-la anulada por vício formal (ausência de devido processo legal). Essa nulidade, evidentemente, não impede a retomada dessa revisão, com o saneamento do vício. Entretanto, esta não se pode dar a qualquer tempo, sem qualquer limite temporal, gerando

38 "Entendo não existir direito adquirido a uma certa forma de reajustamento de proventos ou de benefício previdenciário. Lei nova poderá dispor diferentemente na vigência da aposentadoria do servidor ou do segurado, acerca da maneira por que se processarão, no futuro, os reajustes das vantagens da aposentadoria, quando de revisão geral de vencimentos e salários dos servidores em atividade, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda. Não ocorrendo direito ao reajustamento dos proventos na forma da Lei n. 4.297/63, mas, sim, na forma da Lei n. 5.698/71, somos pelo reconhecimento e provimento do recurso extraordinário." (RTJ, 101/10).

39 AC 199770010133824, NICOLAU KONKEL JÚNIOR, TRF4 - TERCEIRA TURMA, D.E. 03/03/2010. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf>>. Acesso em: 04 abr. 2013.

a mesma insegurança jurídica senão houvesse a decadência inicialmente prevista, o que iria de encontro   própria finalidade da lei.

Ante a ausência de disposi o específica, deve-se aplicar por analogia verdadeiro prazo interruptivo previsto no art. 173, II, do CTN⁴⁰. Assim, a partir da decisão definitiva anulatória do processo de revisão por vício formal, conta-se novo prazo de decadência para a sua retomada.

A nossa jurisprud ncia⁴¹, em matéria tributária, vem computando a decadência mesmo após ocorrência do lançamento originário e durante processo de apura o de sua nulidade por vício formal, somente a interrompendo após decisão definitiva que o houver anulado. Assim, trazendo essa interpreta o para a matéria previdenciária, têm também de computar a decadência desde o ato concessório originário que foi revisado, nos termos do art. 103-A da LBPS, até a decisão administrativa ou judicial definitiva que anulou a revisão por vício formal, computando-a mesmo no período de análise e julgamento dessa pretensão anulatória.

Portanto, se o beneficiário ingressar com a o anulatória de procedimento revisional por ausência de devido processo legal, enquanto não houver decisão definitiva nesse sentido, continua a correr normalmente a decadência. Se a Autarquia não quiser correr o risco de ver seu procedimento anulado, sem possibilidade de retomá-lo, tem a op o de anulá-lo de ofício, prosseguindo-se imediatamente a revisão, após saneamento do vício apontado.

2.3 DECADÊNCIA DO DIREITO DO BENEFICIÁRIO   REVISÃO DO ATO CONCESSÓRIO – IMPROPRIEDADE TERMINOLÓGICA – NATUREZA JURÍDICA DE PRESCRI O

Tem-se em mente que, enquanto a decadência se encontra no plano de validade da rela o jurídica, envolvendo pretensões ou a es constitutivas (positivas ou negativas), a prescri o está no plano da eficácia e diz respeito às condenatórias.

40 “Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

[...]

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

41 AC 200281000161516, Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, TRF5 - Primeira Turma, DJ - Data: 17/10/2008 - Página: 322 - N : 202; AC 200651130002331, Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES, TRF2 - QUARTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 29/08/2012 - Página: 172. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf>>. Acesso em: 05 abr. 2013.

Falamos anteriormente de típico prazo decadencial para administração anular seu próprio ato eivado de nulidade, que gerou pagamento de prestação previdenciária indevida ou a maior (art. 103-A da LBPS). Trata-se, evidentemente, de pretensão constitutiva negativa, cujo direito potestativo da autarquia influi na esfera jurídica do beneficiário.

Diferentemente ocorre quanto à pretensão ou ação do beneficiário de revisar ato concessório de seu benefício. Esta é tipicamente condenatória, e não constitutiva negativa, envolvendo direito a uma prestação na forma devida, razão pela qual respectivo prazo para seu exercício é de prescrição, e não de decadência⁴²⁺⁴³.

A insurgência, tanto contra o indeferimento do benefício, quanto contra a fixação do seu valor, visa, indiscutivelmente, à condenação da autarquia a pagá-lo, inclusive, nos termos devidos. Aqui não há direito potestativo a que estaria submetido o INSS, mas seu dever jurídico de pagar prestação previdenciária, supostamente não adimplida, total ou parcialmente. Não se trata de pretensão constitutiva negativa ou anulatória dessa relação jurídica, pois o que se quer, ao contrário, é justamente a produção de todos os seus efeitos jurídicos previstos.

42 KRAVETZ, Luciane Merlin Cléve. Prescrição e decadência na lei 8.213/91. In: LUGON, Luiz Carlos de Castro; LAZARI, João Batista. *Curso modular de direito previdenciário*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 601: “[...] não é porque o legislador rotulou cada prazo com o nome de decadência que assim deva ser, pacificamente, admitido, independentemente do exame acerca de sua essência.

O art. 103, caput, da Lei 8213/91, cuida de estabelecer uma limitação temporal para buscar a revisão do ato que concedeu ou que negou seu benefício. Cuida-se de um direito potestativo, ou seja, de um direito que prescinde de um comportamento do sujeito passivo? Não, evidentemente, pois o titular do direito à revisão do ato administrativo não submeterá, ainda que judicialmente, a autarquia à sua vontade.

A ação movida cuidará de proteger o direito do segurado/dependente que foi violado, ou porque foi negado um benefício devido ou porque foi equivocada a forma de calcular a renda mensal inicial (RMI). Nos dois casos, observe-se, o direito preexistia à lesão, com o que nasceu a pretensão, assim entendida como a exigibilidade de uma prestação por parte do INSS, consistente em conceder o benefício, revisar a RMI e/ou pagar as prestações não adimplidas. Terá a ação, portanto, natureza condenatória e o provimento será passível de execução para que possa o direito ser satisfeito.

Não pode, então, ser outra a conclusão: o caput do art. 103 da Lei 8213/91 veicula prazo de natureza prescricional.

43 MARTINS, Raimundo Evandro Ximenes. Prescrição em matéria de benefício previdenciário. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 16, nº 3080, 7 dez 2011. p. 8. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20572>>. Acesso em: 22 mar. 2013. “Com efeito, trata-se a hipótese de autêntica prescrição, porquanto há violação do direito do interessado ou concessão do benefício, que, por vários motivos possíveis, teve seu direito lesionado parcialmente. Podem-se conjecturar vários casos em que há concessão de benefício, ao lado de lesão a direito, como, v.g., o interessado pede aposentadoria por invalidez e é concedido auxílio-doença; é requerida renda “x”, concede-se uma renda menor que “x”; postula-se aposentadoria por idade, concede-se aposentadoria proporcional. Tudo isso é violação de direito, que pode ser afastada na via judicial. Em resumo: o pleiteante requereu um benefício “assim”, e o instituto previdenciário deferiu “assado”, contrariando o interesse do administrado.”

O que se quer aqui está no plano da eficácia, com luta pela produção de todos os efeitos da relação jurídica previdenciária já constituída. Nascido dever jurídico da autarquia, a partir de então somente subsiste, para o beneficiário, pretensão ou ação condenatória para cumprimento correto da respectiva obrigação.

Não parece razoável a defesa de que o prazo do *caput* do art. 103 da LBPS seria de decadência, pois antes do pagamento das diferenças haveria a necessidade de se anular ato administrativo através de ação judicial de natureza constitutiva (negativa), essencial  modificação do estado jurídico anterior⁴⁴. Com todo respeito, se fosse assim, praticamente não haveria hipótese de prescrição, mas apenas de decadência, pois, seguindo esse raciocínio, todo ato lesivo a direito a uma prestação, teria antes da condenação de ser anulado por pretensão constitutiva. E mais: ele é falacioso, pois nenhum particular ingressa em juízo para simplesmente anular ato administrativo – isso não faz sentido –, mas para obter direito a uma prestação (obrigação de fazer ou não fazer ou de pagar). Saliente-se, ainda, que nas prestaoes tipicamente constitutivas (negativas) não se pede simplesmente a alteração de um ato, mas a desconstituição da própria relação jurídica, total ou parcialmente, tida por inválida pelo titular de direito potestativo. Isso não ocorre na hipótese aventada, pois o beneficiário pretende condenação da autarquia ao pagamento de uma prestação nos termos devidos, no âmbito da eficácia e não da validade da relação jurídica.

Daí, portanto, a impropriedade terminológica contida na atual redação do *caput* do art. 103 da LBPS, que fala de decadência, quando o adequado seria prescrio⁴⁵.

Surge, então, uma questão problemática a ser pensada. Embora o Decreto 20.910/32 e o próprio parágrafo único do art. 103 da LBPS preveem prazo prescricional de 5 anos para pretensoes movidas contra a fazenda pública, em geral, e INSS, em particular, o *caput* do art. 103 da LBPS têm fixa prescrição, mas de 10 anos.

44 DA ROCHA; BALTAZAR JÚNIOR, op. cit., p. 358-359.

45 “Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

Parágrafo nico. Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestaoes vencidas ou quaisquer restituoes ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil.”

Para evitar insegurança jurídica, contradições e incoerências, esse prazo prescricional diferenciado de 10 anos deve ser interpretado restritivamente. Assim, ele deve se restringir às hipóteses de concessão de benefício⁴⁶ - e não de seu indeferimento -, e em que se envolve mera pretensão revisional não discutida no processo administrativo originário. Aqui, o prazo dilatado de 10 anos se justifica por se tratar pleito revisional, cujo direito não é de fácil percepção, não tendo sido especificamente discutido no ato concessório.

Portanto, o beneficiário tem 10 anos para requerer a revisão de seu benefício, contado do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação, ou, quando for o caso - quando há alguma impugnação administrativa -, a partir do dia em que tomar conhecimento da respectiva decisão definitiva, desde que esta, evidentemente, não tenha decidido sobre mesmo pedido revisional.

Vale reconhecer que a literalidade do *caput* do art. 103 da LBPS não ajuda muito essa interpretação, levando a crer que o beneficiário teria 10 anos para revisar tanto seu benefício quanto o próprio ato que o indeferiu, sem maiores limitações. Daí a TNU ter editado a súmula 64⁴⁷, sustentando que pedido de revisão do ato de indeferimento também se submete a esse prazo.

Mas essa interpretação é incompatível com dois princípios caros à nossa ordem jurídica: o da coisa julgada administrativa, derivado da segurança jurídica, e o da igualdade de direitos ou isonomia.

No caso de indeferimento do próprio benefício ou julgamento administrativo no ato concessório sobre determinada impugnação, tais questões não podem mais ser objeto de ulterior pedido revisional a ser exercido até 10 anos. Caso contrário, estar-se-ia violando o princípio da coisa julgada administrativa⁴⁸.

46 MELLO, Sérgio Renato de. *Benefícios previdenciários – Comentários à Lei nº 8.213/91*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 551: “Primeiramente, pela simples leitura do texto do *caput* do artigo, compreende-se que o prazo decadencial ali previsto ataca de morte os direitos de revisão do ato de concessão do benefício previdenciário, pressupondo, por certo, um benefício concedido, porém quantitativamente irregular em cotejo com as normas vigentes. Não atinge, portanto, o próprio direito adquirido à concessão dos benefícios previdenciários, mas simplesmente ao direito revisional.”

47 “O direito à revisão do ato de indeferimento de benefício previdenciário ou assistencial sujeita-se ao prazo decadencial de dez anos”.

48 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 918: “A coisa julgada administrativa, desse modo, significa tão somente que determinado

Embora esse princípio não esteja expressamente previsto em lei, desta decorre logicamente através das limita es impostas ao andamento de processo administrativo, que precisa ter início e fim. Não   razoável autorizar a renova o eterna de demandas administrativas, sem qualquer fato novo que a justifique, sob pena de se perpetuarem no tempo, gerando insegurança jurídica. Além do mais, a ideia de coisa julgada administrativa garante a eficácia dos dispositivos da Lei 9.784/99⁴⁹ que impedem ou restringem a aprecia o de recurso ou revisão administrativa, além das disposi es atinentes em matéria previdenciária contidas no Decreto 3.048/99⁵⁰ e na IN/INSS 45/2010⁵¹. Isso, evidentemente, não impede o ajuizamento de a o judicial sobre a mesma pretensão, antes de consumado prazo prescricional de 5 anos.

Somente se justifica outro requerimento administrativo após indeferimento anterior se houver fato novo (agravamento de doença/

assunto decidido na via administrativa não mais poderá sofrer altera o nessa mesma via administrativa, embora possa sê-lo na via judicial. Os autores costumam apontar que o instituto tem o sentido de indicar mera irretratabilidade dentro da Administra o, ou a preclusão na via administrativa para o fim de alterar o que foi decidido por órgãos administrativos”

49 “Art. 63. O recurso não será conhecido quando interposto:

I - fora do prazo;

[...]

IV - após esaurida a esfera administrativa.

[...]

  2  O não conhecimento do recurso não impede a Administra o de rever de ofício o ato ilegal, desde que não ocorrida preclusão administrativa.”

“Art. 65. Os processos administrativos de que resultem san es poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequa o da san o aplicada.”

50 “Art. 308. Os recursos tempestivos contra decisões das Juntas de Recursos do Conselho de Recursos da Previdência Social têm efeito suspensivo e devolutivo.

[...]

  2    vedado ao INSS escusar-se de cumprir as diligências solicitadas pelo CRPS, bem como deixar de dar cumprimento às decisões definitivas daquele colegiado, reduzir ou ampliar o seu alcance ou execut las de modo que contrarie ou prejudique seu evidente sentido.”

51 “Art. 640. A matéria definitivamente julgada pelo CRPS, não será objeto de novas discussões no mérito, por parte do INSS.”

“Art. 641. Não terá seq ncia eventual pedido de revisão, feita pelo segurado, de decisão definitiva de benefício confirmada por única ou última instância do CRPS.

  1  No caso de pedido de revisão de acórdão sem novos elementos, deverá o INSS, em despacho fundamentado, apontar o não cabimento por ter encerrado o trâmite do processo, remetendo os autos ao CRPS.

  2  Sendo o pedido de revisão de acórdão acompanhado de novos elementos, será considerado e processado como novo pedido de benefício.”

“Art. 649. Conclui-se o processo administrativo com a decisão administrativa não mais passível de recurso, ressalvado o direito do requerente pedir a revisão da decisão no prazo decadencial previsto na lei de benefícios.”

lesão, *v. g.*) ou obtenção de novo documento considerado indispensável pela administração pública (art. 461, § 2º, da IN INSS/45/2010).

A autorização de pedido revisional do *caput* do art. 103 da LBPS, a ser proposto no prazo de 10 anos, apenas se justifica, portanto, se se tratar de questão jurídica nova, ainda não decidida no âmbito administrativo, embora se admita a sua propositura direta no Poder Judiciário, quando se saiba que não vem sendo deferida administrativamente.

A insurgência contra decisão administrativa definitiva que culminou no indeferimento do próprio benefício ou de alguma impugnação, deve ser feita através de ação judicial no prazo prescricional comum de 5 anos. Interpretação diversa importa em nítido tratamento desigual a hipóteses semelhantes em que o beneficiário é servidor público e em relação às parcelas de salário-maternidade devidas já a partir do nascimento da criança.

É preciso ter em mente que normas administrativas que asseguram privilégios devem ser interpretadas restritivamente, em sintonia com nossa ordem jurídica como um todo, em atenção ao princípio da isonomia, e não necessariamente em sua mera literalidade⁵². Carlos Maximiliano⁵³ adverte que a “equidade se contrapõe ao processo meramente literal, que é uma “maliciosa perversão da lei””.

Com propriedade o TRF da 5ª Região⁵⁴ vem reconhecendo a prescrição quinquenal do fundo do direito em face do indeferimento administrativo de benefício previdenciário do RGPS ou assistencial, com aplicação da exceção prevista na súmula 85 do STJ. Há também precedentes em sentido diverso admitindo somente a prescrição das parcelas previdenciárias anteriores ao quinquênio legal⁵⁵.

52 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro* – v. 1, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 60-61: “[...] Outras vezes o aplicador da norma deve reconduzi-la ao campo de aplicação que corresponde ao fim que pretende obter (LICC, art. 5º), porque foi formulada de modo amplo, para tanto vale-se da interpretação restritiva, que restringe o sentido normativo, com o escopo de dar àquela aplicação razoável e justa.”

53 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 120.

54 EIAC 0002818982011405820001, Desembargador Federal Geraldo Apoliano, TRF5 - Pleno, DJE - Data:23/10/2012 – p. 26. Disponível a partir em: <<http://www.jf.jus.br/cjf>>. Acesso em: 08 abr. 2013.

55 REsp 240.375/RN, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 14/03/2000, DJ 03/04/2000, p. 166. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf>>. Acesso em: 08 abr. 2013.

2.4 PRESCRI O

Nos termos do art. 2^o do Decreto-lei 4.597, de 19/08/1942, as presta es devidas pelas autarquias, incluída a previdenciária, submetem-se   prescri o de 5 anos prevista a favor da fazenda pública pelo Decreto 20.910, de 06/01/1932⁵⁶.

A Lei 3.807/60 e altera es subsequentes passaram a tratar especificamente da questão em matéria previdenciária, e assim o fez sem qualquer incompatibilidade como o Decreto 20.910/32. Houve apenas um equívoco terminológico ao se utilizar a expressão “não prescreverá o direito” (art. 57), quando se pretendia era afastar a decadência, como ressaltado no t pico 2.1 deste artigo. Entretanto, a LBPS, em sua reda o original, corrigiu esse erro, estabelecendo em seu art. 103⁵⁷ a prescri o quinquenal, “sem prejuízo do direito ao benefício”. Esse prazo passou a ser fixado no parágrafo único do atual art. 103, com a reda o dada a partir da MP 1.523-9, de 27/06/1997.

Definida a prescri o de 5 anos, ressalvada   da pretensão revisional exposta no t pico anterior, passarei a expor seu termo inicial.

Como destacado no item 2.1, o fato gerador ainda não constitui a rela o jurídica previdenciária, sendo necessária para tanto manifesta o de vontade através de requerimento administrativo. Contudo, nada impede que se confira efeitos retroativos a momento anterior a este ato constitutivo.   o que ocorre em rela o a benefícios em geral se solicitados em curto prazo de decadência previsto em lei, e, principalmente, quanto ao salário maternidade cujas parcelas já são devidas e exigíveis desde o nascimento da criança, independentemente de quando requerido, nos termos do art. 71 da LBPS.

E   aqui, no plano da eficácia, a partir de quando já se tem direito subjetivo de exigir presta o do INSS, que se computa a prescri o. Em rela o aos benefícios em geral devidos a partir da DER ou pouco tempo antes, não há como se consumir prescri o antes do requerimento administrativo (ato constitutivo). O mesmo, contudo, não ocorre em

56 “Art. 1^o As d vidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou a o contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.”

57 “Art. 103. Sem prejuízo do direito ao benefício, prescreve em 5 (cinco) anos o direito às presta es não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes.” (grifo nosso)

relação ao salário-maternidade, cujo prazo prescricional já corre a partir de quando cada parcela se torna exigível desde seu fato gerador, podendo, assim, consumir-se antes mesmo da DER.

Aqui vale fazer uma observação e crítica quanto às atecniais do art. 189 do Código Civil, que assim dispõe: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.”

Como bem percebeu Wilson Rodrigues Alves⁵⁸, há dois equívocos nesse dispositivo, por duas razões: a) nem sempre a pretensão de direito material nasce com violação a direito subjetivo; e b) a prescrição não é causa de extinção da pretensão, mas apenas de encobrimento de sua eficácia.

Em relação à primeira crítica (“a”), ele⁵⁹ demonstra que a prescrição corre mesmo sem violação a direito, quando, p.ex., no contrato de mútuo, a parcela se torna exigível após vencimento do prazo estipulado, cuja cobrança se dê no domicílio do devedor (art. 327 do Código Civil - dívida *quéérable*). Se no prazo prescricional o credor não se dirigir ao devedor para exercer sua pretensão de ver restituído valor mutuado com os interesses, este último poderá recusar o pagamento, sem nunca ter violado o direito.

O que importa para o início de contagem da prescrição não é, portanto, a violação a direito subjetivo, mas a partir de quando ele se torna exigível⁶⁰.

58 ALVES, op. cit., p. 114: “a) Embora nasçam pretensões de direito material com violações aos respectivos direitos subjetivos, a verdade é que há esse nascimento da pretensão de direito material em situações em que não se dê tal infringência.”

“b) Em sua literalidade, a regra jurídica do Código Civil, art. 189, prevê a extinção da pretensão com o decurso do prazo de prescrição. E na doutrina tem prevalecido esse entendimento, segundo o qual o transcurso do prazo prescricional haveria a perda da exigibilidade.

Entretentes, a prescrição não é causa de extinção, tão somente causa de encobrimento da eficácia da pretensão de direito material pelo não-exercício nos prazos previstos na lei, e.g., Código Civil, arts. 205-206.”

59 Ibidem, p. 114-118.

60 Ibidem, p. 115: “O que marca o termo inicial do curso do prazo de prescrição é a exigibilidade do conteúdo do direito – que pode ser, ou não, pela actio nata – como se estatui no direito italiano, e, como mais ampla expressão, no direito grego, e não a violação do direito a ela subjacente. Por isso mesmo, pode coincidir com a violação a esse direito ou não.”

Daí porque, tanto a prescrição dos benefícios em geral, quanto das 4 parcelas do salário-maternidade⁶¹, já se inicia a partir de quando se tornam devidos, ou da DER se seus efeitos se limitam a partir daí, sendo irrelevante a existência de indeferimento administrativo.

Iniciada a prescrição, antes ou a partir da DER, ela não corre durante a demora na análise e julgamento administrativo, vindo normalmente a ser computada, de fato, somente da intimação da última decisão indeferitória administrativa, nos termos do art. 4º do Decreto 20.910/32, e, quando consumada, atingirá o próprio fundo do direito expressamente negado, com incidência da exceção contida na súmula 85 do STJ⁶².

Tanto a prescrição já pode se iniciar antes ou a partir da DER, e não somente do indeferimento, que caso o interessado deixe de prestar algum esclarecimento ou promover diligência durante o processo administrativo, antes, portanto, de qualquer negativa, essa inércia não terá efeito de suspender a prescrição nos termos do art. 5º do Decreto 20.910/32⁶³.

Quanto à segunda crítica (“b”), como bem destaca Wilson Rodrigues Alves⁶⁴ e foi ensinado no item 1, “a prescrição não é causa de extinção”, mas apenas “de encobrimento da eficácia da pretensão de direito material pelo não exercício” no prazo legal. Se “o exercício da pretensão se dá após o prazo de prescrição, a exigibilidade dessa pretensão fica apenas apagada com a alegação da parte, ou apagável com a declaração do juízo”.

61 AC, JUIZ FEDERAL CLEBERSON JOSÉ ROCHA (CONV.), TRF1 - SEGUNDA TURMA, e-DJF1 DATA:30/11/2012 PAGINA:378; AC 00150726620094039999, JUÍZA CONVOCADA MÁRCIA HOFFMANN, TRF3 - OITAVA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/02/2010 PÁGINA: 802 ..FONTE_REPUBLICACAO; AC 00187084520064039999, DESEMBARGADORA FEDERAL ANNA MARIA PIMENTEL, TRF3 - DÉCIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/10/2009 PÁGINA: 1704 ..FONTE_REPUBLICACAO; AC 00030328820104049999, JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA, TRF4 - SEXTA TURMA, D.E. 20/05/2010; AC 00010261320124059999, Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data::03/05/2012 - Página: 561. Disponível em: <<http://www.jfjus.br/cjf>>. Acesso em: 08 abr. 2013.

62 “Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.” (grifo nosso)

63 “Art. 5º Não tem efeito de suspender a prescrição a demora do titular do direito ou do crédito ou do seu representante em prestar os esclarecimentos que lhe forem reclamados ou o fato de não promover o andamento do feito judicial ou do processo administrativo durante os prazos respectivamente estabelecidos para extinção do seu direito à ação ou reclamação.”

64 ALVES, op. cit., p. 118.

Finalmente, ressalte-se que o *caput* do art. 103 da LBPS, combinado com o art. 3º do Decreto 20.910/32, ainda estabelece especificamente, nas hipóteses de pretensão revisional a ser formulada no prazo de 10 anos, a prescrição quinquenal das parcelas anteriores, por se tratarem de prestações de trato sucessivo.

2.5 PRESCRIÇÃO DAS PRETENSÕES ACIDENTÁRIAS DECORRENTES DO TRABALHO

O art. 104 da LBPS⁶⁵ é um desafio à hermenêutica jurídica. Ele prevê prescrição quinquenal específica das pretensões de benefícios decorrentes do trabalho a partir: a) do acidente, quando dele resultar morte ou incapacidade temporária; ou b) da data do laudo médico administrativo que reconhecer a incapacidade permanente ou agravamento das sequelas do acidente.

Essa disposição diferenciada tem origem em nossa legislação remota, com destaque no Decreto 7.036/44^{66,67}, quando a indenização por acidente de trabalho, de conotação civilista e trabalhista, era de única responsabilidade do empregador⁶⁸, e devida da data do acidente quando resultar em morte ou incapacidade temporária, ou de quando se verificar a incapacidade permanente, através de exame pericial. Ela se justificava, pois a prescrição se contava a partir de quando as parcelas eram devidas e exigíveis. Procurava-se evitar que o acidentado movesse ação muito tempo depois do acidente ou de quando se constatava a incapacidade, com prejuízo para defesa do empregador. A prescrição atingia o próprio fundo do direito.

65 “Art. 104. As ações referentes à prestação por acidente do trabalho prescrevem em 5 (cinco) anos, observado o disposto no art. 103 desta Lei, contados da data:

I - do acidente, quando dele resultar a morte ou a incapacidade temporária, verificada esta em perícia médica a cargo da Previdência Social; ou

II - em que for reconhecida pela Previdência Social, a incapacidade permanente ou o agravamento das sequelas do acidente.”

66 “Art. 12. O empregador, além das indenizações estabelecidas nesta lei, é obrigado, em todos os casos e desde o momento do acidente, a prestar ao acidentado a devida assistência médica, farmacêutica e hospitalar, compreendida na primeira assistência dentária.”

67 “Art. 66. Todas as ações fundadas na presente lei prescreverão em dois (2) anos, que serão contados da seguinte forma:

a) da data do acidente, quando dele resultar a morte ou uma incapacidade temporária;

b) da data em que o empregador teve conhecimento do aparecimento dos primeiros sintomas da doença profissional, ou de qualquer outra originada do trabalho;

c) do dia em que ficar comprovada a incapacidade permanente, nos demais casos.”

68 MARTINS, op. cit., p. 9.

Desde a Lei 5.316/67⁶⁹, contudo, os benefícios acidentários decorrentes do labor são devidos pela própria previdência social, e atualmente com inícios e termos previstos igualmente aos demais da mesma espécie pela LBPS. Ora, a prescrição, seja qual for, conta-se a partir de quando as parcelas se tornam devidas e exigíveis, tendo relação direta com o início de pagamento das prestações, embora possa vir a ser computada posteriormente, se existente causa impeditiva. Assim, se a previdência não os paga desde a data do acidente ou do laudo médico, mas apenas a partir de outro momento, quais sejam, do 16  dia do afastamento, da cessac o do auxílio-doença, do óbito ou da DER, conforme o caso, não há outra conclusão juridicamente possível, senão a de que o art. 104 da LBPS não mais se aplica a débitos do INSS por incompatibilidade lógica.

Insta externar como qualquer tentativa de aplicar o art. 104 da LBPS   autarquia previdenciária implicaria numa interpreta o absurda ou violadora do princípio da isonomia. Para fugir   incongruência lógica acima referida, o prazo do inciso I do art. 104 teria de ser de decadência e não de prescrição. A autarquia se sujeita ao exercício de direito potestativo do segurado. Ela não   sujeito passivo causador do dano acidentário, como   o empregador. Assim, se há prazo para o segurado acidentado exercer sua pretensão constitutiva através de requerimento administrativo a partir do acidente, ele   decadencial e não prescricional. Isso causaria, evidentemente, grave desigualdade jurídica, pois enquanto todos os demais benefícios podem ser solicitados a qualquer tempo, estes, decorrentes do labor, somente poderiam sê-lo até 5 anos. Já o prazo do inciso II do art. 104, embora seja, de fato, prescricional, pois iniciado após requerimento (ato constitutivo), a sua incidência também implicaria em desigualdade jurídica, na maioria das vezes, em prejuízo do acidentado. Diferentemente dos demais benefícios, haveria aqui prescrição do fundo do direito já a partir do laudo administrativo, situa o, inclusive, incompatível com a sua suspensão durante processo administrativo, nos termos do art. 4  do Decreto 20.910/32.

Faz-se ainda menos sentido, a tentativa de conciliar o art. 104 da LBPS com a prescrição de trato sucessivo. Ora, esta última se aplica do ajuizamento da a o para tr s, e não de tr s para frente. Como se poderia, assim, incidi-la com seu início da data do acidente ou do exame pericial administrativo até a promo o da demanda? Invertendo-se a

69 "Art. 1  O seguro obrigatório de acidentes do trabalho, de que trata o artigo 158, item XVII, da Constitui o Federal, será realizado na previdência social.

Parágrafo  nico. Entende-se como previdência social, para os fins desta Lei, o sistema de que trata a Lei n  3.807, de 26 de agôsto de 1960, com as altera es decorrentes do Decreto-lei n  66, de 21 de novembro de 1966."

lógica da prescrição de trato sucessivo, com seu cômputo de trás para frente, chegaríamos à conclusão absurda de que ela somente atingiria os débitos posteriores a 5 anos do seu início. Assim, se o segurado ingressasse em juízo 20 anos depois do acidente, poderia receber as prestações de 15 anos para cá, com prescrição apenas dos 5 anos iniciais, o que contrariaria, de forma desarrazoada, todo entendimento sobre a questão, com grave comprometimento da segurança jurídica.

A única função razoável do art. 104 da LBPS é impor, por analogia, um termo inicial da reparação civil de danos acidentários em face do empregador ou terceiros que os causaram e da respectiva prescrição trienal (§ 3º do art. 206 do código civil), autorizada pelo art. 121 da LBPS⁷⁰.

Assim, o mais correto é desconsiderar o art. 104 da LBPS, aplicando-se à decadência e prescrição de benefícios decorrentes do trabalho às mesmas regras dos demais, como de fato se vem fazendo pela nossa jurisprudência⁷¹, embora sem aprofundar nem polemizar o assunto.

2.6 IMPEDIMENTO, SUSPENSÃO E INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO

A partir da DER até intimação da última decisão administrativa atinente há impedimento ou suspensão da prescrição, que não corre nesse período nos termos do art. 4º do Decreto 20.910/32⁷².

Já a interrupção da prescrição ocorre nas hipóteses do art. 202 do código civil⁷³ combinado com o art. 219 do CPC⁷⁴, sendo as mais comuns

70 “Art. 121. O pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem.”

71 REsp 435.220/SP, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 18/12/2002, DJ 02/08/2004, p. 580. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf>>. Acesso em: 08 abr. 2013.

72 “Art. 4º Não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, ao reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la. Parágrafo único. A suspensão da prescrição, neste caso, verificar-se-á pela entrada do requerimento do titular do direito ou do credor nos livros ou protocolos das repartições públicas, com designação do dia, mês e ano.”

73 “Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:
I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;
II - por protesto, nas condições do inciso antecedente;
III - por protesto cambial;
IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;
V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;
VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor. Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.” (grifos nossos)

74 “Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição. § 1o A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.” (grifos nossos)

em matéria previdenciária: a) despacho citatório do juiz, com efeitos retroativos à data da propositura da ação, se a citação for efetivada nos prazos legais; e b) qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pela autarquia previdenciária.

Ao contrário do que vem decidindo alguns julgados⁷⁵, o requerimento ou decisão administrativa não é ato interruptivo da prescrição, pois não se enquadra nas hipóteses do art. 202 do código civil; inclusive, porque o processo administrativo já é sua causa suspensiva, conforme art. 4º do Decreto 20.910/32 e jurisprudência dominante⁷⁶, não podendo também ser interruptiva, gerando ao mesmo tempo dois efeitos incompatíveis entre si⁷⁷. Insta também destacar que o art. 9º do Decreto 20.910/32, que trata da interrupção da prescrição, está contido na parte que envolve a ação judicial a partir do art. 7º⁷⁸, não se lhe aplicando na esfera administrativa.

A interrupção também surge por ato inequívoco que importe em reconhecimento do direito pelo devedor, nos termos do inciso VI do art. 202 do código civil. Em matéria previdenciária, vem se admitindo essa hipótese, quando há reconhecimento administrativo do direito vindicado, através de leis, portarias ou outros atos normativos⁷⁹.

-
- 75 AC 200751018133075, Desembargador Federal ABEL GOMES, TRF2 - PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 01/03/2010 - Página: 94; AC 90030043477, JUIZ SILVEIRA BUENO, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, DOE DATA: 07/12/1992 PÁGINA: 125; APELREEX 200881000136494, Desembargador Federal Manuel Maia, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 07/04/2011 - Página: 160; PROCESSO: 0001561732011405999902, EDAC519806/02/PB, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT, Primeira Turma, JULGAMENTO: 15/03/2012, PUBLICAÇÃO: DJE 22/03/2012 - Página 389. Disponível a partir de: <<http://www.jfjus.br/cjf>>. Acesso em: 09/04/2013.
- 76 REsp 294.032/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2001, DJ 26/03/2001, p. 466; APELREEX 200871120000122, CELSO KIPPER, TRF4 - SEXTA TURMA, D.E. 21/01/2010. Disponível em: <<http://www.jfjus.br/cjf>>. Acesso em: 09 abr. 2013.
- 77 Ou o ato ou procedimento suspende a prescrição que uma vez reiniciada volta a correr somente pelo tempo que faltava, ou a interrompe, quando, então, a prescrição recomeçará a correr por inteiro, ou pela metade se a favor da Fazenda Pública, respeitada a súmula 383 do STF.
- 78 “Art. 7º A citação inicial não interrompe a prescrição quando, por qualquer motivo, o processo tenha sido anulado.
Art. 8º A prescrição somente poderá ser interrompida uma vez.
Art. 9º A prescrição interrompida recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu ou do último ato ou termo do respectivo processo.”
- 79 EAC 200102010444701, Desembargador Federal ALUISIO GONCALVES DE CASTRO MENDES, TRF2 - PRIMEIRA SEÇÃO ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 10/12/2010 - Página: 17/18; AC 200081000140693, Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data: 25/03/2011 - Página: 391. Disponível em: <<http://www.jfjus.br/cjf>>. Acesso em: 09 abr. 2013.

De acordo com os artigos 202, *caput*, do código civil, 8º do Decreto 20.910/32 e 3º do Decreto-Lei 4.597/42⁸⁰, a prescrição somente se interrompe uma única vez, e se a favor da fazenda pública, passa a correr pela metade (dois anos e meio) do último ato ou termo a interromper, respeitada a súmula 383 do STF⁸¹, pois a soma dos tempos antes e depois da interrupção não pode ficar aquém de 5 anos.

Assim, p.ex., o reconhecimento do direito à auto-aplicabilidade do art. 201, §5º, da CF⁸², em sua redação original, pela Portaria 714 do MPAS, em 10/12/1993, enseja a interrupção da prescrição com seu cômputo pela metade a partir de então. Sua pretensão se tornou prescrita, portanto, em 10/06/1996, se respeitada a súmula 383 do STF. Em relação aos questionamentos da correção monetária das parcelas devidas a serem pagas em 30 meses, estipulada na referida portaria, contudo, nossa jurisprudência⁸³ consolidou entendimento de que se trataria de lesão a direito somente caracterizada com sua expedição, razão pela qual sua prescrição somente se consumaria após cinco anos (em 10/12/1998), e não em dois anos e meio desse ato interruptivo, por ser pretensão distinta da principal. Vejo problemática essa interpretação, considerando que correção monetária, como mero acessório, segue o principal (arts. 92⁸⁴ e 233⁸⁵ do código civil). Assim, como a pretensão do débito abrange seus acessórios, quaisquer de suas parcelas deveriam ter sido cobradas desde o ato originário impugnado, e não alguma delas, como a correção monetária, somente a partir da Portaria MPAS 714.

80 “Art. 3º A prescrição das dívidas, direitos e ações a que se refere o Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, somente pode ser interrompida uma vez, e recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper; consumir-se-á a prescrição no curso da lide sempre que a partir do último ato ou termo da mesma, inclusive da sentença nela proferida, embora passada em julgado, decorrer o prazo de dois anos e meio.”

81 “A prescrição em favor da Fazenda Pública recomeça a correr, por dois anos e meio, a partir do ato interruptivo, mas não fica reduzida aquém de cinco anos, embora o titular do direito a interrompa durante a primeira metade do prazo.”

82 “§ 5º - Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo.”

83 REsp 246.429/PI. Disponível a partir de: <<http://www.jfjus.br/cjf>>. Acesso em: 09 abr. 2013.

84 “Art. 92. Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal.”

85 “Art. 233. A obrigação de dar coisa certa abrange os acessórios dela embora não mencionados, salvo se o contrário resultar do título ou das circunstâncias do caso.”

Ainda de forma inapropriada a nossa jurisprudência⁸⁶ vem considerando o reconhecimento do direito, não apenas como causa interruptiva da prescrição, mas como renúncia à já consumada, o que, *data venia*, é incompatível com sua própria lógica e finalidade.

Ora, a prescrição existe para encobrir a eficácia da pretensão não exercida no prazo legal, independentemente da existência ou não do direito vindicado. Protege-se o devedor pela demora na cobrança do débito, eximindo-o da obrigação de guardar *ad aeternum* documentos que eventualmente comprovem sua quitação, distrato ou perdão. Inclusive, se o credor acionar o devedor após esse prazo, este último poderá recusar seu pagamento apenas por esse motivo.

A renúncia tácita do art. 191 do código civil⁸⁷ surge quando se presume de fatos do interessado incompatíveis com a prescrição, ou seja, que indiquem a intensão do devedor em não opor tal exceção, o que nada tem a ver com eventual reconhecimento do direito ao crédito⁸⁸. O fato, p.ex., da autarquia ter reconhecido o direito ao aumento imediato dos benefícios para o valor de um salário mínimo a quem recebia menos, a partir da CF/88, de forma alguma implica na renúncia tácita à prescrição já consumada.

86 AC 200805001014743, Desembargador Federal Paulo Gadelha, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data::25/02/2010 - Página::548; EREsp 347353/CE, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2007, DJe 19/05/2008. Disponível em: <<http://www.jfjus.br/cjf/>>. Acesso em: 11 abr. 2013.

87 Art. 191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição."

88 ALVES, op. cit., p. 687-688: "Pode-se reconhecer direito, mas não se reconhecer pretensão passível de exercício, como se passa em todas as hipóteses em que se excepciona com a dicção da prescrição.

[...]

Porquanto prescritível é a pretensão de direito material a que, no outro lado da relação intrajurídica de crédito (direito) e de débito (dever, dívida), se correlaciona uma obrigação, o que interrompe a influência do prazo prescricional é, então, o reconhecimento da titularidade da obrigação pelo legitimado passivo, que assim também afirma conhecer a pressuposta dívida.

Esse "ato inequívoco" pode dar-se em juízo, ou fora dele, sem que, pelo só ato inequívoco desse reconhecimento esteja o reconhecente a renunciar tacitamente ao prazo prescricional corrido antes da interrupção, em que pese a ter-se dito o contrário em nossa doutrina.

Afinal, por um lado não se pode renunciar ao que se desconhece, e nem sempre quem reconhece a existência de sua obrigação renuncia a prazo prescricional que conhece. E pode-se renunciar à prescrição sem contudo reconhecer a existência da obrigação; aliás, pode-se renunciar à prescrição exatamente para discutir-se a existência da obrigação."

Por outro lado, não me parece juridicamente aceitável a renúncia à prescrição, expressa ou tácita, pela fazenda pública, em razão dos princípios da indisponibilidade do interesse público⁸⁹ e o da impessoalidade insculpido no art. 37, *caput*, da CF que impede ao poder público escolher as hipóteses de renúncia à prescrição, privilegiando alguns credores em detrimento de outros.

Cabe finalmente destacar o princípio da separação das pretensões, que atua decisivamente no alcance das hipóteses de suspensão e interrupção da prescrição. Em razão dele, ensina Pontes de Miranda⁹⁰, “cada um dos legitimados pode ficar exposto à prescrição ainda que algum ou alguns dos outros tenham a seu favor regra jurídica sobre suspensão”. A exceção fica por conta da pretensão de obrigação indivisível⁹¹ quando há litisconsorte unitário, situação inexistente em matéria previdenciária. Assim, *v.g.*, para beneficiário maior e capaz a prescrição corre normalmente, ainda que haja outros do mesmo benefício contra a qual não siga por impedimento ou suspensão. A interrupção em favor de um dos credores também não aproveita aos demais, salvo se a obrigação for solidária⁹², o que não ocorre no direito previdenciário.

2.7 APLICAÇÃO DA LEI DE DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO NO TEMPO

Para melhor compreensão do alcance da norma instituidora ou modificadora da decadência e prescrição é indispensável ter em mente a autonomia desses institutos em relação ao direito a eles submetidos.

Enquanto, *p.ex.*, o suporte fático da pensão por morte é o óbito do segurado, da aposentadoria o tempo de serviço/contribuição ou idade do segurado e carência, e do salário-maternidade o nascimento da criança da segurada e carência, por outro lado: a) o da decadência é o transcurso

89 MIRANDA, *op. cit.*, p. 269: “Para renunciar à exceção de prescrição, é preciso que o titular desse direito tenha poder de dispor”.

90 *Ibidem*, p. 194-195: “Os fatos que se produzem na pessoa do credor singular só influem, de regra, sobre o seu crédito (princípio da personalidade dos efeitos. Cada pretensão tem a sua prescrição; a suspensão e a interrupção da prescrição só atingem as pessoas que se acham na relação.

91 “Art. 201 do código civil: “Suspensa a prescrição em favor de um dos credores solidários, só aproveitam os outros se a obrigação for indivisível.”

92 “Art. 204 do código civil: A interrupção da prescrição por um credor não aproveita aos outros; semelhantemente, a interrupção operada contra o co-devedor, ou seu herdeiro, não prejudica aos demais coobrigados.

§ 1o A interrupção por um dos credores solidários aproveita aos outros; assim como a interrupção efetuada contra o devedor solidário envolve os demais e seus herdeiros.”

do prazo fixado em lei ou contrato sem que o titular tivesse exercido seu direito potestativo e constitutivo; e b) o da prescrição o passar do tempo, não impedido, nem suspenso, nem interrompido, sem que o titular da pretensão prescritivel tivesse exigido respectivo direito a uma prestaço⁹³⁹⁴.

Tendo em vista essa autonomia e o disposto nos arts. 6o da LICC e 2.028 do codigo civil, a nossa doutrina dominante vem aplicando regras de direito intertemporal de decadencia e prescrição, considerando quatro situaçoes distintas, como ensina Clovis Juarez Kermmerich⁹⁵: “(a) a lei suprime um prazo prescricional ou decadencial; (b) a lei amplia um prazo prescricional ou decadencial; (c) a lei reduz um prazo prescricional ou decadencial; (d) a lei cria um prazo prescricional ou decadencial”.

Nas duas primeiras hipoteses não ha controversias: a lei que o suprime se aplica imediatamente, apenas não atingindo aquele ja consumado; a lei que o amplia incide imediatamente, contando-se, porem, aquele ja iniciado pela lei anterior⁹⁶.

Na situação em que a lei nova reduz o prazo, este sera computado por inteiro a partir da sua vigencia, salvo se transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei anterior, hipotese em que esta ultima sera

93 MIRANDA, op. cit., p. 111: suporte fatico da prescrição: “a) a possibilidade da pretensão ou ação (não e necessario que exista a pretensão ou ação, razão por que o que não e devedor, mas e apontado como tal, pode alegar a prescrição, exercer, portanto, o *ius exceptionis temporis*); b) a prescribilidade da pretensão ou da ação; c) o *tempus* (transcurso do prazo prescricional), sem interrupção, e vazio de exercio pelo titular da pretensão ou da ação.”

94 LEAL, op. cit., p. 11: suporte fatico da prescrição: “1o - existencia de uma ação exercitavel (*actio nata*); 2o - inercia do titular da ação pelo seu não-exercio; 3o - continuidade dessa inercia durante um certo lapso de tempo; 4o - ausencia de algum fato ou ato a que a lei atribua eficacia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso prescricional.”

95 KEMMERICH, Clovis Juarez. *Efeitos da lei nova sobre prazos prescricionais e decadenciais*. Disponivel em: <www.sarivajur.com.br>. Acesso em 28 mar. 2013, p. 1.

96 KEMMERICH, p. 2: “16. Ja em relação a situação (d), dilação de prazo pela lei nova, como pondera PORCHAT, a prescrição em curso somente pode produzir os seus efeitos depois de decorrido o novo prazo, computado, porem, o tempo ja realizado sob a lei antiga, uma vez que o direito novo são exige que determinado estado de coisas haja durado certo tempo, mas não que tenha durado certo tempo sob o seu imperio. A situação pode ser ilustrada com um exemplo: em determinada data, surge para Alberto o direito de mover ação pessoal contra Jocasta. Passados 15 anos, Alberto ainda não ingressou com tal ação, e e editada uma nova lei ampliando o prazo do art. 177 do CC de 20 para 30 anos. Nessa situação, Alberto teria ainda 15 anos para exercer sua pretensão em juizo, ou seja, os 30 anos da lei nova menos os 15 que ja se passaram”.

aplicada normalmente, conforme art. 2.028 do código civil⁹⁷. Há aqui uma justificativa razoável⁹⁹: “seria contraditório que uma lei cuja meta é abreviar a prescrição” ou decadência “acabe por prolongá-la (ROUBIER, p. 300), efeito que resultaria da soma do tempo já decorrido com o prazo iniciado com a lei nova”.

Ressalte-se que não há direito adquirido ao exercício da pretensão em certo prazo¹⁰⁰. A decadência e prescrição são relativamente independentes dos fatos que lhe dão início - cada qual com norma própria -, e suas regras somente incidem quando consumadas. Antes disso, há apenas expectativa de direito, o que autoriza inovação legislativa para reger fatos futuros - o tempo a partir de então.

Finalmente, quanto à lei que cria prescrição ou decadência, rege-se a regra de sua aplicação imediata a partir de sua vigência, independentemente do direito ou pretensão a ele submetido ter sido adquirido ou exigível anteriormente¹⁰¹. Afinal, basta para o suporte

97 “Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.”

98 DINIZ, Maria Helena. *Novo Código Civil Comentado*; Coordenação de Ricardo Fiúza; 2002; Ed. Saraiva; p. 1825: “[...] Assim, se já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada, os prazos, inclusive prescricionais ou decadenciais, por ocasião da entrada em vigor do novo Código, serão os desta, apesar de terem sido reduzidos pelo novo diploma legal.” (grifo nosso)

99 KEMMERICH, op. cit., p. 3.

100 Ibidem, p. 2: “18. A resposta é negativa. O direito regula os prazos para o exercício dos direitos; estabelece, nesse aspecto, uma condição: “pode ser feito, desde que em tanto tempo”. A decadência é um fato relativamente independente do fato que dá início ao seu prazo. São duas hipóteses de incidência distintas: (a) uma, deflagradora do início do prazo, estabelecida por uma lei em vigor; (b) outra, a que tem por efeito a decadência ou a prescrição, estabelecida por uma lei em vigor. Cada uma das duas situações tem norma de regência própria, que pode inclusive ser a mesma, caso não tenha ocorrido modificação legislativa durante o curso do prazo.

19. [...] As regras de decadência, ou de prescrição, não incidem enquanto não esteja completo o prazo nelas (e não em regra passada) fixado.

20. Não pode haver direito adquirido a um certo prazo-limite ou à inexistência de prazo-limite, pois não se pode tirar do alcance da lei nova fatos que ainda não se realizaram. “O começo da prescrição não imprime ainda às relações o seu perfeito cunho jurídico; portanto, a lei nova domina a prescrição em curso e aquele que está prescrevendo não pode pretender terminar a prescrição segundo a norma jurídica antiga” (PORCHAT, p. 50). Essa parece ter sido a posição adotada pelo STF no julgamento do RE 93.698-0-MG, DJU 27-2-1981: “quando há incidência de lei nova em prazos de prescrição ou decadência em curso, não há falar em direito adquirido”.

101 KEMMERICH, op. cit, p. 3: “26. Com relação às normas que introduzem prazo prescricional ou decadencial até então inexistente, tem aplicação o mesmo raciocínio: não existe direito adquirido a imunidade a prazos que a lei futura venha a fixar para o exercício do direito adquirido. Como assinalado por SAVIGNY, “se a lei nova introduz prescrição ou usucapião desconhecida, aplica-se imediatamente, mas computando-se o prazo a partir de seu início de vigência” (p. 418)

fático de um e outro o mero transcorrer *in albis* do tempo estabelecido para o seu exercício ou pretensão, fato que normalmente não integra nem compõe o direito a ele sujeito.

Vamos pensar aqui na hipótese do direito do INSS revisar o benefício do segurado do RGPS concedido quando não havia previsão de decadência, somente depois estipulado. Como bem pacificou o Col. STJ no recurso representativo da controvérsia, REsp 1.114.938/AL¹⁰², esse prazo se aplica a benefícios concedidos antes da norma que a instituiu (art. 54 da Lei 9.784, de 29/01/1999) a partir da sua vigência, pelo prazo de dez anos estendido a partir da Medida Provisória 138, de 19/11/2003, convertida na Lei 10.839/2004, que inseriu o art. 103-A da LBPS.

27. Tanto a prescri o como a decadência são institutos de direito material, destinados   segurança nas rela es jurídicas. Não concordamos com aqueles que fazem distin o entre prescri o e decadência para afirmar que a segunda, por se tratar de questão de direito material, alcançaria apenas pretensões nascidas após a lei que a estabeleceu. Por essa tese – tomando como exemplo a introdu o legislativa (Lei n. 8.213/91, art. 103) de prazo decadencial para revisão de benefícios previdenciários – apenas os benefícios concedidos após a cria o do limite temporal estariam sujeitos   caducidade revisional; todos os demais continuariam com direito   revisão a qualquer tempo. Segundo FAGELLA, opinião semelhante dominava doutrina anterior   codifica o napoleônica (BATALHA, p. 241). Acontece que essa verdadeira imunidade atribuía às pretensões nascidas antes da vigência da lei não se justifica, pois a lei   de observância obrigatória para todos, uma vez que antes de ocorrer a decadência (incluindo os casos em que ela   impossível) não se há que falar em direito adquirido ao prazo respectivo. O que   preciso entender   que a inexistência de prazo não configura hipótese de incidência de qualquer norma, não constituindo garantia de qualquer espécie. A lei antiga tem efeito ultrativo apenas nos casos de direito adquirido (lato sensu), e, como já vimos, “quando há incidência de lei nova em prazos de prescri o ou decadência em curso, não há falar em direito adquirido” (RE 93.698-0-MG). Como, porém, toda lei   dominante no seu tempo, a introdu o de um novo prazo conta apenas para o futuro, ou seja, apanha as pretensões nascidas antes de sua introdu o, mas conta a partir da vigência daquela que faz nascer a pretensão acionável. O nascimento de pretensão acionável pode ser considerado como situa o consolidada, mas a inexistência de prazo não. Como não existe direito ao prazo mais longo, ainda que vigente na data do início do seu curso, t mm não existe ao “prazo” mais longo de todos, a eternidade. [..]

29. Quando não existe prazo decadencial ou prescricional fixado, e a lei vem a instituir algum, esse passa a fluir da data em que a lei entrar em v gor, uma vez que ninguém pode eximir-se da observância da lei alegando que não a conhece. Se o titular de um direito potestativo não estava ciente do prazo para exerc -lo (porque não havia um), fica avisado, e se inicia a contagem, quando da sua introdu o por lei. As situa es já iniciadas não ficam, portanto, imunes   fixa o de um novo prazo, seja decadencial, seja prescricional. Não há, como já vimos, direito adquirido nesse caso. Se a lei pode reduzir um prazo de 5 para 2 anos (STF, AR 905), pode t mm reduzi-lo de “infinito” para 2 anos (v.g.), e estaremos sempre falando de um novo prazo. Iniciam os prazos de prescri o e decadência ao mesmo tempo que nasce para alguém pretensão acionável (Caio Mário, p. 483); se não há, nesse momento, prazo legalmente fixado, a data inicial   a da lei que vem a estabelecer-lo. Esse   o entendimento adotado por mestres comom ROUBIER (p. 298), João Luiz ALVES (v. I, p. 7), SERPA LOPES (v. II, p. 36) e Carlos MAXIMILIANO (p. 251).”

102 REsp 1114938/AL, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SE O, julgado em 14/04/2010, DJe 02/08/2010; Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/cjf/>>. Acesso em: 11 mar. 2013.

Depois de várias decisões em sentido diverso¹⁰³, esse mesmo raciocínio juridicamente correto foi utilizado no julgamento do REsp 1.309.529/PR (decadência, melhor seria prescrição, em desfavor do beneficiário), também representativo, definindo-se que o prazo decenal do *caput* do art. 103 da LBPS se aplica imediatamente a partir da vigência da MP 1.523-9/1997 que a instituiu, em 28/06/1997, ainda quanto aos benefícios concedidos anteriormente¹⁰⁴.

Outra questão a se refletir é sobre a aplicação no tempo da decadência instituída pelo art. 74, I e II, da LBPS¹⁰⁵, a partir da MP 1.596-14, de 10/11/1997, convertida na Lei 9.528/97. Antes dessa alteração legislativa o beneficiário poderia requerer pensão por morte a qualquer tempo, com direito a parcelas desde o óbito ou decisão judicial de morte presumida, ressalvada apenas a prescrição quinquenal. Agora, se não solicitada administrativamente até 30 dias do óbito, respectivas parcelas somente serão devidas da DER. Há aqui típico prazo decadencial, que não extingue à própria pensão, mas altera o direito ao seu início se não exercido no prazo legal.

Adotando-se o critério técnico-jurídico aqui sustentado, podemos concluir que a MP 1.596-14/97 que deu nova redação ao art. 74, I e II, da LBPS tem incidência imediata, inclusive, para os óbitos ocorridos anteriormente. Neste caso, a partir de sua vigência conta-se o prazo de 30 dias, que, ultrapassado, fará com que a pensão seja devida somente da DER. Assim, *v.g.*, se o óbito do segurado ocorreu em 1995, mas a pensão somente foi requerida após 30 dias da publicação da MP 1.596-14/97, o beneficiário terá direito apenas às parcelas a partir da DER, e não desde o óbito. Interpretação diversa, inclusive, é incompatível com o raciocínio jurídico contido nos recursos representativos da controvérsia, REsp 1.114.938/AL e 1.309.529/PR, aqui ressaltados.

103 RESP 201103064187, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:07/03/2012. DTPB: EDAGRESP 201100702565, GILSON DIPP, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:01/12/2011. DTPB: AGRESP 201001979087, HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:08/06/2011. DTPB: Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/cjf>>. Acesso em: 11 abr. 2013.

104 AgRg nos EDcl no REsp 1309439/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 19/12/2012. Disponível a partir de: <<http://www.stj.jus.br/cjf>>. Acesso em: 11/04/2013.

105 "Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

I - do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste;

II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;

III - da decisão judicial, no caso de morte presumida."

Infelizmente nossa jurisprudência adotou tese distinta, sob a falsa premissa de que nesse caso se aplicaria a legisla o vigente   data do óbito do segurado¹⁰⁶, confundindo suporte fático da pensão por morte com o da decadência. Vale ressaltar que não há prazo de direito material para exercício de um direito ou pretensão que não seja decadencial ou prescricional. Assim,   indubitável que o fixado pelo art. 74, I e II, da LBPS   de decadência, com aplica o imediata desde então, mesmo quanto aos óbitos ocorridos anteriormente. Saliente-se, contudo, que esse mesmo equívoco jurisprudencial vem sendo cometido pela própria autarquia, orientada a proceder nos termos do art. 318, I, da IN INSS/45/2010¹⁰⁷.

O inciso III do art. 74 da LBPS também deve se submeter, por analogia, ao prazo decadencial de 30 dias, aqui contado desde a decisão judicial de morte presumida, a partir de quando a pensão será devida somente da DER. Entendimento diverso importaria em clara afronta ao princípio da isonomia em rela o às pensões decorrentes de óbito não presumido.

3 CONCLUSÃO

Não há prescri o nem decadência nas a es declaratórias, tanto no plano da existência quanto da eficácia da rela o jurídica;   de decadência, e não prescri o, o tempo fixado para o exercício de pretensões ou a es preponderantemente constitutivas que encontramos no plano da validade da rela o jurídica; e   de prescri o, e não decadência o prazo estipulado para o exercício de pretensões ou a es condenatórias que se inserem no plano da eficácia da rela o jurídica.

O benefício previdenciário pode ser requerido a qualquer tempo, cujo ato volitivo constitui respectiva rela o jurídica, passando a autarquia a ter o dever jurídico de pagar sua presta o, ainda que retroativamente.   fixado prazo decadencial para seu recebimento em certa data anterior,

106 AgRg no REsp 1054455/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 15/09/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/cjf>>. Acesso em: 11 abr. 2013.

107 "Art. 318. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, observando que:

I - para óbitos ocorridos at o o dia 10 de novembro de 1997, véspera da publica o da Lei não 9.528, de 1997, a contar da data:

a) do óbito, conforme o Parecer MPAS/CJ não 2.630, publicado em 17 de dezembro de 2001, tratando-se de dependente capaz ou incapaz, observada a prescri o quinquenal de parcelas vencidas ou devidas, ressalvado o pagamento integral dessas parcelas aos dependentes menores de dezesseis anos e aos inválidos incapazes;

b) da decisão judicial, no caso de morte presumida; e

c) da data da ocorrência, no caso de catástrofe, acidente ou desastre; e" (grifos nossos)

sob pena de sê-lo somente da DER, a exceção do salário-maternidade que se submete apenas à prescrição quinquenal.

A decadência, assim como a prescrição, não corre contra absolutamente incapazes e ausentes, enquanto durar tais circunstâncias. A habilitação tardia somente dá direito ao recebimento do benefício a partir da inscrição ou habilitação, independentemente de quem a requeira.

No período de vigência do parágrafo único do art. 71 da LBPS, entre a Lei 8.861, de 25/03/1994 e a Medida Provisória 1.596-14, de 10/11/1997 (convertida na Lei 9.528/97), havia prazo decadencial de 90 dias, a partir do parto, para a segurada especial e empregada doméstica requererem salário-maternidade.

A autarquia previdenciária tem prazo decadencial de dez anos para anular ato administrativo de que decorram efeitos favoráveis para seus beneficiários, contados do ato em que foram praticados ou da percepção do primeiro pagamento, no caso de efeitos patrimoniais contínuos.

Não há decadência para a autarquia cessar benefício ou cota parte, quando o erro não estiver no ato concessório, mas apenas na sua manutenção por superveniência de causa extintiva prevista em lei. Se a nulidade estiver nos reajustes do benefício, após ato concessório regular, a autarquia não poderá anulá-los quando anteriores a dez anos, podendo, contudo, reajustá-los desde então, com alteração da renda atual.

A anulação de processo de revisão instaurado pela autarquia, por vício formal, interrompe a decadência a partir de sua decisão administrativa ou judicial definitiva. Daí, se essa decisão somente for proferida após o decurso da decadência, contada desde a origem, não mais poderá a autarquia retomar tal revisão.

O prazo de 10 anos para o beneficiário pedir revisão de ato concessório é de prescrição e não de decadência. Ele se limita a pedidos revisionais ainda não decididos especificamente, pressupondo a concessão do benefício, e não nos casos de seu próprio indeferimento, cuja insurgência deve ser feita em cinco anos, nos termos da exceção da súmula 85 do STJ.

A prescrição das prestações previdenciárias é quinquenal, aplicando-lhe, não apenas as disposições específicas desde a Lei 3.807/60 e alterações subsequentes, como as do Decreto 20.910/32.

Incide perfeitamente a súmula 85 do STJ, havendo prescri o apenas das parcelas anteriores ao ajuizamento da a o, salvo se houver expressa negativa da administra o, quando haverá a do próprio fundo do direito.

A prescri o das parcelas se inicia a partir de quando estas se tornam devidas e exigíveis, e não apenas do indeferimento administrativo.

 s parcelas acidentárias decorrentes do trabalho devem incidir as mesmas regras de decadência e prescri o dos demais benefícios previdenciários de mesma espécie. O art. 104 da LBPS tem a única fun o de impor um termo inicial da repara o civil de danos acidentários em face do empregador ou terceiros e da respectiva prescri o.

A prescri o não corre durante tramita o de processo administrativo, ou seja, entre a DER e a intima o da última decisão administrativa indeferitória, havendo aqui causa impeditiva ou suspensiva, e não interruptiva, da prescri o.

O despacho citatório do juiz interrompe a prescri o, com retroefic cia da data da propositura da a o, caso a cita o seja efetuada nos prazos legais. Também interrompe a prescri o qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pela autarquia previdenciária; isso, de forma alguma, importa em renúncia tácita   prescri o já consumada.

A prescri o somente se interrompe uma única vez, e se a favor da fazenda pública, incluída a autarquia previdenciária, passa a correr pela metade (dois anos e meio) do último ato ou termo a interromper, respeitada a súmula 383 do STF.

Para aplica o da lei de decadência e prescri o no tempo, deve-se considerar as seguintes regras: a) a lei nova que suprime prazo se aplica imediatamente, apenas não atingindo o já consumado; b) a que o amplia incide imediatamente, contando-se, porém, o tempo já iniciado pela lei anterior; c) a que o reduz, conta-se por inteiro a partir de sua vigência, salvo se transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei anterior, quando esta última   que será integralmente aplicada; d) a que cria prazo decadencial ou prescricional impõe-se a partir da sua vigência, independentemente do direito ou pretensão a ele submetido ter sido adquirido ou iniciada anteriormente.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios Previdenciários*. 3. ed. rev. São Paulo: Universitária de Direito, 2007.
- ALVES, Vilson Rodrigues. *Da Prescrição e da Decadência no Código Civil de 2002*. 4. ed. Campinas/SP: Servanda, 2008.
- AMORIN FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, v. 3, jan./jun. 1961.
- DA ROCHA, Daniel Machado; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: Esmafe, 2007.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*, v. I: parte geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- KEMMERICH, Clóvis Juarez. *Efeitos da lei nova sobre prazos prescricionais e decadenciais*. Disponível em: <www.saraivajur.com.br>. Acesso em: 28 mar. 2013.
- KRAVETZ, Luciane Merlin Cléve. Prescrição e decadência na lei 8.213/91. In: LUGON, Luiz Carlos de Castro; LAZARI, João Batista. *Curso Modular de Direito Previdenciário*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.
- LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da Prescrição e da Decadência: teoria geral do direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- MARTINS, Raimundo Evandro Ximenes. Prescrição em Matéria de Benefício Previdenciário. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 16, nº 3080, 7 dez 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20572>>. Acesso em: 22 mar. 2013.
- MELLO, Sérgio Renato de. *Benefícios Previdenciários – Comentários à Lei nº 8.213/91*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado – Parte Geral – Tomo 6*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil* – v. 1 – Parte Geral. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

PRATA, Marcelo Rodrigues. Prescrição de ofício — o novo § 5.º do art. 219 do CPC, com a redação da Lei n.º 11.280/06. Originalmente publicado in: CHAVES, Luciano Athayde (org.) *Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade*. São Paulo: LTr, 2007.

SILVESTREIN, Natália Cristina Damásio. Do reconhecimento *ex officio* da prescrição conforme alterações da lei n.º 11.280/2006. *Revista da Esmesc*, v. 15, n. 21. 2008. Artigo fundamentado na obra monográfica da Autora, *Do reconhecimento ex officio da prescrição e seus efeitos no Direito Patrimonial conforme alterações da Lei n.º 11.280/2006*. Orientador: Msc. Victor José Sebem Ferreira. Palhoça, 2007. Disponível em: <www.esmesc.com.br/upload/arquivos/4-1246976696.PDF>.

TAVARES, José de Farias. *Prescrição e Decadência* – O pensamento de Agnelo Amorim Filho revivido no novo Código Civil. Disponível em: <www.fesmippb.org.br/doutrina/prescricao_e_decadencia.doc>.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Prescrição e Decadência no Novo Código Civil*. Disponível em: <<http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/250-artigos-out-2003/4659-prescricao-e-decadencia-no-novo-codigo-civil?format=pdf>>.



A REGULARIDADE FISCAL NA LICITAÇÃO COMO MEIO DE PROTEÇÃO AO INTERESSE PÚBLICO

***THE TAX REGULARITY IN THE BID AS A MEANS OF
PROTECTING THE PUBLIC INTEREST***

*Guilherme Pinato Sato
Procurador Federal
Especialista em Direito Público*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A regularidade fiscal e a cobrança de dívidas fiscais; 1.1 A interpretação restritiva de exigência de regularidade fiscal; 2 A proteção do interesse público e a regularidade fiscal; 2.1 Conceitos de habilitação em consonância com o requisito de regularidade fiscal; 2.2 Princípio da igualdade e a regularidade fiscal; 2.3 Os privilégios e garantias das dívidas fiscais e a necessidade de regularidade fiscal; 2.4 A inviabilidade de aplicar o regulamento do pregão às demais modalidades

de licitação; 2.5 A unidade empresarial vencedora na licitação e a regularidade fiscal; 2.6 Lei ordinária e a regularidade fiscal; 2.7 A suspensão da exigibilidade do crédito tributário na fase de habilitação; 2.8 A regularidade fiscal e os débitos não tributários como proteção de direitos coletivos; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: Trata-se de artigo apresentado em conclusão do Curso de Especialização de Direito Público promovido pela UnB e adaptado para a presente publicação. O presente texto discorre sobre a necessidade do Poder Público exigir na licitação, mais propriamente na fase de habilitação, a regularidade fiscal de dívidas tributárias e não tributária dos licitantes. Tal medida não visa à arrecadação de tributos ou à inviabilização do exercício de atividades empresariais, mas que o licitante contratado execute a obra ou preste o serviço a contento, sem paralisações ou rescisão do contrato por dificuldades financeiras suas. A exigência de regularidade fiscal em relação às Fazendas Públicas é instrumento adequado para diminuir os riscos de execução de futuro contrato administrativo. No que tange à regularidade fiscal de dívidas não tributárias, serve, outrossim, como proteção de interesses coletivos, pois viola o princípio da moralidade administrativa o ente público que contrata com empresas que estejam respondendo a execuções fiscais de multas trabalhistas, ambientais e sanções de agências reguladoras, dentre outras. Assim, mesmo que haja sensível aumento no valor da proposta a ser apresentada na licitação, a exigência de regularidade fiscal é meio de proteção à continuidade de obras e serviços contratados pelo Poder Público e de resguardo de interesses coletivos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Garantia à Fiel Execução do Contrato. Salvaguarda do Patrimônio da Empresa. Princípio da Igualdade. Regularidade Fiscal de Dívidas não Tributárias. Tutela de Interesses Difusos.

ABSTRACT: This paper, submitted on completion of the Public Law Specialization Course promoted by UnB, was adapted for this publication. It discusses the Public Power need to require in the bid, more specifically in the application phase, the tax and non-tax regularities from the bidders. This measure is not intended to taxes collecting or rendering businesses unfeasible, but that the contracted bidder performs the work or provides the service satisfactorily, without interruptions or contract rescission by financial difficulties.

The requirement of fiscal regularity relative to Treasuries (Union, states, municipalities and other public law entities) is the suitable tool to reduce the risk of future execution of administrative contracts. Regarding the non-tax debts regularity, it serves, moreover, as a protection for collective interests, because the public entity that contracts with companies that are responding executions of labor fines, environmental and regulatory agencies fines, among others, violates the principle of administrative morality. Thus, even there is significant increase in the value of the proposal to be submitted to the bid, the requirement of tax regularity is a means to protect the continuity of works and services contracted by the Public Power and safeguarding of collective interests.

KEYWORDS: Administrative Law. Guarantee for the Faithful Performance of the Contract. Safeguard of Company Assets. Principle of Equality. Non-Tax Debts Regularity. Diffuse Interests Tutelage.

INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa a necessidade de se requerer em licitações, mais propriamente na fase de habilitação, a regularidade fiscal dos licitantes perante o Fisco, como forma de assegurar a futura exequibilidade dos contratos e proteção do interesse coletivo.

Muito se tem comentado acerca da legalidade dos artigos 27 e 29 da Lei n. 8.666/93, em que se exige a prova de regularidade fiscal perante as Fazendas Federal, Estadual e Municipal na fase de habilitação do processo licitatório.

O presente texto visa também analisar os entendimentos doutrinário e jurisprudencial a respeito, bem como expor a necessidade de a Administração Pública requerer dos licitantes a prova de regularidade fiscal perante todos os entes federativos, inclusive de dívidas não tributárias.

O tema é complexo, à medida que requer não somente o estudo da Lei de Licitações, como também a coleta de jurisprudência que trata da matéria.

Focamos em acórdãos e súmulas do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais. A coleta das decisões judiciais foi efetuada nos respectivos sítios eletrônicos das Cortes mencionadas.

Assim, procurou-se juntar o método teórico-dedutivo ao empírico-indutivo, de forma a elaborar uma sistematização que julgamos coerente com as normas aplicáveis à espécie.

No primeiro capítulo, de início se analisa o texto constitucional no que tange à licitação, bem como os requisitos mínimos lá estabelecidos. São expostos comentários de doutrinadores a respeito da norma constitucional, bem como se a regularidade fiscal está adstrita à Seguridade Social, pois foi a única mencionada na Lei Maior, e se o legislador ordinário poderia propor outros requisitos, além dos elencados na Constituição Federal.

Ainda nesse capítulo, analisa-se o entendimento restritivo de exigência de regularidade fiscal na fase de habilitação sob diversos aspectos, tais como: exigência de regularidade fiscal, somente em relação aos encargos fiscais do ente público que promove a licitação; solicitação de regularidade do estabelecimento participante do certame, especificamente do ramo da atividade a ser executada; e inviabilidade de se requerer a regularidade de dívidas não tributárias.

No segundo capítulo, é feito breve histórico da legislação pregressa e da atual e suas principais modificações, além da análise de que, ao se exigir a regularidade fiscal, não se está almejando o pagamento de dívidas fiscais ou a obstrução do livre exercício profissional, mas dando segurança à futura execução do contrato administrativo e conseqüente proteção do interesse público. O objetivo desse capítulo é demonstrar a necessidade de regularidade fiscal em relação às Fazendas Públicas Federal, Estaduais e Municipais, como salvaguarda do interesse público. Para isso, são analisados vários aspectos, como, por exemplo: o princípio da igualdade entre os licitantes; as garantias e privilégios do débito fiscal e a conseqüente repercussão no patrimônio da empresa; as dívidas não tributárias e a proteção de interesses difusos e coletivos.

A seguir, assevera-se a efetiva necessidade de se requerer a regularidade fiscal dos participantes da licitação, não como mero formalismo, capricho ou abuso de poder, mas como segurança à coletividade de que o contrato administrativo não será suspenso ou inacabado por motivos financeiros que abalem a estrutura econômica da empresa licitante, ou seja, dívidas fiscais que serão cobradas quando da realização da obra ou serviço público.

Por derradeiro, aborda-se a necessidade de se requerer a regularidade fiscal de dívidas não tributárias, que no mais das vezes

trata-se de instrumentos de extrafiscalidade que têm como fim imediato a consecução de melhorias à coletividade, tais como redistribuição de renda, previdência social e proteção de interesses difusos e coletivos. Dessa forma, o ente público que habilita licitante com irregularidade fiscal de multas ambientais, trabalhistas ou outras viola o princípio da moralidade administrativa.

1 A REGULARIDADE FISCAL E A COBRANÇA DE DÍVIDAS FISCAIS

A Lei Maior, em seu artigo 37, inciso XXI, estipula quais são os requisitos necessários para o certame licitatório, como a observância ao princípio da igualdade entre os licitantes e que a Administração Pública somente pode exigir requisitos técnicos e econômicos. Por fim, a Constituição Federal remete ao legislador ordinário o aprofundamento da matéria.

No que se refere à regularidade fiscal, há uma única menção, qual seja, a do parágrafo 3º do artigo 195 da Constituição Federal, que aduz que o Poder Público não poderá contratar com particular em débito com a Seguridade Social. Transcrevem-se essas normas em comento:

Artigo 37 - [...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Artigo 195 - [...]

§ 3º - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Assim, o primeiro dispositivo refere-se à necessidade de realização de processo licitatório para escolher a melhor proposta para o ente público, estabelecendo igualdade de condições a todos os concorrentes. Reitere-se que ao analisar *prima facie* o texto constitucional, o edital

somente poderia exigir qualificações técnicas e econômicas necessárias à realização da obra ou serviço.

No que tange ao segundo dispositivo constitucional, ele preceitua que a pessoa jurídica em débito com a Seguridade Social não poderá participar de certames licitatórios do Poder Público, tampouco dele receber benefícios ou incentivos financeiros.

Ao fazer uma primeira análise das normas em comento e se valendo da interpretação literal, o Poder Público, na fase de habilitação, somente poderia exigir qualificações técnicas e econômicas dos licitantes. No que concerne à regularidade fiscal, seria exigida a inexistência de débitos somente em relação à Seguridade Social, pois foi a única prevista no texto constitucional.

Desse entendimento comunga Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹, que afirma que o Poder Público estaria exorbitando a Constituição Federal ao exigir documentação relativa à regularidade jurídico-fiscal que não fosse a relacionada à Seguridade Social, tornando o procedimento licitatório mais formalista e burocrático, desvirtuando os objetivos da licitação.

Para a jurista, somente seriam possíveis as qualificações técnicas e econômicas indispensáveis à execução do contrato administrativo. Assim, a Lei n. 8.666/93, em seus artigos 27 e artigo 29, inciso V², teria exorbitado, indo além das exigências previstas no texto constitucional, ao exigir dos licitantes em fase de habilitação a regularidade fiscal em relação às Fazendas Federal, Estadual e Municipal, todavia sem qualquer amparo legal.

No mesmo sentido, sobre a impossibilidade de se requerer dos licitantes a regularidade fiscal, se posiciona Adílson A. Dallari³, que

1 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 372.

2 “Artigo 27 - Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a: I - habilitação jurídica; II - qualificação técnica; III - qualificação econômico-financeira; IV - regularidade fiscal. V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal. [...] Artigo 29 - A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em: I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC); II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual; III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei; IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.” (grifos nossos).

3 DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 6. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 126.

afirma ser irrelevante a situação do licitante em relação às obrigações trabalhistas e fiscais, essas últimas possuindo meios próprios e específicos de fiscalização e sanção. Por fim, o autor excetua somente os licitantes em débito com a Seguridade Social, pois o artigo 195, parágrafo 3º, do Texto Constitucional impede futura contratação pelo ente público com esses devedores.

Utilizando a classificação das normas segundo o entendimento de José Afonso da Silva⁴, entendemos que o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal produz efeitos imediatos, ou seja, possui eficácia plena, tendo a lei ordinária a função de explicitar os conceitos de “qualificação técnica e econômica indispensáveis” previstos na norma constitucional. A respeito, cite-se excerto da obra de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior⁵ acerca das normas autoexecutáveis:

Normas de eficácia plena. São aquelas que não necessitam de qualquer integração legislativa infraconstitucional. Produzem todos os seus efeitos de imediato. Podemos elencar, entre essas normas, as do arts. 21, 22 e 24 da Constituição. Também são normas de eficácia plena, além de outras, os arts. 19 [imposições à União, Estados, Distrito Federal e Municípios], 20 [bens da União] e 28, todos da Constituição Federal. Versando o tema, José Afonso da Silva define as normas de eficácia plena como “aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.

Assim, o constituinte, no inciso XXI do artigo 37, submeteu ao legislador ordinário a possibilidade de maior regulamentação da matéria, evitando exaurir no Texto Magno os conceitos dos requisitos necessários ao procedimento licitatório. A regularidade fiscal não é novo requisito para a habilitação, não se está dando “roupagem nova” à regra constitucional, mas sim esmiuçando, explicitando o que se deve entender por capacidade econômica da empresa em executar a obra ou serviço, em atendimento aos interesses da coletividade. Assim, ao se requerer a regularidade fiscal em relação às Fazendas Federal, Estadual e Municipal, está se analisando a solidez da empresa com critérios

4 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 101-102.

5 ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 21.

objetivos e conceitos precisos, em que se poderá mensurar a capacidade econômica do licitante vencedor de executar o contrato administrativo.

Cite-se jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em que se reconheceu que a exigibilidade da regularidade fiscal advém da própria Constituição Federal, bem como que deve ser mantida durante toda a vigência contratual, segundo o artigo 55 da Lei n.8.666/93:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO. ECT. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE MANTER A REGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DO PAGAMENTO DAS FATURAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A exigência de regularidade fiscal para a participação no procedimento licitatório funda-se na Constituição Federal, que dispõe no § 3º do art. 195 que “a pessoa jurídica em débito com o sistema da Seguridade Social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios”, e deve ser mantida durante toda a execução do contrato, consoante o art. 55 da Lei n. 8.666/93.

2. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, *caput*, 84, IV), o que equivale assentar que a Administração poderá atuar tão somente de acordo com o que a lei determina.

3. Deveras, não constando do rol do art. 87 da Lei n. 8.666/93 a retenção do pagamento pelos serviços prestados, não poderia a ECT aplicar a referida sanção à empresa contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Destarte, o descumprimento de cláusula contratual pode até ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato (art. 78 da Lei de Licitações), mas não autoriza a recorrente a suspender o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços.

4. Consoante a melhor doutrina, a supremacia constitucional “não significa que a Administração esteja autorizada a reter pagamentos ou opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais sob alegação de que o particular encontra-se em dívida com a Fazenda Nacional ou outras instituições. A Administração poderá comunicar ao órgão competente a existência de crédito em favor do particular para serem

adotadas as providências adequadas. A retenção de pagamentos, pura e simplesmente, caracterizará ato abusivo, passível de ataque inclusive através de mandado de segurança” (Marçal Justen Filho. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 549).

5. Recurso especial a que se nega provimento.⁶

Assim sendo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça fixou o parágrafo 3º do artigo 195 da Carta Magna como vetor normativo para se exigir a regularidade fiscal, não somente de dívidas da Seguridade Social, mas também dos demais tributos. Essa norma constitucional, ao se referir a uma única espécie tributária, ou seja, contribuições sociais, seria a norma básica, inicial para que a Fazenda Pública possa exigir a regularidade fiscal das demais espécies tributárias elencadas em lei infraconstitucional. Portanto, os artigos 27 e 29 da Lei n. 8.666/93 têm como fonte normativa constitucional o parágrafo 3º do artigo 195 da Carta Magna.

Por derradeiro, Marçal Justen Filho⁷, indo ao encontro do nosso entendimento acerca da possibilidade de se solicitar a regularidade com o Fisco, entende que o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988 não exclui a possibilidade de lei ordinária requerer habilitação jurídica e regularidade fiscal, hipóteses a que a Lei Maior somente não se referiu explicitamente.

1.1 A INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DE EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE FISCAL

Além dos entendimentos doutrinários comentados anteriormente, segundo os quais somente se poderia requerer como regularidade fiscal a quitação de débitos com a Seguridade Social, há corrente doutrinária que, embora tenha acrescido outros requisitos de regularidade fiscal, ainda se mostra insuficiente como meio de proteção aos interesses da coletividade.

Deve-se citar como um dos principais pensadores dessa corrente, ainda restritiva da exigência de regularidade fiscal pelo Poder Público,

6 STJ – REsp n. 633.432/MG, 1. T., rel. Min. Luiz Fux, j. 22.02.2005, DJ de 20.06.2005. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2010.

7 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 406.

o jurista Marçal Justen Filho⁸, que a admite em hipóteses pontuais, em que o ente público poderia recusar a contratação com licitante que se encontrasse em situação de irregularidade fiscal somente perante ele mesmo, não podendo exigí-la em relação aos demais entes federativos, sob pena de transformar a licitação em procedimento altamente burocrático, em que se demandaria do interessado certidões fiscais de todos os Estados-membros em que realizou obras ou serviços públicos e de inúmeros municípios.

Afirma Marçal Justen Filho:⁹

Ou seja, há apenas duas soluções juridicamente cabíveis. A primeira é entender que a existência de uma dívida fiscal em qualquer lugar do Brasil é suficiente para acarretar a inabilitação. A outra é reputar que somente a dívida em face da entidade que promove a licitação é que impedirá a licitação. Não é possível solução intermediária, no sentido de que algumas dívidas fiscais acarretam inabilitação e outras não.

Arremata o autor que deve ser evidenciada a regularidade em relação ao ente que promove a licitação. Para justificar tal proposição, Marçal Justen Filho também menciona o artigo 4º, inciso XIII, da Lei n. 10.520/2002, que regulamenta o pregão, *in verbis*:

XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira.

Segundo esse autor, a Lei n. 10.520/2002 não estaria regulamentando somente o pregão, mas também todas as modalidades de licitação, e assim a situação de regularidade das Fazendas Estaduais e Municipais far-se-ia necessária quando a licitação se desse no âmbito estadual ou municipal, respectivamente, pois a lei se valeu da expressão “quando for o caso”.

8 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 419.

9 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 420.

Outra questão posta por Marçal Justen Filho é que a regularidade fiscal somente deve ser exigida do estabelecimento que participa da licitação e que vai supostamente executar a obra ou serviço, não de todas as unidades da empresa.

Assim, para o aludido jurista, o artigo 29, inciso II, da Lei n. 8.666/93, que se refere à regularidade fiscal, exige também prova de inscrição no cadastro de contribuintes municipal ou estadual, se houver, pertinente somente ao domicílio ou sede do licitante.

Nesse sentido, o citado dispositivo legal daria sustentação à necessidade de regularidade fiscal somente do estabelecimento da empresa que vai realizar a obra ou serviço.

Também entende Marçal Justen Filho que o ente público deva negar a habilitação do licitante que estiver em irregularidade tributária atinente ao objeto da licitação, evitando-se que se contrate licitante que descumpra obrigações fiscais relacionadas com o ramo da atividade a ser executada.

A respeito, o entendimento do jurista em comento é o seguinte:¹⁰

O que se demanda é que o particular, no ramo da atividade pertinente ao objeto licitado, encontre-se em situação fiscal regular. Trata-se de evitar contratação de sujeito que descumpra obrigações fiscais relacionadas com o âmbito da atividade a ser executada. Assim o é porque não cabe ao Estado recorrer a particular que não desempenhe regularmente a atividade ou profissão relacionada com o objeto do contrato.

O autor ainda observa que enquanto o artigo 27 da Lei de Licitações refere-se à regularidade fiscal, o artigo 29 requer a regularidade perante as Fazendas Públicas Federal, Estadual e Municipal, incluindo-se tanto dívidas tributárias como não tributárias, aqui incluídos os débitos com as autarquias e fundações públicas.

Marçal Justen Filho aduz ser desarrazoado e desproporcional para os licitantes apresentarem regularidade fiscal em relação a dívidas não tributárias, pois não se estaria submetendo os particulares interessados ao mínimo possível para assegurar a execução da obra.

¹⁰ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 418.

Por fim, o doutrinador¹¹ refere a necessidade de haver ponderação entre os requisitos necessários à habilitação, assim se pronunciando:

Logo a ampliação dos requisitos de participação configura-se como um fator que contribui para a elevação dos preços obtidos pela Administração. O efeito prático da ampliação da seriedade na fixação dos requisitos de habilitação é a tendência à obtenção de objeto bem executado, mas com preço muito elevado.

Sob outro enfoque, a redução das exigências de participação amplia o risco de contratações desastradas, pois dá oportunidade a que sujeitos destituídos de capacitação se saírem vencedores do certame. Logo a redução dos requisitos de participação configura-se como um fator que contribui para a elevação do risco de contratos mal executados. O efeito prático na redução da severidade na fixação dos requisitos de habilitação é a tendência à obtenção de objeto com preço reduzido, mas mal executado.

Assim, de um lado a severidade dos requisitos na habilitação acarreta propostas com preços elevados, mas com qualidade adequada. De outra face, quanto menores forem as exigências legais, menor a segurança na execução do futuro contrato. Portanto, para Marçal Justen Filho, os requisitos deveriam ser variáveis segundo a necessidade do caso concreto.

Esses são os principais entendimentos da corrente restritiva, tendo como um dos principais pensadores o jurista Marçal Justen Filho. No capítulo subsequente serão abordados aspectos relevantes da fase de habilitação e o requerimento da regularidade fiscal como meio de proteção ao contrato administrativo e a interesses difusos e coletivos, bem como será analisada a teoria restritiva citada.

2 A PROTEÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO E A REGULARIDADE FISCAL

2.1 CONCEITOS DE HABILITAÇÃO EM CONSONÂNCIA COM O REQUISITO DE REGULARIDADE FISCAL

A legislação anterior era o Decreto-Lei n. 2.300/86, cujo artigo 25, parágrafo 4º, exigia prova de quitação, enquanto a atual exige prova

¹¹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 401.

de regularidade fiscal. Assim, a legislação progressiva¹² solicitava aos habilitantes a prova de inexistência de débito, ou seja, quitação com as Fazendas Federal, Estadual e Municipal, enquanto a atual legislação admite a existência de débito com a Fazenda Pública, mas sob a anuência estatal, por uma das possibilidades de suspensão de exigibilidade do crédito tributário insculpidas no artigo 151 do Código Tributário Nacional.¹³

Inicialmente, deve-se entender por habilitação, segundo o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴, “a fase do procedimento em que se analisa a aptidão dos licitantes. Entende-se por aptidão a qualificação indispensável para que a proposta possa ser objeto de consideração”.

Assim, a habilitação é o momento inicial da licitação, em que o Poder Público verifica as capacidades técnica, econômica e jurídica dos participantes do certame. Caso os licitantes não apresentem toda a documentação requerida ou se ela estiver em desacordo com o edital, eles são considerados inabilitados e recebem de volta o envelope fechado, junto com a sua proposta, desde que não tenha havido recurso, ou após a sua denegação.

Não cabe discricionariedade ao administrador em considerar determinado participante habilitado ou não, pois a Administração Pública está vinculada aos documentos solicitados no edital.

Referindo-se mais especificamente aos requisitos da habilitação, o artigo 29 da Lei n. 8.666/93, como aduz Jessé Torres Pereira Júnior¹⁵, ao se referir à habilitação jurídica e regularidade fiscal, utiliza o termo

12 Vale a pena citar o Decreto n. 2.300/86 acerca do assunto: “Artigo 25 - Para a habilitação nas licitações, exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a: [...] IV - regularidade fiscal [...] § 4º - A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso consistirá em: [...] 2. prova de quitação com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal.”

13 Sobre as possibilidades de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o Código Tributário Nacional estipula o seguinte: “Artigo 151 - Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: I - moratória; II - o depósito do seu montante integral; III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo; IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança. V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; VI - o parcelamento. Parágrafo único - O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.”

14 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 547.

15 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 330.

“consistirá”, ou seja, o particular somente estará habilitado se apresentar os documentos solicitados e minudenciados no edital.

Inegavelmente, há dois princípios conflitantes, a saber, da defesa do patrimônio público e da coletividade em contratar com particular que poderá eventualmente ser responsabilizado com seu próprio patrimônio pela execução parcial, inexecução da obra ou pela má prestação do serviço, e, do outro lado, do administrado, que não pode ser coagido a saldar sua dívida fiscal senão por regular processo judicial, mais precisamente por execução fiscal.

A regularidade fiscal exigida nos referidos artigos da Lei Geral de Licitações não tem a finalidade de cobrar os tributos de forma indireta, mas sim que o licitante-contratado não tenha posteriormente o seu patrimônio comprometido por dívidas fiscais e, por conseguinte, não possa executar e responder integralmente pela obra ou serviço avençado.

A respeito é o ensinamento de Marçal Justen Filho:¹⁶

O próprio princípio da República exige que somente sejam consideradas propostas de contratação formuladas por quem esteja em condições de executar satisfatoriamente a proposta formulada. Como visto, o princípio da igualdade não significa que a Administração Pública possa aceitar proposta formulada por quem não detenha condições de sua execução. Juridicamente, apenas é titular de direito de licitar aquele que evidenciar condições de satisfazer as necessidades públicas e preencher os requisitos previstos na lei e no ato convocatório.

A própria Administração Pública pode por fato superveniente à habilitação vir a cassá-la, como sói acontecer em falência posterior de um dos licitantes, que possivelmente não terá mais condições financeiras para realizar a obra ou serviço. É nesse sentido o parágrafo 5º do artigo 43 da Lei n. 8.666/93.¹⁷

16 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 395.

17 Lei n. 8.666/93: “Artigo 43 - A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação; II - devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação; III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos; IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e,

O artigo 55, inciso XIII, da Lei n. 8.666/93¹⁸ aduz que o licitante contratado deve manter durante toda a vigência do contrato as condições de habilitação e qualificação exigidas no certame licitatório. Pode assim a Administração Pública desabilitar e, por consequência, extinguir o pactuado, aplicando as sanções cabíveis, se o contratado não demonstrar regularidade fiscal e idoneidade financeira durante a vigência da avença. Assim, se o Poder Público deve na vigência do contrato administrativo fiscalizar as condições técnicas e financeiras da empresa, com mais razão deverá fazê-lo na fase de habilitação, até como meio de assegurar, além do interesse público, a solidez das propostas a serem apresentadas na fase de classificação.

A jurisprudência a seguir colacionada aduz a necessidade da empresa contratada demonstrar a idoneidade financeira durante toda a vigência do contrato administrativo, bem como ser totalmente compatível ao interesse público exigir documentação necessária que comprove a regularidade fiscal em relação às Fazendas Públicas Federal, Estadual e Municipal. Portanto, o Poder Público pode rescindir contrato administrativo em execução ou de antemão inabilitar licitante que não comprove regularidade fiscal, não se tratando de abuso de poder, tampouco meio de cobrança indireta de dívidas fiscais:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRATO. RESCISÃO. IRREGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DE PAGAMENTO.

1. É necessária a comprovação de regularidade fiscal do licitante como requisito para sua habilitação, conforme preconizam os arts. 27 e 29 da Lei n. 8.666/93, exigência que encontra respaldo no art. 195, § 3º, da CF.

conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis; V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital; VI - deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação. [...] § 5 - Ultrapassada a fase de habilitação dos concorrentes (incisos I e II) e abertas as propostas (inciso III), não cabe desclassificá-los por motivo relacionado com a habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.”

18 Lei n. 8.666/93: “Artigo 55 - São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: [...] XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.”

2. A exigência de regularidade fiscal deve permanecer durante toda a execução do contrato, a teor do art. 55, XIII, da Lei n. 8.666/93, que dispõe ser “obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação”.

3. Desde que haja justa causa e oportunidade de defesa, pode a Administração rescindir contrato firmado, ante o descumprimento de cláusula contratual.

4. Não se verifica nenhuma ilegalidade no ato impugnado, por ser legítima a exigência de que a contratada apresente certidões comprobatórias de regularidade fiscal.

5. Pode a Administração rescindir o contrato em razão de descumprimento de uma de suas cláusulas e ainda imputar penalidade ao contratado descumpridor. Todavia a retenção do pagamento devido, por não constar do rol do art. 87 da Lei n. 8.666/93, ofende o princípio da legalidade, insculpido na Carta Magna.

6. Recurso ordinário em mandado de segurança provido em parte.¹⁹

Cite-se também entendimento de Lúcia Valle Figueiredo²⁰ a respeito da ocorrência de fato superveniente que venha a desabilitar o licitante vencedor:

Entretanto, em princípio, temos de admitir a possibilidade de ocorrência de fato superveniente, de tal ordem que venha esvaziar o conteúdo do ato da habilitação, e, neste caso, evidentemente, a habilitação terá de ser cassada.

O procedimento mais conveniente dependerá, evidentemente, da fase em que estiver a licitação.

Se considerarmos o ato habilitatório como *rebus sic stantibus*, não há como prosperar a idéia de que, na ocorrência de fato superveniente, não se possa rever a habilitação.

19 STJ – RMS n. 24.953/CE, 2. T., rel. Min. Castro Meira, j. 04.03.2008, *DJe*, de 17.03.2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2010.

20 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direito dos licitantes*. 4. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 51-52.

Se assim fosse poderíamos chegar à esdrúxula conclusão de que a licitação deveria prosseguir, e, se a Administração resolvesse contratar, poderia ter de fazê-lo com aquele que não é mais capaz de executar o objeto pretendido.

Assim, reitere-se que se é possível a inabilitação de licitante vencedor que deixou de cumprir os requisitos da habilitação quando da execução do contrato, por mais razão ainda, mostra-se temerária a atitude da Administração Pública em prosseguir o certame licitatório com terceiro que se encontre em irregularidade tributária na fase preliminar de habilitação e que não tenha reservado bens para garantir iminente execução fiscal. O licitante contratado terá que responder futuramente com seu próprio patrimônio, em detrimento da obra pública ou serviço que deveria realizar.

A Administração Pública, ao detectar a insolvência do licitante, seja por falência em caso de incapacidade econômica, seja por outro motivo, como a falta de capacidade fiscal, deverá, mesmo que posteriormente à fase de habilitação, inabilitar o licitante, até como meio de preservação dos futuros contratos administrativos e, por conseguinte, o próprio resguardo do interesse público.

Inegavelmente, não há como liquidar todos os riscos no processo licitatório, todavia é possível ao menos eliminar os que já se encontram presentes na habilitação, dando assim maior segurança à contratação e solidez à futura execução contratual.

O Supremo Tribunal Federal, em suas Súmulas ns. 70, 323 e 547²¹ abaixo transcritas foi firme no sentido de que a irregularidade fiscal não pode acarretar a inviabilização do exercício de atividades empresariais:

Súmula n. 70 - É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

Súmula n. 323 - É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

Súmula n. 547 - Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

21 Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2010.

Todavia, ao se exigir a regularidade fiscal para contratar com o ente público, não se está proibindo o exercício do comércio e assim amesquinhando o princípio da livre iniciativa, pois o administrado, mesmo com irregularidade fiscal, continuará exercendo sua atividade profissional na área privada. O licitante vencedor somente não poderá contratar com o ente público, sendo essa medida, como já foi explicitado acima, de salvaguarda da coletividade e em respeito aos princípios da moralidade administrativa e igualdade entre os licitantes.

2.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A REGULARIDADE FISCAL

Ao requerer a regularidade fiscal, também se está enfatizando o princípio da igualdade entre os licitantes, deixando de privilegiar o concorrente que se encontra em irregularidade com o Fisco e possui menores encargos tributários, menos despesas, em detrimento dos demais que estão quites com as Fazendas Públicas ou ao menos que tenha sido suspensa a exigibilidade de débitos fiscais. A própria Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI, cita o princípio da igualdade entre os concorrentes como fundamental no certame licitatório, e essa isonomia deve prevalecer não somente no julgamento das propostas, mas também nos requisitos econômicos, jurídicos e fiscais previstos na fase de habilitação.

Cabe aqui mencionar o entendimento de Hely Lopes Meirelles²² que, em respeito ao princípio da igualdade, o certame licitatório não pode incluir cláusulas que favoreçam determinados candidatos em detrimento de outros; entretanto, não há impedimento à Administração Pública para que estabeleça requisitos mínimos necessários à garantia da execução posterior do contrato, bem como na proteção de interesses difusos e coletivos.

Nesse sentido é irrefutável a necessidade de se requerer a regularidade fiscal das Fazendas Públicas como meio de salvaguardar a posterior execução da obra ou prestação do serviço público em prol da coletividade. Transcreve-se aqui o pensamento do jurista:

7.2.2.3 Igualdade entre os licitantes: *a igualdade entre os licitantes é o princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que no edital ou convite favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, quer desiguale os iguais ou iguale os desiguais (art. 3º, §1º).*

22 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 227.

O desatendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou favoritismo administrativo, sem objetivo ou vantagem de interesse público. Todavia, não configura atentado *ao princípio da igualdade entre os licitantes* o estabelecimento de *requisitos mínimos de participação* no edital ou convite, porque a Administração pode e deve fixá-los sempre que necessários à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público.

Assim, ao se requerer a regularidade perante as Fazendas Federal, Estaduais e Municipais na fase de habilitação, está-se assegurando que ao executar a realização das obras ou serviços, o licitante vencedor não tenha comprometido parte considerável de seu patrimônio com o pagamento de débitos fiscais.

Com o escopo de se evitar qualquer “surpresa” de insolvência posterior relacionada a dívidas tributárias e não tributárias, deve-se requerer a regularidade fiscal nas três esferas públicas: federal, estadual e municipal e em relação ao domicílio ou sede do licitante, bem como ao ramo da atividade ou condizente com o objeto contratual; é nesse sentido o inciso II do artigo 29 da Lei n. 8.666/93. O Poder Público deve evitar por fim requerer a regularidade fiscal em relação a todos os Municípios e Estados em que o licitante tenha realizado obras ou prestado serviços, sob pena de transformar a fase de habilitação em procedimento altamente moroso e casuístico. Nessa última hipótese, podem ser abrandados os requisitos altamente formais, em prol de propostas menos onerosas ao Poder Público.

Ao menos deve-se exigir regularidade fiscal do Município em que se encontra a sede ou filial da empresa que realizará o pactuado, sendo despiciendas e extremamente burocráticas as dos demais Municípios em que a empresa tenha realizado obras e serviços. Destaca-se o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho²³, no sentido da necessidade de regularidade jurídico-fiscal do candidato em relação às Fazendas Públicas Federal, Estadual e Municipal.

23 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 11. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Lumen Juris, 2004. p. 237.

A Lei n. 8.666/93, em seu artigo 3º, inciso II²⁴, também cita o princípio da igualdade, concedendo-lhe contornos mais concretos do que se deve entender por isonomia no certame licitatório, aduzindo que ao Poder Público licitante não cabe realizar tratamento diferenciado de naturezas civil, comercial, previdenciária ou qualquer outra dos licitantes. Assim, ao se habilitar licitante que não apresenta regularidade fiscal, estar-se-ia criando diferenciação em relação aos demais que comprovaram tal item, *discrimen*, privilégio desarrazoado de um licitante em relação aos demais, que possuem afinal maiores encargos tributários, maior custo para a apresentação de suas propostas.

2.3 OS PRIVILÉGIOS E GARANTIAS DAS DÍVIDAS FISCAIS E A NECESSIDADE DE REGULARIDADE FISCAL

Interessante observar inicialmente que não há solidariedade entre a Administração Pública e o licitante vencedor pelas dívidas civis, trabalhistas e fiscais deste, devendo o ente privado responder pessoalmente por elas, e nem seria razoável a entidade licitadora restar responsabilizada por esses encargos.

A solidariedade não se presume, deve estar prevista em lei ou contrato e, no que concerne à solidariedade tributária, deve haver ao menos interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação ou previsão legal das pessoas expressamente designadas, o que não há no caso em tela entre o ente público e o licitante vencedor.

Além do mais, em se tratando de dívidas fiscais, caso fosse permitida a responsabilidade do ente público licitante, haveria casos de cobrança de um ente público em relação a outro, ou do próprio Poder Público em relação a si mesmo; nessas hipóteses, quem restaria prejudicada seria

24 "Artigo 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos 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. § 1º - É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato; II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no artigo 3º da Lei n. 8.248, de 23 de outubro de 1991."

a coletividade como um todo, ao saldar dívidas tributárias de terceiros por meio de pagamento realizado pela própria Administração Pública. Ressalte-se que a empresa licitante se beneficiaria, transferindo a sua dívida fiscal ao próprio ente público.

Deve-se destacar que o crédito tributário goza de preferências e privilégios, e assim futura execução fiscal poderia prejudicar sobremaneira a execução do contrato administrativo. O artigo 185 do Código Tributário Nacional²⁵ assevera que se o sujeito que aliena ou onera seus bens, e em concomitância tenha crédito tributário regularmente inscrito em dívida ativa, a consequente alienação ou oneração havidas são tidas como fraudulentas, passíveis de anulação, se não reservados bens suficientes.

Na execução de obra ou serviço, o licitante vencedor que tenha execução fiscal sem bens que a garantam terá dificuldades financeiras, pois as tratativas com terceiros, como fornecedores de mão de obra e empréstimos bancários restarão prejudicados, devido à preferência do crédito tributário em relação às demais dívidas.

Se o licitante vencedor for citado em execução fiscal e não pagar ou nomear bens a penhora, o magistrado poderá determinar a indisponibilidade de bens e direitos suficientes para a satisfação do erário público, preceito estipulado no artigo 185-A do Código Tributário Nacional.²⁶

O licitante vencedor que não puder garantir a dívida fiscal terá o seu patrimônio comprometido com o pagamento ao Fisco, em prejuízo da consecução da obra ou serviço. A respeito, entende Maria Helena Rau de Souza:²⁷

25 “Artigo 185 - Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. Parágrafo único - O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita.”

26 “Artigo 185-A - Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial. § 1º - A indisponibilidade de que trata o caput deste artigo limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o juiz determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite. § 2º - Os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o caput deste artigo enviarão imediatamente ao juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido.”

27 SOUZA, Maria Helena Rau de. Código Tributário Nacional comentado: doutrina e jurisprudência (art. 185). In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). *Código Tributário Nacional comentado: doutrina e jurisprudência*. 3.

O provimento genérico de indisponibilidade instituído pela norma em comento poderá atingir, na prática, bens absolutamente impenhoráveis, nomeadamente vencimentos e salários, quando referentes à pessoa física, bem como bens do ativo não permanente das pessoas jurídicas que são, sistematicamente, protegidos do alcance da medida na jurisprudência construída em torno da medida cautelar.

Por conseguinte, bens do administrado poderão ser penhorados em processo de execução fiscal ou ainda sequestrados ou arrestados em processo cautelar para assegurar posterior satisfação do débito fiscal, ocasionando sérios prejuízos à realização e consecução da obra ou serviço a ser prestado ou executado. Parte considerável do patrimônio do contratado vencedor poderá ser disponibilizado preferencialmente para o pagamento da dívida fiscal, em detrimento da execução do contrato administrativo.

A própria garantia de que o contratado deverá fornecer de 5 a até 10% do valor do contrato, estipulado nos parágrafos 2º e 3º do artigo 56 da Lei n. 8.666/93, dificilmente responderá pelo prejuízo total das multas devidas e pela inexecução do pactuado, além do inegável prejuízo que terá a coletividade no retardamento de obra ou na não prestação de serviço de interesse do Poder Público.

Frente ao comportamento culposo do contratado e em acarretando a rescisão contratual, restará à Administração Pública aplicar sanções administrativas, além de multa, com a imediata assunção do objeto e a subsequente utilização dos equipamentos materiais e humanos necessários à continuidade da execução, bem como a utilização de garantia contratual para se ressarcir das multas e prejuízos havidos, conforme estipula o artigo 80 da Lei n. 8.666/93.

2.4 A INVIABILIDADE DE APLICAR O REGULAMENTO DO PREGÃO ÀS DEMAIS MODALIDADES DE LICITAÇÃO

A Lei n. 10.520/2002 especificou unicamente uma modalidade de licitação, o pregão, nada mencionando em relação às demais modalidades. Deve-se inicialmente ter em conta que o pregão tem como finalidade a aquisição de bens e serviços comuns pela Administração Pública.

Não há como aplicar as regras do pregão para o convite, tomada de preços e concorrência, pois essas modalidades possuem peculiaridades que devem ser observadas. Pode-se citar o exemplo da concorrência, que no mais das vezes envolve contratos que tenham como objeto obras ou serviços altamente complexos e uso sofisticado de equipamentos, podendo haver até audiências públicas²⁸ antes mesmo da própria habilitação.

O legislador, na última modalidade citada, almejou dar maior publicidade possível ao certame licitatório, para que haja uma maior procura de interessados e se possa escolher a melhor proposta. Inegavelmente, trata-se de procedimento mais lento, de prazos mais dilatados, que mais resguardam o interesse público e permitem aos interessados realizarem propostas mais apuradas e vantajosas à coletividade.

Assim, ao aplicar a Lei n. 10.520/2002 à concorrência, está-se retirando a garantia de apresentação de propostas mais sólidas para uma obra ou serviço, mais bem analisadas, em troca de celeridade no procedimento, deixando-se de lado a segurança e eficácia que são necessárias em empreendimentos de grande especificidade.

Deve-se por fim mencionar que, no pregão, o tipo de licitação é necessariamente o menor preço, enquanto que nas demais modalidades podem ser adotados melhor técnica ou técnica e preço. O artigo 45 da Lei n. 8.666/93 estipula as hipóteses em que poderão ser adotados os dois tipos de licitação acima citados:

- a) serviços de natureza predominantemente intelectual;
- b) bens e serviços de informática;

28 As audiências públicas são realizadas para contratos administrativos, cujo valor seja cem vezes superior ao limite imposto para concorrência de obras ou serviços de engenharia. Cite-se legislação a respeito: "Artigo 39 - Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no artigo 23, inciso I, alínea 'c' desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados. Parágrafo único - Para os fins deste artigo, consideram-se licitações simultâneas aquelas com objetos similares e com realização prevista para intervalos não superiores a trinta dias e licitações sucessivas aquelas em que, também com objetos similares, o edital subsequente tenha uma data anterior a cento e vinte dias após o término do contrato resultante da licitação antecedente."

- c) por autorização expressa da maior autoridade da Administração Pública, quando o interesse público o exigir.

Resta inviável a aplicação das normas do pregão às demais modalidades de licitação, frente às peculiaridades dessas últimas e, por conseguinte, a regra de habilitação da Lei n. 10.520/2002, ao requerer dos licitantes somente a regularidade fiscal do ente público que realiza a licitação, pois é aplicada no caso específico do pregão.

Não há como não criticar essa lei, pois mesmo no pregão, ao “simplificar” a comprovação de habilitação do licitante vencedor, diminui-se a garantia de solidez da empresa quanto à sua capacidade econômica de executar o contrato administrativo.

2.5 A UNIDADE EMPRESARIAL VENCEDORA NA LICITAÇÃO E A REGULARIDADE FISCAL

Em relação à unidade empresarial de que se deve exigir a regularidade fiscal, mister se faz concordar com Marçal Justen Filho²⁹, pois deve-se exigi-la da filial que vai necessariamente realizar a obra ou serviço.

Não cabe na fase de habilitação exigir das demais filiais que não vão participar do certame, pois elas não são responsáveis pela realização imediata da obra ou serviço, e estando a empresa filial vencedora da licitação com a regularidade fiscal comprovada, já se tem o suficiente para garantir o fiel cumprimento do contrato.

Assim, cada núcleo empresarial deve ser responsabilizado por suas próprias dívidas fiscais e não fiscais, nada obstando que posteriormente sejam responsabilizadas em posterior ação judicial a matriz ou as demais filiais, em solidariedade ou em caráter subsidiário, pelas dívidas tributárias das demais, conforme a legislação tributária. Reitere-se, portanto, no que diz respeito à fase de habilitação, que a regularidade fiscal da filial contratante já é suficiente.

Nesse sentido é a regra do artigo 127, inciso II, do Código Tributário Nacional³⁰. Vale também mencionar a jurisprudência do

29 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 422.

30 “Artigo 127 - Na falta de eleição, pelo contribuinte ou responsável, de domicílio tributário, na forma da legislação aplicável, considera-se como tal: I - quanto às pessoas naturais, a sua residência habitual, ou, sendo esta incerta ou desconhecida, o centro habitual de sua atividade; II - quanto às pessoas jurídicas

Superior Tribunal de Justiça³¹, no sentido de que a regularidade fiscal a ser comprovada na fase de habilitação é a da filial que vai executar a obra ou serviço:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA DE REGULARIDADE FISCAL DA FILIAL DA EMPRESA PERANTE A FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL. SUPOSTA OFENSA AO ARTIGO 29, III, DA LEI N. 8.666/93. NÃO OCORRÊNCIA. DOCTRINA. PRECEDENTE. DESPROVIMENTO.

1. A recorrente impetrou mandado de segurança contra ato do Diretor da Divisão de Preparo de Licitações da Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro/RJ, pleiteando, em síntese, afastar exigência prevista no edital de licitação – Concorrência Pública 01/2002, destinada à aquisição de cimento asfáltico de petróleo – concernente à regularidade fiscal imobiliária da filial perante a municipalidade, sob o argumento de que a Lei n. 8.666/93 somente exige a respectiva certidão do domicílio ou sede da empresa.

2. A exigência editalícia relativa à comprovação de regularidade fiscal da filial perante a Fazenda Pública Municipal responsável pela licitação, independentemente da situação fiscal da matriz situada em município diverso, é razoável e encontra respaldo na interpretação teleológica do art. 29, III, da Lei n. 8.666/93.

3. ‘Constatado que a filial da empresa ora interessada é que cumprirá o objeto do certame licitatório, é de se exigir a comprovação de sua regularidade fiscal, não bastando somente a da matriz, o que inviabiliza sua contratação pelo Estado. Entendimento do artigo 29, incisos II e III, da Lei de Licitações, uma vez que a questão nele

de direito privado ou às firmas individuais, o lugar da sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento; III - quanto às pessoas jurídicas de direito público, qualquer de suas repartições no território da entidade tributante. § 1º - Quando não couber a aplicação das regras fixadas em qualquer dos incisos deste artigo, considerar-se-á como domicílio tributário do contribuinte ou responsável o lugar da situação dos bens ou da ocorrência dos atos ou fatos que deram origem à obrigação. § 2º - A autoridade administrativa pode recusar o domicílio eleito, quando impossibilite ou dificulte a arrecadação ou a fiscalização do tributo, aplicando-se então a regra do parágrafo anterior.” (grifos nossos).

31 STJ – REsp n. 809.262/RJ, 1. T., rel. Min. Denise Arruda, j. 23.10.2007, DJ, de 19.11.2007, p. 190.
Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2010.

disposta é de natureza fiscal' (REsp n. 900.604/RN, 1ª T., Rel. Min. Francisco Falcão, *DJ*, de 16.04.2007).

4. Isentar a recorrente de comprovar sua regularidade fiscal perante o município que promove a licitação viola o princípio da isonomia (Lei n. 8.666/93, art. 3º), pois estar-se-ia privilegiando os licitantes irregulares em detrimento dos concorrentes regulares.

5. Recurso especial desprovido.

Segundo o acórdão citado, deve ser comprovada a regularidade fiscal da filial que vai realizar efetivamente a obra ou serviço, pois é ela que arcará diretamente com as obrigações trabalhistas, tributárias, de direito privado e também referentes aos contratos realizados e firmados com o Poder Público. Haveria por fim, conforme essa decisão, violação ao princípio da isonomia, tratando diferentemente os iguais que se encontrem na fase de habilitação, amenizando as exigências legais para determinado licitante, em detrimento dos demais.

Portanto, ao exigir a regularidade fiscal das demais filiais ou da matriz de determinado licitante, estar-se-á transformando o processo licitatório em verdadeiro meio indireto de cobrança de dívidas, além de dificultar sobremaneira a participação dos interessados, principalmente o consórcio de grandes empresas, encarecendo por fim o valor das propostas, deixando de se observar o princípio da proporcionalidade.

2.6 LEI ORDINÁRIA E A REGULARIDADE FISCAL

Não compartilhamos o pensamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro³² acerca da necessidade de norma constitucional para prever a obrigatoriedade de regularidade fiscal dos licitantes, como sói acontecer com as contribuições devidas à Seguridade Social.

Trata-se de norma de direito administrativo, e assim não há qualquer empecilho que seja editada por lei ordinária, e por consequência prevista na própria Lei de Licitações, como de fato ocorreu.

Vale mencionar que quando o constituinte almejou que determinada matéria fosse regulada por lei de quórum qualificado, fê-lo expressamente, como se deu com a edição de normas gerais de direito tributário, que

³² DI PIETRO, op. cit., p. 371.

devem ser necessariamente reguladas por legislação complementar. Por consequência, no silêncio do legislador, pode haver edição de leis ordinárias, como ocorreu em matéria de direito administrativo.

Reitere-se que os artigos referidos na Lei de Licitação em comento não têm o escopo de coagir o administrado a pagar as suas dívidas tributárias ou não tributárias, mas garantir a igualdade entre os licitantes e assegurar a solidez da proposta vencedora. Nesse sentido é o entendimento de Marçal Justen Filho:³³

Por outro lado, a irregularidade fiscal produz o risco de apropriação dos bens do licitante para satisfação de dívidas perante o Fisco. Há uma potencialidade de sobrevir a ausência de qualificação econômico-financeira. Depois, reputa-se constitucional a restrição do devedor perante o Fisco quando não tiver natureza de impedimento absoluto ao exercício da atividade empresarial. Ademais disso o empresário que não liquida as suas obrigações fiscais incorre em custos mais reduzidos, acarretando infração à livre concorrência. Enfim o sujeito que não satisfaz as suas obrigações perante o Fisco não pode ser reputado como idôneo e confiável, não merecendo tratamento equivalente ao reservado para aquele que cumpre os seus deveres para com a coletividade.

Desastroso seria ao interesse público a hipótese da empresa vencedora em licitação que tenha o seu patrimônio totalmente comprometido por execuções fiscais posteriores, pois não teria as mesmas condições de cumprir o seu contrato com terceiros e tampouco com os seus próprios empregados. Haveria sérios prejuízos ao andamento do serviço ou da obra, com retardamento na execução do objeto do contrato, bem como a possibilidade de total paralisação, podendo por fim a Administração Pública rescindir unilateralmente o avençado, aplicando sanções administrativas.

Mais do que responsabilizar a empresa pela inexecução do contrato, seria o prejuízo que a coletividade teria que suportar, ou seja, a obrigação de fazer era fundamental, e de pouca valia seria transformá-la em obrigação de dar, pagar, além do custoso procedimento licitatório realizado, que escolheu licitante que, apesar de apresentar proposta mais vantajosa financeiramente à Administração Pública, mostrou-se sem condições econômicas para efetuar-la.

33 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 406.

Por fim, em observância ao princípio da moralidade administrativa, o Poder Público deve inabilitar empresas que violem interesses coletivos, ou seja, pessoas jurídicas que apresentem irregularidade fiscal ou débitos extrafiscais, como multas ambientais e trabalhistas.

2.7 A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NA FASE DE HABILITAÇÃO

Jessé Torres Pereira Júnior e Lúcia Valle Figueiredo aduzem que estar em débito com o Fisco significa que há dívida inscrita e que não tenha havido qualquer suspensão da exigibilidade do crédito, seja por recurso administrativo, por decisão judicial, ou que o executado não tenha garantido a execução fiscal com bens suficientes.

A respeito é o entendimento de Lúcia Valle Figueiredo:³⁴

Discute-se doutrinariamente se haverá inconstitucionalidade na exigência de documentos relativos à regularidade fiscal. Entendemos que se deva fazer interpretação “conforme” (Gomes Canotilho) à Constituição.

Assim, se interpretada convenientemente a documentação pedida, não haverá inconstitucionalidade.

Ademais, o art. 195, parágrafo 3º, da Constituição dispõe que as pessoas em débito com a seguridade social não poderão contratar com a Administração.

Todavia, o entendimento do que seja débito deve ser cauteloso. Acha-se em débito quem tem dívida inscrita, não parcelada ou suspensa sua exigibilidade por decisão judicial ou administrativa.

Sobre a questão, Jessé Torres Pereira Júnior³⁵ obtempera:

A lei alude a “regularidade”, que pode abranger a existência de débito consentido e sob controle do credor. E não a quitação, que é ausência de débito. Daí a ilegalidade do edital que venha a exigir prova de quitação para com a Fazenda.

34 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direito dos licitantes*, cit., p. 47-48.

35 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*, p. 330.

O mero questionamento em juízo da ilegalidade de dívida fiscal, sem qualquer liminar ou tutela antecipada no sentido de obter a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, não é meio hábil para reconhecer o direito à habilitação no procedimento licitatório.

A decisão administrativa que resultou na execução fiscal continua a irradiar os seus próprios efeitos e é tida como válida, presunção *iuris tantum*, até que se prove o contrário. Não há qualquer sobreposição da esfera administrativa sobre a judicial, uma vez que não houve resposta desta, nem sequer liminarmente.

Seria fácil aos licitantes em irregularidade fiscal burlar a fase de habilitação, uma vez que se ajuizassem qualquer demanda de conhecimento perante o Fisco e, sem qualquer liminar ou antecipação dos efeitos da tutela, teriam reconhecido o seu direito a ser habilitada.

Ao contrário do afirmado acima, o Fisco não poderá rejeitar a habilitação do licitante que estiver suspensa a exigibilidade de determinado crédito tributário, seja por decisão judicial ou administrativa, e se o fizer, estará agindo de modo arbitrário, passível de ser revisto pelo Poder Judiciário.

A respeito, a seguinte jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:³⁶

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. REGULARIDADE FISCAL. ARTIGO 29, III, DA LEI N. 8.666/93. DÉBITO FISCAL EXECUTADO, COM INDICAÇÃO DE BENS À PENHORA AINDA NÃO FORMALIZADA.

1. O art. 29, III, da Lei n. 8.666/93 deve ser interpretado com a flexibilidade preconizada no princípio inserido no art. 37, XXI, da CF/88.

2. Se a empresa tem contra si execução fiscal, mas não se nega a pagar e indica bens à penhora para discutir a dívida, não há, ainda, inadimplência.

36 STJ – REsp n. 425.400/MG (2002/0039351-5), 2. T., rel. Min. Eliana Calmon, j. 07.08.2003. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2010.

3. O devedor, ao indicar bens à penhora, fez a sua parte para garantir o juízo, dependendo da Justiça, unicamente, a formalização da garantia.
4. Situação fática que, no lapso de tempo indicado, satisfaz a exigência do art. 29, III, da Lei de Licitações.
5. Recurso especial improvido.

Como explicitado no capítulo anterior, a regularidade fiscal da empresa comprova a capacidade econômica que ela terá em executar o pactuado. Assim, em comentário ao acórdão citado acima, tendo a empresa assegurado a execução fiscal com bens suficientes e que não comprometam a realização da obra ou serviço, não há motivos para que a Administração Pública inabilite determinado licitante, uma vez que a dívida fiscal encontra-se garantida com bens suficientes e a empresa possui patrimônio diverso para a execução da obra ou serviço. Demonstra-se assim que a solicitação de regularidade fiscal não é mecanismo de cobrança de dívidas tributárias, mas meio de garantir a fiel execução de obras ou serviços públicos.

2.8 A REGULARIDADE FISCAL E OS DÉBITOS NÃO TRIBUTÁRIOS COMO PROTEÇÃO DE DIREITOS COLETIVOS

Trata-se de medida de respaldo ao interesse público requerer na fase de habilitação dos licitantes a regularidade fiscal, tanto de dívidas tributárias, como não tributárias.

Em que pesem os argumentos esposados por Marçal Justen Filho³⁷ acerca da inviabilidade do ente público licitante requerer dos participantes prova de regularidade fiscal de débitos não tributários, sob pena de inviabilizar a licitação, é plenamente viável tal exigência, não configurando qualquer ilegalidade ou desvio de poder.

Muito se tem criticado sobre a necessidade de regularidade fiscal de dívidas não tributárias. No mais das vezes, os débitos extrafiscais podem representar danos maiores à coletividade, como, por exemplo, as taxas de licenciamento e fiscalização ambientais, as multas trabalhistas e penalidades aplicadas pelas agências reguladoras. Não se deve por fim

37 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, cit., p. 417.

mensurar o valor da dívida, mas o que elas representam, ou seja, os danos sofridos pela coletividade.

Os referidos tributos e multas citadas são conhecidos como entradas extrafiscais, que têm como objetivo a realização de fins sociais imediatos, diferentemente das exações fiscais, como os impostos, que possuem objetivo de manutenção da estrutura do Estado, como as despesas de custeio. José Souto Maior Borges³⁸ elencou alguns objetivos da extrafiscalidade: proteção da ordem econômica, demográfica e social, bem como instrumento de prevenção. Arremata o jurista³⁹ que “as finanças públicas desenvolvem-se não apenas para suprir as necessidades estatais, mas também para a consecução de objetivos de dirigismo e ordenação econômica”.

Citem-se as taxas de polícia como exemplos de extrafiscalidade, pois elas têm como escopo restringir a liberdade e o direito de propriedade do administrado, em prol da coletividade. A própria ordem econômica insculpida no artigo 170 da Constituição Federal subordina a livre iniciativa à valorização do trabalho humano, explicitando ainda que deverão ser observados princípios como o da livre concorrência, da defesa do meio ambiente, do consumidor e da busca do pleno emprego, dentre outros. Assim, para atingir os objetivos traçados pela ordem econômica, o Poder Público utiliza o poder de polícia, licenciando e fiscalizando obras, bem como utilizando a autoexequibilidade dos atos administrativos, apreendendo produtos nocivos e interditando estabelecimentos.

O licenciamento e a fiscalização têm como instrumentos de indução as taxas de polícia. Os referidos tributos não têm como fim imediato a arrecadação, o custeio da Administração Pública, como foi salientado, mas servem de meios para a realização de fins coletivos, como meio ambiente sadio, erradicação do trabalho escravo, previdência social e livre concorrência, dentre outros.

A tutela ao meio ambiente, por exemplo, é de interesse difuso, uma vez que a não observância das normas regulamentares do poder de polícia traz prejuízo a pessoas indeterminadas, sendo as indenizações revertidas ao Fundo Nacional do Meio Ambiente, segundo a Lei n. 7.797/89. O artigo 1º dessa lei indica que o Fundo Nacional de Meio Ambiente tem como escopo o uso racional e sustentável de recursos naturais, bem como

38 BORGES, José Souto Maior. *Introdução ao direito financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 60.

39 BORGES, op. cit., p. 70.

a recuperação da qualidade ambiental, de forma que seus recursos são usados para custear ações preventivas para reparar danos ocorridos no meio ambiente.

Mais importantes do que a própria reparação pecuniária à lesão ambiental são as medidas preventivas e reparatórias que assegurem proteção efetiva ao meio ambiente, relacionadas à eficácia do poder de polícia de licenciamento, fiscalização e punição de atividades econômicas que possam ocasionar possíveis prejuízos ambientais. Édis Milaré⁴⁰ observou que havendo o mero risco de agressão ao meio ambiente, no mais das vezes já restam configurados ilícitos administrativos e criminais:

No entanto, a importância da regulamentação dos ilícitos administrativos e criminais em matéria de tutela ambiental reside no fato de que essas esferas de responsabilidade não dependem da configuração de um prejuízo, podendo coibir condutas que apresentem mera potencialidade de dano ou mesmo de risco de agressão aos recursos ambientais. Exemplo disso é a tipificação como crime e como infração administrativa da conduta de operar atividade sem licença ambiental exigível.

Afirma Hugo de Nigro Mazzilli⁴¹ que eventual indenização na esfera civil, como na administrativa, não se destinará a uma indenização individual, posto que o interesse é indivisível, servindo a reparação econômica como instrumento de recuperação do bem coletivo danificado.

Assim, mostra-se dissonante e vai de encontro ao interesse público o ente estatal contratar com particular que infrinja normas de direito ambiental, dentre outros valores e princípios previstos na ordem econômica já referidos anteriormente.

Independente, por fim, qual seja o montante da irregularidade fiscal não tributária, pois inegavelmente mais do que a própria arrecadação do tributo, houve interesse do legislador na proteção de direitos coletivos *lato sensu*.

40 MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 6. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 882.

41 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 18. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 51-52.

Acerca da necessidade de se exigir a regularidade fiscal de dívidas não tributárias, ensina Célio Rodrigues da Cruz:⁴²

A exigência de prova da regularidade fiscal estabelecida pelos artigos 27 e 29 da Lei n. 8.666/93 deve incluir também a demonstração da inexistência de débito de natureza não tributária, uma vez que não faz qualquer sentido uma norma que tem como objetivo primordial proteger o patrimônio público em sentido amplo exigir que o administrado interessado em participar de um procedimento de licitação não tenha dívida tributária, mas possa ter dívidas de natureza não tributária junto à Fazenda Pública. Ora, a existência de uma dívida ativa não tributária pode significar até um risco maior ao patrimônio público em sentido amplo, visto que uma infração administrativa ambiental ou um desvio de recursos públicos pode prejudicar o patrimônio público de forma mais intensa do que uma mera inadimplência tributária, a exemplo de que ocorre quando um contribuinte confessa uma dívida tributária, mas não tem condições financeiras de adimplir sua obrigação.

Deve-se ainda ter em mente que quando o artigo 29, inciso III, da Lei n. 8.666/93 refere-se à regularidade fiscal perante a Fazenda Pública Federal, devem-se considerar todas as pessoas jurídicas de direito público, incluídas a Administração direta, as autarquias e fundações públicas federais, e no mesmo sentido em relação aos Estados e Municípios e suas respectivas pessoas jurídicas públicas descentralizadas.

Célio Rodrigues da Cruz lembra que o Superior Tribunal de Justiça⁴³ e o Tribunal Regional Federal da 3ª Região⁴⁴ já decidiram que a Fazenda Pública inclui também as pessoas jurídicas de direito público da Administração indireta. Assim, tendo em vista que as autarquias e fundações públicas são no mais das vezes responsáveis pela fiscalização e cobrança de tais exações não tributárias, constatada a irregularidade fiscal perante elas, não poderá o licitante ser habilitado em certame licitatório.

42 CRUZ, Célio Rodrigues da. *Constituição e cobrança de créditos da Fazenda Pública Federal*. [Texto do Curso de Especialização]. p. 2. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/24/Biblioteca/2_-_Unidade_II/7_-_Texto-base_-_Topico_VII.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2010.

43 STJ – REsp n. 256.145/RS, 6ª T., rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 31.08.2005, DJU, de 19.09.2005, p. 391 (CRUZ, Célio Rodrigues da, *Constituição e cobrança de créditos da Fazenda Pública Federal*, cit.).

44 TRF-3. Região – AC n. 443.512 (98.03.091387-5), rel. Juiz Conv. Carlos Delgado, DJe, de 09.10.2008. (CRUZ, Célio Rodrigues da, *Constituição e cobrança de créditos da Fazenda Pública Federal*, cit.).

Por derradeiro, mostra-se em total consonância com o interesse público de proteção de direitos coletivos a solicitação de regularidade fiscal de dívidas extrafiscais, pois elas não têm fins meramente pecuniários, mas são instrumentos de indução de comportamentos dos administrados, de agir de determinada forma ou abster-se, e têm como objetivo o bem-estar social e a tutela de interesses coletivos.

3 CONCLUSÃO

As normas previstas nos artigos 27 e 29 da Lei n. 8.666/93, sobre a necessidade de regularidade fiscal perante as Fazendas Federal, Estadual e Municipal para que o licitante possa participar do certame licitatório, servem como garantia à fiel execução do serviço ou obra pública.

Significa dizer que durante a vigência do contrato administrativo não existirão paralisações desnecessárias ou até mesmo inexecução total da obra ou serviço público ocasionada pelo comprometimento do patrimônio da empresa por execuções fiscais.

O artigo 43, parágrafo 5º, da Lei n. 8.666/93 previu a hipótese da existência de fato superveniente que ocasione cassação da habilitação, como a falência posterior da empresa. Assim, mais consentâneo ao interesse da coletividade será o Poder Público, analisando que certos licitantes em fase de habilitação não conseguirão executar o contrato a contento, os inabilitar ainda nessa fase preliminar.

A Lei n. 8.666/93 não inovou as exigências constitucionais relacionadas aos requisitos técnicos e econômicos indispensáveis à execução do contrato administrativo, pois, ao exigir na fase de habilitação a regularidade fiscal, se está analisando a capacidade financeira da empresa em honrar os futuros compromissos contratuais. Assim, a Lei de Licitações veio a explicitar, dar densidade concreta aos requisitos constitucionais, não havendo óbice que lei ordinária especifique meios que comprovem a capacidade econômica dos licitantes.

A exigência de regularidade fiscal das Fazendas Públicas de todos os licitantes serve também como meio de tratá-los de modo isonômico, em observância ao princípio da igualdade, deixando de privilegiar concorrente que se encontre em irregularidade com o Fisco e possui menores encargos tributários, menos despesas, em prejuízo dos demais que estejam quites com as Fazendas Públicas, ou ao menos que tenham a exigibilidade de débitos fiscais suspensa.

Como restou salientado neste trabalho, a regularidade fiscal deve estar comprovada para a filial da empresa vencedora do certame, e em relação às Fazendas Federal, Estadual e Municipal, incluídas as pessoas jurídicas de direito público, autarquias e fundações públicas, abrangendo assim todo o conceito de Fazenda Pública.

A exigência de regularidade fiscal de dívidas não tributárias visa a garantir a fiel execução da obra e também a tutela de interesses difusos e coletivos, pois viola o princípio da moralidade administrativa o contrato com particular que apresente irregularidade fiscal de dívidas ambientais, trabalhistas e de violação à livre concorrência, dentre outras.

Portanto, requerer a regularidade fiscal dos licitantes na fase de habilitação é medida de resguardo do interesse público, devendo a Administração Pública optar por licitante que apresente solidez em suas finanças e que atue em consonância com os direitos coletivos, ao invés de empresa que se encontre com o patrimônio comprometido por futuras execuções fiscais e que infrinja os interesses da coletividade, mesmo que isso represente elevação sensível no valor dos preços das propostas dos licitantes.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BORGES, José Souto Maior. *Introdução ao direito financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

CRUZ, Célio Rodrigues da. *Constituição e cobrança de créditos da Fazenda Pública Federal*. [Texto do Curso de Especialização]. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/24/Biblioteca/2_-_Unidade_II/7_-_Texto-base_-_Topico_VII.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 11. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

- DALLARI, Adílson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 6. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direito dos licitantes*. 4. ed. revista ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. *Comentários à lei de licitações e contratos da Administração Pública*. 3. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 18. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 6. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MUKAI, Toshio. *O novo estatuto jurídico das licitações e contratos públicos*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1994.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SOUZA, Maria Helena Rau de. Código Tributário Nacional comentado: doutrina e jurisprudência (art. 185). In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). *Código Tributário Nacional comentado: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NOVO CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA E PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

NEW CONCEPT OF PEOPLE WITH DISABILITIES AND PROHIBITION OF RETROGRESSION

Maurício Maia

Procurador Federal. Procurador-Geral Substituto da PF/UNIFESP

Mestrando em Direito Constitucional pela PUC/SP

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceito de pessoa com deficiência; 2 O novo conceito de pessoa com deficiência e a proibição do retrocesso trazida pelo artigo 4 da Convenção da ONU; 2.1 O novo conceito de pessoa com deficiência e o benefício assistencial do artigo 203, V, da Constituição Federal; 2.2 Da impossibilidade de fruição da proteção constitucional dirigida às pessoas com deficiência àqueles que, de acordo com o novo conceito trazido pela Convenção, não mais se encontram em tal situação; 3 Conclusões; Referências.

RESUMO: O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência, trazido pela Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, pode excluir de tal condição uma série de indivíduos que antes, sob critérios estritamente médicos, eram considerados pessoas com deficiência. Tal exclusão, apesar de implicar na impossibilidade de fruição de benefícios pelos excluídos, não afronta a proibição do retrocesso, trazido pelo artigo 4 da referida Convenção.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoas com Deficiência. Conceito de Pessoa com Deficiência. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Exclusão de Proteção. Proibição do Retrocesso.

ABSTRACT: The new constitutional concept of person with disabilities, brought by the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, may exclude such condition a number of individuals who formerly under strictly medical criteria were considered disabled. Such exclusion, despite imply the impossibility of enjoyment of benefits by the excluded does not affront the prohibition of retrogression, brought by Article 4 of the Convention.

KEYWORDS: People with Disabilities. Concept of Person with Disabilities. Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Exclusion from Protection. Prohibition of Retrogression.

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro conta, desde a internalização da Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência na forma do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, com um novo conceito, agora constitucional, de pessoa com deficiência, que leva em conta a dificuldade de inserção social do indivíduo para a sua caracterização.

A superação do conceito de pessoa com deficiência anteriormente adotado pelo nosso ordenamento jurídico, fundado exclusivamente em critérios médicos, gera implicações de ordem prática, tendo em vista a possibilidade de alguém considerado como pessoa com deficiência à vista do ordenamento jurídico anterior à Convenção não mais ser enquadrado em tal conceito.

Fator complicador é a verificação da incidência, na questão apontada, do artigo 4 da referida Convenção, que veda a possibilidade de que haja o retrocesso na proteção às pessoas com deficiência em função de suas disposições.

Para essa questão, da influência do novo conceito de pessoa com deficiência adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro na situação jurídica das pessoas que não mais se enquadrem em tal conceito, procuraremos a resposta.

1 CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O conceito de pessoa com deficiência passou recentemente por significativas transformações.

A Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência patrocinada pela Organização das Nações Unidas – ONU, aprovada pelo Brasil por intermédio do Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, nos termos do §3º do art. 5º da Constituição Federal e, portanto, com equivalência de emenda constitucional, ratificada em 1º de agosto de 2008 e promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro novo conceito de pessoa com deficiência, dessa vez de *status* constitucional e, assim, com eficácia revogatória de toda a legislação infraconstitucional que lhe seja contrária.

A referida Convenção, já em seu preâmbulo, na alínea “e”, aponta para a incompletude do conceito de deficiência, que deverá ser verificado

e atualizado em cada momento/contexto histórico, apontando, ainda, para sua dimensão social, não mais a considerando como algo intrínseco à pessoa. Vejamos a disposição do preâmbulo da Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, no tocante à conceituação de deficiência:

e) Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas,

Ainda no seu preâmbulo, a Convenção aponta para a impossibilidade de que todas as pessoas com deficiência sejam tratadas de forma uniforme, reconhecendo a existência de diversas formas de deficiência, quando dispõe:

i) Reconhecendo, ainda, a diversidade das pessoas com deficiência,

A definição de pessoa com deficiência vem colocada no artigo 1 da Convenção, com a seguinte redação:

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. *Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.* (grifo nosso)

Nota-se que a Convenção não apresenta um conceito unicamente médico de pessoa com deficiência, como era a prática até então, adotando um conceito que prioriza a dimensão social.

A Convenção da ONU foi elaborada em processo que contou com a efetiva participação das pessoas com deficiência, com o mote “*nothing about us without us*” (“nada sobre nós sem a nossa participação”). Trata-se de parte de um processo iniciado no final do Século XX e início do Século XXI, em que começou a haver a preocupação com a inclusão e a integração das pessoas com deficiência, buscando a equiparação de oportunidades de fruição das benesses da vida em sociedade para todas

as pessoas, após um longo processo histórico de rejeição e segregação pelo qual passaram as pessoas com deficiência.

De fato, o núcleo da definição é a interação dos impedimentos que as pessoas têm com as diversas barreiras sociais, tendo como resultado a obstrução da sua participação plena e efetiva na sociedade, em condição de igualdade com as demais pessoas. A deficiência não é mais, assim, vista como algo intrínseco à pessoa, como pregavam as definições puramente médicas; a deficiência está na sociedade, não na pessoa.

Os impedimentos físicos, mentais, intelectuais e sensoriais passaram a ser considerados como características das pessoas, inerentes à diversidade humana; a deficiência é provocada pela interação dos impedimentos com as barreiras sociais, ou seja, com os diversos fatores culturais, econômicos, tecnológicos, arquitetônicos, dentre outros, de forma a gerar uma impossibilidade de plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade. Como dito, não é a pessoa que apresenta uma deficiência, mas a sociedade. Superar a deficiência não é tão-somente cuidar dos impedimentos, mas possibilitar e criar mecanismos que eliminem as barreiras existentes no ambiente.

Vejamos o apontamento de Ricardo Tadeu Marques da Fonseca¹:

Os impedimentos de caráter físico, mental, intelectual e sensorial são, a meu sentir, atributos, peculiaridades ou predicados pessoais, os quais, em interação com as diversas barreiras sociais, podem excluir as pessoas que os apresentam da participação da vida política, aqui considerada no sentido mais amplo. [...]

Podemos afirmar, assim, que se o impedimento que a pessoa tem não lhe traz qualquer dificuldade de integração social, seja no trabalho, seja no desenvolvimento das demais atividades cotidianas, não se enquadra tal pessoa no conceito de pessoa com deficiência trazido pelo nosso sistema jurídico.

Também deve-se considerar se para aquele caso em especial existe de fato uma barreira a ser superada em razão do impedimento do indivíduo.

¹ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O Novo Conceito Constitucional de Pessoa Com Deficiência: Um Ato De Coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). *Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. Edição Digital. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 24.

Cumprе ressaltar que, face a aprovação da Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência nas duas Casas do Congresso Nacional em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, aquela é equivalente a emenda constitucional, e, assim, qualquer conceito de pessoa com deficiência contido em normas infraconstitucionais que se contraponha ao conceito trazido pela Convenção tem-se por revogado. A legislação futura, também, deverá observar os limites traçados pela Convenção, como observaria qualquer outra norma de hierarquia constitucional.

Dessa forma, a definição de pessoa com deficiência trazida pelo artigo 4º do Decreto nº 3.298/1999, com a redação dada pelo Decreto nº 5.296/2004², que regulamenta a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, unicamente com critérios médicos, não é mais aplicável (isto é, se se entendesse que mera norma regulamentar, sem lei que lhe lastreasse, fosse válida em algum momento para a definição de pessoa com deficiência, conceito que implica na geração de direitos a uma categoria de indivíduos e, dessa forma, necessitaria de delimitação legal), por incompatível com a Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, norma equivalente a emenda constitucional e, pois, de hierarquia superior.

Esse o entendimento de Luiz Alberto David Araujo³:

- 2 "Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias: I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004) II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004) III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004) IV - deficiência mental - funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização dos recursos da comunidade; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004) e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; e h) trabalho; V - deficiência múltipla - associação de duas ou mais deficiências."
- 3 ARAUJO, Luiz Alberto David. A Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seus Reflexos na Ordem Jurídica Interna do Brasil. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). *Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. Edição Digital. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 56.

A Convenção, portanto, trata a questão da deficiência de maneira diferente. Inova, avança e torna revogada a legislação brasileira anterior. Inegável que o decreto regulamentar era mais fácil de ser aplicado. Trazia índices, referências mais precisas. No entanto, não se pode deixar de louvar a Convenção e seu novo conceito, porque exigirá melhor critério e mais discussão do que o anterior.

A Lei nº 12.435/2011, que altera a Lei nº 8.742/1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social, já adota a nova terminologia (“pessoa com deficiência”) e faz constar da lei alterada, em seu art. 20, §2º, I, o conceito de pessoa com deficiência trazido pela Convenção da ONU e, assim, está consentânea com o sistema constitucional brasileiro.

A mesma Lei nº 12.435/2011 incorpora na Lei nº 8.742/1993 conceito de “impedimento de longo prazo”, integrante do conceito de pessoa com deficiência trazido pela Convenção da ONU, em seu art. 20, §2º, II:

II - impedimentos de longo prazo: aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

Também o Decreto nº 7.612/2011, que institui o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, já traz definição de pessoa com deficiência consentânea com a Convenção da ONU, em seu artigo 2º:

Art. 2º São consideradas pessoas com deficiência aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Notamos, assim, que o legislador brasileiro já vem encampanando, como não poderia ser diferente, o novo conceito de pessoa com deficiência trazido pela Convenção da ONU, que, insistimos, tem a estatura de emenda constitucional, face sua internalização na forma do §3º do art. 5º da Constituição Federal.

2 O NOVO CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO TRAZIDA PELO ARTIGO 4 DA CONVENÇÃO DA ONU

A existência de um novo conceito de pessoa com deficiência, de estatura constitucional, como acima visto, traz à tona um sério problema:

alguém que era considerado pessoa com deficiência pelo ordenamento jurídico brasileiro anteriormente à Convenção deixará de receber a proteção garantida pela Constituição a tal grupo se não for possível o seu enquadramento no novo conceito de pessoa com deficiência?

Antes da Convenção da ONU bastava que fosse constatada uma situação fisiológica, médica, dentro de certos parâmetros, para que a pessoa fosse considerada como pessoa com deficiência; agora, o fator fisiológico, médico, é somente um dos elementos do conceito de deficiência (o impedimento), que em interação com as diversas barreiras presentes na sociedade, possa ter como resultado a obstrução de que a pessoa se integre plenamente no convívio social, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Não é difícil imaginarmos, assim, uma situação em que alguém deixe de ser considerado pessoa com deficiência em razão do novo conceito trazido pela Convenção da ONU.

Devemos ter em conta que o artigo 4 da Convenção ONU, em seu inciso 4, traz a chamada proibição do retrocesso, ou seja, impede que, em razão da Convenção, algum Estado-Parte deixe de aplicar norma interna mais benéfica às pessoas com deficiência. Vejamos o disposto no referido artigo 4 da Convenção da ONU:

4. Nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau.

Não nos parece que o artigo 4 da Convenção da ONU implique que alguém que deixou de ser reconhecido como pessoa com deficiência em razão do novo conceito trazido pela Convenção possa continuar fruindo da proteção constitucional a esse grupo dirigida.

Primeiramente, devemos apontar que o dispositivo é claro em afirmar que não haverá prejuízo, em razão da Convenção, aos direitos *das pessoas com deficiência* previstos nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados-Partes. Ora, como acima visto, estamos tratando de pessoas que

não integram o grupo das pessoas com deficiência, ou seja, não há que se falar em retrocesso de benefícios, pois nenhuma pessoa com deficiência estará sendo prejudicada.

A proteção constitucional dirigida às pessoas com deficiência continuará a existir exatamente da mesma forma, íntegra, como sempre foi. Ocorre que houve uma mudança no conceito acerca de quem são as pessoas com deficiência, de quem são os verdadeiros destinatários do benefício.

A necessidade de enquadramento no novo conceito de pessoa com deficiência é medida que, ao contrário de provocar um retrocesso na proteção constitucional, promove uma proteção mais efetiva das pessoas com deficiência, assegurando que a política afirmativa irá beneficiar àqueles que efetivamente fazem jus, evitando-se que os recursos orçamentários destinados às pessoas com deficiência sejam utilizados com pessoas alheias a tal grupo.

Não há, assim, qualquer retrocesso na proteção prevista no ordenamento interno brasileiro, já que este continuará a prover as pessoas com deficiência de medidas que tenham por escopo promover sua integração social em igualdade de oportunidades com os demais indivíduos.

Exigir, para a percepção do benefício, que o indivíduo se enquadre no conceito constitucional (e agora também legal) de pessoa com deficiência é medida mais protetiva ao grupo das pessoas com deficiência, que poderão ter certeza de que os recursos destinados a tal política serão efetivamente gastos com aqueles que fazem jus à proteção constitucional, além de ser medida de proteção do princípio isonômico, já que implicará que o tratamento jurídico diferenciado seja dispensado apenas para aqueles que estejam de fato na situação diferenciada.

Na célebre máxima aristotélica de que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, como bem aponta Celso Antônio Bandeira de Mello em sua clássica obra *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, há a necessidade de eleição de um fator de discrimen pelo legislador, fator este que deverá forçosamente recair sobre um elemento interno às pessoas, coisas ou situações a que se pretende atribuir um tratamento jurídico diferenciado, bem como deverá guardar relação lógica com tal tratamento jurídico atribuído, prestigiando, ainda, um valor constitucionalmente acolhido.

Ora, o fator de discrimen eleito pelo constituinte brasileiro foi a deficiência, e, se a pessoa não atende tal fator, não pode participar da proteção constitucional, sob pena, inclusive e especialmente, de restar violada a igualdade.

Ademais, admitir a extensão da proteção constitucional a pessoas que não atendam ao conceito de pessoa com deficiência certamente implicará em maior escassez de recursos para atender àqueles que realmente fazem jus à proteção constitucional, ou seja, aqueles que atendem os requisitos postos pelo constituinte. Devemos ressaltar que, se por um lado a nova definição de pessoa com deficiência exclui pessoas de sua incidência, certamente houve a inclusão de outras pessoas, que segundo os critérios unicamente médicos anteriormente utilizados não eram consideradas pessoas com deficiência e agora, com o conceito social de pessoa com deficiência, passaram a fazer jus à proteção constitucional dispensada a esse grupo.

Para melhor compreensão do tema, com maior concretude, examinaremos, a título de exemplo, o caso de alguém que receba o benefício assistencial do artigo 203, V, da Constituição Federal e deixe de ser enquadrado no conceito de pessoa com deficiência. As conclusões a que chegaremos em tal questão poderão nortear a percepção do problema visto de forma geral, com as ressalvas que apontaremos, em especial em relação ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e ao direito adquirido.

2.1 O NOVO CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DO ARTIGO 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Alguém que era considerado pessoa com deficiência pelo ordenamento jurídico brasileiro anteriormente à Convenção, e recebia o benefício assistencial previsto no artigo 203, V, da Constituição Federal, e agora sob a égide da convenção, não é mais considerado como pessoa com deficiência, perderá o direito ao benefício?

De fato, como o critério anterior adotado para a concessão do benefício era a definição estritamente médica de pessoa com deficiência, contida no Decreto nº 3.298/1999, com a redação dada pelo Decreto nº 5.296/2004, não é difícil imaginar uma situação em que, apesar de ter um impedimento (físico, mental, intelectual ou sensorial), este impedimento em nada obstrua a “participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas” daquele indivíduo em

especial e, assim, hoje, ele não mais poderá ser considerado como pessoa com deficiência.

A definição da Convenção (de caráter constitucional, frise-se novamente), aliás, já foi integralmente adotada pela lei nº 8.742/1993, que, em seu artigo 20⁴, regula o benefício assistencial previsto pela Constituição Federal no artigo 203, V, face a alteração que lhe foi dada pela Lei nº 12.435/2011.

O §6º, do artigo 20, da Lei nº 8.742/1993, com a redação dada pela Lei nº 12.435/2011, inclusive prevê a necessidade de avaliação médica (para verificação do impedimento), bem como de avaliação social (para verificação da possibilidade de participação na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas), como requisitos para a concessão do benefício.

4 “Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011) § 1º Para os efeitos do disposto no *caput*, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011) § 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011) § 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011) § 4º O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011) § 5º A condição de acolhimento em instituições de longa permanência não prejudica o direito do idoso ou da pessoa com deficiência ao benefício de prestação continuada. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011) § 6º A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2º, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011) § 7º Na hipótese de não existirem serviços no município de residência do beneficiário, fica assegurado, na forma prevista em regulamento, o seu encaminhamento ao município mais próximo que contar com tal estrutura. (Incluído pela Lei nº 9.720, de 30.11.1998) § 8º A renda familiar mensal a que se refere o § 3º deverá ser declarada pelo requerente ou seu representante legal, sujeitando-se aos demais procedimentos previstos no regulamento para o deferimento do pedido. (Incluído pela Lei nº 9.720, de 30.11.1998) § 9º A remuneração da pessoa com deficiência na condição de aprendiz não será considerada para fins do cálculo a que se refere o § 3º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011) § 10. Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2º deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011)”

Como visto, não basta mais a existência do impedimento para que alguém seja considerado pessoa com deficiência, devendo, para a caracterização da deficiência, decorrer da interação dos impedimentos com as barreiras ambientais uma situação de desvantagem em relação às outras pessoas.

Parece-nos que a nova conceituação de pessoa com deficiência faz aquele que não mais é considerado como pessoa com deficiência perder o direito de receber o benefício assistencial, já que não mais sustenta o requisito essencial para a sua percepção. Tal benefício é destinado à proteção das pessoas com deficiência (e dos idosos) e o indivíduo não mais se inclui em tal grupo, que o constituinte quis proteger.

Se não há uma situação de desvantagem competitiva em relação às demais pessoas e, a partir da convenção, tal situação passou a ser parte integrante do conceito de pessoa com deficiência, grupo destinatário da proteção constitucional, o benefício deverá cessar.

A instituição do benefício assistencial pelo artigo 203, V, da Constituição Federal constitui-se em medida afirmativa de promoção da igualdade material, sendo de rigor que seus beneficiários sejam os integrantes do grupo de pessoas que o constituinte elegeu para receber o tratamento jurídico diferenciado.

No caso do artigo 203, V, o fator de *discrímén* eleito para a percepção do benefício foi a deficiência (bem como a idade), e, se a pessoa não atende tal fator, não pode participar da proteção constitucional, sob pena, inclusive, de restar violada a igualdade.

Ressalte-se, ainda, que admitir que pessoas que possuam algum impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial mas não sejam consideradas pessoas com deficiência (por lhe faltar a impossibilidade de participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas), sejam objeto da proteção constitucional implicará na possibilidade de que qualquer pessoa, sob o fundamento da isonomia, ainda que não recebesse o benefício anteriormente, venha a requerê-lo quando apresentar qualquer impedimento, já que o núcleo da definição de pessoa com deficiência não será considerado relevante para a percepção do benefício.

Como visto, para a efetivação da isonomia, é necessário que o beneficiário da ação afirmativa, no caso o benefício do artigo 203, V, da Constituição Federal, seja considerado pessoa com deficiência, e isto sob os critérios constitucionalmente vigentes.

Poder-se-ia alegar, como acima apontado, que a cessação do benefício assistencial do indivíduo que não mais fosse considerado pessoa com deficiência em razão do novo conceito adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro violaria o artigo 4, inciso 4 (supracitado), da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que proíbe o retrocesso, com fundamento na Convenção, da proteção já conferida às pessoas com deficiência nos respectivos ordenamentos nacionais.

Entendemos que não há qualquer violação a tal disposição da Convenção, tendo em vista, como acima afirmado, que não há qualquer retrocesso aos direitos das pessoas com deficiência, mas há apenas um ajuste no próprio conceito de pessoa com deficiência; quem for pessoa com deficiência receberá normalmente o benefício, assim como toda a proteção constitucional. Nenhuma pessoa com deficiência será prejudicada e não haverá a diminuição da proteção a tal grupo.

Repita-se que estender a proteção a pessoas que não são pessoas com deficiência seria grave violação ao princípio isonômico, bem como implicaria na ausência da efetiva proteção das pessoas com deficiência, pois justamente o fator “deficiência” seria ignorado.

Por fim, devemos ressaltar que o benefício em questão é assistencial, não previdenciário, e, dessa forma, somente deve ser pago àqueles que necessitem e enquanto perdurar a situação que lhe der causa, não havendo que se falar em direito adquirido; a verificação das condições para a percepção do benefício deve se dar periodicamente, cessando o benefício se cessar algumas das condições de seu recebimento, como por exemplo, se o beneficiário, por algum motivo, passar a contar com renda suficiente para manter-se condignamente sem a assistência do Estado. Cessado, assim, o fator “deficiência”, é de cessar o benefício, não havendo direito adquirido à sua percepção.

2.2 DA IMPOSSIBILIDADE DE FRUIÇÃO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DIRIGIDA ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA ÀQUELES QUE, DE ACORDO COM O NOVO CONCEITO TRAZIDO PELA CONVENÇÃO, NÃO MAIS SE ENCONTRAM EM TAL SITUAÇÃO

Pelas mesmas razões acima demonstradas entendemos que as pessoas que antes, com base no critério exclusivamente médico, eram consideradas pessoas com deficiência e, agora, com o critério social de pessoa com deficiência trazido pela Convenção da ONU não mais podem ser enquadradas em tal situação, não fazem jus à proteção constitucional a tal grupo deferida.

A proteção constitucional é dirigida às pessoas com deficiência, sendo de rigor, para efetivação da igualdade material (igualdade na lei), que o fator de *discrímén* “deficiência” esteja presente; conferir tal proteção àqueles que não sejam pessoas com deficiência seria promover uma discriminação legal sem um fator de diferenciação presente naquele grupo, fator de diferenciação este que deverá guardar correlação lógica com o tratamento jurídico diferenciado a ser conferido. Em outras palavras, conferir um tratamento legal diferenciado a alguém que não mais ostente o fator de *discrímén* eleito implicaria na promoção de desigualdade legal inadmissível à vista do princípio isonômico.

Poderíamos falar em violação ao princípio do não retrocesso trazido pelo artigo 4 da Convenção se algum benefício, alguma parte da proteção constitucional conferida à pessoa com deficiência fosse suprimida, o que não é o caso. As pessoas com deficiência, assim consideradas pelo sistema constitucional brasileiro (que adotou a Convenção), não terão qualquer prejuízo, não experimentarão qualquer retrocesso na sua proteção.

Os verdadeiros destinatários do tratamento jurídico diferenciado atribuído pela Constituição continuarão a fruir integralmente da proteção.

Ademais, admitir que pessoas que não mais são consideradas pessoas com deficiência possam fruir de qualquer parte da proteção constitucional dirigida àquele grupo é afrontar o princípio isonômico, estabelecendo uma discriminação sem justificativa. A proteção constitucional, outrossim, somente poderá ser efetiva se dirigida especificamente ao grupo que se pretendeu atingir; se todos, pessoas com deficiência nos termos do ordenamento jurídico ou pessoas que não mais sustentam essa condição, recebem a proteção constitucional, não estamos diante de proteção às pessoas com deficiência, mas estaremos diante de proteção às pessoas que sejam acometidas de impedimentos médicos.

Cabe, aqui, uma ressalva. As situações concretas já agasalhadas pelo ato jurídico perfeito, ou pelo direito adquirido, como, por exemplo, a situação daquele que ingressou no serviço público em vaga reservada, atendendo aos critérios previstos no edital de concurso público, deverão ser preservadas em nome da segurança jurídica, bem como em atenção ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal⁵. No entanto, a

5 “Art. 5º [...] XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; [...]”

verificação da existência de ato jurídico perfeito, coisa julgada ou direito adquirido deverá se dar em cada caso concreto, verificando todas as suas especificidades.

Dessa forma, ficará vedada a incidência do novo conceito de pessoa com deficiência nos casos em que possa haver afronta ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito ou à coisa julgada.

3 CONCLUSÕES

O Brasil adotou, com estatura constitucional, um novo conceito de pessoa com deficiência, trazido pelo artigo 1 da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, internalizado em nosso ordenamento jurídico na forma do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal.

Tal conceito, de caráter social, tem como núcleo para caracterização da deficiência a interação dos impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial com diversas barreiras, gerando como resultado a obstrução da participação plena e efetiva do indivíduo na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Face esse novo conceito, é possível, e até provável, que pessoas que antes eram consideradas pessoas com deficiência, por um critério puramente médico que era adotado até então, deixem de ser assim enquadradas.

O indivíduo que não mais pode ser considerado como pessoa com deficiência não deve ser incluído na proteção constitucional conferida a tal grupo, por faltar-lhe o fator de *discrímen* adotado pelo constituinte, qual seja, ser pessoa com deficiência, sob pena de restar violado o princípio isonômico.

A cessação da proteção constitucional para esses indivíduos não implica um retrocesso na proteção das pessoas com deficiência, mas, ao contrário, lhes confere uma maior proteção, garantindo que as políticas afirmativas do Estado serão de fato destinadas ao grupo social que o constituinte elegeu como seu beneficiário. A proteção continuará existindo integralmente, e será atribuída àqueles que realmente precisam e a ela fazem jus, aqueles constitucionalmente entendidos como pessoas com deficiência.

Tal medida promove a proteção do princípio da igualdade, consagrado constitucionalmente no artigo 5º, *caput*, já que garantirá que

somente receba o tratamento jurídico diferenciado aquele que estiver na situação que o constituinte almejou proteger, e atende ao fator de discrimen eleito, qual seja ser pessoa com deficiência.

Outrossim, a proteção ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e ao direito adquirido, o que sempre deverá ser verificado concretamente, deverá prevalecer em relação à incidência do novo conceito de pessoa com deficiência para situações já existentes, em homenagem à segurança jurídica e ao quanto disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência*. 4. ed. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2011.

_____. A Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seus Reflexos na Ordem Jurídica Interna do Brasil. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). *Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. Edição Digital. São Paulo: Saraiva. 2012.

_____. *Barrados. Pessoas com Deficiência Sem Acessibilidade: Como, o que e de Quem Cobrar*. Petrópolis: KBR Digital, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. 20ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

BERNARDES, Liliane Cristina Gonçalves; ARAÚJO, Tereza Cristina Cavalcante Ferreira de. Deficiência, Políticas Públicas e Bioética: Percepção de Gestores Públicos e Conselheiros de Direitos. *Ciência & Saúde Coletiva (online)*. V. 17, n. 9, p. 2435-2445, 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232012000900024>>. Acesso em: abr. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. 2ª tiragem. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direitos das Pessoas Com Deficiência: garantia de igualdade na diversidade*. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O Novo Conceito Constitucional de Pessoa Com Deficiência: um Ato de Coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). *Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. Edição Digital. São Paulo: Saraiva. 2012.

LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueiredo. Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU. In: GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (Org.). *Deficiência no Brasil – Uma Abordagem Integral dos Direitos das Pessoas com Deficiência*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Inovações, Alcance e Impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). *Manual Dos Direitos Da Pessoa Com Deficiência*. Edição Digital. São Paulo: Saraiva. 2012.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Por Falar em Classificação de Deficiências. *Revista Brasileira de Tradução Visual*. v. 12, n. 12, 2012. Disponível em: <<http://www.rbtv.associadodainclusão.com.br/index.php/principal/article/view/157/265>>. Acesso em: nov. 2012.



O PAPEL DOS PRECEDENTES JUDICIAIS DIANTE DA (IN)CERTEZA E DA (IN) SEGURANÇA JURÍDICAS: UMA ANÁLISE ARGUMENTATIVA DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE

*THE ROLE OF COURT'S PRECEDENT BEFORE THE (LACK OF)
CERTAINTY AND THE (LACK OF)LEGAL PREDICTABILITY:
AN ARGUMENTATIVE ANALYSIS OF THE PREVAILING RULING*

Murilo Strätz

*Advogado da União lotado na Procuradoria Regional da União da 2. Região -RJ
Pós-graduado (lato sensu) em Direito Público pela UnB e Mestre em “Teorias
Jurídicas Contemporâneas”, na linha “Teorias da Decisão e Desenhos
Institucionais”, pela UFRJ.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O papel da jurisprudência para evitar-se o risco de soluções jurídicas contraditórias para casos idênticos e a ameaça à segurança jurídica; 2 As peculiaridades do Stare Decisis Norte-Americano; 3 Breve nota sobre a contribuição kelseniana; 4 O approach argumentativo de Neil MacCormick; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho destaca o papel da jurisprudência na interpretação / aplicação do Direito, tanto no sistema da *Common Law*, onde o precedente judicial sempre ostentou função primordial na resolução dos casos concretos, quanto no *Civil Law*, em que este fenômeno, embora não tivesse o menor prestígio na formação da tradição romanista, vem gradativamente assumindo um maior protagonismo, sobretudo após a proliferação, observada a partir da Segunda Guerra Mundial, do modelo kelseniano de Corte Constitucional. propõe-se, para tanto, uma reconciliação entre o “caráter argumentativo” do Direito - que explora a “derrotabilidade” (*defeasibility*) e as “certezas provisórias” do Direito -, de um lado, e o ideal colimado pelo Estado de Direito (*Rule of Law*), a exigir, de outro lado, previsibilidade e certeza do fenômeno jurídico. A jurisprudência servirá, por conseguinte, como instrumento prático e vivo, à disposição da Teoria da Argumentação Jurídica (TAJ), para atenuar os inconvenientes que decorrem da falta de certeza e de previsibilidade do Direito, bem como para assegurar a “universalizabilidade” da *ratio* que constitui os precedentes.

PALAVRAS-CHAVE: Precedente. Certeza. Previsibilidade. Jurisprudência Dominante. Universalizabilidade. Derrotabilidade.

ABSTRACT: This paper highlights the role of precedent in the interpretation / application of Law, both in the system of Common Law, where judicial precedent always boasted major role in the resolution of specific cases, as in the Civil Law, in which this phenomenon, although it had the less prestige in the formation of the Roman Catholic tradition, is gradually assuming a greater role, especially after the proliferation, observed since World War II, of Kelsen’s Constitutional Court model. It is proposed to this goal a reconciliation between the “argumentative nature” of Law - that explores the “defeasibility” and the “provisional certainty” of the Law -, on the one hand, and the ideal collimated by the Rule of Law, that requires, on the other hand, predictability and certainty of the legal phenomenon. The precedent will be used, therefore, as a practical and alive tool, available to the Legal Reasoning Theory, to reduce the difficulties arising from the lack of certainty and of predictability in the Law and to ensure the “universalizability” of the precedent’s constitutive *ratio*.

KEYWORDS: Precedent. Certainty. Predictability. Prevailing Ruling. Universalizability. Defeasibility.

INTRODUÇÃO

O ideal político do Direito moderno exige a certeza e a previsibilidade das decisões jurídicas, o que, em uma primeira abordagem, revela-se teoricamente contraditório à postura argumentativa do Direito, pois, se tudo está sujeito, em alguma medida, à argumentação, não se poderia, em tese, alcançar a pretendida certeza sobre o resultado da aplicação das normas jurídicas.

Todavia, Neil MacCormick, na obra “*Retórica e o Estado de Direito*”, demonstra que o ideal do Estado de Direito é dinâmico, e não estático, de modo que a certeza jurídica pode existir dentro de alguns limites, embora seja relativa e esteja sempre sujeita a exceções (*defeasance*) vindouras, as quais, por sua vez, também serão excepcionadas no futuro (“certezas provisórias”). Assim, propõe-se, na concepção “maccormickiana”, que o caráter argumentativo seja um ingrediente do Estado de Direito (*Rule of Law*), e não a sua antítese.

Sustentar-se-á, ademais, que, apesar de eventuais defeitos dessa concepção, ela é melhor que as alternativas (as formas extremadas de formalismo e realismo, por exemplo), podendo mesmo ser caracterizada como um marco distintivo das sociedades civilizadas, a aplicar-se tanto no âmbito da *Common Law*, quanto no âmbito da *Civil Law*.

E, para tanto, enfocar-se-á o nobre papel desempenhado pela jurisprudência ao proporcionar segurança jurídica na aplicação do Direito, seja ao solucionar o caso concreto, seja ao fornecer, com base em razões universalizáveis, critérios para a resolução dos casos vindouros que guardem similitude com aquele que inspirou a formação do precedente.

Ver-se-á, neste sentido, que, conquanto a jurisprudência não possa ser tecnicamente considerada fonte formal de direito nos sistemas jurídicos da *Civil Law*, observa-se uma inegável tendência no sentido de se difundir a jurisprudência dominante enquanto um privilegiado vetor interpretativo a serviço da aplicação do Direito, mesmo no tronco romano-germânico, haja vista que a certeza e a segurança jurídica são consideradas valores caríssimos a qualquer sistema jurídico que logre subsumir-se à noção de Estado de Direito.

1 O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA PARA EVITAR-SE O RISCO DE SOLUÇÕES JURÍDICAS CONTRADITÓRIAS PARA CASOS IDÊNTICOS E A AMEAÇA À SEGURANÇA JURÍDICA

O autor espanhol José Luis Vásquez Sotelo¹ ensina que, em comunidades pequenas e sociedades muito primitivas, se o juiz é o único, cabe imaginar que os casos idênticos receberão a mesma solução, de modo que restará preservado o princípio da segurança jurídica.

Não obstante, quando se trata de sociedades nas quais haja muitos juízes e tribunais, o problema então passa a ser o de assegurar que sobre todo o território se estenda a mesma jurisdição, a qual deverá dar o mesmo tratamento jurídico a casos iguais ou análogos. Tal papel, na visão daquele doutrinador ibérico, é atribuído à Jurisprudência² e, sobretudo, à Jurisprudência do Tribunal de mais alta instância, normalmente denominado Supremo Tribunal, do qual deve emanar a jurisprudência dominante, tendente a uniformizar a dicção do Direito dentro do território sobre o qual o povo exerce sua soberania.

Além disso, ensina o autor espanhol que essa jurisprudência dominante tem dois papéis:

Las decisiones de los más altos Tribunales no sirven solo para resolver el caso sometido a exámen sino para suministrar criterios que necesariamente van a influir em la solución de casos futuros que presenten analogia con el resuelto. Una vieja y repetida frase de los Jueces alude a que la resolución acertada de un caso no interessa solo para el caso en sí sino para los diez mil casos iguales que no han llegado al Tribunal.³

1 SOTELO, José Luiz Vasquez. A jurisprudência vinculante na “common law” e na “civil law”. In: *Temas Atuais de Direito Processual Ibero-Americano*: compêndio de relatórios e conferências apresentados nas XVI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual; organizado por Petrônio Calmon Filho e Adriana Beltrame. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1998. p. 334-335.

2 “En general y em sentido histórico por Jurisprudência se entiende el conocimiento y la aplicación del Derecho. [...] Pero desde hace al menos dos siglos el término Jurisprudencia se reserva para aludir a los criterios de interpretación, aplicación y actualización de la ley establecidos por los Tribunales y más concretamente por el Tribunal Supremo o Corte de Casación de cada Estado, cuyas enseñanzas o “censuras” acaban integrando un cuerpo de doctrina que puede denominarse doctrina legal o Jurisprudencia y que acaba resumiéndose em maximas de jurisprudencia.” Ibidem, p. 335-336.

3 Ibidem, p. 336.

Malgrado este papel orientador para a solução dos casos futuros, papel este que toca aos pronunciamentos dos Tribunais mais altos, pode-se fazer um questionamento crítico sobre se é suficiente, para a resolução de um caso concreto, que o juiz simplesmente siga o balizamento / norteamento genérico fornecido pela jurisprudência dominante, tal como se esta desempenhasse, de um modo heterodoxo, o papel reservado às leis.

O próprio Sotelo adverte que toda lei, por mais perfeita que seja, deve ser “individualizada” em sua aplicação concreta. E em nota de rodapé cita, em prol deste argumento, passagem atribuída a RADBRUCH (*Filosofía del Derecho*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1933, pág. 160): “*El caso jurídico singular no es solo una aplicación de la ley general sino justamente lo contrario: la ley existe en ese momento solo en mérito o fallo sobre el caso singular.*”⁴

Assim, considerando que a orientação jurisprudencial dominante tem um caráter uniformizador e genérico, corre-se o risco de que ela seja equiparada, funcionalmente, à própria lei, que, sendo norma geral e abstrata, é, por excelência, a fonte formal do Direito nos países de tradição romanística. Tal risco pode ser engendrado pelo fato de a jurisprudência destinar-se a fornecer juridicamente pistas à resolução de futuros casos semelhantes, os quais, ainda que ligados por similitude à *fattispecie* tratada no precedente, não foram efetiva e concretamente apreciados pelo Tribunal irradiador da jurisprudência.

Nesse sentido, a própria jurisprudência dominante, que serve de bússola aos juízes singulares e tribunais inferiores, deveria, assim como acontece com a lei, ser por estes “individualizada” ou “concretizada”. E assim se afirma porque sempre caberá ao juiz processante o mister de analisar o caso que lhe é submetido singularmente, para, em um segundo “discurso de aplicação”⁵, dizer o Direito que o deve reger concretamente, individualizando no caso concreto, assim, aquela jurisprudência dominante.

4 SOTELO, op. cit., p. 336.

5 Sobre a dicotomia “discursos de fundamentação – discursos de aplicação”, ver: GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação. Tradução Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 158-165.

Em analogia, pode-se afirmar, com Eros Grau⁶, que aplicação do Direito, nesses casos, é alográfica, tal como ocorre na interpretação artística da música e do teatro, pois, nestas formas de arte, a obra apenas se completa através do concurso de dois personagens (o autor e o intérprete), o que exige compreensão + reprodução. Diferentemente disso, nas artes *autográficas* (pintura e literatura), o autor contribui sozinho para a realização da obra, o que não se observa nas artes *alográficas* (música e teatro), em que a obra pode se completar com a interpretação que será dada pelo artista que no futuro reproduzirá a obra.

Dessa forma, nas artes alográficas, assim como no Direito, o primeiro intérprete (criador / autor original da obra) compreende e reproduz sua criação, ao passo que o segundo intérprete compreende e reproduz esta obra mediante a compreensão e a reprodução realizadas pelo primeiro intérprete, mas não fica adstrito à criação primeira. Ele mesmo, o intérprete secundário, passa a ser co-autor da obra ao reproduzi-la, adicionando-lhe significado a cada interpretação / reprodução, uma vez que as obras alográficas só podem existir quando executadas (interpretadas e reproduzidas), ao revés do que ocorre com as artes autográficas, nas quais o autor contribui sozinho para a realização da obra.

Desse modo, o juiz, ainda que se oriente pela jurisprudência dominante, jamais poderá furta-se a exercitar um “discurso de aplicação” quando instado a decidir um caso concreto, ainda que tal “discurso de aplicação” em tese já tenha sido elaborado pelo Tribunal Superior, haja vista que o discurso de aplicação já operado pela Corte Superior quando da elaboração do precedente norteador não tem o condão de exonerar o juiz processante de examinar, pelo menos, se se revela correta a aplicação daquele precedente ao caso concreto, ou, ao contrário, se se trata de caso singular apto a “excepcionar / derrotar”⁷ o precedente.

Sabe-se que a jurisprudência exerce um papel muito mais pronunciado nos países de tradição anglo-saxã (*judge made law*), nos quais vigora a doutrina do *stare decisis*, que, significando, literalmente,

6 GRAU, Eros Roberto. Interpretação do Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 470-473.

7 A noção de excepcionalidade / derrotabilidade, também chamada defeasibility, será tratada mais adiante, sobretudo com supedâneo na obra: MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hübner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

“estar como já decidido”, corresponde à força vinculante que possuem os precedentes cuja *ratio decidendi* se ajusta ao caso a ser resolvido⁸.

Segundo Tercio Sampaio Ferraz Júnior⁹, a doutrina do *stare decisis* caracteriza-se pelo fato de os tribunais inferiores estarem obrigados a respeitar as decisões dos superiores, os quais se obrigam, por sua vez, a respeitar suas próprias decisões, notadamente no que diz respeito à *ratio decidendi*, que, nunca perdendo sua vigência, é “o princípio geral de direito que temos de colocar como premissa para fundar a decisão, podendo o juiz que a invoca interpretá-la conforme sua própria razão”. Além disso, toda decisão relevante de qualquer tribunal é um argumento forte para que seja levada em consideração pelos juízes.

Tercio ensina que, desde o século XIII, era costume citarem-se as decisões (*case law*), embora tal uso geral não implicasse vinculação dos juízes a decidirem conforme os precedentes. A configuração doutrinária que passou a reconhecer tal vinculação foi se dando gradualmente até assumir uma forma mais definida nos séculos XVII e XVIII, para consagrar-se, definitivamente, no século XIX, com o aperfeiçoamento dos repertórios de casos (*reports*) e o aparecimento de uma hierarquia judiciária homogênea.

Sotelo lembra que foi o jurista Willian Blackstone - destacado magistrado inglês do século XVIII - quem estabeleceu claramente o princípio de que o juiz deve decidir conforme o precedente, em homenagem à segurança jurídica. Mas Sotelo adverte que este próprio jurista inglês, depois de formular tal doutrina de vinculação ao precedente, passou a excepcionar que o precedente a aplicar conduza a uma solução injusta ou irracional, o que muito contribuiu para o desenvolvimento das modernas técnicas norte-americanas do *overruling* (anulação formal de um precedente equivocado) e do *overstatement* (reformulação / redefinição do precedente sem sua anulação formal, para aplicação a casos futuros), bem como para a compreensão do *Practice Statement* de 1966, ato solene pelo qual a Câmara dos Lordes expressamente reconheceu o seu poder de corrigir os próprios precedentes, a fim de conciliar o seu valor histórico com a necessidade de progresso jurisprudencial.¹⁰

8 SOTELO, José Luiz Vasquez. A jurisprudência vinculante na “common law” e na “civil law”. In: *Temas Atuais de Direito Processual Ibero-Americano*: compêndio de relatórios e conferências apresentados nas XVI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual. Organizado por Petrónio Calmon Filho e Adriana Beltrame. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1998. p. 367.

9 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 244.

10 *Ibidem*, p. 355-365.

O multirreferido autor espanhol assim situa historicamente o *judge made law*:

Common law es el sistema jurídico inicialmente formado en Inglaterra (a partir de la conquista normanda, en el año 1.066) y que pasó después a los Estados Unidos de América y a otros territorios que pertenecieron al dominio británico (Canadá anglófona, Australia, India, Nueva Zelanda etc.) aunque a veces con algunas diferencias importantes.¹¹

Já nos países que comungam da tradição do direito codificado, como o Brasil, Tercio entende afastado o poder vinculante do precedente:

Já a tradição romanística, própria dos povos do continente europeu, e que passou para o Brasil, é distinta. Encontramos desde Justiniano uma expressa proibição de se decidir conforme o precedente (“*non exemplis, sed legibus judicandum est*” – *Codex*, 7, 45, 13). E, nas grandes codificações que ocorreram na Era Moderna, repetiram-se preceitos semelhantes (por exemplo, o Código Prussiano – *Allgemeines Landrecht* – de 1794). Assim, ao contrário do sistema anglo-saxônico, em que, desde os primórdios, reconhecia-se que o juiz podia julgar conforme a *equity* mesmo em oposição ao *common law* (o direito costumeiro, comum a toda a Inglaterra), no Continente as decisões deviam ser subordinadas à lei de modo geral. Esta adquire desde cedo uma preeminência que nem mesmo as leis anglo-saxônicas (os *statutes*), não obstante sua publicação nos tempos atuais, chegam a alcançar (guardando uma função auxiliar, de complementação e esclarecimento do direito comum – o *common law*).¹²

Diante dessas razões, a doutrina costuma negar à jurisprudência o caráter de fonte do Direito, ao contrário do que sucede no mundo anglo-saxônico, embora a jurisprudência possa ser considerada uma rica fonte para a interpretação da lei nos sistemas codificados, conforme preleciona Tercio:

Em suma, a jurisprudência, no sistema romanístico, é, sem dúvida, “fonte” interpretativa da lei, mas não chega a ser fonte do direito. No caso da criação normativa *praeter legem*, quando se suprem lacunas e se constituem normas gerais, temos antes um caso especial de

11 FERRAZ JÚNIOR, ., op. cit., p. 341.

12 Ibidem, p. 244-245.

costume. Restariam, talvez, como exemplos de fonte genuinamente jurisprudencial, alguns casos de decisões *contra legem* que existem, sobretudo na área do Direito do Trabalho; este, por sua natureza específica, voltada não tanto à regulação de conflitos, mas a uma verdadeira proteção ao trabalhador, permite a constituição de normas gerais com base na *equidade*.¹³

De qualquer sorte, ainda que a jurisprudência não possa ser considerada fonte formal de direito em nosso sistema jurídico (*civil law*), observa-se uma inegável tendência no sentido de uniformizar a jurisprudência dominante mesmo no tronco romano-germânico.

Neste sentido, Tercio considera a certeza e a segurança como valores imprescindíveis ao direito contemporâneo:

A certeza diz respeito à coerente e delineada apreensão das situações de fato, de modo a evitar ao máximo as ambiguidades e vaguidade de sentido.[...] Já segurança tem a ver com os destinatários das normas. É preciso encontrar critérios para uma decidibilidade uniforme para todos os sujeitos. Princípios como o da igualdade de todos perante a lei garantem a segurança. Para isso, porém, é preciso identificar as situações dos próprios sujeitos, se são, por exemplo, entes públicos ou privados. Portanto, a que princípios teóricos estão, no caso, submetidos.¹⁴

Caudatária deste raciocínio é a posição de Sotelo, para quem “la jurisprudencia en los países de *civil law* suministra seguridad jurídica en la aplicación de la ley, al deber seguir todos los órganos jurisdiccionales el punto de vista del órgano supremo”¹⁵. E isso deve se dar porque um juiz ou tribunal não pode alterar arbitrariamente um critério já estabelecido pela jurisprudência (à qual cabe proporcionar a segurança jurídica na aplicação da lei), a menos que motive, fundamentadamente, tal mudança, fornecendo as razões jurídicas para tanto.

Para Sotelo, o poder da jurisprudência no common law deriva *ratione imperii* (por força ou em razão do império jurisprudencial), ao passo que, no civil law, aquele poder, salvo no caso de súmula vinculante, pode ser considerado *imperio rationis* (em razão da força persuasiva do

13 FERRAZ JÚNIOR, p. 246.

14 Ibidem, p. 140-141.

15 SOTELO, , op. cit., p. 349.

precedente, que se impõe racionalmente, e não hierarquicamente), daí serem mais comuns as variações / trocas jurisprudenciais nos sistemas codificados. Outra diferença observada entre os dois sistemas é que, no civil law, é típico se acudir primeiramente aos precedentes mais recentes e atuais, porque refletem a posição mais contemporânea da Corte, partindo-se posteriormente para os mais antigos se houve alguma mudança radical; enquanto que no common law os precedentes mais valorizados são os mais antigos e decantados.¹⁶

Referindo-se a LIEBMAN, Sotelo¹⁷ explica que a tendência de acompanhar precedentes decorre de várias razões, entre as quais se podem citar: a preferência do espírito humano em reproduzir critérios já enunciados; a força da inércia representada pela comodidade de se seguir uma via já aberta; a autoridade e a hierarquia do órgão superior de onde emana a jurisprudência, que lhe capacitam anular ou reformar as sentenças proferidas por órgãos inferiores.

O autor ibérico explica, também, que, nos países de *civil law*, o órgão regulador da jurisprudência pode ser uma Corte de Cassação (como ocorre na França e na Itália), ou um Tribunal Supremo, que é o caso da Espanha (que nunca adotou o típico modelo puro do recurso de cassação nos moldes franco-italianos), de Portugal e da Alemanha¹⁸, aqui se podendo incluir o Brasil.

E elenca os requisitos para que uma jurisprudência seja considerada dominante e, por conseguinte, aplicável aos casos vindouros:

- 1) deve provir do Tribunal Supremo ou a mais alta Corte de Justiça do país, e não de órgãos consultivos do Estado;
- 2) deve resultar de vários acórdãos idênticos / semelhantes, ou, no mínimo, de mais de uma decisão;
- 3) deve haver identidade ou semelhança entre o caso resolvido pelo precedente e o a resolver, para que se mantenha a mesma *ratio decidendi*, afinal, “*like cases must be decided alike*” (casos parecidos devem ser julgados de forma igualmente parecida); e

16 SOTELO, op. cit., p. 350-351.

17 Ibidem, p. 338-339.

18 Ibidem, p. 348.

- 4) devem-se excluir da vinculação jurisprudencial as afirmações incidentais, colaterais ou de passagem (*razões obiter dicta*).¹⁹

Tais características fornecem a segurança desejável para que os pronunciamentos proferidos em determinados casos concretos, os quais passam a ser considerados precedentes, possam fornecer os norteamentos adequados para os casos futuros. A jurisprudência pode ser considerada, assim, uma forma de vivificar o direito latente que está na legislação em geral, sobretudo no *civil law*, já que os pronunciamentos dos tribunais são o direito vivo, prático.

Tercio sustenta que a ciência do Direito contemporâneo é essencialmente prática, pois o seu problema central, e ponto de partida, é a decidibilidade dos conflitos. E tal ciência, além de prática, é considerada dogmática, uma vez que se baseia na aceitação incontroversa de determinados pontos de partida, que são os dogmas jurídicos (Direito posto e positivado), sem os quais não se pode alcançar a decidibilidade jurídica dos conflitos.²⁰

Daí a importância que Tercio atribui à dogmática jurídica, a qual classifica em três modelos: dogmática analítica, dogmática hermenêutica e dogmática da decisão. A *analítica* volta-se a identificar o Direito, extremando-o do “não-Direito”. Considerando que a *dogmática analítica*, apesar de identificar o Direito, deixa em aberto o problema de como entender este Direito que fora identificado, entra em ação, neste momento, a *dogmática hermenêutica*, cujo objetivo é o de entender o Direito na perspectiva da teoria da interpretação. Por último, após devidamente identificado e entendido o Direito, chega-se à terceira modalidade de dogmática, a *dogmática da decisão*, que se subdivide em “dogmática da aplicação do direito (aspecto interno)” e “teoria dogmática da argumentação jurídica (aspecto externo)”.²¹

A dogmática da decisão, por tratar de como se obtém a “decisão prevalecente”, é, portanto, a que apresenta maior interesse no presente trabalho.

19 SOTELO, , op. cit., p. 350.

20 SAMPAIO, op. cit., p. 83-89.

21 Ibidem, p. 88-92.

Deveras, segundo Tercio, que a finalidade última da decisão é absorver a *insegurança*, o que não significa eliminar o conflito, mas sim transformá-lo, impedindo sua continuação:

Absorção de insegurança significa, pois, que o ato de decidir transforma incompatibilidades indecidíveis em alternativas decidíveis, ainda que, num momento subsequente, venha a gerar novas situações de incompatibilidade eventualmente até mais complexas que as anteriores. Absorção de insegurança, portanto, nada tem a ver com a ideia mais tradicional de obtenção de harmonia e consenso, como se em toda decisão estivesse em jogo a possibilidade de *eliminar-se* o conflito. Ao contrário, se o conflito é incompatibilidade que exige decisão é porque ele não pode ser dissolvido, não pode acabar, pois então não precisaríamos de decisão, mas de simples opção que já estava, desde sempre, implícita entre as alternativas. Decisões, portanto, absorvem insegurança, não porque eliminem o conflito, mas porque o *transformam*.²²

E, para transformar o conflito, o órgão decisório vale-se, muitas vezes, da argumentação jurídica, a qual, por envolver um “pensar problemático”, pode paradoxalmente gerar certa insegurança, à primeira vista, nos seus destinatários. Tal insegurança deve ceder, contudo, ao traço de racionalidade que deve orientar a argumentação jurídica:

Argumentar significa, em sentido lato, fornecer motivos e razões dentro de uma forma específica. Captando o pensamento jurídico em sua operacionalidade, Viehweg assinala, pois, que a decisão jurídica aparece, nesse sentido, como uma discussão racional, isto é, com um operar racional do discurso, cujo terreno imediato é um problema ou um conjunto deles. O pensamento jurídico de onde emerge a decisão deve ser, assim, entendido basicamente como “discussão de problemas”.²³

É exatamente essa abordagem – acerca da racionalidade da argumentação – o ponto que será melhor explorado no capítulo final do presente ensaio.

²² SOTELO, , op. cit., p. 327.

²³ Ibidem, p. 338.

2 AS PECULIARIDADES DO STARE DECISIS NORTE-AMERICANO

A marca do constitucionalismo norte-americano é a “*Rule of Law*” e o republicanismo (forma republicana de governo), que são os dois pilares básicos do modelo político que vigora nos EUA até os dias atuais.²⁴

A “*Rule of Law*” tem origem em Aristóteles e Cícero, passando pela Magna Carta. Os fundadores norte-americanos a consideravam um dogma essencial. Revolucionários como Thomas Paine e John Adams insistiam, em seus escritos pró Declaração de Independência, que a *Rule of Law* era a condição *sine qua non* do auto-governo. O Juiz Scalia afirmou, no caso *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654, 697 (1988): “*It is the proud boast of our democracy that we have ‘a government of laws and not of men.’*”²⁵

Tal princípio inspirou diversos dispositivos constitucionais que desaprovam leis que não têm aplicabilidade geral ou leis que não são prospectivas, como, por exemplo, as cláusulas do devido processo legal na quinta e décima quarta emendas, a cláusula de igual proteção na décima quarta emenda, e as proibições de imposição de pena sem julgamento, de criação de leis com efeitos retroativos (*ex post facto*), leis de exceção (*Bill of attainders*) ou que alterem obrigações previstas em contratos, conforme consta do artigo I, seção 10, da Constituição.²⁶

Já o segundo pilar do constitucionalismo norte-americano, a forma republicana de governo, é “a filosofia política fundamental da Constituição” (Baker, 2003, p. 6). Segundo consta da presente obra, quando o patriarca Benjamin Franklin foi perguntado por um espectador o que a Constituição havia trazido ao povo norte-americano, ele respondeu: “*a Republic, if you can keep it*”. Afastada a possibilidade de se instaurar uma monarquia, a Constituição, uma vez redigida na Convenção Constitucional de 1787, realizada na Filadélfia, e posteriormente ratificada por cada um dos Estados-membros, inicia afirmando, em seu preâmbulo: “Nós, o povo dos Estados Unidos [...]”. Tudo a reforçar a proposta de um autogoverno, ou seja, um governo pelo povo e para o povo, a dar-se mediante uma democracia representativa

24 BAKER, Thomas E.; WILLIAMS, Jerre S. *Constitutional Analysis in a Nutshell*. 2. ed. Thomson West: 2003. p. 3.

25 *Ibid.*, p. 4.

26 *Ibid.*, p. 5.

(mediante representantes, e não, como na Grécia Antiga, diretamente pelo povo).

De acordo com a 10^a Emenda, as competências atribuídas à União estão expressamente previstas na Constituição, cabendo aos Estados as competências residuais, salvo aquelas consideradas pela Suprema Corte como decorrentes dos “poderes implícitos” que tocam à União a partir da “*Supremacy Clause*” e do “*Grant of judicial Power*”.

Eis a redação da 10^a Emenda: “*The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.*”.

Disputas acerca do federalismo são constantes desde o início da Convenção da Filadélfia até os dias atuais. Aliás, foi a principal razão da Guerra Civil Americana (1860/1865). Nas palavras ditas pelo Juiz Chase três anos após o armistício, “*The Constitution, in all its provisions, looks to an indestructible Union, composed of indestructible States*” (Texas v. White, 74, U.S. (7 Wall.) 700, 725 (1868)).²⁷

O surgimento da própria Constituição traz em si notas da tensão que os Estados temiam vivenciar em relação à União. Como exemplo disso, o art. VI da Constituição prevê que a União deveria garantir débitos estaduais contraídos em momento anterior à promulgação da Carta, o que demonstra ter havido um pacto entre os Estados e o Poder Central, por meio do qual este assumiria certos encargos estaduais em troca da parcela de poder que lhe seria outorgada pelos Estados.

A própria possibilidade de a Suprema Corte rever atos dos Estados que contrariem a Constituição ou Leis Federais, o chamado *judicial review*, é manifestação dos “poderes implícitos” que são conferidos, à União e seus tribunais em detrimento dos Estados, pela *Supremacy Clause*, prevista no art. VI, seção 2, que prevê:

This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, anything in the constitution or laws of any state to the contrary notwithstanding.

²⁷ Ibid., p. 11.

Com base nestes “poderes implícitos”, a Suprema Corte decidiu, em 1819, que era constitucional a lei que havia criado o *Central Bank* (Banco dos Estados Unidos) norte-americano. Conforme relata o Professor Godoy²⁸, o caso *MacCulloch v. Maryland*, de 1819, fundamentou a teoria dos poderes implícitos no constitucionalismo norte-americano. O Estado de Maryland tributou em US\$ 15.000 os bancos que funcionavam no Estado sem alvará específico de funcionamento do próprio Estado. Era o caso do Banco dos Estados Unidos, que, sem o recolhimento de tais valores, funcionava no Estado de Maryland. O gerente da agência de Baltimore, James McCulloch, recusou-se a pagar o tributo. A Suprema Corte de Maryland manteve a imposição. McCulloch apelou para a Suprema Corte. O Juiz Marshall observou que, além dos poderes enumerados na Constituição, havia outros implícitos no próprio texto, de competência do Congresso. Se o governo federal tem objetivos e responsabilidades, deve deter os meios para realizar seus fins. Tratava-se do princípio da supremacia nacional, que justificaria a teoria dos poderes implícitos, também chamada “teoria dos poderes resultantes”. Embora não houvesse autorização expressa para que a União criasse bancos, implícita estava sua necessidade, por imperativo de ordem pública. O Congresso detém competência implícita para criar bancos e qualquer lei estadual que direta ou indiretamente limitasse tal competência seria inconstitucional. O Estado de Maryland, cobrando impostos, não poderia restringir aplicação de lei federal. O Estado não poderia tributar instrumentos do governo federal, concepção que justificará a teoria tributária da imunidade fiscal. Anulou-se, assim a lei estadual de Maryland que tributava o Banco Federal. O caso, portanto, estabeleceu e firmou limitação implícita na autoridade dos Estados.

Também o caso *Gibbons v. Ogden*, de 1824, dá os contornos do conceito norte-americano indicativo de supremacia de lei federal. Em 1815, Aaron Ogden, ex-governador do Estado de Nova Jersey, comprou direitos de explorar a navegação comercial entre os portos de Nova Iorque (no estado de Nova Iorque) e Elisabeth Town (no Estado de Nova Jersey). Quatro anos depois, processou seu ex-sócio Thomas Gibbons porque este passou a explorar linha com o mesmo itinerário, desrespeitando os direitos que Ogden comprara, garantidos pelas leis do Estado de Nova Iorque. Gibbons argumentou que licença federal lhe autorizava a operar com barcos em qualquer lugar nos Estados Unidos. A Corte de Nova Iorque, por decisão do Juiz Kent, rejeitou a tese de

28 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Notas sobre o Direito Constitucional Norte-Americano*. Disponível em: <http://www.arnaldogodoy.adv.br/publica/notas_sobre_o_direito_constitucional_norte_ameriano.html>.

Gibbons, que apelou para Suprema Corte. Esta reconheceu a supremacia da lei federal em face da lei estadual, garantindo a Gibbons o direito de operar com seus barcos, na linha Nova Iorque/Elisabethtown. Segundo Marshall, era claro o texto constitucional: o Congresso teria poderes para regular o comércio com nações estrangeiras, entre os Estados e com as tribos indígenas (Constituição, Seção 8, inciso 3). Aos Estados eram reservados poderes para legislar em tema de comércio interno. A Linha Nova Iorque/Elisabethtown ligava dois estados (Nova Iorque e Nova Jersey), exigindo competência normativa federal. Trata-se de mais uma aplicação da já citada cláusula de comércio interestadual (*interstate commerce clause*).

Portanto, desde a introdução do *judicial review* no sistema estadunidense, que tem por função assegurar a supremacia da Constituição, verifica-se que os precedentes no *stare decisis* Norte-Americano não têm a mesma força vinculante que se observa nos precedentes britânicos, além de outras razões apontadas por Sotelo, das quais se destacam:

En ese contexto resultó más fácil admitir tempranamente el poder de *overruling* para poder revocar una precedente decisión, anulándolo como precedente por considerarlo erróneo, o incluso el poder de redefinirlo o formularlo mejor sin anularlo formalmente (*overstatement*).

[...]

Como ya se ha dicho antes, no debe olvidarse la influencia del factor universitario. La formación universitaria de los juristas norteamericanos, a diferencia de Inglaterra, milito en contra de la aceptación mecánica de todo precedente, que supone en definitiva aceptar la imposición de una regla burocrática.²⁹

Mas, tanto os norte-americanos, quanto os ingleses, quando interpretam a lei, não se valem da analogia nem interpretação extensiva, as quais têm lugar apenas na interpretação dos precedentes (*case law*). Tal postura se deve, historicamente, à desconfiança com que os juízes viam os atos emanados do Legislativo, os quais, no entender dos magistrados, limitariam seu poder de criar o Direito para o caso concreto.³⁰

29 SOTELO, , op. cit., p. 364.

30 Palestra ministrada pelo Professor Thomas Golden no Curso de Introdução ao Direito Americano, promovido pela Thomas Jefferson School of Law em parceria com a Escola da Advocacia-Geral da União,

Considerando que a Constituição Norte-Americana é sintética, pouco ou nada estabelecendo a respeito de uma plêiade de importantes assuntos que diuturnamente batem às portas do Judiciário, à Suprema Corte tem sido reservado o papel de construir o arcabouço jurídico a partir do qual a interpretação constitucional deve ser norteada. Assim se deu, por exemplo, no julgamento, em 1973, do caso em que se reconheceu às mulheres o direito ao aborto (*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113), pois não havia qualquer dispositivo constitucional expresso neste sentido. A Suprema Corte aplicou ao caso a proteção à intimidade e a cláusula do devido processo legal, entendendo, assim, que a penalização do aborto feria tais postulados constitucionais.

Conforme alertam Thomas E. Baker e Jerre S. Willians³¹, os tribunais federais em geral, e a Suprema Corte em particular, contribuíram muito para o robustecimento do esquálido art. III da Constituição, ao acrescer-lhe um extenso corpo de precedentes e anotações bem fundamentadas que passaram a servir de norte aos intérpretes constitucionais. Na verdade, a Constituição é tão enxuta, que a Suprema Corte é o único tribunal criado diretamente por ela, cabendo ao Congresso a criação das demais Cortes Federais. Entretanto, em que pese o laconismo da Constituição Norte-Americana, qualquer interpretação deve partir de um texto, ainda que este seja sucinto.

É isso o que defendem os citados autores e o próprio Neil MacCormick (conforme se verá mais adiante). Afirmam Thomas E. Baker e Jerre S. Willians:

Constitutional analysis ought and does begin with the text. Every student and every interpreter of the Constitution is a documentarian. [...] Always start with the text. But our study of constitutional law requires some appreciation for the historical and philosophical context of the Constitution.³²

As formas mais comuns de interpretação constitucional na tradição estadunidense são, em livre tradução, construídas sobre as seguintes bases: literal (*text*), original (*original understanding*), histórica (*history and*

no período de 07 a 28 de janeiro de 2012, na cidade de San Diego, Estado da Califórnia, Estados Unidos da América.

31 BAJER; WILLIANS, , op. cit., p. 28.

32 Ibid., p. 1.

tradition), estrutural (*structure*), jurisprudencial (*precedent or doctrine*) e moral (*philosophy or moral reasoning*).³³

Historicamente pode se falar de duas correntes hermenêuticas no constitucionalismo norte-americano. Um certo ativismo, próprio dos adeptos da corrente denominada *living breathing view*, marcou a atitude de juízes construtivistas, mais identificados com o partido democrata e divorciados de correntes originalistas (*original intent*). Os construtivistas pretendem leitura contemporânea do texto constitucional norte-americano, subsumindo-o à realidade, que exigiria a intervenção do judiciário, na consecução da justiça social. Em contrapartida emerge corrente mais identificada com o pensamento republicano, de feição conservadora, e que defende uma leitura minimalista do texto constitucional, originalista ao extremo, supostamente fiel à vontade do legislador que detinha o poder constituinte originário e empiricamente marcada por interpretação literal da constituição norte-americana.

Não se enquadrando em nenhuma dessas correntes mais extremadas (originalismo e ativismo), Herbert Wechsler³⁴ defende que a *judicial review* de atos legislativos somente se dê em casos nos quais as exigências procedimentais e jurisdicionais se façam presentes, de modo que, nestes casos, os tribunais têm não só o poder, mas também o dever, de decidir os casos constitucionais com base em raciocínios e análises que transcendam o resultado imediato. Vale dizer, Herbert Wechsler sustenta uma teoria principiológica que não seja casuística (*ad hoc*), nem consequencialista.

Para tanto, Wechsler critica a posição do juiz americano Learned Hand³⁵, segundo a qual os Tribunais só deveriam exercer a autoridade suprema sobre a interpretação constitucional quando isso fosse necessário para a sobrevivência do Estado, ocasião em que o Judiciário serviria de árbitro entre os outros poderes.

Segundo Wechsler³⁶, Learned Hand teria afirmado, em tradução livre:

33 BAKER; WILLIAMS, op. cit., p. 334-335.

34 WECHSLER, Herbert. *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*. Harvard Law Review, v. 73, n° 1, nov., 1959. p. 1-35.

35 Como exemplo da posição de Learned Hand, cita-se a decisão proferida pela Suprema Corte no famoso caso Brown, de 1954, ao interpretar a cláusula constitucional da igualdade de proteção como abrangente da proscrição da segregação racial nas escolas públicas.

36 Ibid., p. 3.

Quando a Constituição emergiu da Convenção em setembro de 1787, a estrutura do governo proposto, se se olhar para o texto, não permitiu inferir-se que as decisões da Suprema Corte e, por conseguinte, das cortes inferiores, fossem impositivas em relação ao Executivo e ao Legislativo”; e “de outro lado, era provável – se de fato não fosse certo –, que, sem algum árbitro cuja decisão deveria ser final, o sistema como um todo colapsaria, por ser extremamente improvável que o Executivo ou o Legislativo, uma vez tendo decidido, se submetessem ao posicionamento contrário de outro departamento, mesmo das cortes.

Wechsler afirma, porém, que sua discordância em relação ao Juiz Learned Hand não é insolúvel, pois a cláusula da supremacia, constante do art. VI, § 2º, da Constituição Norte-Americana, pode ser aplicada para, ao invés de limitar o poder jurisdicional, ampliá-lo. Assim, os condicionamentos impostos pela posição de Hand para manter íntegra a referida cláusula de supremacia, tais como a exigência de que a Constituição Federal prevaleça sobre as demais normas, podem, ao revés, ser utilizados como cláusula aberta para o alargamento da jurisdição, a qual poderia acabar exercendo um papel político, o que Wechsler condena.

A busca de um método jurídico de objetividade tão plena quanto possível e a neutralidade do intérprete é o que motiva as críticas feitas por Wechsler a algumas decisões proferidas pela Suprema Corte e ao ativismo judicial, procurando, assim, diferenciar a atuação do Judiciário e a dos outros dois poderes, pois o que caracteriza as decisões judiciais é a necessidade de que sejam fundadas em princípios coerentes e constantes, e não em atos de vontade ou sentimento pessoal.

Discorda de que a interpretação das leis esteja sujeita a um “teste de virtude”, para verificar se o resultado imediato limita ou promove seus próprios valores e crenças, pois quem julga com os olhos no resultado imediato e em função das próprias simpatias ou preconceitos regride ao governo dos homens e se afasta do governo das leis.

As decisões constitucionais devem ser motivadas, cabendo aos tribunais expor os autênticos fundamentos (princípios neutros) de seus julgados e desenvolver claramente cada fase do raciocínio que conduziu ao resultado produzido. A impossibilidade de se chegar a uma objetividade plena não minimiza a necessidade de uma objetividade possível, de modo que a interpretação não seja uma atividade discricionária (tal como a

criação de direitos pelo ativismo) ou mecânica (de viés originalista), mas um produto da interação entre o intérprete e o texto. A neutralidade se dilui em muitos aspectos, entre os quais a imparcialidade (ausência de interesse imediato na questão) e a impessoalidade (atuação pelo bem comum).

Mas a neutralidade exige, ainda, que o intérprete não seja influenciado por questões consequencialistas, tais como o resultado que pretende obter com a interpretação. Para tanto, o juiz deve manter-se vinculado não só ao texto, mas especialmente à história da Constituição, sem legitimação para erigir direitos novos, não autorizados nos mandamentos constitucionais, porquanto, se os constituintes de Filadélfia realmente quisessem delegar aos juízes essa função criativa, tal como na prática efetivamente se fez pelo trabalho da Suprema Corte, na trilha de John Marshall, teriam conferido à Nona Emenda redação autorizativa, que expressamente outorgasse à Suprema Corte o poder de acrescentar direitos ao texto constitucional, considerando a filosofia, a ética e a moral ou, ainda, as ideias dominantes do governo republicano. Entretanto, como isso não foi feito, nos casos em que a Constituição não contém uma opção moral ou ética, o juiz não pode utilizar seus próprios princípios ideológicos para rechaçar a decisão da coletividade expressa na lei, fruto da política, com a qual não se confunde a jurisdição. Daqui se poderia extrair dura crítica a Dworkin.

Concluindo a visão de Wechsler, o que caracteriza as decisões judiciais, diferenciando-as dos atos praticados pelos outros dois poderes, é a necessidade de que sejam fundadas em princípios coerentes e constantes, e não em atos de política ou de mera vontade pessoal. Daí por que Wechsler discorda, com veemência, daqueles que sujeitam a interpretação da Constituição e das leis ao referido ‘teste de virtude’, haja vista que, se alguém toma decisões levando em conta o fato de que a parte envolvida é um sindicalista ou um contribuinte, um negro ou um separatista, uma empresa ou um comunista, terá que admitir que pessoas de outras crenças ou simpatias possam, diante dos mesmos fatos, julgar diferentemente, o que é o mais profundo problema do constitucionalismo, o chamado julgamento *ad hoc*.

O sistema da *Common Law*, que vigora nos países de origem anglo-saxônica, é caracterizado por privilegiar a força dos usos e costumes em sua tradição jurídica, formando complexas regras consuetudinárias e deixando a lei como vetor norteador de segundo plano, ao contrário do que se observa nos países que, como o Brasil, seguiram o legado

deixado pelo Direito Romano e que integram o sistema da *Civil Law*, ou Romano-Germânico.

Aquele sistema, que se orienta pelo direito consuetudinário, revela-se, por um lado, mais dinâmico na criação do Direito, já que se inspira, para tanto, primordialmente nas orientações emanadas das decisões concretas proferidas pelos Tribunais nos casos que se apresentam diariamente.

Neste sentido escreve Luís Kietzmann, verbis:

Historicamente, pode-se afirmar que o sistema da *common law* decorre da atividade prática dos tribunais de justiça na Inglaterra durante o século XIX, de modo que a experiência, consolidada nos reiterados julgamentos, é que se firmou como fonte elementar do Direito naquele país. Deste modo, por razões sociais e históricas, houve a formação de um sistema jurídico dinâmico, em que o ordenamento normativo decorre de uma imediata resposta dos julgadores à realidade social, deixando em segundo plano, portanto, o processo legislativo formal.³⁷

Esse caráter dinâmico pode ser atribuído ao fato de inexistir, desde logo, um repositório normativo pelo qual as questões devam ser apreciadas. Dessa forma, o direito material define-se empiricamente, na medida em que as questões são levadas à apreciação dos julgadores, que constroem a solução valendo-se de um método indutivo (partindo do particular para o geral), ao contrário do que se dá no sistema romano, em que a solução é engendrada a partir da norma geral em direção ao caso específico (método dedutivo).

Por outro lado, contudo, se não houver uma constante atenção por parte dos julgadores no que tange às especificidades dos casos que lhe são rotineiramente submetidos à apreciação, esse sistema pode acabar deixando de ser assim tão dinâmico, dado o risco de que não se faça a devida distinção (*distinguishing*) entre o precedente norteador e o caso que está sob julgamento. Afora isto, tal sistema, para que se mantenha dinâmico, deve também sempre estar aberto à possibilidade de superação (*overruling*) dos seus precedentes, sempre que estes passem a se mostrar inadequados face às mudanças pelas quais passa a sociedade.

37 KIETZMANN, Luís Felipe de Freitas. Da uniformização de jurisprudência no direito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1124, 30 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8701>>. Acesso em: 10 jun. 2010.

Aliás, a própria doutrina que embasa o Sistema Comum - denominada *stare decisis* (forma abreviada da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*³⁸ - ficar como foi decidido e não mover o que está em repouso) - reflete, por sua origem semântica, o mencionado risco de empedernimento do sistema jurídico.

Michael J. Gerhardt, no capítulo VI da obra *The Power of Precedent* (Oxford University Press, 2008), faz menção a chamados “súper precedentes”, entendidos estes como as decisões, judiciais ou não, que, por terem sido citadas com tanta frequência pelas Cortes e outras autoridades, acabaram se incorporando ao Direito e à cultura jurídica em geral, ainda que não previstas expressamente em lei ou em algum precedente específico. Exemplos de “súper precedentes”, dados por Gerhardt, são as práticas fundantes (como o judicial review, pelo Judiciário, e o poder de veto, pelo Presidente da República, das leis por ele reputadas inconstitucionais) e a doutrina sobre a fundação (incorporação).

Várias são, entretanto, as críticas que se fazem à vinculação que o *stare decisis* representa para o sistema constitucional.

Lawrence B. Solum³⁹ destaca, no cenário jurídico estadunidense, dois conjuntos de críticas que se apresentam no debate alusivo à constitucionalidade do *stare decisis*: o primeiro conjunto circunscreve-se à visão realista / instrumentalista que se pode ter do precedente; o segundo abarca a doutrina da Suprema Corte Norte-Americana segundo a qual esta teria poderes ilimitados para superar (overrule) a sua própria decisão anterior.

De acordo com o Realismo / Instrumentalismo⁴⁰ - o qual, sendo avesso a qualquer tipo de amarras, prega a resolução dos casos de forma casuística, ou seja, com base em argumentos de política / economia⁴¹ ou em ponderação de interesses -, o *stare decisis* seria uma forma de Positivismo (“legal formalism”), e por isso deveria ser rejeitado, eis que inimigo da Constituição viva (“living constitution”).

38 SEIGLER, Timothy John. *Understanding Original Intent and Stare Decisis: Two Methods of Interpreting the Establishment Clause*. *Educational Administration Quarterly* 2003; 39: 208. downloaded from: <http://eaq.sagepub.com> at CAPES on September 30, 2008. p. 224.

39 SOLUM, Lawrence B. *The Supreme Court in Bondage: Constitutional Stare Decisis, Legal Formalism, and the Future of Unenumerated Rights*. *Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series*. Research Paper n° 06-12, november 30, 2006. p. 155-160.

40 Livre tradução de Realism / Instrumentalism.

41 Poder-se-ia citar como exemplo de doutrina instrumentalista a “Análise Econômica do Direito”.

Já de acordo com a segunda corrente de críticas, o *stare decisis* é questionado diante da fragilidade de sua vinculação quando o tema seja de natureza constitucional. Assim, o precedente representaria nada mais que uma mera presunção de que o entendimento originalmente adotado é o correto, presunção esta que poderia ser afastada caso a Suprema Corte superasse o entendimento anterior. O precedente, dessa forma, vincularia apenas as instâncias inferiores, porém não a própria Suprema Corte, a qual somente estaria vinculada à Constituição e ao seu significado, de sorte que o precedente que contrariasse uma norma constitucional deveria ser desconsiderado.

Tais críticas, contudo, sofreram recente revés. De acordo com Thomas Healy⁴², uma Turma do Tribunal Federal de Apelação da 8ª Região dos Estados Unidos entendeu, no caso *Anastasoff v. United States* (julgamento realizado no ano de 2000, Relator o Juiz Richard S. Arnold), que a doutrina do *stare decisis* está tão incrustada no *common law* que os fundadores deste sequer poderiam conceber um poder judicial que não estivesse balizado por aquela doutrina. Assim, a Turma assentou ser contrária ao art. III da Constituição, que institui o Poder Judiciário, a prática forense de prolatar decisões que não venham a gerar efeitos vinculantes para o futuro, bem como a de deixar de publicar os fundamentos de suas decisões, pois tais práticas contornariam a exigência formulada pelos fundadores da Constituição no sentido de impor limites à discricionariedade judicial, de diferenciá-la da atividade legislativa e de inibir o abuso do poder conferido à magistratura federal.

Nos termos do voto-condutor, “when the Constitution vested the judicial Power of the United States in the federal courts, it necessarily limited them to a decision-making process in which precedent is binding”. O Relator entendeu, porém, que é até possível que os Tribunais superem alguns precedentes, desde que, ao fazê-lo, justifiquem publicamente tal superação mediante fundamentos que sejam convincentemente claros.

Thomas Healy afirma que este entendimento teve a virtude de trazer à tona uma discussão até então pouco agitada, tanto no meio acadêmico, quanto nos Tribunais, os quais, aliás, quase em sua totalidade, incorrem naquelas práticas condenadas pelo referido julgamento proferido no caso *Anastasoff v. United States*. Todavia, no mérito, o autor discorda deste posicionamento, colocando em dúvida o argumento, utilizado

42 HEALY, Thomas. *Stare Decisis as a constitutional requirement*. *West Virginia Law Review*. Morgantow. v. 104, 2001. p. 43-122.

neste julgamento, de que o *stare decisis* fora concebido originalmente pelos fundadores da Constituição e de que seja parte inarredável desta, servindo-lhe como mecanismo do sistema de checks and balances. Não nega que o *stare decisis* possa, teoricamente, até ser considerado uma exigência constitucional, mas afasta a inconstitucionalidade das decisões que não gerem efeitos vinculantes prospectivos⁴³, já que o *stare decisis* não pode ser visto como um fim em si mesmo, senão como meio para resguardar importantes valores no ordenamento jurídico.

Como se vê, a doutrina do precedente judicial, conquanto possa ser academicamente questionada como mecanismo absoluto que estrutura o sistema judiciário norte-americano e o diferencia do civil law, é, sem sobre de dúvida, um importantíssimo vetor voltado a preservar princípios como a estabilidade, a previsibilidade e a certeza. Tal como observa Lawrence B. Solum, a adoção dessa doutrina não significa renúncia, pelos juízes, ao seu dever de analisar criticamente as particularidades de cada caso, pois tal comportamento equivaleria a estabelecer-se uma “jurisprudência mecânica” (*mechanical jurisprudence*), segundo a qual os precedentes seriam dotados de um poder mágico para, por si sós, solucionar os casos sem a necessidade de que o juiz procedesse a uma análise crítica e procurasse dar a solução racionalmente correta que é exigida. A fundamentação racional que deve estar presente em qualquer julgado, bem como o forçoso cotejo que deve haver entre o precedente utilizado e a Constituição, são exigências inafastáveis do ponto de vista do devido processo legal, ainda que se adote um sistema no qual os órgãos judiciários devem prestar deferência (nunca absoluta) à doutrina do *stare decisis*.

H. P. Monaghan⁴⁴ afirma que, quando em uma sociedade, como a norte-americana, certas decisões judiciais lhe são centrais, a sua revisão / superação provavelmente implicará ameaça à legitimidade do próprio sistema de controle judicial (*judicial review*).

Não obstante o relevo com que é tratado o Direito Judicial nos EUA, também lá as fontes formais e primordiais do Direito são a Constituição,

43 O autor adverte que, mais importante do que garantir que uma decisão forme oficialmente um precedente - e assim tenha efeitos prospectivos -, é garantir que ela seja bem fundamentada e amparada na *rule of law*, o que preserva o ordenamento e poupa o tempo dos Tribunais na publicação de decisões que formam precedentes. Propõe, na p. 114, que só seja atribuído efeito de precedente às decisões que se enquadrem em pelo menos uma das treze tipologias elencadas (por exemplo, que reveja um entendimento da própria Corte ou que reforme uma decisão inferior já publicada).

44 Apud SIEGLER, op. cit, p. 224.

leis e tratados, ficando em terceiro lugar, no plano hierárquico, as “decisões judiciais”, que podem ser divididas em “meramente interpretativas” (*case Law interpreting enacted Law*) e “integrativas” (*common Law caselaw*).

Por fim, há pensadores, como Daniel Farber e Suzanna Sherry⁴⁵, que contestam qualquer tentativa de se unificar teorias ou de se criar uma “*foundational idea*” que se aplique a todo o Direito Constitucional. Tais autores sustentam que nenhuma uma grande teoria pode abarcar integralmente a história constitucional norte-americana e nem garantir segurança jurídica. Preferem, ao revés de se filiar a teorias jusfilosóficas, ater-se ao modo pelo qual a Constituição é concretamente implementada pelas autoridades estatais, no melhor estilo *pragmático*.

Todavia, a perspectiva de Neil MacCormick, como se verá mais adiante, no capítulo final deste trabalho, volta-se a fornecer caminhos tendentes a minimizar as incertezas que rondam a interpretação e o fenômeno decisório.

3 BREVE NOTA SOBRE A CONTRIBUIÇÃO KELSENIANA

Segundo Kelsen⁴⁶, se a ordem jurídica conferisse a qualquer pessoa competência para decidir uma questão jurídica, dificilmente se formaria uma decisão judicial que vinculasse as partes envolvidas. Por isso, a questão somente pode ser decidida pelo próprio tribunal competente ou por um tribunal superior.

Para Kelsen, no que tange à sindicabilidade dos atos legislativos, o grande inconveniente do sistema norte-americano de controle constitucionalidade é que este não está atribuído exclusivamente a uma Corte Constitucional, de modo que a revisão judicial da legislação só se torna possível em um processo subjetivo, ou seja, em um processo no qual a constitucionalidade da lei não é o seu objeto, senão apenas questão prejudicial.

Por isso, Kelsen entende que o controle exercido pelo Judiciário estadunidense é falho na tentativa de assegurar, de modo uniforme e concentrado, a constitucionalidade da legislação, ainda que o *stare decisis* possa contribuir na vinculação dos tribunais inferiores:

45 FARBER, Daniel A.; SHERRY, Suzanna. *Desperately seeking certainty: the misguided quest for constitutional foundations*. The University of Chicago Press, Ltd, 2002.

46 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 284.

De acordo com a Constituição dos Estados Unidos, a revisão judicial da legislação só é possível dentro de um processo cujo objetivo principal não seja estabelecer se uma lei é ou não constitucional. Essa questão pode surgir apenas incidentalmente, quando uma das partes sustentar que a aplicação de uma lei num caso concreto viola de modo ilegal os seus interesses porque a lei é inconstitucional. Assim, em princípio, apenas a violação de um interesse de uma parte pode colocar em movimento o procedimento de revisão judicial da legislação. O interesse na constitucionalidade da legislação, contudo, é um interesse público que não necessariamente coincide com o interesse privado das partes envolvidas; trata-se de um interesse público que merece ser protegido por um processo correspondente à sua condição especial.⁴⁷

Assim, Kelsen atribui o controle de constitucionalidade de forma exclusiva a um só tribunal, de modo que não caiba aos juízes singulares apreciar a constitucionalidade das leis, mas sim remeter tal apreciação ao Tribunal Constitucional (consoante a reforma de 1929⁴⁸), a quem caberá pronunciar-se com eficácia erga omnes e efeito vinculante.

Segundo Luís Roberto Barroso, este modelo se expandiu notavelmente após a 2ª Guerra Mundial, com a instalação de tribunais constitucionais em inúmeros países da Europa continental.⁴⁹

Porém, Kelsen provoca celeuma quando afirma:

47 KELSEN, Hans. O controle judicial de constitucionalidade: um estudo comparativo das Constituições austríaca e americana. In: *Jurisdição Constitucional*. Tradução do alemão de Alexandre Krug, Tradução do italiano de Eduard Brandão, Tradução do Francês de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 311-312.

48 Esclarece Binenbojm que “o sistema austríaco, nos seus primórdios, era inteiramente desvinculado dos casos concretos, uma vez que os juízes e tribunais não apenas não tinham competência para decidir, incidentalmente, as questões de constitucionalidade surgidas nos processos de sua alçada, como também não estavam legitimados a submetê-las à Corte Constitucional para que esta exercesse o controle que lhes era vedado.” No entanto, “Com a reforma constitucional de 1929, o art. 140 da Constituição austríaca é alterado para ampliar o elenco de legitimados para a deflagração do controle perante a Corte Constitucional, nele incluindo os tribunais de segunda instância (a Corte Suprema para causas civis e penais e a Corte Suprema para causas administrativas). Tais órgãos jurisdicionais, no entanto, não podem arguir a questão de constitucionalidade mediante ação direta – como os outros legitimados – mas apenas em via incidental, isto é, no curso de um processo que se esteja desenvolvendo e para cuja decisão seja relevante o deslinde da controvérsia sobre a constitucionalidade da lei federal ou estadual.” (BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*: legitimidade democrática e instrumento de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 38).

49 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 44.

O fato de a ordem jurídica conferir força de caso julgado a uma decisão judicial de última instância significa que está em vigor não só uma norma geral que predetermina o conteúdo da decisão judicial, mas também uma norma geral segundo a qual o tribunal pode, ele próprio, determinar o conteúdo da norma individual que há de produzir. Estas duas normas formam uma unidade. Tanto assim que o tribunal de última instância tem poder para criar, quer uma norma jurídica individual cujo conteúdo se encontre predeterminado numa norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, quer uma norma jurídica individual cujo conteúdo não se ache deste jeito predeterminado mas que vai ser fixado pelo próprio tribunal de última instância.⁵⁰

E, em arremate, aduz que “Uma decisão judicial não pode – enquanto for válida – ser contrária ao Direito (legal)”⁵¹, porquanto:

Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como “inconstitucional” não só em relação a um caso concreto, mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito.⁵²

Com base nisso, Kelsen reconhece que é consideravelmente limitada a possibilidade de predeterminar, através de normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, as normas individuais que hão de ser produzidas pelos tribunais. Porém, na sua visão, este fato não justifica a concepção segundo a qual, antes da decisão judicial, não haveria Direito algum, a ideia de que todo Direito é Direito dos tribunais, de que não haveria sequer normas jurídicas gerais, mas apenas normas jurídicas individuais.⁵³

Como se vê, apesar de Kelsen negar que as normas jurídicas individuais possam existir independentemente das normas jurídicas gerais, ele não consegue descrever, de modo convincente, o mecanismo pelo qual as normas jurídicas gerais logram, de modo racional,

50 KELSEN, , op. cit., p. 285.

51 Ibid., p. 286.

52 Ibid., p. 290.

53 Ibid., p. 297.

predeterminar o conteúdo das primeiras, sem que o julgador incorra em decisionismos. Aliás, para Kelsen, as decisões são atos de vontade, e não inferências ou atos de cognição, o que o levou a negar qualquer tipo de lógica das normas ou do pensamento normativo.

A doutrina neoconstitucional se levanta contra a afirmação de que “o conteúdo da norma jurídica individual está predeterminado pela norma jurídica geral”, pois, segundo o neoconstitucionalismo, a lei geral e abstrata não tem o poder de determinar, de antemão, o conteúdo da norma que regerá o caso concreto, especialmente no que tange às peculiaridades que o podem excepcionar do âmbito de aplicação daquela previsão geral.

Insurge-se, outrossim, contra as afirmações de que o “o tribunal pode criar uma norma individual cujo conteúdo não esteja predeterminado pela norma geral”, pois o reconhecimento deste decisionismo implicaria afronta ao devido processo legal e à segurança jurídica.

Para o Neoconstitucionalismo, uma das missões da Teoria da Argumentação Jurídica (TAJ) consiste em analisar a racionalidade que inspira o raciocínio jurídico, a racionalidade que deve presidir o trânsito desde uma disposição legal à interpretação resultante em um caso concreto por parte de um juiz. Este trânsito é denominado por Peczenik como “salto” ou “transformação”, já que a passagem de um enunciado normativo para a sua interpretação / aplicação ao caso concreto não tem um caráter abertamente lógico, já que não é uma simples consequência lógico-dedutiva. Quanto mais difícil for um caso, maior será este “salto” ou “transformação”. Há quem sustente que todos os casos são difíceis, porque todos os casos são, pelo menos teoricamente, capazes de provocar controvérsia. Todos os casos são problematizáveis teoricamente. No entanto, a realidade é que na prática do Direito todos temos a sensação de que há casos que provocam discrepâncias sérias, enquanto que outros se resolvem de forma rotineira, como se não houvesse a menor sombra de dúvida acerca de como se teria que decidir. Do que foi dito, caberia deduzir que teoricamente todos os casos são difíceis, mas na prática se deve distinguir entre casos fáceis e casos difíceis. Em outras palavras, a distinção entre casos fáceis e casos difíceis se mantém em um nível pragmático.

As modernas teorias da argumentação jurídica pretendem reforçar o papel da razão em sentido forte no campo da argumentação jurídica. A TAJ atual é uma aposta na racionalidade no discurso jurídico frente

às correntes irracionistas. As circunstâncias que favoreceram o auge da TAJ moderna são muitas, entre as quais o majoritarismo cínico, o libertarismo inadequado, o relativismo ético, o pseudo-freudiano, o dedutivismo inapropriado, o determinismo ideológico e o cientificismo.

A proposição de MacCormick⁵⁴ finca suas raízes na realidade das decisões judiciais, para construir a partir de sua análise, uma teoria da argumentação. Certamente são muitos os traços que singularizam a teoria *standard* da argumentação jurídica em relação às antigas teorias da argumentação jurídica às quais já me referi. No entanto, caberia insistir em dois aspectos fundamentais nos quais a teoria atual pretende superar as proposições prévias a fim de reforçar a racionalidade da argumentação jurídica. O primeiro aspecto relevante é constituído pela assunção por parte da teoria *standard* da distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação. O segundo elemento a ressaltar vem aqui representado pela delimitação da justificação interna e a justificação externa.

O realismo jurídico baseou grande parte de sua análise do Direito na concepção do raciocínio judicial como um processo psicológico. A argumentação realista chegou a essa concepção a partir de uma desvalorização da capacidade justificadora do sistema jurídico, depreciação baseada em uma atitude profundamente contrária à idéia de sistema jurídico do positivismo. A idéia de sistema jurídico pressupõe a existência de um conjunto de normas vinculadas entre si por algum tipo de relação, especialmente por relações lógicas.

A distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação resgata, historicamente, aquela outra contraposição entre *inventio* e *iudicium* que oferecera Cícero. Como vimos no contexto da descoberta aparecem as motivações de ordem psicológica ou sociológica que condicionaram um conhecimento científico ou, em nosso caso, uma determinada resolução judicial ou argumentação jurídica. Partindo do contexto de justificação se prescinde do processo mental que conduziu à decisão. Em outras palavras, no contexto da descoberta encontramos *causas*, enquanto que no contexto de justificação encontramos *razões*.

Portanto, a questão não é como se chega a uma decisão jurídica, mas apenas se essa decisão é justificável juridicamente.

54 Com base em sua principal obra: MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hübner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MacCormick faz distinção entre uma “justificação de primeira ordem” e uma “justificação de segunda ordem” (*second order justification*). A justificação de primeira ordem reproduz a interna e a de segunda ordem a externa. A justificação externa pretende cobrir a lacuna de racionalidade que se verifica nos “saltos” ou “transformações”. Por isso, “o próprio campo da interpretação é a justificação externa”. O critério da dificuldade dos casos na realidade se refere ao problema da aplicação da lógica ao Direito e a seus limites. O critério do caráter externo das premissas evoca o problema dos limites entre Direito e moral e a questão da discricção judicial. Vejamos estes problemas separadamente.

Segundo este critério, é justificação interna a justificação lógico-dedutiva de um raciocínio jurídico e é justificação externa a parte do raciocínio jurídico que não apresenta caráter lógico-dedutivo. O problema básico se origina no fato de que a lógica trata com proposições, isto é, orações às quais cabe predicar verdade ou falsidade. No entanto, as normas não são verdadeiras nem falsas. A norma expressa mediante o enunciado: “Abra a porta!” não é verdadeira nem falsa. Podemos dizer dela que é *eficaz* se se cumpre, *válida* se a emite uma autoridade competente mediante procedimento apropriado, ou *justa* se é moralmente correta. Consequentemente, a lógica, vinculada aos valores de verdade ou falsidade, não poderia ser aplicada às normas.

A lógica, ciência formal por excelência, não pode pretender abarcar a totalidade dos problemas que estuda a filosofia jurídica, pela razão trivial de que só nos pode oferecer respostas de caráter formal e não de caráter substantivo. Isto significa que as questões substantivas requerem algo mais do que o mero recurso aos métodos da lógica. A lógica é uma ferramenta útil, mas insuficiente. Isto não diz nada contra essa disciplina, mas somente confirma seu caráter formal. Se se olhar para o passado, sua importância foi notavelmente incrementada com o auge da filosofia analítica; se se olhar para o futuro, sua importância será crescente com o desenvolvimento de sistemas expertos. Neste sentido, a aversão para com a lógica jurídica é injustificada, como também o seria a pretensão de reduzir a questões puramente lógico-formais todas aquelas que ocupam a teoria da interpretação.

4 O APPROACH ARGUMENTATIVO DE NEIL MACCORMICK

O professor Donald Neil MacCormick ocupa a cátedra de filosofia do Direito em Edimburgo (Escócia) e é um seguidor do legado intelectual de H.L.A. Pertence à cultura jurídica da *common law*, é seguidor de Hart

e da filosofia de Hume. Parte das decisões dos tribunais para induzir os princípios gerais de sua teoria.

O autor escocês destaca quatro grandes problemas que concernem a uma justificação meramente interna, dois deles se situam na premissa normativa e os outros dois na premissa fática. Reitero esta questão para introduzir os critérios de resolução que propõe e para destacar alguma particularidade que adquirem estes problemas na cultura jurídica anglo-americana. Os problemas da premissa normativa são os problemas de relevância e interpretação. Os problemas da premissa fática são de prova e de qualificação dos fatos.

MacCormick, para dar conta dos problemas interpretativos, com exclusão das questões de fato, propõe como critérios gerais de resolução uma exigência de racionalidade geral, que é a coerência, um princípio da tradição utilitarista, que é o consequencialismo, e, finalmente, um princípio fundamental da razão prática kantiana, que é o princípio da universalidade.

Quando passa a tratar do valor-verdade, MacCormick refuta a visão kelseniana de que, sendo as normas atos de vontade, estas não poderiam servir de premissas para um raciocínio lógico em qualquer sentido forte ou estrito. E a refuta argumentando que as formas assertivas e descritivas de vocalizar algo, ao contrário do que se dá com as formas imperativas de vocalização, têm, sim, valor-verdade, podendo, portanto, ser objeto de juízos de verdade ou falsidade. Há distinção entre os atos que são praticados ou que ocorrem em determinado momento – que não podem ser taxados de verdadeiros ou falsos – e as afirmações que se fazem sobre os estados de coisas que resultam desses atos e que perduram por algum tempo, já que essas afirmações podem ser verdadeiras ou não, tal como o marcador de combustível que não retrata o verdadeiro estágio em que se encontra o nível da gasolina, por exemplo.

Da mesma forma repele a “teoria da verdade-correspondência”, a qual chama de ingênua por estabelecer que somente é possível atribuir-se valor-verdade a elementos que possuam algum tipo de correspondência exata a um estado de coisas encontrável no mundo fenomenológico. MacCormick socorre-se, para tanto, da noção de “fatos institucionais”, os quais são *“aqueles que dependem não apenas de certos eventos ou ocorrências físicas que supostamente devem ter ocorrido, mas também de uma interpretação desses (e/ou de outros) eventos ou ocorrências em termos de algum conjunto*

*estável de normas (tanto institucionais ou convencionais) de conduta ou de discurso*⁵⁵.

Assim, a teoria dos fatos institucionais, embora condizente com a noção de que as normas jurídicas não possuem valor-verdade, possibilita que se atribua valor-verdade às afirmações descritivo-interpretativas do Direito. E, na transformação de fatos brutos em fatos institucionais, o estabelecimento de uma determinada proposição jurídica no processo será tão mais verdadeira quanto mais coincidir efetivamente com aquilo que o mundo real apresenta, de sorte que a verdade jurídica (convencional por excelência, já que é verdadeira para os fins de um processo judicial) possa se aproximar de uma verdade para todos os propósitos.⁵⁶

MacCormick esclarece que a argumentação jurídica não fornece toda a informação requerida para a justificação de pretensões ou decisões judiciais, mas apenas utiliza um processo dedutivo a partir de premissas, de modo que, sendo o raciocínio jurídico uma modalidade da lógica predicativa ordinária, tanto as premissas, quanto as conclusões dela extraídas, devem ser justificadas por argumentos práticos ou retóricos, conforme se exija, em cada caso, uma argumentação prática (que exige virtudes como sabedoria, humanidade e bom-senso), ou uma argumentação dedutiva.

Embora MacCormick não seja um formalista, ele busca encontrar um método que proveja segurança à tomada de decisão judicial, um critério racional que demonstre, a partir da interpretação argumentativa do texto escrito, ter o juiz prolatado a melhor decisão para o caso concreto, sem que incida, com isso, no chamado pragmatismo jurídico.

Ensina Alfonso García Figueroa⁵⁷ que o pensamento de MacCormick se insere em um universo de ideias que surge em 1978, ano de publicação das duas obras capitais da teoria da argumentação jurídica europeia continental e anglo-americana, respectivamente: *Teoría de La argumentación jurídica*, de Robert Alexy, e *Legal Reasoning and Legal Theory*, de Neil MacCormick. Consoante o referenciado autor espanhol, ambas as obras superaram todo um corpo de teorias precursoras dos anos cinquenta e influíram poderosamente sobre os trabalhos posteriores

55 MAKCORMIC, op. cit., p. 87.

56 Ibid., p. 96.

57 FIGUEROA, Alfonso García. Uma Primeira Aproximação da Teoria da Argumentação Jurídica. In: *Argumentación en el Derecho*. 2. ed. Peru: Paletta, 2005. p. 49-101.

de autores como Aarnio, Peczenik e Atienza. Estas teorias insistiram sobre a insuficiência que representa tanto uma concepção puramente formalista da argumentação jurídica, quanto uma concepção realista que reduz a aplicação do Direito a simples expressões de emoções.

A teoria da argumentação tenta situar-se em um ponto médio que parte da possibilidade de uma análise racional dos processos argumentativos, mas também reconhece as limitações que esta análise apresenta no mundo do Direito. Em todo caso, parece inquestionável que a justificação das decisões jurídicas, sua racionalidade, representa uma peça chave de todo discurso prático.

Mas o próprio MacCormick confessa que reviu alguns aspectos do pensamento que orientara a sua obra “Argumentação Jurídica e Teoria do Direito”, escrita em 1978, sobretudo por agora estar mais afastado do positivismo apresentado por Herbert Hart e do ceticismo moral ou não-cognitivismo derivado de David Hume. A argumentação tem caráter *persuasivo*, e não *demonstrativo*, o que revela uma verdadeira contribuição à “Nova Retórica” de Chaim Perelman, devendo-se entender por retórica “*o estudo dos bons e maus argumentos*”⁵⁸.

E a revisão de seu pensamento operou-se na obra *Retórica e o Estado de Direito* (a edição original em língua inglesa é de 1995), que serve de fio condutor ao presente trabalho.

O capítulo I desta sua principal obra⁵⁹ é iniciado com uma citação de parte da argumentação utilizada pelo Juiz Lord Nicholls no chamado “Caso dos Suspeitos de Terrorismo”, para que se traga à baila a importância dos argumentos jurídicos na discussão, por exemplo, sobre até que ponto o Estado de Direito deve ser mantido diante dos perigos contemporâneos do terrorismo.

A “Teoria Institucional do Direito” é a diretriz que norteia a visão pós-positivista pressuposta na obra de MacCormick, baseada na ideia de ordem normativa institucional, que tenta “*garantir a existência de julgamentos imparciais e respeitados em casos que envolvam disputa ou controvérsia acerca do significado de uma norma em um dado contexto*”

58 MACKORMICK, , op. cit., p. 7.

59 MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hübner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

*prático, ou que envolvam sua aplicação justa em um determinado caso*⁶⁰. Os critérios para tanto exigidos são a definição de: quais indivíduos, com quais qualificações, são competentes para agir como julgadores; quais as circunstâncias que os autorizam a exercer essa competência; e quais as formalidades de tipo processual que devem ser observadas para dar início ao processo de julgamento, para levá-lo adiante isento de quaisquer vícios e para chegar a uma conclusão na forma de decisão vinculante em relação àqueles a quem é endereçada.

Com a formação dessa versão institucional de ordem normativa, dois problemas surgem: o problema da *identidade* e o da *mudança*. O primeiro diz respeito à possibilidade de determinar, em qualquer momento, se uma norma particular ou disposição normativa é relevante e vinculante para os órgãos judicantes, para o que Hart sugere as “regras de reconhecimento” como critério de distinção das normas reconhecidas como de aplicação obrigatória. Já o problema da *mudança* surge da necessidade sentida pelos seres humanos de ajustar suas expectativas a um ambiente natural, tecnológico e social em mudança, o que exige a definição de quais indivíduos, com quais qualificações, são competentes para atuar de modo a alterar as normas em vigor, bem como quais as circunstâncias que os autorizam a exercer essa competência e quais as formalidades de tipo processual que devem ser observadas para dar início ao processo de criação de normas, para levá-lo adiante isento de quaisquer vícios e para chegar a uma conclusão.

Já no capítulo II da sua principal obra, que, como visto acima, será explorada ao longo do presente ensaio, MacCormick desenvolve a Retórica como a disciplina por meio da qual se deve tentar uma reconciliação convincente ou um reequilíbrio entre os dois lugares-comuns (caráter argumentativo do Direito e o *Rule of the Law*) em aparente contradição.

Como já se disse anteriormente, MacCormick, revendo significativamente seus posicionamentos anteriores, aproxima-se de Dworkin, principalmente porque ambos refutam o caráter demonstrativo dos argumentos jurídicos, em que pese entenderem que isso não seja empecilho para que tais argumentos possam ser considerados sólidos, em um contexto no qual um argumento sólido consiga genuinamente derrotar outro. Além disso, ambos encontram no Direito um aspecto moral, “já que é moralmente relevante que as pessoas tenham um corpo de regras comuns disponível para propósitos tais como regular a alocação

60 Ibid., p. 4.

de riquezas entre as pessoas e lidar com problemas de coordenação complexos (como é o tráfico (sic) de veículos automotores nas estradas e ruas atuais)” (p. 18).

A retórica não é uma ciência exata, mas sim uma habilidade prática, que depende, entretanto, de conhecimento e aprendizado, já que o Direito é uma “profissão erudita” (p. 20). E, como um “freio fundamental” (p. 23) para o processo de reconciliação dos dois lugares-comuns, MacCormick, seguindo a tese sugerida por Alexy, concebe a argumentação jurídica como um tipo especial do raciocínio prático geral, de modo que aquela, assim como este, precisa, por conseguinte, conformar-se às condições de racionalidade e razoabilidade que se aplicam a todas as espécies de razão prática, de modo que não haja asserções desprovidas de razões. Esta é, portanto, uma vertente limitada do caráter argumentativo do Direito, pois confinada à consideração daquilo que é racionalmente defensável.

Por isso, do ponto de vista da razão prática, a persuasão imediata e concreta de um argumento não é necessariamente a mesma coisa que sua efetiva adequação, visto que se exige a persuasão de uma instância decisória racional (“auditorio universal”, na expressão de Chaim Perelman), e não apenas de um júri em particular. De outro lado, MacCormick também aponta para a significativa contribuição de Theodor Viehweg, que, inspirando-se em Aristóteles, prestigiou a importância dos *topoi*, ou lugares-comuns, nos argumentos retóricos, que funcionam como ponto de partida para a argumentação.

O caráter dinâmico do Estado de Direito exige que o seu ideal não seja tomado isoladamente enquanto mera promessa de certeza e segurança jurídicas, mas que seja também ilustrado pelo direito de defesa e pela importância de “deixar tudo aquilo que é contestável ser contestado” (p. 42). Esse caráter dinâmico não impede, porém, que a argumentação jurídica seja em algum sentido “silogística”, ainda que isso possa causar arrepios a autores realistas como Dewey, Holmes Jr. e Llewellyn.

Daí Thomas Bustamante delinear, com precisão, os traços distintivos entre a postura positivista em geral e a de MacCormick no que tange ao papel da certeza jurídica:

Unlike the positivists who place legal certainty as the only value secured by the Rule of the Law, MacCormick believes that the proclaimed “argumentative character of law” is something to be

celebrated in democratic societies, for it is deeply entrenched in the ideal of the Rule of Law. The recognition of the Rule of Law as a political ideal implies the recognition of law's domain as the "locus of argumentation". Although the principle of the Rule of Law is oriented towards the value of legal certainty, this value is not only one. Rationality and justice also figure among the basic values which form the basic ideal of the Rule of Law.⁶¹

Com efeito, qualquer petição jurídica é uma tentativa de construir um silogismo jurídico, quer em sistemas de *civil law*, quer na *common law*, uma vez que sempre se parte, por coerência, de uma premissa maior e universal, limitando-se, assim, o horizonte de uso de argumentos em princípio não-dedutivos (retóricos). No *common law*, as premissas para o silogismo são mais fracas e provisórias do que as argumentações formuladas a partir de leis escritas, o que não impede, porém, que os argumentos utilizados a partir de fontes não-codificadas busquem estar amparados em silogismos derivados de premissas, porquanto "a retórica mais eficiente será provavelmente aquela que se fundamenta em uma clara compreensão das implicações lógicas desse processo" (p. 57).

Concluindo-se, qualquer pretensão jurídica (acusação ou ação civil) pressupõe alguma concepção de "universalizabilidade" (p. 63).

Além de defender a "universalizabilidade", MacCormick também exalta o silogismo, pontuando que este se aplica caso a caso, e não de modo a pressupor que o Direito seja um sistema axiomático, ou governado por regras estritas, como no xadrez⁶², no qual todas as possibilidades estariam predefinidas necessariamente nas regras. As fontes de Direito irão quase sempre conter alguns elementos explicitamente contraditórios, cabendo às decisões judiciais tentar resolver tais contradições à medida que elas surgem, e não pressupor que elas não existam ou que sejam meramente aparentes. Neste sentido o recurso aos silogismos é uma parte necessária da retórica da justificação do Direito, já que o respeito ao princípio do Estado de Direito exige observância às regras do Direito.

61 BUSTAMANTE, Thomas. Comment on Petroski – On MacCormick's Post-Positivism. In: *German Law Journal: Review of Developments in German, European and International Jurisprudence*. v. 12, n. 02, p. 713, 2011.

62 ATRIA, Fernando diferencia "instituições autônomas", que constituem certas atividades, como os jogos, e se aplicam necessariamente de forma absoluta, e "instituições regulatórias", tais como o Direito, que, sendo intrinsecamente excepcionáveis (defeasible), regulam atividades que, de outro modo, ficariam sem sentido. Nota de rodapé da p. 70.

Em defesa do deducionismo, MacCormick repele as objeções que lhe são aventadas. A primeira delas é a objeção kelseniana, segundo a qual as decisões são atos de vontade, e não inferências ou atos de cognição, o que levou Kelsen a negar qualquer tipo de lógica das normas ou do pensamento normativo que pudesse assegurar justiça no caso concreto.

MacCormick sustenta que, embora não haja relação de dedução ou inferência entre a decisão e a razão justificadora, esta razão deve derivar argumentativamente de premissas apropriadas, em homenagem à concepção de Estado de Direito.

No capítulo 5 (“Universais e Particulares”), o autor escocês deixa claro que, conquanto defenda enfaticamente a universalização como algo essencial à justificação no campo da argumentação prática (da qual a argumentação jurídica é uma espécie), não nega que as razões particulares devam sempre existir para decisões particulares, sem que se sobrevalorize, contudo, o caráter particularista do julgamento. A jurisprudência não necessita ser mecânica.

As razões têm que ser universalizáveis, de modo a que correspondam a uma resposta racional em um sentido objetivo. Isso não significa, porém, que tais razões tenham caráter absoluto, até porque sempre estarão sujeitas a exceções e qualificações até então não cogitadas. Mas, mesmo os casos singularíssimos, tais como aquele das gêmeas siamesas Jodie e Mary (p. 119), que dificilmente (para não dizer nunca) se repetirão, devem ser vistos pelo Direito como um caso típico, como uma situação afirmada de modo universal, pois, se não for possível, para outros casos idênticos, afirmar a razão que justificou a resolução daquele caso único, também essa razão não poderia ter sido afirmada neste caso. Características relevantes que aparecem em outro caso podem alterar a solução dada, mas a exceção é válida apenas se tiver também a mesma qualidade universal.

Distinção relevante que se faz é entre “universalização” e “generalização”. Quando uma universalidade excepcional ocorre, ela dá lugar a generalizações descritivas sobre o Direito, do tipo “nas disputas sobre guarda, a custódia é quase sempre entregue à mãe” (p. 124). Entretanto, essas generalizações são muito pouco úteis, pois, ao contrário da universalidade, não podem ser utilizadas como uma condição de justificação na argumentação. Assim, “universal” contrasta com “particular”, pois são propriedades lógicas, enquanto que “geral” contrasta com “particular”, por serem propriedades quantitativas

(admitem diferenças de grau). Conclui-se que não há justificação sem universalização, já que fatos particulares, para que possam ser razões justificadoras, têm que ser universalizados, ainda que a proposição universal respectiva seja reconhecidamente excepcionável (*defeasible*).

Retomando o exemplo dado no capítulo 4, relativo ao caso *R. v Dudley*, evocado para ilustrar o ditado antigo segundo o qual “casos difíceis produzem um mau Direito”, que retrata a exortação no sentido de que os juízes se abstivessem de “distorcer” o Direito em face de situações individuais excepcionalmente duras, MacCormick adverte que a única forma plausível de estabelecer uma exceção adequada à tipificação do homicídio seria uma sentença judicial, ou, segundo o termo utilizado por Coleridge, a declaração de um princípio jurídico que autorizasse as pessoas cujas vidas estivessem em perigo imediato a julgarem se deveriam matar outra vítima inocente desse mesmo perigo de modo a salvarem suas vidas. O exemplo dado é aquele em que as pessoas que mataram o membro mais fraco de um grupo de náufragos para beber seu sangue, na suposição equivocada de que não seriam resgatadas, tiveram posteriormente sua pena de morte por homicídio convertida em prisão perpétua, ficando presas por apenas uns seis meses depois de seu julgamento. Neste caso, para abrandar o rigor da punição e, ao mesmo tempo, não distorcer o Direito e também não *criar um precedente que pudesse no futuro ser usado por certas pessoas acusadas de homicídio*, o Juiz Presidente da Inglaterra entendeu por se valer de benesses como o indulto e a graça.

O que assusta nesse princípio universalista é a possibilidade lógica de que ele se transforme em norma capaz de governar casos futuros, pois a adoção daquele princípio criaria uma regra segundo a qual a defesa daqueles acusados pudesse também ser admitida em qualquer outro caso similar de extrema necessidade. De forma semelhante, no caso das gêmeas siamesas, a operação para separá-las não poderia ser justificada sem uma regra segundo a qual tal operação fosse possível sempre que circunstâncias raras se colocassem justificando uma cirurgia capaz de salvar a vida de uma irmã à custa da vida da outra.

O Capítulo 8 (“Usando Precedentes”) foca-se na importância dos precedentes como razão (1) para promover um tratamento igual a casos iguais e um desigual a casos desiguais, bem como (2) para assegurar um sistema jurídico imparcial que faz a mesma justiça a todos, independentemente de quem forem as partes do caso e de quem o esteja julgando. Uma terceira razão para aderir-se a precedentes seria

a economia de esforço por parte de juízes e de advogados, os quais não teriam de realizar novo esforço argumentativo sobre as mesmas circunstâncias, visto que tal esforço é considerado como já realizado anteriormente, a menos que surjam elementos especiais a demandarem reconsideração.

O direito jurisprudencial (*case Law*) – sistema no qual não apenas o Legislativo, mas também o Judiciário produz o Direito –, mesmo nos países do *common law*, não é em regra puro, pelo menos atualmente, pois acaba tomando a forma de interpretações explicativas da lei (glosas ou comentários). E, mesmo nos sistemas em que o precedente é vinculante, há partes na decisão que não são vinculantes, mas apenas persuasivas. Estas, conhecidas como *obiter dicta*, são “opiniões que vão além dos pontos necessários para a decisão do caso particular” (p. 193). Já o elemento forte de um precedente é chamado *ratio decidendi*, definido por MacCormick (*Legal Reasoning*, p. 215) como “*uma justificação formal explícita ou implicitamente formulada por um juiz, e suficiente para decidir uma questão jurídica suscitada pelos argumentos das partes, questão sobre qual uma resolução era necessária para a justificação da decisão no caso*” (p. 203).

Para uma teoria mais formalista do precedente, este somente pode ser afastado se se mostrar que a nova decisão é mais coerente com a linha central do desenvolvimento jurídico, que seria a mais justa do que a decisão do precedente ou que produziria consequências preferíveis àquelas que seriam geradas pela adoção do precedente.

E, para mitigar a abertura excessiva da justificação jurídica, MacCormick propõe o atrelamento da justificação às regras jurídicas como forma de reduzir o campo de argumentação entre as partes e da deliberação judicial. Assim, filia-se a Kant, ao propor a sujeição a um sistema jurídico comum a todos para, só assim, poder universalizar racionalmente máximas de ação. E, da mesma forma, filia-se a Alexy, ao buscar combater a indeterminação onipresente da razão prática geral através da busca de modos mais determinados de argumentação interpessoal sobre questões práticas, como o recurso ao Direito e às preocupações específicas da argumentação jurídica. Assim, demonstra-se que a exigência de universalizabilidade tem o condão de conectar a justificação jurídica com a justificação em geral.

A lei não é a *ratio*. Esta é o que a Corte afirma como interpretação correta da lei, ou seja, é a solução do juiz, e não qualquer regra da qual sua conclusão dependa. Na aplicação da *ratio*, o processo de justificação

deve ser visto como implicação, e não como afirmação, da proposição jurídica universal, o que denota que, se determinados fatos ocorrem, então determinada decisão deve ser tomada, levando-se em consideração, para tanto, apenas os fatos considerados juridicamente relevantes, e não todos os fatos que subjazem à *quaestio juris*. E são assim considerados relevantes aqueles fatos que o juiz representa como fatos em razão dos quais ele chega à sua decisão, de modo que o que é universalizado é a máxima da decisão tomada pelo juiz, e não apenas a máxima que poderia emergir dos fatos comprovados. Os fatos, portanto, nem sempre são tomados pelo juiz tais como são, mas sim “*vistos pelo prisma de certas descrições fáticas padronizadas*” (p. 210), segundo o que se denominou “método de Goodhart”, o qual é um corolário importante da teoria de MacCormick, segundo ele mesmo admite. Isso significa que outros fatos, não levados em conta pelo juiz, teriam o condão de modificar a solução proposta ou, até mesmo, de redesenhar a *ratio* anteriormente estabelecida, já que se trata de “*regras dotadas de exceções incapazes de serem previstas de forma exaustiva*”⁶³, conforme citação que MacCormick faz de Herbert Hart.

A primazia de princípios e valores sobre regras expressas é uma questão de julgamento, de sorte que algum grau de discricionariedade está envolvido na subjetividade judicial, embora MacCormick defenda, para arrepio dos realistas e dos particularistas, que há fatores objetivos envolvidos na tomada da decisão judicial, ainda que esta seja “determinada”, e não “deduzida”.

No embate entre particularistas e universalistas, MacCormick fica ao lado destes últimos, porque há de haver uma razão, pelo menos *prima facie*, que sirva de norte às expectativas que as pessoas possuem sobre determinada disposição jurídica ou contratual, como no exemplo da promessa, dado na pág. 323. Para os particularistas, como Jonathan Dancy, o fato de alguém ter feito uma promessa não é sempre uma razão para executar o ato prometido, porquanto, em sua visão, não haveria nenhuma regra universal segundo a qual promessas devem ser cumpridas, de sorte que uma promessa particular somente poderia ser uma razão para executar o ato prometido se certas condições habilitadoras estivessem presentes e se algumas desabilitadoras estivessem ausentes.

Não obstante, para os universalistas, como MacCormick, uma promessa particular é uma razão para executar o ato prometido, até porque não é possível que se enumerem exaustivamente todas as

63 MacCormick, *Ibid.*, p. 328.

exceções possíveis para cada regra ou cada promessa. Amparando-se em Hart, afirma-se que uma regra que termina com “*a menos que...*” é, ainda, uma regra (ver nota de rodapé da p. 327). O que é universal e excepcionável (*defeasible*) não deixa, por causa da sua excepcionabilidade, de ser universal.

No mesmo sentido se posiciona Thomas Bustamante ao defender que:

O requisito da universalidade das normas jurídicas não é, em absoluto, incompatível com a superabilidade das regras. Quando se introduz uma exceção em uma norma jurídica, esta exceção deverá constituir a hipótese de incidência de uma nova norma introduzida pelo julgador no caso concreto. Essa norma deverá ser enunciada em termos universais e aplicada a todos os casos semelhantes, a menos que haja fortes razões em sentido contrário. [...] Se uma exceção a uma determinada regra jurídica não puder ser universalmente estabelecida, essa exceção não poderá ser justificada de forma correta.⁶⁴

Verifica-se, a partir dessa noção, que a razão inspiradora de determinado precedente, seja no *Common Law*, seja no sistema codificado, não perde sua densidade argumentativa e seu caráter de universalidade pelo simples fato de ser superada por uma exceção vindoura, haja vista aquela *ratio* continuará sendo válida nos casos em que tal exceção não se faça presente. E o mesmo deve ser dito da própria exceção que impôs a superabilidade daquela razão universal, já que tal exceção também deverá, ela mesma, ser universalmente estabelecida, sem prejuízo do fato de que venha a aplicar-se apenas a algumas situações específicas, ditas excepcionais, por serem capazes de superar / excepcionar uma razão universal. Com essa abordagem, afasta-se em definitivo qualquer tipo de particularismo.

Ao tratar “sobre questões de opinião”, MacCormick rejeita a visão cognitivista, no seu entender ingênua, acerca da qualidade intrinsecamente melhor ou pior dos argumentos. Entende, ao revés, que a filiação a uma corrente ou outra na tomada de decisão em casos difíceis é uma mera questão de opinião ou de julgamento, não uma questão do que o julgador vê simplesmente porque tal decisão está ou não diante dos

64 BUSTAMANTE, Thomas. Conflitos Normativos e Decisões Contra Legem: Uma Nota sobre a Superabilidade das Regras Jurídicas. In: AS NOVAS FACES DO ATIVISMO JUDICIAL. *JusPODIVM*, 2011. p. 120-121.

seus olhos. Isso é assim porque o Direito não é a única disciplina ou arte prática na qual os especialistas mais altamente qualificados podem ter diferentes opiniões sobre os casos difíceis, pois o mesmo se observa na medicina, na engenharia, na contabilidade etc.

O desacordo sobre um caso concreto, longe de ser abrangente e universal de todo o sistema jurídico, é focado, episódico e local. Para resolver tais desacordos interpessoais, a única solução apropriada é a adoção de um procedimento decisório razoável, seja por maioria, seja por unanimidade⁶⁵ dos membros de um Tribunal.

Ao abordar os precedentes, MacCormick ensina que, para a “teoria declaratória”, a tarefa dos juízes não é produzir o Direito, mas sim apenas declarar o que ele é, e aplicá-lo como ele é. Como única alternativa para contornar tal teoria, a “visão decisionista” propõe que o que a Corte decidiu é correto porque a Corte assim decidiu, e não porque ela teria declarado ou descoberto o que já era o direito aplicável ao caso concreto.

MacCormick opõe-se ao modelo decisionista, o qual foi fortemente adotado por Kelsen. Em contrapartida, enaltece a teoria de Dworkin, a qual, na década de 1970, desafiou a tese de que “não há resposta certa”, tese esta que chegou a ter como adeptos juristas como Hart e o próprio MacCormick.

MacCormick, revendo seu posicionamento anterior, agora se filia à tese, também seguida por John Finnis, de acordo com a qual “desenvolver o Direito é diferente de criar o Direito no sentido legislativo, e está sujeito a argumentos racionalmente persuasivos que usam materiais do Direito estabelecido” (nota de rodapé da p. 358).

Isso não significa, porém, que não haja casos em que a razoabilidade não determinará finalmente a solução da controvérsia. Em tais casos, não haverá outro recurso senão atribuir o poder de decidir definitivamente a alguma pessoa dotada de autoridade, cujo pronunciamento deverá ser aceito por todos, ainda que esta solução não seja autocertificadora e racionalmente indefectível.

Por tratar-se de uma questão de julgamento, algum grau de discricionariedade está envolvido na subjetividade judicial, embora

⁶⁵ Na França, por exemplo, as cortes colegiadas (p. 331) não permitem a prolação de votos dissidentes, para que não se prejudique a confiança da população na clareza e na certeza da lei.

MacCormick defenda, para arrepio dos realistas jurídicos, que há fatores objetivos envolvidos na tomada da decisão judicial, ainda que esta seja “determinada”, e não “deduzida”. E, como visto no capítulo 12, no embate entre particularistas e universalistas, MacCormick fica ao lado destes últimos, porque há de haver uma razão, pelo menos *prima facie*, que sirva de norte às expectativas que as pessoas possuem sobre determinada disposição jurídica ou contratual. Para os particularistas, o fato de alguém ter feito uma promessa não é sempre uma razão para executar o ato prometido, porquanto, em sua visão, não haveria nenhuma regra universal segundo a qual promessas devem ser cumpridas, de sorte que uma promessa particular somente poderia ser uma razão para executar o ato prometido se certas condições habilitadoras estivessem presentes e se algumas desabilitadoras estivessem ausentes.

E, para que a decisão não seja arbitrariamente “determinada”, lança-se mão da argumentação jurídica, a dar-se de modo racional.

Robert Alexy⁶⁶ cita uma decisão do Tribunal Constitucional alemão na qual este enfatizou a necessidade de que se clarifique o que se deve entender por “argumentação racional”, ao decidir que “*o Direito... não se identifica com o conjunto de leis escritas*”, de sorte que o juiz não está constrangido pela Lei Fundamental a aplicar ao caso concreto as indicações do legislador dentro dos limites do sentido literal possível. Deve o juiz, ao contrário, decidir fundamentado em uma argumentação racional, já que a lei escrita não cumpre a função de resolver um problema jurídico de forma justa, carecendo que o seu aplicador preencha tal lacuna de modo não-arbitrário.

Como se vê, as teorias de Alexy e MacCormick têm uma considerável semelhança.

Não obstante, há uma importante distinção, conforme afirma Manuel Atienza⁶⁷, no sentido de que “(a)mbos percorreram o mesmo caminho, porém em sentidos opostos”. Isso significa que a distinção se dá em virtude de Alexy partir da generalidade do discurso prático para posteriormente introduzir-se no mundo do Direito, enquanto que a proposição de MacCormick finca suas raízes na realidade das

66 ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005. p. 53.

67 ATIENZA, Manuel. O Direito como Argumentação. Traduzido por Eduardo Moreira e extraído da *Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ*, v. 1, n. 4, maio de 2010.

decisões judiciais, para construir, a partir de sua análise, uma teoria da argumentação racionalmente atrelada aos precedentes.

5 CONCLUSÃO

O caráter dinâmico do Estado de Direito exige que seu ideal não seja tomado isoladamente enquanto mera promessa de certeza e segurança supostamente ditadas por um silogismo jurídico, mas que seja também ilustrado pelo direito de defesa e pela importância dinâmica de deixar tudo aquilo que é contestável ser contestado, o que evidencia a insuficiência dos critérios declaradamente amparados no deducionismo lógico do texto legal como ferramentas idôneas a, por si só, subsidiar a prolação da decisão judicial no caso concreto.

Esse caráter dinâmico não impede, porém, que a argumentação jurídica seja em algum sentido “silogística”, ainda que isso possa causar arrepios a autores realistas, os quais não acreditam que a jurisprudência possa ser pautada por critérios de racionalidade que, servindo de precedentes, devam ser seguidos pelo aplicador do Direito no momento de decidir um conflito.

No *Common Law*, as premissas para o silogismo são mais fracas e provisórias do que as argumentações formuladas a partir de leis escritas, o que não impede, porém, que os argumentos utilizados a partir de fontes não-codificadas busquem estar amparados em silogismos derivados de premissas, até porque “a retórica mais eficiente será provavelmente aquela que se fundamenta em uma clara compreensão das implicações lógicas desse processo”⁶⁸. MacCormick sustenta que, embora não haja relação de dedução ou inferência entre a decisão e a razão justificadora, esta razão deve derivar argumentativamente de premissas apropriadas, em homenagem à concepção de Estado de Direito.

Embora a jurisprudência não possa ser considerada fonte formal de direito nos sistemas jurídicos da *Civil Law*, observa-se uma inegável tendência no sentido de uniformizar a jurisprudência dominante mesmo no tronco romano-germânico, haja vista que a certeza e a segurança jurídica são consideradas vetores interpretativos caríssimos a qualquer dos sistemas de Direito contemporâneo.

68 MacCormick, op. cit., p. 57.

Um juiz ou tribunal não pode alterar arbitrariamente um critério já estabelecido pela jurisprudência (à qual cabe proporcionar a segurança jurídica na aplicação da lei), a menos que exponha, de modo racional e fundamentado, as razões jurídicas que animam a alteração daquele critério.

Viu-se que o poder da jurisprudência no *common law* deriva *ratione imperii* (por força ou em razão do império jurisprudencial), ao passo que, no *civil law*, aquele poder, salvo no caso de súmula vinculante, decorre da *imperio rationis* (em razão da força persuasiva do precedente, que se impõe racionalmente, e não hierarquicamente), motivo pelo qual são mais comuns as variações / trocas jurisprudenciais nos sistemas codificados. Outra diferença observada entre os dois sistemas é que, no *civil law*, é típico se acudir primeiramente aos precedentes mais recentes e atuais, porque refletem a posição mais contemporânea da Corte, partindo-se posteriormente para os mais antigos se houve alguma mudança radical; enquanto que no *common law* os precedentes mais valorizados são os mais antigos e decantados.

Apontou-se também que a tendência de acompanhar precedentes decorre de várias razões, entre as quais: a preferência do espírito humano em reproduzir critérios já enunciados; a força da inércia representada pela comodidade de se seguir uma via já aberta; a autoridade e a hierarquia exercida pelo órgão superior de onde emana a jurisprudência; e o princípio da igualdade, afinal, casos semelhantes devem ser decididos de modo semelhante (*like cases must be decided alike*).

Neil MacCormick, para dar conta dos problemas interpretativos que assolam a atividade jurisdicional, propõe aos juízes os seguintes critérios gerais de norteamo: uma exigência de racionalidade geral, que é a coerência; um princípio da tradição utilitarista, que é o consequencialismo; e, finalmente, um princípio fundamental da razão prática kantiana, que é o princípio da universalidade, de modo que as razões que orientam uma decisão judicial sejam universalizáveis, o que não significa, porém, que tais razões tenham caráter absoluto, uma vez que sempre estarão sujeitas a exceções e qualificações até então não cogitadas.

Assim, mesmo os casos singularíssimos devem ser vistos pelo Judiciário como um caso típico, como uma situação afirmada de modo universal, pois, se não for possível, para outros casos idênticos, afirmar a razão que justificou a resolução daquele caso único, também essa razão não poderia ter sido afirmada neste caso.

Defendeu-se que os precedentes – que ostentam papel de destaque nos EUA – fornecem razões para promover tratamento igual a casos iguais, e desigual a casos desiguais, bem como para assegurar um sistema jurídico imparcial que faz a mesma justiça a todos, independentemente de quem forem as partes do caso e de quem for o juiz que o esteja julgando. Além disso, verificou-se a economia de esforço na utilização de precedentes por parte de juízes e de advogados, os quais não teriam de realizar novo esforço argumentativo sobre as mesmas circunstâncias, visto que tal esforço é considerado como já realizado anteriormente, a menos que surjam elementos especiais a demandarem reconsideração.

Ao abordar os precedentes, MacCormick ensinou que, para a “teoria declaratória”, a tarefa dos juízes não é produzir o Direito, mas sim apenas declarar o que ele é, e aplicá-lo como ele é. Como alternativa para contornar tal teoria, Kelsen propôs que o que a Corte decidiu é correto porque a Corte assim decidiu (“visão decisionista”), e não porque ela teria declarado ou descoberto o que já era o direito aplicável ao caso concreto.

MacCormick, superando ambas tais teorias e revendo seu posicionamento anterior, agora se filia à tese segundo a qual desenvolver o Direito é diferente de criar o Direito no sentido legislativo, pois o desenvolvimento da solução jurídica está sujeito ao influxo de argumentos racionalmente persuasivos que usam, por sua vez, materiais do próprio Direito estabelecido.

Por fim, em defesa da universalizabilidade, viu-se que o que é excepcionável (*defeasible*) não deixa, por causa de sua excepcionabilidade, de ser universal e, portanto, passível de servir de *ratio* para os futuros casos semelhantes. Com efeito, o que se universaliza é justamente a *máxima* da decisão tomada pelo juiz no caso concreto. Em outros casos, porém, que possam apresentar peculiaridades significativas, caberá ao juiz levá-las em conta no momento da formulação da *ratio* que orientará a decisão para o novo caso, até porque as regras, a partir das quais a *ratio* universalizante é formada, são, como disse Hart, “*dotadas de exceções incapazes de serem previstas de forma exaustiva*”.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

ATIENZA, Manuel. O Direito como Argumentação. Traduzido por Eduardo Moreira. *Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ*, v. 1, n. 4, maio de 2010.

BAKER, Thomas E.; WILLIAMS, Jerre S. *Constitutional Analysis in a Nutshell*. 2. ed. Thomson West: 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumento de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BUSTAMANTE, Thomas. Comment on Petroski – On MacCormick’s Post-Positivism. In: *German Law Journal: Review of Developments in German, European and International Jurisprudence*. v. 12, n. 02, 2011.

_____. Conflitos Normativos e Decisões Contra Legem: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas. In: *As Novas Faces do Ativismo Judicial. JusPODIVM*, 2011.

FARBER, Daniel A.; SHERRY, Suzanna. *Desperately seeking certainty: the misguided quest for constitutional foundations*. The University of Chicago Press, Ltd, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FIGUEROA, Alfonso García. Uma Primeira Aproximação da Teoria da Argumentação Jurídica. Em: *Argumentación en el Derecho*. 2. ed. Palestra, Peru: 2005.

GERHARDT, Michael J. *The Power of Precedent*. Oxford University Press, 2008.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Notas sobre o Direito Constitucional Norte-Americano*. Disponível em: <http://www.arnaldogodoy.adv.br/publica/notas_sobre_o_direito_constitucional_norte_americano.html>.

GRAU, Eros Roberto. Interpretação do Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HEALY, Thomas. *Stare Decisis as a constitutional requirement*. West Virginia Law Review. Morgantow. v. 104, 2001.

KELSEN, Hans. O controle judicial de constitucionalidade: um estudo comparativo das Constituições austríaca e americana. In: *Jurisdição Constitucional*. Tradução do alemão de Alexandre Krug, Tradução do italiano de Eduard Brandão, Tradução do Francês de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KIETZMANN, Luís Felipe de Freitas. Da uniformização de jurisprudência no direito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1124, 30 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8701>>. Acesso em: 10 jun. 2010.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hübner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O constitucionalismo inglês. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 452, 2 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5768>>. Acesso em: 02 maio 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SEIGLER, Timothy John. Understanding Original Intent and Stare Decisis: Two Methods of Interpreting the Establishment Clause. *Educational Administration Quarterly* 2003; 39; 208. downloaded from <<http://eaq.sagepub.com>> at CAPES on September 30, 2008.

SHELDON, Charles H. *Essentials of the American Constitution*. Albany: Westview, 2002.

SOLUM, Lawrence B. *The Supreme Court in Bondage: Constitutional Stare Decisis, Legal Formalism, and the Future of Unenumerated Rights*. Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series. Research Paper n. 06-12, november 30, 2006.

SOTELO, José Luiz Vasquez. A jurisprudência vinculante na “common law” e na “civil law”. In: *Temas Atuais de Direito Processual Ibero-Americano*: compêndio de relatórios e conferências apresentados nas XVI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual. Organizado por Petrônio Calmon Filho e Adriana Beltrame. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WECHSLER, Herbert. Toward Neutral Principles of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, v. 73, n. 1, nov. 1959.



**OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS
DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE:
RELEITURA A PARTIR DO ESTUDO
COMPARADO COM AS CLASS ACTIONS**

***THE PROCEDURAL TOOLS FOR ENVIRONMENT
PROTECTION: REINTERPRETATION FROM A COMPARED
STUDY WITH THE NORTH AMERICAN CLASS ACTIONS***

Thiago Serpa Erthal

*Procurador Federal, com atuação no núcleo de ações prioritárias.
Mestrando em Direito da Cidade na Universidade do Estado do Rio de Janeiro
(UERJ).*

Área do Direito: Ambiental; Processo Civil.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os instrumentos processuais de proteção do Meio Ambiente; 2 As *class actions* e o princípio da simetria de riscos; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo analisa algumas questões controversas inerentes aos instrumentos processuais de proteção do meio ambiente, notadamente a ação civil pública e a ação popular. Faz-se uma exposição de diversos problemas enfrentados pela jurisprudência, alguns superados, outros não. Em seguida, são examinados brevemente os requisitos de admissibilidade das class actions, bem como a eficácia da tutela concedida, de forma a viabilizar o estudo comparativo entre os institutos. Propõe-se, ao fim, uma releitura dos instrumentos nacionais, visando a uma maior eficiência e obtenção de incremento de segurança jurídica na resolução de litígios ambientais.

PALAVRAS-CHAVE: Meio Ambiente. Ação Civil Pública. Ação Popular. Class Action.

ABSTRACT: This article studies controversial issues of Brazilian procedural tools for environment protection, especially the “ação civil pública” and the “ação popular”. It is a display of several problems faced by courts, some overcome, others don't. Then, the class actions requirements are briefly examined, as well as the effectiveness of the protection granted, in order to facilitate the comparative analysis between the institutes. It is proposed, in the end, a reinterpretation of Brazilian legal tools, aimed at greater efficiency and obtaining increased legal certainty in resolving environmental disputes.

KEYWORDS: Environment. Procedural Legal Tools. Class Action.

INTRODUÇÃO

Passadas mais de duas décadas desde a promulgação da Constituição Republicana (CR/88), o ordenamento jurídico brasileiro ainda se ressentia de um regramento eficaz de tutela do meio ambiente, tanto no que tange às normas de direito material, como também aos instrumentos que possibilitam a aplicação coercitiva destas.

Quanto ao direito substantivo, se no âmbito internacional as Conferências de Estocolmo (1972) e do Rio de Janeiro (1992), organizadas pela Organização das Nações Unidas (ONU), são talvez os mais importantes marcos da normatização da proteção ao meio ambiente, na seara interna não se pode negar a importância da Carta de 1988, publicada exatamente nesse ínterim.

De fato, antes da promulgação da Constituição, já existiam diversas leis protetivas. Pode-se citar, dentre elas, o antigo e já revogado Código Florestal (Lei 4.771/65), notadamente ao instituir no seu art. 2º as Áreas de Preservação Permanente *ex lege*. Isso porque, ao prever determinadas áreas que deveriam ser resguardadas independentemente de especificação pelo poder público, o referido diploma preenche a lacuna que a omissão estatal antes deixava. A partir de então, nessas áreas a proteção ambiental passou a ser a regra, não mais a exceção.

Outra normatização anterior a 1988 que não pode ser olvidada é a Lei 6.938/81, que disciplinou a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), principalmente em razão da criação de um dos mais importantes instrumentos de preservação ambiental, o licenciamento prévio das atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, posteriormente regulamentado pela Resolução nº 01/86 do CONAMA.

Contudo, essa evolução legislativa não teve termo com a promulgação da CR/88. Ao contrário, nota-se até mesmo uma intensificação na edição de normas que visam a disciplinar a relação do homem com o meio em que vive.

Dentre essas, há que se dar destaque à Lei 9.985/00, que criou o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), definidas no art. 2º, inciso I, como “*espaços territoriais e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituídos pelo Poder Público, com objetivos de conservação [...]*”. Ao que parece, a mais relevante contribuição do

SNUC foi a categorização dessas áreas protegidas em cinco Unidades de Proteção Integral (UPI) e sete Unidades de Uso Sustentável (UUS), impondo a cada uma delas padrões mínimos de proteção.

Outros diplomas similarmente importantes foram editados, como a Lei 9.433/97 (Política Nacional de Recursos Hídricos – PNRH), a Lei 12.305/10 (Política Nacional de Resíduos Sólidos) e a Lei Complementar 140/11, que depois de 23 anos regulamentou o art. 23, incisos III, VI e VII, da CR/88.

Entretanto, no que pese a importância de todas as leis acima citadas, o recém-aprovado Código Florestal (Lei 12.651/12) é o maior exemplo de como a sociedade vem se abrindo ao debate sobre as normas de proteção ambiental, antes restrito às esferas técnica, jurídica e política, agora ampliado até mesmo ao debate popular (vale referência à campanha “Veta, Dilma!”, propulsão notadamente nas redes sociais).

Sem qualquer pretensão de defender ou criticar o novo Código Florestal, parece bastante relevante o debate travado entre os diversos interessados, resultando no exercício direto da democracia em um tema de repercussão na vida de todas as pessoas. Note-se, porém, que todas as leis citadas acima tratam do direito material, ou seja, das normas substantivas que regulam a forma de integração do homem com o meio ambiente. Não se pode esquecer, contudo, que tais normas nem sempre são obedecidas. Aliás, quando se fala em limitação de liberdade e restrição da propriedade imóvel, o nível de obediência social espontânea parece bastante reduzido.

Daí a necessidade de instrumentos que possibilitem a aplicação coercitiva dessas normas. Esses instrumentos podem ter natureza administrativa, como as multas aplicadas pelos órgãos do SISNAMA, ou jurisdicional. No presente artigo, dar-se-á ênfase à segunda categoria.

Com efeito, ao contrário do que se observa com relação ao direito material, no que tange às normas adjetivas, o ordenamento jurídico brasileiro não conta com nenhuma lei relevante para a proteção do meio ambiente depois da promulgação da CR/88, tomada aqui como marco jurídico/histórico.

Nesse sentido, a Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) foi publicada há quase trinta anos. A Lei de Ação Popular (Lei 4.717/65) já tem mais de quarenta anos e, na época, tinha sua utilização no

direito ambiental bastante restrita, situação que persistiu até que o art. 5º, inciso LXXIII, da CR/88 lhe estendesse o objeto. O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) também contribuiu para a instrumentalização da defesa judicial dos interesses coletivos, mas está aquém do que se espera, dada a importância que o tema vem ganhando desde a promulgação da Constituição Cidadã.

Em suma, a legislação processual não acompanhou a evolução das leis materiais atinentes à proteção jurídica do meio ambiente. Diante dessa defasagem, cabe às demais fontes de direito – doutrina e jurisprudência – suprir as lacunas e adaptar as regras existentes às situações hodiernamente enfrentadas na resolução dos litígios.

Estudar esses instrumentos é, então, um dos objetivos do presente artigo. O outro é elaborar uma crítica à obsolescência desse regramento processual, momento em que buscar-se-á propor algumas soluções com base no estudo comparado do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Civil Coletivo com as *class actions* do sistema norte-americano.

1 OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

Segundo o art. 225 da CR/88, “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Trata-se de um direito fundamental de terceira dimensão¹, ou seja, da proteção jurídica constitucionalmente conferida a interesses coletivos em sentido amplo, transindividuais, indivisíveis, cuja titularidade não pertence a ninguém especificamente, mas sim à coletividade. E, exatamente por conta dessas particularidades, a judicialização de um litígio ambiental não pode se dar, em regra, através dos mesmos instrumentos utilizados para as demais espécies de direito.

1 No decorrer desse artigo, serão utilizadas duas classificações bastante difundidas na doutrina. A primeira delas é a divisão dos direitos fundamentais em três gerações ou dimensões, a saber, direitos de abstenção, a direitos prestacionais e a terceira aos direitos difusos. A outra classificação tem guarida no Código de Defesa do Consumidor (CDC) e divide o gênero direitos coletivos *lato sensu* em três espécies: direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos. Não se desconhece a crítica feita por parte da doutrina à utilidade dessas classificações, mas por ora, até mesmo para não fugir ao tema proposto, tais terminologias e suas respectivas características serão adotadas sem qualquer ressalva.

Utiliza-se a expressão “em regra” pois, conforme se verá abaixo, em determinadas hipóteses é possível o surgimento de direitos subjetivos individuais e divisíveis decorrentes da violação às normas de proteção ao meio ambiente. Daí ser incorreto afirmar que os instrumentos tradicionais não podem ser utilizados, mas sim que eles em regra não são adequados à tutela que se pretende.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil atualmente em vigor (Lei 5.869/73) tem cunho eminentemente individualista, exigindo que a parte autora da demanda seja titular de interesse jurídico direto. Ou seja, não lhe basta apenas interesse de fato ou econômico, mas sim que exista uma relação jurídica prévia entre o autor e o réu e que dessa relação – seja contratual ou extracontratual – exsurja a violação a um direito subjetivo e, portanto, uma pretensão que possa ser deduzida em Juízo.

Ora, ao transplantar essa exigência, conhecida no direito processual como condição para o regular exercício do direito de ação, para o direito ambiental, nota-se a deficiência dos instrumentos nele previstos. Isso porque não existe uma relação jurídica prévia e direta entre um determinado indivíduo e o meio ambiente. Por outro lado, a ligação entre cada ser-humano com o meio em que vive é um fato, independentemente de reconhecimento ou não de seus efeitos pelo ordenamento jurídico.

Faz-se necessário, então, utilizar outros instrumentos de proteção. Atualmente, a ação civil pública é a forma mais recorrente de judicialização dos litígios ambientais, mas, especialmente com o aumento do debate direto do tema na sociedade, a ação popular vem ganhando contornos bastante relevantes. Esses são os dois institutos a seguir estudados, sem qualquer pretensão de em tão poucas páginas exaurir o assunto.

A ação civil pública é instrumento que visava a tutelar, inicialmente, o meio ambiente, o consumidor e os bens e direitos de valor artístico, estético histórico e paisagístico (LACP, art. 1º, incisos I a III). Nota-se que, em sua origem, a ACP tinha seu objeto restrito a somente essas três espécies de direitos coletivos. Foi somente com a edição do Código de Defesa do Consumidor que tal instrumento ganhou os contornos que hoje se observa. Isso porque a referida lei acrescentou o inciso IV ao art. 1º, estendendo as hipóteses de cabimento para a defesa de qualquer outro interesse difuso ou

coletivo². Interessante notar, entretanto, que previsão do art. 1º, inciso IV, não abrange os direitos individuais homogêneos.

Essa questão hoje já não apresenta mais qualquer divergência, entendendo-se plenamente cabível o manejo de ação civil pública para defesa de direitos individuais homogêneos. O *leading case* foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 21 de setembro de 1994 (REsp 49.272/RS, Relator Min. Demócrito Reinaldo).

No caso, o Ministério Público do Rio Grande do Sul havia ajuizado ação civil pública impugnando a cobrança de taxa de iluminação pública. O Tribunal de Alçada extinguiu o feito sem resolução de mérito, por entender que não caberia ACP para defesa de direitos individuais homogêneos. Ao reformar tal acórdão, o STJ fez uma interpretação sistemática da LACP como o art. 81, inciso III, do CDC. Afirmou, ainda, que por conta do art. 117 do diploma consumerista as disposições processuais nele constantes complementariam os preceitos da Lei 7.345/85.

Não obstante a extensão do objeto afirmada pelo STJ tenha maior repercussão no direito do consumidor, também tem grande importância para o direito ambiental. Com efeito, a violação às normas de proteção do meio ambiente sempre caracterizam afronta ao direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, titulado pela coletividade. Outrossim, também é possível que esse mesmo ilícito importe em desrespeito a um direito indivisível de um grupo, categoria ou classe

2 Em verdade, o projeto de lei aprovado no congresso nacional tinha previsão de cabimento de ACP para defesa de qualquer outro direito difuso. No entanto, o primitivo inciso IV do art. 1º foi vetado pelo então Presidente José Sarney, pelos seguintes motivos:

“As razões de interesse público dizem respeito precipuamente a insegurança jurídica, em detrimento do bem comum, que decorre da amplíssima e imprecisa abrangência da expressão ‘qualquer outro interesse difuso’.

A amplitude de que se revestem as expressões ora vetadas do Projeto mostra-se, no presente momento de nossa experiência jurídica, inconveniente.

É preciso que a questão dos interesses difusos, de inegável relevância social, mereça, ainda, maior reflexão e análise. Trata-se de instituto cujos pressupostos conceituais derivam de um processo de elaboração doutrinária, a recomendar, com a publicação desta Lei, discussão abrangente em todas as esferas de nossa vida social.

É importante, neste momento, que, em relação à defesa e preservação dos direitos dos consumidores, assim como do patrimônio ecológico, natural e cultural do País, a tutela jurisdicional dos interesses difusos deixe de ser uma questão meramente acadêmica para converter-se em realidade jurídico-positiva, de verdadeiro alcance e conteúdo sociais.

Eventuais hipóteses rebeldes à previsão do legislado, mas ditadas pela complexidade da vida social, merecerão a oportuna disciplinação legislativa.

Estas as razões de interesse público que me levaram ao veto parcial e que ora tenho a honra de submeter à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.”

de pessoas (coletivo *stricto sensu*) ou, até mesmo, a direitos individuais decorrentes de origem comum (individuais homogêneos).

A doutrina especializada costuma citar o exemplo de uma fábrica que despeja dejetos não tratados na nascente de um rio, poluindo todo seu leito. Nesse caso, não há dúvida de que o direito difuso ao meio ambiente está sendo transgredido. Pode acontecer, também, que essa prática industrial impeça a reprodução de peixes na nascente do rio, tendo por consequência o prejuízo ou quiçá a impossibilidade de exercício de atividade pesqueira, maculando o direito coletivo de um grupo. Finalmente, pode-se pensar ainda no prejuízo individual causado aos diversos proprietários ou possuidores de imóveis ribeirinhos.

Depreende-se, portanto, também para a seara ambiental, a importância da extensão do objeto da ação civil pública como instrumento de defesa dos direitos individuais homogêneos.

Em sequência, é cediço que a legitimidade ativa nas ações coletivas pode se dar *ope judicis* ou *ope legis*, ou seja, pode ser fixada pelo Juízo de acordo com o caso concreto, balizado por determinados parâmetros fixados em lei, ou pode ser prévia e abstratamente disposta em lei.

A LACP adotou o segundo sistema, afirmando peremptoriamente no seu art. 5º quais são os legitimados para propor ação civil pública, a saber: o Ministério Público; a Defensoria Pública; as pessoas jurídicas de direito público interno, incluindo suas fundações, autarquias e empresas estatais; e as associações.

Nesse esteira, com exceção das associações, os demais legitimados sequer precisam demonstrar pertinência temática das atividades institucionais desenvolvidas com o objeto da demanda, decorrendo sua legitimidade de simples previsão legal. A atividade do juiz fica reduzida a examinar, com relação às associações, apenas dois requisitos.

O primeiro diz respeito ao tempo de constituição, exigindo a LACP que estas estejam regularizadas há pelo menos um ano. Contudo, o CDC inovou ao incluir o § 4º ao art. 5º, possibilitando ao juiz dispensar o requisito da pré-constituição quando houver manifesto interesse social ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

O outro pressuposto é a pertinência temática, ou seja, a associação deve incluir, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio

ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Observe-se que não há mais a previsão genérica de *qualquer outro interesse difuso ou coletivo*, suprimida pela Lei 8.884/94. Mas, no que tange à defesa do meio ambiente, matéria que aqui se busca analisar, existe previsão específica, sendo por ora despidianda a discussão.

Alguns doutrinadores, dentre os quais vale destacar a Prof.^a Ada Pellegrini Grinover, vêm defendendo a possibilidade do juiz fazer um controle da representatividade adequada do autor, analisando concretamente se aquele que se propôs a substituir processualmente a coletividade possui condições de fazê-lo. No que pesem os argumentos expendidos, parece que tal solução vai de encontro à disciplina normativa atualmente vigente e somente pode ser defendida de *lege ferenda*.

Outro ponto a ser destacado diz respeito à competência para processamento e julgamento das ações civis públicas que, segundo o art. 2º da LACP, será do Juízo do local onde ocorrer o dano. Em se tratando de dano regional, ou seja aquele que ultrapassa a competência de um mesmo Juízo, em razão do art. 93 do CDC, cabe o julgamento a um dos juízes da comarca da capital do Estado-membro.

Na hipótese de dano nacional, aquele que ultrapassa as fronteiras de um único Estado, a doutrina se subdivide em duas correntes: aqueles que entendem que a competência seria exclusiva do foro do Distrito Federal e os que defendem se cuidar de competência concorrente deste com os juízes lotados nas capitais dos Estados. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, pacificou a controvérsia no Conflito de Competência nº 26.842/DF, julgado em 10 de outubro de 2001, entendendo se tratar de competência concorrente.

Questão mais tormentosa é a análise dos limites subjetivos, objetivos e do modo de produção da coisa julgada formada na ação civil pública. O art. 16 da LACP, com a alteração promovida pela Lei 9.494/97, preceitua que:

A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Essa disposição é claramente insuficiente para regular o instituto. Coube à doutrina, novamente com base nas disposições do Código de Defesa do Consumidor, se debruçar sobre o tema, restando titubeante a jurisprudência.

Na hipótese de se estar tratando de direito difuso, nos termos do art. 103, inciso I, do CDC, tanto a sentença que julgar procedente ou aquela que afirmar improcedente o pedido vestibular terá efeitos *erga omnes*. A exceção fica por conta da sentença de improcedência fundada em insuficiência probatória, caso em que admitir-se-á que qualquer dos legitimados, inclusive aquele que propôs a primeira ACP, formule nova demanda coletiva, desde que fundada em prova nova. Cuida-se, então, de coisa julgada *secundum eventum probationis*.

Em se cuidando de direito coletivo *stricto sensu*, aplica-se o mesmo raciocínio acima exposto, com apenas uma alteração: havendo exame de mérito com base nas provas produzidas, a eficácia da sentença de procedência ou improcedência terá efeitos *ultra partes*, e não *erga omnes*. A diferença é tênue, mas bastante relevante. Em ambas as situações, a eficácia subjetiva ultrapassa as partes do processo, mas na primeira (procedência) sua extensão é limitada a apenas determinados terceiros, aqueles componentes do mesmo grupo, categoria ou classe de pessoas.

Já no que tange aos direitos individuais homogêneos, o art. 103, inciso III, do CDC preceitua que a eficácia subjetiva da coisa julgada formada na ação coletiva será *secundum eventum litis*. Melhor dito, se julgada procedente, gerará efeitos *erga omnes*. Por outro lado, em sendo considerada improcedente, tais efeitos se restringirão apenas às partes do processo.

Com respeito às posições divergentes, parece inútil a diferenciação feita pelo art. 103 do CDC. Em verdade, a sistemática da coisa julgada nas ações coletivas pode ser reduzida a duas assertivas: em primeiro lugar, a sentença de improcedência por insuficiência probatória somente faz coisa julgada formal; em segundo, a ação coletiva, independentemente de seu resultado, não impede o ajuizamento de ação individual.

Nessa esteira, a diferente eficácia da sentença referente a direitos difusos e direitos coletivos *stricto sensu*, a primeira *erga omnes* e a segunda *ultra partes*, não decorre da previsão constante no art. 103 do CDC, mas sim da própria natureza jurídica dos direitos vindicados.

No mesmo sentido, não soa correto afirmar que a coisa julgada referente a direitos individuais homogêneos somente faz coisa julgada *inter partes*, pois também obsta o ajuizamento de nova ação coletiva pelos demais legitimados extraordinários, conforme se depreende da leitura a *contrario sensu* do § 2º, que somente possibilita a nova propositura de ações individuais.

No mais, ainda que não haja expressa previsão legal, não há qualquer razoabilidade em se impedir que uma ACP que trate de direitos individuais homogêneos julgada improcedente por insuficiência probatória, seja novamente proposta por quaisquer dos legitimados, desde que fundada em prova nova. Aliás, por se tratar de norma restritiva, deveria a proibição constar expressamente em lei. Na omissão, deve-se entender possível, à semelhança do que ocorre quando o objeto versa sobre direitos difusos e coletivos *stricto sensu*.

Assim, nota-se que em qualquer hipótese, seja direito difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo, uma sentença de procedência ou improcedência com análise das provas formará coisa julgada material e, portanto, obstará nova propositura de ação civil pública. Do contrário, em se constatando insuficiência probatória, cuidar-se-á de coisa julgada formal, podendo ser proposta nova demanda coletiva, desde que lastreada em prova nova.

Ademais, também em qualquer hipótese, a coisa julgada formada em ação civil pública não obstará que o indivíduo prejudicado intente ação individual, como se nota da leitura dos §§ 1º e 2º do art. 103.

Nem mesmo uma sentença de procedência em ação coletiva impede o ajuizamento de ação individual pelo interessado, como seria possível depreender do § 2º. Nesse caso, poder-se-ia falar, no máximo, em falta de interesse de agir e, destarte, na extinção do feito por ausência de condição para o regular exercício do direito de ação.

Resta, ainda, examinar a limitação da eficácia subjetiva introduzida pela Lei 9.494/97, que alterou o art. 16 da LACP para dispor que a sentença proferida em ação civil pública fará coisa julgada apenas nos limites da competência territorial do órgão prolator.

Ao acrescentar tal restrição indiscriminada, a Lei 9.494/97 causou perplexidade na doutrina. Imediatamente depois, grande parte dos autores especializados afirmaram a inconstitucionalidade da alteração

promovida, tanto formal, pois decorrente de medida provisória, quanto material.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento realizado no dia 14 de abril de 1997, indeferiu a medida cautelar pleiteada na Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Liberal (ADI 1.576 MC, Relator Ministro Marco Aurélio), afastando a pecha de invalidade atribuída à dita modificação.

Ultrapassada essa questão sobre a constitucionalidade do dispositivo, impõe examinar a forma de aplicação do mesmo. Isso porque a interpretação literal do art. 16 da LACP dá a entender que toda sentença proferida em ação civil pública ficaria adstrita aos limites territoriais da competência do órgão prolator.

Levada a questão ao Superior Tribunal de Justiça, inicialmente se entendeu que essa restrição somente se aplicaria aos casos em que se tratasse de direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, mas não de direitos individuais homogêneos (REsp 411.529/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi).

Com a devida vênia, tal entendimento parece claramente equivocado. Nesse sentido, os direitos individuais homogêneos, dentre as três categorias utilizadas, são os únicos passíveis de ser individualizados. E exatamente por conta dessa característica, torna-se possível aplicar a limitação trazida pela Lei 9.494/97. Felizmente, o próprio Superior Tribunal de Justiça alterou sua jurisprudência, passando a reconhecer que tal restrição somente se aplica aos direitos individuais homogêneos, mas não aos difusos e coletivos *stricto sensu* (CC 109.435/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 22/09/2010).

Na hipótese de ação civil pública em defesa do meio ambiente, por se tratar eminentemente de direito difuso, jamais poder-se-ia entender o instituto de maneira diversa. Com efeito, não há como se compreender, por exemplo, uma sentença que determine a cessação de um dano ambiental causado em um Estado-membro, mas permita que esse mesmo dano continue sendo praticado no espaço territorial de outro ente federativo. Ademais, restaria impossibilitada a tutela judicial referente a um dano nacional, pois haveria necessidade de se propor diversas demandas.

Mas, reconheça-se, no que tange à proteção judicial do meio ambiente, essa discussão tem caráter acadêmico, não se tendo notícia de

qualquer precedente que determinasse a limitação territorial do julgado nessa seara.

Quanto às espécies de tutela, a LACP foi um avanço para sua época, trazendo no seu art. 11 a possibilidade do juiz determinar o cumprimento coercitivo de obrigação de fazer e não fazer, mediante execução específica ou cominação de *astreintes*. Nesse diapasão, vale lembrar que o Código de Processo Civil somente veio a ser reformado para prever tal cabimento pela Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, ou seja, quase dez anos depois, sendo que, até então, convertia-se a obrigação em perdas e danos. Também o art. 12, em clara evolução com relação às normas processuais então vigentes, já previa a possibilidade de provimento antecipatório e cautelar.

Logo, desde a publicação da LACP e sem grandes divergências, já era possível a concessão de tutela inibitória, de remoção do ilícito e ressarcitória específica. A tutela ressarcitória pelo equivalente em dinheiro, porém, gera maiores controvérsias.

Sobre o tema, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 95, dispõe que, em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados. Com efeito, a diferença entre dano sofrido e dano causado é tênue, mas extremamente relevante para compreender as normas de processo coletivo atualmente em vigor. Ambos são, em verdade, duas faces de uma mesma moeda, conforme esclarecem os Profs. Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier:

Por meio de um exemplo se pode entender melhor a diferença que se tem feito entre lesão causada e dano efetivamente sofrido: um fornecedor de produtos alimentícios pode ter comercializado produtos que contenham quantidade inferior à indicada na embalagem, o que causará danos pequenos, às vezes irrisórios a cada um dos consumidores, se considerados isoladamente. Vistos globalmente, no entanto, a lesão causada e o enriquecimento indevido do aludido fornecedor podem ser de montante considerável.³

No direito ambiental, por sua natureza difusa e, portanto, indivisível, não é possível apurar o dano sofrido por cada indivíduo,

3 Anotações sobre a liquidação e a execução coletivas, in: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 272.

mas tão-somente o dano causado à coletividade. É importante, também, não confundir o dano causado, quando não é possível a individualização deste, com o *fluid recovery* (CDC, art. 100), hipótese típica de direitos individuais homogêneos em que, apesar de individualizáveis, a ausência de interessados em número compatível com a gravidade do dano legitima o autor coletivo a promover a liquidação e execução da indenização devida.

Nessa esteira, o art. 13 da lei em comento prevê que, havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

No âmbito federal, conforme o art. 2º da Lei 9.008/95 e o art. 3º do Decreto 1.306/94, o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD) é gerido pelo Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD), órgão colegiado integrante da estrutura organizacional do Ministério da Justiça, com sede em Brasília, e composto por membros representantes da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça (presidente), do Ministério do Meio Ambiente, do Ministério da Cultura, do Ministério da Saúde, do Ministério da Fazenda, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), do Ministério Público Federal (MPF) e três representantes de entidades civis.

Por sua vez, o art. 7º, *caput* e parágrafo único, do citado decreto, determinam que os recursos arrecadados deverão ser distribuídos para a efetivação das medidas relacionadas com a natureza da infração ou de dano causado, dando-se prioridade à reparação específica do dano causado, sempre que tal fato for possível. Nesse ponto reside o maior problema referente às ações civis públicas ambientais, qual seja, a regulamentação do FDD não impõe que o montante arrecadado em razão dos danos causados seja revertido necessariamente em favor daquela área objeto de degradação.

Nesse diapasão, a título de exemplo, no dia 15 de setembro de 2011, foi publicado no Diário Oficial da União (DOU, seção 1, p. 36) o Despacho nº 202/2011/SDE/CFDD do Presidente do CFDD, promulgando a Resolução nº 27, de 25 de março de 2011, que trata dos 10 projetos prioritários do FDD, a saber:

Nº DA PROPOSTA	INTERESSADO	OBJETO
21379/2011	Secretaria de Estado de Governo/MS	Formar 450 brigadistas voluntários em técnicas de combate a incêndios florestais, fazer uma campanha educativa e fortalecer a Coordenadoria Estadual de Defesa Civil do Estado de Mato Grosso do Sul.
21189/2011	ECO A - Ecologia & Ação/MS	Mapeamento de eventos climáticos extremos no Pantanal, análise de seus efeitos sobre populações vulneráveis, capacitação local e elaboração de propostas mitigatórias.
21721/2011	Conselho de Políticas e Gestão do Meio Ambiente/CE	Fomentar ações com vistas a neutralização de emissões de gases do efeito estufa na administração pública nos vinte e quatro municípios das duas regiões metropolitanas do Estado do Ceará.
20925/2011	Centro de Desenvolvimento Agroecológico Sabiá/PE	Fomentar alternativas de adaptação e mitigação dos efeitos das mudanças climáticas a partir do apoio à agricultura familiar de baixo carbono, usando a estratégia dos Sistemas Agroflorestais - SAF's agroecológicos e do desenvolvimento de processos de educação ambiental em sete assentamentos da reforma agrária em Pernambuco.
22349/2011	Instituto Estadual de Florestas do Amapá/AP	Valoração da floresta em pé tendo como produto não a madeira ou produtos madeireiros e sim regulação climática, o bem estar e biodiversidade que a floresta proporciona.
21802/2011	PANGEA - Centro de Estudos Socioambientais/BA	Reduzir as emissões de gases de efeito estufa através da coleta seletiva de materiais recicláveis, implantando e/ou fortalecendo cooperativas de catadores de material reciclado nos municípios de Ilhéus, Itabuna, Juazeiro e Vitória da Conquista.
19461/2011	Prefeitura de Ferraz de Vasconcelos/SP	Fortalecer a Defesa Civil.

21053/2011	Rede de Desenvolvimento Humano - REDEH/RJ	Desenvolver um plano piloto de adaptação à mudança climática para o município de Petrópolis, articulando atores público-privados capazes de implementar um mecanismo inovador de pagamento por serviços ambientais que garanta um reflorestamento e aflorestamento seletivo das encostas, dos mananciais e das áreas desmatadas e degradadas.
21993/2011	Prefeitura de Almirante Tamandaré/PR	Plano Municipal de Mudanças Climáticas (PMMC), estruturando um modelo de ação para o enfrentamento das mudanças climáticas no nível local.

Nota-se, da leitura dos objetos dos projetos acima elencados, que nenhum deles tem relação com fato específico e pretérito que possa ter dado ensejo a uma ação civil pública e, portanto, ao recolhimento de indenização em favor do FDD.

Não se está, de forma alguma, advogando que a reparação da área de restinga de uma determinada praia, suprimida pela construção de um quiosque ilegal, deva ter prevalência orçamentária sobre o mapeamento de eventos climáticos extremos no Pantanal. Também não se afirma o inverso. Apenas se busca demonstrar o desvirtuamento do instituto previsto na Lei de Ação Civil Pública.

Com efeito, a verba proveniente da indenização pelo dano causado em determinada área não poderia ser aplicada em outro projeto, relegando a região inicialmente atingida sem recursos. Ao menos, não sem a devida justificativa de impossibilidade de recomposição do *status quo*. Parece, contudo, que o FDD vem sendo utilizado de maneira diversa daquela inicialmente imaginada.

Pelo exposto, é notório que a Lei 7.347/85 está desatualizada em diversos pontos, não tendo acompanhado a evolução social e nem da legislação material de direito ambiental. Ao seu turno, a Lei 4.717/65 (LAP) também traz normas muito aquém daquelas desejadas para uma instrumentalização eficaz da proteção judicial do meio ambiente, como se passa a examinar.

Primeiramente, a ação popular (AP) foi criada como um instrumento para qualquer cidadão pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, entendido este como

os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético ou histórico. Em 1977, a Lei 6.513 estendeu seu objeto também aos bens e direitos de valor turístico.

Foi somente a atual Constituição Republicana que ampliou as hipóteses de cabimento da AP para abranger, além dos atos lesivos ao patrimônio público, aqueles nocivos à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio cultural. Destarte, em tese, a ação popular somente passou a ser utilizada para proteção do meio ambiente a partir de 1988.

Porém, inobstante essa ampliação, o regramento processual do instituto permanece o mesmo. Nessa esteira, a Lei 4.717/65 consubstancia o pensamento jurídico vigente há quase cinquenta anos e possui pouca utilidade no que se refere ao direito ambiental.

No que se refere ao cabimento da AP, a lei referida fala em anulação ou declaração de nulidade de atos. A primeira dúvida que surge é se estes atos passíveis anulação devem ser emanados necessariamente de algum ente da administração pública direta, indireta, seus agentes e/ou equiparados ou se atos praticados por particular também poderiam ser invalidados.

Na época em que editado tal diploma legal, até mesmo pela restrição do objeto, os atos deveriam necessariamente ter sido praticados por uma das pessoas elencadas no art. 1º (STF, *RTJ* 95/1.121). Contudo, há uma aparente tendência de valorização do instituto a partir de uma reeleitura desse mesmo arcabouço normativo à luz das concepções hodiernas.

Digno de referência é o Recurso Especial nº 453.136/PR, interposto nos autos de ação popular proposta com objetivo de desconstituir negócio jurídico firmado pela Itaipu Binacional. Na ocasião, como matéria de defesa, suscitou-se preliminar de não cabimento da AP, em razão da natureza jurídica supranacional da ré, tendo o STJ concluído o seguinte:

[...] 4. Nas razões do Recurso Especial, a recorrente sustenta ser incabível Ação Popular contra empresa supranacional.

5. A Itaipu submete-se à lei brasileira, que regula as obrigações decorrentes dos contratos celebrados com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas e residentes em território nacional. Precedentes do STJ.

6. A procedência dos pedidos acarretará, além da desconstituição do contrato, a condenação dos diretores e da empresa contratada ao pagamento dos prejuízos causados à Itaipu. Nem mesmo em tese há possibilidade de o patrimônio da binacional ser atingido, razão por que descabe a afirmação de que bens paraguaios seriam submetidos à execução.

7. O art. 5º, LXXIII, da Constituição da República estabelece que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe”.

8. A Lei 4.717/1965 deve ser interpretada de forma a possibilitar, por meio de Ação Popular, a mais ampla proteção aos bens e direitos associados ao patrimônio público, em suas várias dimensões (cofres públicos, meio ambiente, moralidade administrativa, patrimônio artístico, estético, histórico e turístico).

9. Ao juiz não é lícito nem legítimo amesquinhar o conteúdo, o campo de aplicação ou a extensão dos remédios da Ação Popular, que deve ser prestigiada, sobretudo em época de decadência da textura ética em que se inserem os agentes políticos e servidores públicos do Estado.

10. Evidenciada a utilização de dinheiro público na criação, custeio ou manutenção de empresa, ou em qualquer outra forma de apoio, cabe Ação Popular, pouco importando a natureza da pessoa jurídica em questão. [...]

(REsp 453136/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/09/2009, DJe 14/12/2009)

Depreende-se, portanto, uma tendência jurisprudencial de relativizar essa obrigatoriedade de que o ato impugnado tenha sido praticado pelos entes constantes no art. 1º da Lei 4.717/65. Em se tratando de proteção ao meio ambiente, não são raros os casos em que a violação é perpetrada exclusivamente por particular, sem qualquer vínculo direto ou indireto com a administração pública.

No cotidiano forense, é possível observar uma prática corriqueira para evitar tal discussão: imputa-se omissão dos órgãos públicos, normalmente IBAMA e INEA⁴, no que tange ao seu poder-dever de

⁴ O Instituto Estadual do Ambiente (INEA) é uma autarquia criada pelo Estado do Rio de Janeiro (Lei Estadual nº 5.101/07) com o objetivo proteger, conservar e recuperar o meio ambiente para promover o desenvolvimento sustentável. Evidentemente, essa descentralização, bem como o nome de eventual

fiscalizar a legalidade dos atos praticados pelos particulares. Dessa omissão, exsurgiria o cabimento da AP.

Daí decorre outro problema, acerca da competência fiscalizatória dos diversos entes federativos. Segundo o art. 21, inciso VI, da CR/88, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas. Destarte, em se constatando violação às normas de direito ambiental, o autor popular poderia escolher demandar, por omissão, somente em face do órgão federal, estadual, municipal ou, ainda, contra todos eles em litisconsórcio passivo com o particular causador do ilícito.

Entretanto, admitir legítima essa prática é possibilitar ao demandante escolher se prefere litigar na Justiça Federal ou na Justiça Estadual, bastando para tanto que impute ou não omissão no dever de fiscalização ao IBAMA. Para evitar esse problema, que afinal viola o princípio constitucional do juiz natural, bastaria reconhecer que não é suficiente o autor alegar omissão genérica dos órgãos públicos. Deve, ao contrário, narrar uma omissão específica como, por exemplo, a inação diante de uma denúncia previamente formulada.

Felizmente, essa problemática parece ter sido diminuída em razão da edição da Lei Complementar 140/11, que regulamenta o citado art. 21, inciso VI, da Constituição. Isso porque, em seu art. 17, há previsão de que compete ao órgão responsável pelo licenciamento ou autorização do empreendimento ou atividade lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo para a apuração de infrações à legislação ambiental.

Isso não significa que os órgãos das demais esferas federativas não podem exercer fiscalização, mas sim que a atuação precípua é daquele com atribuição para licenciar a atividade, atuando os outros em caráter subsidiário, conforme o § 3º do mesmo dispositivo. Vale lembrar que a própria LCp 140/11 disciplina a competência para licenciamento, tendo mantido, como regra geral, o critério da extensão do dano, já adotado pela Resolução 237/97 do CONAMA.

Assim, se um particular vem exercendo atividade depredatória de nível regional, ou seja, abrangendo mais de um Município dentro do

autarquia criada, varia de acordo com a autonomia de cada Estado-membro. Apenas para facilitar a leitura, usar-se-á sempre o exemplo do RJ.

mesmo Estado, caberia precipuamente ao INEA a atividade fiscalizatória e, portanto, somente à autarquia estadual poder-se-ia imputar omissão na ação popular. Caso se tratasse de dano que abrangesse mais de um Estado, seria parte legítima o IBAMA. Em qualquer hipótese, no entanto, a omissão apontada deve ser específica.

Por fim, vale salientar que o requisito da lesividade, na ação popular ambiental, deve ser analisado *cum grano salis*. Do contrário, estar-se-ia impedindo a tutela de remoção de ilícito, que se diferencia da ressarcitória específica exatamente por não exigir a comprovação de dano.

Nesse sentido, é plenamente compreensível a necessidade de demonstração da lesividade quando se trata de ação popular impugnando ato prejudicial ao patrimônio público, pois não haveria interesse cívico-administrativo em se combater tão-somente uma ilegalidade que, sem prejuízo anexo, estaria mais próxima a uma mera irregularidade.

No que se refere ao direito ambiental, por outro lado, há que se fazer um raciocínio similar ao que os penalistas desenvolvem na diferenciação entre os crimes de perigo abstrato⁵ e de perigo concreto. Com efeito, nos crimes de perigo abstrato, ainda que não haja comprovação de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico protegido, esta é presumida por lei a partir de experiências sociais anteriores.

Exemplificando, o crime previsto no art. 306 da Lei 9.503/97 (direção de veículo automotor sob influência de álcool) pode ser praticado em via pública deserta, hipótese em que, mesmo sem apresentar possibilidade de causar lesão ou óbito a outrem, ainda assim restará caracterizado o delito. Para tanto, parte-se da premissa de que a norma foi elaborada a partir da experiência social pretérita de que essa conduta gera abstratamente um risco penalmente relevante e, portanto, deve ser objeto de prevenção e punição.

No direito ambiental, há que se fazer raciocínio similar. Melhor dito, é possível que um determinado empreendimento realizado em Área de Preservação Permanente não importe em efetiva lesão ao meio ambiente, mas tal ilícito deve ser extirpado em função da presunção de prejuízo constante na norma protetiva.

5 Em regra, os crimes ambientais são de perigo abstrato.

Nesse diapasão, no que tange aos requisitos da ação popular, a lesividade deve ser analisada à luz dos princípios de direito material e, caso demonstrada a ilegalidade, impõe seja abstratamente presumida. Do contrário, restará impossibilitada a tutela de remoção de ilícito em sede de ação popular.

Enfim, tal como se afirmou com relação à ação civil pública, a LAP está desatualizada e deve ser reinterpretada a fim de garantir a aplicação judicial das normas substantivas de proteção ambiental.

2 AS CLASS ACTIONS E O PRINCÍPIO DA SIMETRIA DE RISCOS

O sistema jurídico das *class actions* no direito norte-americano é bastante diferente do regime das ações coletivas brasileiras, dentre as quais a ação civil pública e a ação popular. Em alguns pontos, representam uma visão significativamente avançada, porém em outros demonstram deficiência. É o que se passa a analisar, também sem qualquer pretensão de exaurir o tema.

As *class actions* têm sua origem remota na Inglaterra, no âmbito das Cortes de Equidade, que abrangia competência para julgar as *injuction actions*. Aos tribunais de *law jurisdiction* cabia analisar as *damages actions*, ou seja, as demandas nas quais se pleiteava provimento de natureza condenatória.

Os tribunais de direito (*courts of law*), com o objetivo de simplificar o julgamento pelo júri, não permitiam o litisconsórcio voluntário lastreado apenas em questões comuns. Já as cortes de equidade (*courts of equity* ou *courts of chancery*), visando a dar maior efetividade e possibilitar maior acesso à justiça, possibilitavam essa diversidade de partes, desde que todos os interessados da lide efetivamente interviessem no feito. Somente assim se vislumbrava uma decisão completa e vinculante.

Contudo, no século XVII, as cortes de equidade perceberam que esse procedimento trazia obstáculos muitas vezes intransponíveis ao regular andamento do processo, impossibilitando a entrega da prestação jurisdicional. O litisconsórcio baseado em questão comum tornou-se, então, um óbice ao acesso à justiça. Diante disso, ainda no âmbito das *courts of equity*, foi editado o *bill of peace*, norma que permitia que todos os interessados no julgamento da demanda fossem representados por apenas uma ou algumas pessoas do grupo, dando origem às ações representativas (*representative actions*), de acordo com critérios de necessidade ou conveniência.

Esse sistema dual, jurisdição de direito e de equidade, foi parcialmente transplantado para os Estados Unidos. Diz-se parcialmente pois, na então colônia inglesa, ambas as competências foram entregues a um mesmo tribunal, contribuindo para a redução das diferenças entre os respectivos sistemas, até que, em 1789, com a criação do sistema judiciário federal, restaram unificados em uma única jurisdição⁶.

Já no direito norte-americano, as *representative actions* foram disciplinadas pela primeira vez em 1842 através do *Federal Equity Rule 48*. Posteriormente, foi editada a *Federal Equity Rule 38* de 1912. Finalmente, em 1938, a Suprema Corte norte-americana, por delegação do Congresso Nacional, publicou as *Federal Rules of Civil Procedure* que, com a reforma da *Rule 23* em 1966, corresponde ao arcabouço normativo atual das *class actions*.

São quatro os requisitos das *class actions*: impraticabilidade do litisconsórcio (*joinder impracticability* ou *numerosity*), questão comum (*commonality*), tipicidade (*typicality*) e representação adequada (*adequacy of representation* ou *vigorous prosecution test*), sendo os dois primeiros objetivos e os demais subjetivos.

A impraticabilidade do litisconsórcio não se confunde com impossibilidade deste. Trata-se de uma releitura do princípio do devido processo legal à luz do princípio do acesso à justiça, ou seja, se o número de interessados for tamanho que a participação de todos impeça ou dificulte sobremaneira o julgamento da lide, mitiga-se o contraditório direto em favor do contraditório representativo.

Nesse sentido, vale lembrar que a análise do requisito não é meramente quantitativa, mas também qualitativa, cabendo ao juiz exercer sua discricionariedade de acordo com o caso concreto. Ademais, insta ressaltar que o exercício do direito de retirada dos interessados (*opt out*) pode ser significativo ao ponto de causar a ausência superveniente da condição analisada.

Ao seu turno, a questão comum é o requisito que, por sua natureza, sempre deve estar presente nas ações coletivas, independente de previsão legal. Trata-se da identificação de uma causa similar, de fato

6 Segundo Antônio Gidi, quatro Estados norte americanos ainda possuem tribunais distintos para a law jurisdiction e equity jurisdiction (GIDI, 2007. p. 45).

ou de direito, comum a todos os interessados, que torna possível seu julgamento através de uma única sentença.

No Estados Unidos, admite-se seja a questão comum alegada tanto pelo autor (*plaintiff class action*) como pelo réu (*defendant class action*)⁷. Não bastasse, também é viável a certificação de uma ação coletiva parcial (*issue class action*), quando somente parte do litígio envolvendo o representante do grupo é comum a todos e, portanto, a coisa julgada somente terá eficácia *erga omnes* no que tange a esse capítulo da sentença.

A tipicidade é a condição segundo a qual o representante do grupo deve ser um membro integrante deste e, portanto, também detentor da questão comum. Cuida-se de requisito típico da cultura individualista norte-americana, que adota entendimento segundo o qual o representante do grupo somente exercerá sua função da melhor maneira possível se o seu próprio interesse também estiver sendo examinado.

No caso *Sierra Club vs. Morton*, julgado pela Suprema Corte em 1972, o autor, uma sociedade com especial interesse na conservação de parques e florestas nacionais impugnava a construção planejada pela Walt Disney Company de uma estação de esqui no *Mineral King Valley*, localizado na *Sequoia National Forest*, Estado da Califórnia. A Suprema Corte, após admitir a petição de *writ of certiorari*, julgou o recurso mas negou-lhe provimento. Na ocasião, a maioria do colegiado seguiu o voto do *Mr. Justice Stewart*, entendendo que faltava legitimidade ao autor para propor a ação, tendo em vista que o mesmo não teria sofrido diretamente nenhum prejuízo, seja de natureza econômica ou qualquer outra, nos seguintes termos:

A person has standing to seek judicial review under the Administrative Procedure Act only if he can show that he himself has suffered or will suffer injury, whether economic or otherwise. In this case, where petitioner asserted no individualized harm to itself or its members, it lacked standing to maintain the action.

Esse precedente até hoje vigora na jurisprudência norte-americana, vinculando os demais órgãos do poder judiciário a decidir da mesma forma em razão do *binding effect*. Portanto, para que uma demanda seja certificada como *class action*, é necessário que o representante seja membro do grupo e, dessa forma, também seja titular da questão comum.

7 No Brasil, não se admite a segunda hipótese (ação coletiva passiva), apesar da doutrina estar tratando do assunto.

Finalmente, a representação adequada é tido como o mais importante requisito e possui dois aspectos: é o direito dos ausentes de serem adequadamente representados; e caracteriza o direito destes de não serem atingidos pela coisa julgada formada sem representação adequada (*collateral attack*).

Em resumo, o representante deve demonstrar perante o Juízo (legitimidade *ope judicis*) que tem condições técnicas, físicas e financeiras para representar o grupo a contento. Também, não pode haver conflito de interesse do representante com o grupo nem com o advogado, não sendo adequado que o representante e o advogado sejam a mesma pessoa.

As associações civis, ainda que não possuam direito próprio contra a parte contrária, podem ser representante do grupo. Isso porque a legislação norte-americana outorga em favor delas uma espécie de legitimidade representacional, que, segundo a jurisprudência, derroga o requisito da tipicidade. Isso não as dispensa, contudo, de passar pelos demais crivos da representação adequada.

Com efeito, o Estado somente tem legitimidade para funcionar como representante adequado caso preenchidas três condições: o interesse público protegido deve ser elementar, deve possuir uma pretensão própria contra o réu e a ação tem que ter natureza declaratória ou injuntiva, exceto se houver autorização legal para demanda indenizatória⁸.

Desses quatro requisitos para a certificação de uma *class action*, os dois primeiros tem caráter objetivo e os dois últimos subjetivo. Essa diferenciação é importante em razão da consequência decorrente da falta de qualquer deles.

Em se verificando a ausência de uma condição objetiva (impraticabilidade do litisconsórcio ou questão comum), o juiz deve negar certificação da demanda como *class action*, a não ser que seja possível redefinir o grupo de forma a homogeneizá-lo. Vale lembrar, porém, que o feito prosseguirá a julgamento, porém eventual sentença terá eficácia apenas *inter partes*. Por outro lado, na falta de um pressuposto subjetivo, cabe ao juiz corrigir o defeito, nomeando alguma outra pessoa que possua tipicidade e representatividade adequada. Nesse caso, a negativa de certificação deve ser a última opção, adotada apenas se não for possível suprir o vício.

8 Um exemplo de autorização legal para o Estado propor ação indenizatória consta nas leis antitruste.

Talvez a mais importante característica da *class action* seja sua eficácia *erga omnes pro et contra*, ou seja, a coisa julgada atingirá a terceiros independentemente do resultado, seja a demanda julgada procedente ou improcedente, até mesmo se a sentença de improcedência se der por falta de provas. Em qualquer caso, a questão comum restará definitivamente julgada. Existem apenas duas exceções.

A primeira se dá quando o terceiro, ao ser notificado da certificação da *class actions*, expressamente exerce seu direito de retirada (*opt out*). Nesse caso, tal pessoa não será prejudicada por eventual sentença de improcedência, mas também não aproveitará um possível julgado de procedência.

A segunda exceção ocorre quando o grupo não é representado adequadamente em Juízo. Tal vício é considerado tão grave no direito norte-americano que não se sujeita à preclusão e nem mesmo se estabiliza com a coisa julgada. Assim, caso posteriormente se reconheça a ausência do requisito, qualquer juiz pode declarar incidentalmente o vício da *class action* e, então, julgar novamente a demanda que lhe for entregue, seja individual ou coletiva (*collateral attack*).

Nota-se, destarte, que é de interesse de todas as partes, inclusive daquela contra quem o grupo litiga, zelar pela representação adequada, pois somente assim alcançar-se-á a segurança jurídica almejada.

Essa sistemática foi implementada com a reforma da *Rule 23* em 1966 como resposta à ineficiência da então denominada *spurious class action*, uma espécie de ação coletiva que exigia que os membros do grupo expressamente manifestassem interesse na ação (sistema do *opt in*).

Nesse diapasão, a doutrina norte-americana majoritária afirma que a nova *Rule 23* é baseada no princípio da simetria de riscos, ou seja, todas as partes do processo devem se submeter a riscos similares em favor da segurança jurídica (FISS, 2004, p. 239). Logo, em caso de procedência, o réu terá sucumbido aos riscos aos quais submetidos. Ao contrário, na hipótese de improcedência, o autor deve suportar as consequências daí advindas.

Esse princípio não é mencionado pela doutrina brasileira, mas foi implicitamente reconhecido pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados (CCJC) como fundamento para rejeição do Projeto de Lei 5.139/09, que pretendia revogar a Lei 7.347/85

e disciplinar a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Vale a leitura do voto-vencedor, da lavra do Deputado José Carlos Aleluia:

[...] Quanto ao mérito, no entanto, o projeto não prospera. A proposta cria processo em que o réu recebe tratamento desigual de um juiz que terá liberdade para tomar partido sempre e somente em favor do autor, inclusive alterando a ordem das fases processuais, e concedendo liminares (e antecipações de tutela) sem que o autor as tenha pedido e sem que tenha sido dada oportunidade de defesa ao réu.

O autor não corre risco algum ao mover a ação: não paga custas, não paga pela prova a ser feita no curso da ação nem paga honorários, se vencido. Mais: praticamente quaisquer duas pessoas podem ir a juízo, apresentarem-se como representantes de um grupo ou até mesmo de toda a sociedade brasileira e pedirem, por exemplo, a paralisação de uma iniciativa do poder público por ofensa ao meio-ambiente. Não há requisitos para que alguém se apresente em juízo como representante de uma classe. Basta formalizar parcamente uma associação e defender, perante um juiz parcial e complacente, que sua causa é relevante.

A ação poderá seguir seu curso mesmo que o pedido do autor e o motivo de ele ter ido a juízo não tenham sustentação técnica, jurídica ou factual: o juiz pode chamar alguém para entrar no lugar dele e procurar outro motivo e outro pedido para continuar com a demanda.

Outro ponto de preocupação: se o réu for uma empresa e fizer acordo com o Ministério Público, poderá sofrer intervenção, ter sua direção impedida de mandar na empresa e, em seu lugar, outras pessoas passarão a decidir por ela. O projeto não impõe qualquer limite a essa interferência. Não diz sua finalidade nem por quanto tempo pode durar.

As ações coletivas foram criadas, entre outras coisas, para diminuir o número de ações sobre a mesma matéria. Mas o projeto, tal como está, acaba por alimentar mais ações: a ação coletiva pode conviver com ações individuais, sendo, assim, apenas mais uma, em vez de ser algo que resolva o litígio por todas.

Ademais, o projeto dá excessivo poder ao Ministério Público e à Defensoria Pública, sendo crime a não apresentação de documentos eventualmente solicitados por esses órgãos.

Em suma, a proposição não resolve os problemas do modelo atual das ações civis públicas, gera insegurança jurídica em escala inimaginável, fomenta a ida irresponsável a juízo para a defesa de interesses coletivos sem qualquer garantia de que esses interesses estejam sendo bem representados, e expõe toda a economia, toda a sociedade e todos os indivíduos ao risco de se tornarem réus numa ação em que serão tratados como párias, do começo ao seu longínquo fim. [...]

Ora, o parecer acima transcrito identifica dois dos maiores problemas das atuais ações coletivas: a ausência de controle da representatividade adequada do autor⁹ e a assimetria entre as partes.

A falta de controle sobre a representação adequada decorre do sistema de legitimação *ope legis*, que engessa o juiz no exame do requisito. Fundamenta-se a Lei 7.347/85 na presunção absoluta de que as pessoas jurídicas e órgãos públicos nela elencados exerceram a contento sua função dentro do processo.

Essa presunção até pode ser correta no que tange aos órgãos públicos (MP, Defensoria, entes da administração pública direta e indireta). Quanto às associações, o juiz deveria exercer um controle mais intenso, e não meramente formal como previsto na LACP. No que se refere à ação popular, a ausência de fiscalização da representatividade adequada é ainda maior, sendo o único requisito para o autor propor tal demanda a apresentação de título de eleitor.

De fato, talvez esse seja o motivo pelo qual as partes são tratadas de forma diferenciada nas ações coletivas brasileiras. Em outras palavras, a simetria de riscos somente existe se as partes não contribuem para o aumento destes. Por exemplo, uma associação de moradores da população ribeirinha do Rio Xingu provavelmente não tem as mesmas condições técnicas e financeiras para litigar contra o Consórcio Norte Energia, responsável pela construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte¹⁰.

Caso houvesse um controle mais eficiente sobre a representatividade adequada do autor, tanto nas ações civis públicas como nas ações populares, seria possível imaginar um processo que efetivamente

9 Vale lembrar que, no direito brasileiro, não há que se falar em representação adequada do réu, por inexistir previsão legal de ação coletiva passiva.

10 O exemplo é hipotético e meramente didático. Não se tem, no presente artigo, qualquer pretensão de elogiar ou criticar o referido empreendimento.

contribuísse para a almejada segurança jurídica, sem prejuízo ao direito material que se busca resguardar.

Somente assim, poder-se-ia admitir uma ação coletiva que pusesse termo a todos os litígios, coletivos ou individuais, independentemente do seu resultado (*pro et contra*) e das provas produzidas nos autos.

3 CONCLUSÃO

No presente artigo, buscou-se traçar um panorama atual das ações civis públicas e das ações populares, tidas como os principais instrumentos para proteção das normas substantivas de direito ambiental. Como antecipado, as leis de regência de ambos os institutos estão há muito defasadas, tanto comparadas às normas materiais como analisadas à luz da evolução da sociedade.

Essa deficiência deve ser corrigida preferencialmente pela elaboração de novas leis, seguindo o caminho constitucionalmente previsto, a fim de conferir legitimidade e segurança aos institutos. Contudo, na omissão legislativa, cabe às demais fontes de Direito, doutrina e jurisprudência, interpretar o arcabouço normativo atualmente vigente, à luz dos princípios constitucionais, visando a adequá-lo às modificações legais e sociais experimentadas nessas duas últimas décadas.

Nesse diapasão, as hipóteses de cabimento da ação civil pública foram estendidas pelo Código de Defesa do Consumidor a todos os casos de violação a direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. Coube à jurisprudência avançar também na proteção dos direitos individuais homogêneos, mesmo sem previsão no art. 1º da LACP. O mesmo se pode falar com relação à competência e a extensão subjetiva da coisa julgada, que foram e vem sendo objetos de amplo debate jurisprudencial e doutrinário.

Por sua vez, a utilização do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD) é tema que ainda precisa ser repensado. A sistemática atual, em que o valor das condenações decorrentes de ilícitos ambientais não necessariamente reverte para a recomposição da área degradada, tem mais semelhanças com uma multa de caráter punitivo-pedagógico, do que efetivamente com a tutela ressarcitória pelo equivalente em dinheiro. Nesse ponto, porém, eventual mudança fica adstrita à alteração legislativa, cabendo às demais fontes de Direito apenas formular sugestões e críticas.

Por sua vez, a ação popular como instrumento de proteção do meio ambiente também é de extrema relevância, apesar de ser menos utilizada do que a ação civil pública. Sua regulamentação, contudo, deixa muito a desejar, notadamente no que se refere ao cabimento desta para impugnar atos lesivos ao meio ambiente praticados por particulares, hipóteses em que se costuma alegar inércia de fiscalização do poder público para justificar seu ajuizamento.

O requisito da lesividade, outrossim, deve ser objeto de nova interpretação no que tange ao direito ambiental, partindo-se da premissa de que as normas protetivas trazem consigo uma presunção de que os atos que lhes são contrários também são lesivos ao meio ambiente. Essa lesividade abstrata, tal como ocorre nos crimes de perigo abstrato, decorreria de experiências anteriores valoradas pelo legislador.

Por fim, da análise comparada desses instrumentos com as *class actions* do direito norte-americano, pode-se depreender a necessidade de alteração das leis que tratam das diversas espécies de ação coletiva, dentre as quais a ação civil pública e a ação popular, possibilitando ao juiz examinar se o autor possui condições de representar adequadamente a sociedade ou o grupo de pessoas.

A partir dessa premissa, de que a coletividade está sendo representada a contento, será possível a aplicação do princípio da simetria entre as partes do processo e, por consequência, as ações coletivas do direito brasileiro avançarão em direção à consecução da segurança jurídica que se pretende alcançar com elas.

REFERÊNCIAS

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, v. 4, 2009.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto*

de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública em defesa do meio ambiente: a representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa. In: MILARÉ, Edis (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MOTA, Mauricio (coord.). *Fundamentos teóricos do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. *Função social do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ADI N. 4568: A ATUAÇÃO DA AGU NA DEFESA DA LEI N. 12.382/2011 – DIVULGAÇÃO DO VALOR DO SALÁRIO MÍNIMO POR DECRETO DO PODER EXECUTIVO¹

Filipo Bruno Silva Amorim

Procurador Federal,

Chefe da Procuradoria Federal no Estado do Rio Grande do Norte

especialista em Direito Constitucional pela UNISUL

mestre em Direito, área de concentração Políticas Públicas, pelo UniCEUB.

¹ O artigo visa promover uma análise descritiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tendo como ponto de referência a manifestação da Advocacia-Geral da União. Deste modo, inicia-se o texto com a descrição dos principais argumentos utilizados pela AGU na defesa da União, suas Autarquias e Fundações Públicas Federais, bem como os ventilados pelas partes adversas. Em seguida, descrevem-se os mais relevantes fundamentos declinados pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a demanda, a fim de se verificar se a AGU efetivamente influenciou o judiciário, tendo contribuído de forma efetiva e eficaz para a implementação da política pública desafiada judicialmente. Tal conclusão (A AGU influenciou ou não o STF no seu julgamento da demanda?) fica a cargo da percepção crítica do leitor.

1 APRESENTAÇÃO DO CASO

A fixação do salário mínimo em condições que atendam à população brasileira é uma política pública institucionalizada na Constituição Federal, que em seu artigo 7º, IV assim dispõe:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Vê-se que o dispositivo normatiza a fixação do salário mínimo por meio de lei, razão pela qual a lei n. 12.382/2011, que criou a política de valorização do salário mínimo de longo prazo, entre os anos de 2012 e 2015, foi contestada via Ação Direta de Inconstitucionalidade, tombada sob o n. 4568², eis que em seu artigo 3º há a previsão de que o estabelecimento do salário mínimo se dará via Decreto do Poder Executivo, senão observe-se:

Art. 3º Os reajustes e aumentos fixados na forma do art. 2º serão *estabelecidos* pelo Poder Executivo, por meio de decreto, nos termos desta Lei.

Parágrafo único. O decreto do Poder Executivo a que se refere o caput divulgará a cada ano os valores mensal, diário e horário do salário mínimo decorrentes do disposto neste artigo, correspondendo o valor diário a um trinta avos e o valor horário a um duzentos e vinte avos do valor mensal. (grifo nosso)

Referida ADI, proposta pelo Partido Popular Socialista – PPS, Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB e Democratas – DEM, tem por escopo a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo

² STF, ADI n. 4568, Relatora Ministra Cármen Lúcia. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1870956>. Acesso: 11 mar. 2012.

acima reproduzido ao fundamento de que ao se autorizar a fixação de reajustes e aumentos do salário mínimo por meio de decreto estar-se-ia violando o art. 7º, IV da Constituição, antes transcrito.

Nesse sentido, aduzem os requerentes que somente por meio de delegação legislativa, nos termos do art. 68 e seus §§ da Constituição Federal³, é que se poderia conferir ao Poder Executivo a atribuição de majoração do salário mínimo.

2 DOS ARGUMENTOS DA AGU

A Advocacia-Geral da União⁴, por sua vez, seja assessorando a Presidente da República na elaboração das suas informações ao Supremo Tribunal Federal, seja atuando na forma prevista pelo art. 103, § 3º da Constituição, bem como da Lei n. 9.868/99, posicionou-se pela constitucionalidade do dispositivo desafiado, consignando, para tanto, os argumentos que seguem.

Sustentou-se que foi a própria lei n. 12.382/2011 em seu artigo 2º⁵ que fixou os índices de atualização e cálculo do valor do salário mínimo

3 “Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º - Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

§ 2º - A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

§ 3º - Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.”

4 <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4039049>>. Acesso em: 12 mar. 2012.

5 Art. 2º Ficam estabelecidas as diretrizes para a política de valorização do salário mínimo a vigorar entre 2012 e 2015, inclusive, a serem aplicadas em 1º de janeiro do respectivo ano.

§ 1º Os reajustes para a preservação do poder aquisitivo do salário mínimo corresponderão à variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, calculado e divulgado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, acumulada nos doze meses anteriores ao mês do reajuste.

§ 2º Na hipótese de não divulgação do INPC referente a um ou mais meses compreendidos no período do cálculo até o último dia útil imediatamente anterior à vigência do reajuste, o Poder Executivo estimará os índices dos meses não disponíveis.

§ 3º Verificada a hipótese de que trata o § 2º, os índices estimados permanecerão válidos para os fins desta Lei, sem qualquer revisão, sendo os eventuais resíduos compensados no reajuste subsequente, sem retroatividade.

entre os anos de 2012 e 2015, de modo que o termo “estabelecidos” tem o significado prático de “divulgados” ou “declarados”, já que a fórmula de cálculo do seu valor já restou consignada em lei, tal qual previsto pelo texto constitucional, não havendo, deste modo, qualquer supressão de competência do legislativo ou ofensa a dispositivos da Lei Fundamental.

Muito pelo contrário, ao editar decreto que se limite a declarar o novo valor do salário mínimo, observados os critérios legais para a sua definição entre os anos de 2012 a 2015, o Poder Executivo exercerá tão somente função regulamentar plenamente vinculada. Não é a toa que o artigo 3º da lei n. 12.382/2011 traz, ao final, a expressão “nos termos desta Lei” (Manifestação da AGU, p. 06 e Informações do Presidente da República, p.05-06).

Tal fato restou explicitado na manifestação da AGU (p. 07), que citou inclusive trecho do parecer produzido pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado⁶, assim versado:

Certo é que é expressa, no art. 7º, IV, da Constituição, a determinação de que a fixação do salário mínimo é matéria de reserva legal, insuscetível de ser delegada a sua veiculação por decreto ou qualquer outro ato infralegal.

A doutrina e a jurisprudência são pacíficas nesse sentido.

Entretanto, o que se pretende na proposição em debate não é, absolutamente, delegar ao poder Executivo a fixação do salário mínimo, mas, tão-somente, determinar que o Presidente da República, mediante ato administrativo, declare, publique, informe esse valor, já fixado segundo os critérios estabelecidos na lei.

§ 4º A título de aumento real, serão aplicados os seguintes percentuais:

I - em 2012, será aplicado o percentual equivalente à taxa de crescimento real do Produto Interno Bruto - PIB, apurada pelo IBGE, para o ano de 2010;

II - em 2013, será aplicado o percentual equivalente à taxa de crescimento real do PIB, apurada pelo IBGE, para o ano de 2011;

III - em 2014, será aplicado o percentual equivalente à taxa de crescimento real do PIB, apurada pelo IBGE, para o ano de 2012; e

IV - em 2015, será aplicado o percentual equivalente à taxa de crescimento real do PIB, apurada pelo IBGE, para o ano de 2013.

§ 5º Para fins do disposto no § 4º, será utilizada a taxa de crescimento real do PIB para o ano de referência, divulgada pelo IBGE até o último dia útil do ano imediatamente anterior ao de aplicação do respectivo aumento real.

6 Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/87000.pdf>>. Acesso em: 2 mar. 2012.

O decreto que for editado anualmente estabelecendo o valor do salário mínimo é um ato totalmente vinculado, sem qualquer espaço para a discricionariedade. Apenas aplicará variáveis objetivamente determinadas ao valor do salário mínimo para explicar o que foi fixado em lei pelo Congresso Nacional.

Essa foi a tese levantada e defendida com sucesso pela Advocacia-Geral da União, ao sustentar a constitucionalidade do artigo 3º da lei n. 12.382/2011. Observe-se o seguinte trecho das informações elaboradas pela Advocacia-Geral da União e adotadas pela Presidente da República (p. 05-06) na referida ADI, *verbis*:

Dessa forma, foram fixados em lei o valor do salário mínimo de 2011 e a base para ser usada no reajuste anual até 2015. O Congresso Nacional apenas se absteve de declarar desde já o valor do salário mínimo pelos próximos anos porque não são conhecidos ainda o Índice Nacional de Preços ao Consumidos – INPC e o valor do Produto Interno Bruto – PIB para a correção dos anos de 2012 a 2015. Tais índices somente poderão ser conhecidos no futuro, quando serão calculados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

O objetivo do legislador foi aproximar o valor real do salário mínimo da previsão constitucional do inciso IV do artigo 7º, tido como norma programática. Esse empenho de aumento real do salário se revela na nova lei, que previu que, no esforço de garantir o poder aquisitivo do trabalhador, serão aplicados índices que reflitam a variação do INPC, calculado pelo IBGE, acumulados no ano que anteceda o reajuste. Há também previsão para o aumento do valor real mediante a utilização de percentuais de crescimento do PIB, de forma que a riqueza nacional reflita na composição dos valores do salário mínimo.

Os decretos presidenciais mencionados no artigo 3º da lei apenas declararão o valor do salário mínimo nos próximos anos, calculados com os parâmetros já estabelecidos na lei. Assim, tem-se que o salário mínimo não será fixado por decreto, mas sim pela própria lei.

Em não sendo permitido ao Poder Executivo qualquer sorte de inovação primária no ordenamento jurídico, mas exclusivamente a aplicação de indicadores econômicos que serão futuramente definidos pelo IBGE, a atividade por si desenvolvida no caso em tela está

circunscrita ao âmbito da função regulamentar, cujo exercício é típico da Administração (Manifestação da AGU, p. 08-09).

Isso é fato, uma vez que a Presidente da República não possui outra escolha senão submeter-se à dúplice vinculação especificada na lei, qual seja: o PIB e o valor do INPC, que são divulgados pelo IBGE. Desse modo, a política pública de valorização do salário mínimo de longo prazo, prevista constitucionalmente, não poderá ser contingenciada por discussões políticas circunstanciais e até eleitorais.

Noutro turno, a AGU também combateu o argumento de que o teor da norma declinada no art. 3º da lei n. 12.382/2011 teria a natureza de delegação legislativa imprópria, violando, deste modo, o preceito constitucional do art. 68 da nossa Lei Fundamental.

Com efeito, a Advocacia-Geral da União sustentou que ao passo que a lei combatida trouxe tanto os elementos essenciais para a determinação do valor do salário mínimo entre os anos de 2012 e 2015, como também todas as definições necessárias à sua plena execução, não haveria razão para se sustentar a tese da ocorrência de uma autorização legislativa que implicasse em uma abdicação de competência do Congresso Nacional em favor do Executivo Federal (Manifestação da AGU, p. 9).

Nesse sentido, lembrou-se que essa mesma técnica legislativa fora utilizada no Projeto de Lei n. 7.749/2010 enviado pela Presidência do STF ao Congresso Nacional em 12 de agosto de 2010, que dispunha sobre as atualizações pré-fixadas dos subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal para os exercícios de 2012 a 2015, conforme disposto no art. 48, XV, da Constituição (Manifestação da AGU, p. 10-11).

Ademais, citou-se precedente análogo veiculado no julgamento da ADI/MC n. 1287, Relator Ministro Sydney Sanches, onde o STF, analisando Medida Cautelar, emitiu juízo provisório de constitucionalidade sobre lei paranaense (Lei n. 6.615/1994) que determinava a atualização das rubricas orçamentárias do Estado mediante índices que deveriam ser publicados via decreto do Poder Executivo, ainda que previamente fixados pelo Poder Legislativo (Manifestação da AGU, p. 11-12).

Por fim, registrou-se que tanto não há delegação de competência para o Executivo que se o Legislativo não mais concordar com os critérios legais fixados pelo diploma combatido, basta que o revogue e aprove outro em seu lugar.

Assim, a AGU concluiu sua manifestação (p. 14) no seguinte sentido:

Conclui-se, assim, que a Lei nº 12.382/11 não atenta contra a reserva legal inscrita no artigo 7º, inciso IV, da Constituição, pois, ao atribuir ao Poder Executivo o encargo de estabelecer os reajustes e aumentos do salário mínimo, o artigo 3º desse diploma legal foi explícito em determinar a observância da fórmula fixada nos §§ e incisos do seu artigo 2º, que impõe a aplicação cumulativa dos índices de variação do INPC e do PIB para a determinação dos novos valores a serem estipulados.

Não existe, outrossim, qualquer espécie de usurpação da função precípua do Legislativo por decorrência do artigo 3º da Lei nº 12.382/11, uma vez que referido Poder pode, a qualquer momento, rever a decisão consubstanciada no artigo sob invecção a respeito da política de valorização do salário mínimo, bastando, para tanto, que aprove nova norma disciplinando a matéria.

Desse modo, constata-se a compatibilidade do artigo 3º da Lei nº 12.382/11 com os postulados contidos na Carta da República, especialmente com aqueles suscitados pelos requerentes como parâmetros de controle de constitucionalidade.

3 DO ACÓRDÃO DO STF

A relatora da ADI no Supremo Tribunal Federal, Ministra Cármen Lúcia, aponta de forma precisa o cerne da discussão travada, *verbis*:

[...] O ponto discutido na presente ação é se a norma do art. 3º da Lei n. 12.382/2011 contém determinação para se fixar o salário mínimo por decreto, a cada ano, de 2012 a 2015 (tese dos Autores da presente ação) ou mera indicação do quantum devido como salário mínimo a cada ano (até 2015), segundo o valor fixado naquele diploma legal.

Dito de outra forma: os Autores argumentam que o que se contém na lei é delegação para que a Presidente da República fixe o valor do salário mínimo. O que o Congresso Nacional e a Presidente informam, secundados pela Advocacia Geral da União e pela Procuradoria Geral da República, é que o valor já foi fixado pela Lei, cabendo à Chefé do Poder Executivo, por decreto, apenas atualizar e divulgar o valor segundo os parâmetros indicadores legalmente estatuídos. Para os Autores, a divulgação do novo quantum, a cada ano, por decreto desobedeceria o comando constitucional relativo ao

tipo legislativo a se adotar para tal procedimento, enquanto para os Requeridos a Constituição teria sido observada, pois o valor foi fixado pela Lei, cabendo ao Poder Executivo tão somente a quantificação do reajustamento anual do valor e o aumento, quando for o caso, pela apuração, aritmética, do quantum devido pela aplicação àquele valor dos índices definidos pelo Congresso Nacional (art. 2º da Lei n. 12.382/11).

5. A norma constitucional tida pelos Autores como contrariada refere-se à exigência de lei para o estabelecimento do valor do salário mínimo. O que se há de levar em conta para a sua interpretação é, portanto, a definição constitucional de fixação e de valor.⁷

Em seu voto, vê-se claramente que a Ministra acatou a argumentação despendida pela AGU, seja assessorando a Presidente da República, seja atuando em nome próprio como curadora da Constitucionalidade das Leis.

Tanto que, de início, analisando o teor da epígrafe da Lei (“dispõe sobre o valor de salário mínimo em 2011 e a sua política de valorização de longo prazo”) afirma que o escopo da lei não é somente traduzir em reais o valor do salário mínimo para o ano de 2011, mas também dispor acerca de como seria valorizado, ou seja quantificado em reais, o valor do salário mínimo que prevalecerá entre os anos de 2012 e 2015 (Inteiro Teor, p. 09).

Assim atuando, afirma a relatora, o Congresso Nacional, no exercício de sua competência típica, estabeleceu que o valor do salário mínimo para os anos de 2012 a 2015 seria o valor do salário mínimo de 2011 com os reajustes necessários à preservação do seu poder aquisitivo, para tanto haveria de corresponder à variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, calculado e divulgado pelo IBGE, acumulada nos doze meses anteriores ao mês do reajuste, consoante disposto pelo § 1º do art. 2º da Lei n. 12.382/11.

“Com tal estatuição”, prosseguiu a relatora, “o legislador retirou do Presidente da República qualquer discricionariedade quanto à fórmula para apuração do quantum a ser adotado segundo o valor legalmente fixado ou sequer quanto à possibilidade de revisão ou forma de compensação de eventuais resíduos” (Inteiro Teor, p. 11).

7 Vide nota 302, p. 08-09 do inteiro teor do Acórdão.

Quanto à alegação declinada pelos autores da ADI n. 4568 de que teria havido uma delegação de atribuições imprópria do Poder Legislativo para o Executivo, em malferimento ao art. 68 da Constituição, já que tal se perfectibilizaria mediante lei ordinária e não mediante lei delegada, a Ministra Cármen Lúcia a afasta sob três argumentos diversos:

- a) O primeiro, repetindo o que já dissera anteriormente, de que o Executivo não fixa os critérios para o cálculo do salário mínimo, mas só o declara, tratando-se de ato vinculado e não passível de alteração discricionária por parte daquele Poder;
- b) O segundo aduz que ainda que delegação houvesse, e para se superar essa mácula legislativa se afastasse da lei a previsão quanto à “decretação do salário mínimo” pelo Poder Executivo, tal providência não teria o condão de alterar a realidade fática imposta pela lei. Vale dizer, com a previsão ou não do decreto pelo Poder Executivo, os valores do salário mínimo para os anos de 2012 a 2015 não sofreriam qualquer modificação quantitativa por força dessa providência, já que os critérios objetivos de aferição do seu montante permaneceriam inalterados; e
- c) O terceiro, por fim, supera a questão da pseudo-delegação ante o simples fato de que a lei combatida emanou do Congresso Nacional, podendo ser por esse mesmo Congresso revogada, sem qualquer interferência do Poder Executivo.

Por esses fundamentos⁸, a Ministra Cármen Lúcia julgou improcedente o pedido formulado na ADI n. 4568 e declarou constitucionais os dispositivos questionados.

Insta observar que o Ministro Luis Fux, acompanhando na integralidade o voto da Ministra Cármen Lúcia, destaca a tese da AGU ao afirmar que o papel do Poder Executivo é diminuto no que concerne à fixação do salário mínimo, já que a ele caberá tão só a edição de um decreto que aplicará de modo absolutamente vinculado à lei os critérios previamente desenhados pelo legislador⁹.

8 Percebe-se que a grande maioria dos argumentos deduzidos no voto da Ministra Relatora encontram-se consignados na manifestação da AGU, o que reforça a tese de sua atuação contenciosa influenciou de forma decisiva a adoção da política pública de valorização de longo prazo do salário mínimo.

9 “Dentro desse sistema teleologicamente orientado a assegurar a efetividade do artigo 7º, IV, da Constituição, o papel a ser desempenhado pelo Chefe do Poder Executivo, como foi destacado aqui

De igual modo, o Ministro Ricardo Lewandowski, destaca a argumentação da AGU a fim de se posicionar acompanhando a Ministra Cármen Lúcia. Assim afirma, *in litteris*:

Senhor Presidente, também julgo improcedente a ação, baseado nos excelentes argumentos veiculados pela ilustre Relatora e pelos Ministros que me precederam. No entanto, chamou a minha atenção, de modo especial, um argumento veiculado pelo eminente Advogado-Geral da União, Luís Inácio Adams, segundo o qual o ato a que se refere o artigo 3º da Lei 3.382¹⁰, que está sendo impugnado nessa ação direta de inconstitucionalidade, tem uma natureza meramente administrativa. Ele é um ato de caráter declaratório, não tem natureza constitutiva, não cria direito novo.

O Chefe do Executivo periodicamente constatará qual foi o INPC do ano anterior e também fará os cálculos do crescimento do PIB, para o efeito exatamente pretendido na lei do aumento real que se quer dar ao salário mínimo, e simplesmente divulgará o resultado dessa equação. Portanto, não se trata de nenhuma burla ao comando constitucional que exige uma lei para fixar o salário mínimo; não há, então, nenhuma inconstitucionalidade a ser apontada a meu ver por este Egrégio Plenário.

Acompanho a Relatora, julgando também improcedente a ação.¹¹

Adotando esses fundamentos, o STF, por maioria de votos, julgou improcedente a ADI e declarou constitucionais os dispositivos legais atacados¹².

pela Advocacia-Geral da União, esse papel é, na realidade, bastante diminuto. Cabe a ele, pela edição de decreto, apenas estabelecer os reajustes e aumentos fixados na forma da lei que serão estabelecidos, então, dessa forma pouco ingerente, pelo Poder Executivo. Em outras palavras, o decreto do Poder Executivo apenas aplicará de modo absolutamente vinculado à lei os critérios já previamente delineados pelo legislador.” (Inteiro Teor, p. 17)

10 Erro de digitação constante do original disponibilizado na internet. A lei é a de n. 12.382.

11 Inteiro Teor, p. 38.

12 “**EMENTA: CONSTITUCIONAL. VALOR DO SALÁRIO MÍNIMO. ART. 3. DA LEI N. 12.382, de 25.2.2011. VALOR NOMINAL A SER ANUNCIADO E DIVULGADO POR DECRETO PRESIDENCIAL. DECRETO MERAMENTE DECLARATÓRIO DE VALOR A SER REAJUSTADO E AUMENTADO SEGUNDO ÍNDICES LEGALMENTE ESTABELECIDOS. OBSERVÂNCIA DO INC. IV DO ART. 7. DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.**

1. A exigência constitucional de lei formal para fixação do valor do salário mínimo está atendida pela Lei n. 12.382/2011.

2. A utilização de decreto presidencial, definida pela Lei n. 12.382/2011 como instrumento de anúncio e divulgação do valor nominal do salário mínimo de 2012 a 2015, não desobedece o comando constitucional posto no inc. IV do art. 7º. da Constituição do Brasil.

A Lei n. 12.382/2011 definiu o valor do salário mínimo e sua política de afirmação de novos valores nominais para o período indicado (arts. 1º. e 2º.). Cabe ao Presidente da República, exclusivamente, aplicar os índices definidos legalmente para reajuste e aumento e divulgá-los por meio de decreto, pelo que não há inovação da ordem jurídica nem nova fixação de valor.

3. Ação julgada improcedente.”

NORMAS EDITORIAIS PARA A REVISTA DA AGU

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.