

REVISTA DA  
**AGU**

volume 14 nº 02 - Brasília-DF, abr./jun. 2015

CLASSIFICAÇÃO — QUALIS B1

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

Revista da da AGU	Brasília	v. 14	nº 02	p. 1-284	abr./jun. 2015
-------------------	----------	-------	-------	----------	----------------

# Revista da AGU

## Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

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

### ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

### DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque Faria	Secretário-Geral de Consultoria
Renato Rodrigues Vieira	Procurador-Geral Federal
Paulo Henrique Kuhn	Procurador-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
José Levi Mello do Amaral Júnior	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretária-Geral de Contencioso

### ESCOLA DA AGU

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

**ABNT(adaptação)/Diagramação:** Niuza Lima /Gláucia Pereira

**Capa:** Niuza Lima

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

### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da AGU / Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes  
Leal. - Brasília : EAGU, 2002.  
v. ; 23 cm.

Quadrimestral: n.1, 2002-n.14, 2007. Trimestral: n.15, 2008-.

Primeiro número editado como edição especial de lançamento.

Primeiro título da publicação: Revista da AGU: Centro de Estudos Victor Nunes  
Leal Advocacia-Geral da União (2002-n.6, abr.2005). Altera o título para: Revista da  
AGU : Escola da Advocacia-Geral da União (n.7, ago. 2005-2007). Continuada com o  
título: Revista da AGU (2008-).

Apartir de 2015, houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá  
numeração 1-4 em todos os anos subsequentes.

ISSN 1981-2035

I. Direito Público. II. Advocacia-Geral da União.

CDD 341.05  
CDU 342(05)

## Conselho Editorial

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

### EDITOR CHEFE

Juliana Sahione Mayrink Neiva - DF

### VICE EDITORES

André Luiz de Almeida Mendonça - ESP  
Jefferson Carús Guedes - DF

### EDITORES ASSISTENTES

Gláucia Maria Alves Pereira  
Niuza Gomes Barbosa de Lima

## Pareceristas Nacionais

Alexandre Reis Siqueira Freire - DF	Flávio Roberto Batista - SP
André Luiz Santa Cruz Ramos - DF	Francisco Humberto Cunha Filho - CE
André Petzhold Dias - AM	Gregore Moreira de Moura - MG
Andrea de Quadros Dantas Echeverria - DF	Gustavo Augusto Freitas Lima - DF
Carlos José de Souza Guimarães - RJ	José Tadeu Neves Xavier - RS
Carolina Yumi de Souza - SP	Judivan Juvenal Vieira - DF
Clóvis Juarez Kemmerich - RS	Karla Margarida Martins Santos - DF
Cristina Campos Esteves - MG	Leonardo Vizeu Figueiredo - RJ
Dalton Santos Morais - ES	Luís Carlos Martins Alves Jr. - DF
Denise Lucena Cavalcante - CE	Luis Cláudio Martins de Araújo - RJ
Dimitri Brandi de Abreu - DF	Maria de Fátima Knaippe Dibe - DF
Douglas Henrique Marin dos Santos - DF	Mariana Filchtiner Figueiredo - RS
Eduardo Rocha Dias - CE	Natalia Camba Martins - SP
Eliana Pires Rocha - ESP	Nilma de Castro Abe - SP
Elomar Lobato Bahia - ARG	Omar Bradley Oliveira de Sousa - PB
Eugênio Battesini - RS	Raphael Greco Bandeira - DF
Fabiano André de Souza Mendonça - RN	Rui Magalhães Piscitelli - DF
Fernanda Menezes - DF	Valdirene Ribeiro de Souza Falcão - SP
Filipo Bruno Silva Amorim - RN	Valério Rodrigues Dias - SP
Flávia Danielle Santiago Lima - PE	

## Pareceristas Internacionais

Gustavo Calvino - ARG  
Nicolás Rodríguez García - ESP  
Pedro Tomás Nevado-Batalla Moreno - ESP

# SUMÁRIO

Editorial ..... 7

## AUTORES CONVIDADOS

The Transnational Institutional Dialogue in Belo Monte Case  
*Luis Cláudio Martins de Araújo* ..... 9

Uma Análise Sobre a ADPF 341 do STF: a possibilidade de revisão da política pública de ensino superior relacionada ao Financiamento Estudantil (FIES) em vista do Princípio que veda o retrocesso social (Proibição de Regressividade)  
*The Obligation Of Progressive Achievement In The Right To Education In Brazilian Law: How The Brazilian Supreme Court Can Rule About The Changes Of The Public Policy Designed To Promote Access To Higher Education*  
*Fábio Lima Quintas*  
*Altair Roberto de Lima* ..... 45

## ARTIGOS

A Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos Serviços Públicos Concedidos  
*Applicability of the Code of Consumer Protection to Public Services*  
*Clarissa Teixeira Paiva* ..... 73

Responsabilidade Civil por Danos Associados ao Amianto: o problema do Nexo Causal  
*Civil Liability for Damages of Human Exposure to Asbestos: the problem of causation*  
*Domingos Riomar Novaes* ..... 103

Características do Princípio da Moralidade Administrativa como Valor  
*Characteristics of the Principle of Administrative Morality as Value*  
*Flávio Garcia Cabral*..... 135

Aposentadorias Para os Segurados com Deficiência  
*Retirement for Insured Persons with Disabilities*  
*Leonardo Monteiro Xexéo*..... 161

Saúde, Direito e Tópica no Supremo Tribunal Federal  
*Health, Rights and Topos in the Supreme Court*  
*Luiz Antônio Ribeiro da Cruz*..... 181

A Desconsideração da Personalidade Jurídica e o Novo Código de Processo Civil  
*Piercing the Corporate Veil and the New Civil Procedure Code*  
*Michael César Silva*  
*Vinícius Lott Thibau* ..... 203

Direito de Construir em Face de Alterações Legislativas do Direito Ambiental: Direito Adquirido X Proteção ao Meio Ambiente <i>Right to Build in the Face of Legislative Changes of Environmental Law: Acquired Right X Environment Protection</i> <i>Paulo Henrique Carneiro Fontenele</i> .....	233
Aspectos Econômicos e Jurídicos da Exploração do Petróleo: breve introdução ao contrato de partilha da produção <i>Economic and Legal Aspects of Oil Exploration: short introduction to the production sharing contract</i> <i>Regina Linden Ruaro</i> <i>Fabrizio Quixadá Steindorfer Proença</i> .....	261



## EDITORIAL

A Revista da AGU agora é Qualis B1.

Não há notícia mais alvissareira para um periódico, para uma Revista Científica de Direito, que a sua reavaliação e ascensão nos rankings oficiais das agências de fomento à pesquisa e à divulgação científica. Pois este é o fato importante a se destacar neste Número 02, Volume 14, da Revista da AGU.

Após sucessivas avaliações anuais à cargo do setor Qualis-Periódicos da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES a Revista da AGU ascendeu para o estrato máximo da categoria 'B', composta por cinco níveis, ou seja, ao estrato 'B1'. A estratificação inteira é composta por 8 estratos: C; B5, B4, B3, B2, B1; A2 e A1, o mais elevado.

Tendo este periódico galgado já seis dos oito níveis, esta é uma hora de júbilo pela conquista do Estrato B1, mas a meta, por óbvio, é alcançar o estrato A2 e A1, é prosseguir no progresso.

Por esta razão permanecem os objetivos de qualidade dos artigos e outros tipos de produção, por esta razão também permanecem os objetivos de dupla avaliação cega por pares, que garante a publicação de textos de modo impessoal e igualitário, abarcando a produção nacional e internacional, sem privilégios a grupos ou instituições.

Este Número 02, Volume 14, correspondente aos meses abril/junho de 2015, destaca em seu conteúdo, como autores convidados, Luis Cláudio Martins de Araújo, com artigo *The Transnational Institutional Dialogue in Belo Monte Case* e Fábio Lima Quintas Altair Roberto de Lima, com artigo *Uma Análise Sobre a ADPF 341 do STF: a possibilidade de revisão da política pública de ensino superior relacionada ao Financiamento Estudantil (FIES) em vista do Princípio que veda o retrocesso social (Proibição de Regressividade)*. Dentre os demais artigos submetidos à dupla avaliação cega, destacam-se artigos de Direito Processual Civil como *A Desconsideração da Personalidade Jurídica* e o *Novo Código de Processo Civil*, de Michael César Silva Vinícius Lott Thibau; de Direito Regulatório como *Aspectos Econômicos e Jurídicos da Exploração do Petróleo: breve introdução ao contrato de partilha da produção*, de Regina Linden Ruaro Fabrício Quixadá Steindorfer Proença; de Direitos Sociais e Responsabilidade

Civil como Responsabilidade Civil por Danos Associados ao Amianto: o problema do Nexo Causa, de Domingos Riomar Novaes e Saúde, Direito e Tópica no Supremo Tribunal Federal, de Luiz Antônio Ribeiro da Cruz; de Direito Administrativo como Características do Princípio da Moralidade Administrativa como Valor, de Flávio Garcia Cabral e A Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos Serviços Públicos Concedidos, de Clarissa Teixeira Paiva; de Direito Previdenciário, como Aposentadorias Para os Segurados com Deficiência, de Leonardo Monteiro Xexéo; Direito Urbanístico, como Direito de Construir em Face de Alterações Legislativas do Direito Ambiental: Direito Adquirido X Proteção ao Meio Ambiente, de Paulo Henrique Carneiro Fontenele.

Essa diversidade de matérias, com preponderância ao Direito Público e Direito Constitucional, reflete o estágio atual do debate jurídico nacional que encontra na Constituição o limite e o ponto de convergência de todas as demais áreas do direito.

Outro aspecto relevante é a publicação de um dos artigos em língua inglesa, embora de autor nacional, com tema nacional e com foco em tema de confronto entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com amparo parcial em bibliografia nacional permite aos leitores estrangeiros o acesso a um dos mais rumorosos debates sobre a judicialização de políticas públicas em Belo Monte e o contraste entre dois interesses protegidos no plano interno e internacional, entre soberania dos Estados e proteção do ambiente natural.

Assim, a Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal e a Revista da AGU se congratulam com os leitores e autores e, especialmente com as equipes de avaliadores e de edição que invisivelmente contribuem para a ascensão deste periódico.

Jefferson Carús Guedes  
Vice Editor

# THE TRANSNATIONAL INSTITUTIONAL DIALOGUE IN BELO MONTE CASE

*Luis Cláudio Martins de Araújo<sup>1</sup>*

**SUMMARY:** 1 The Belo Monte Dam; 2 The Inter-American Commission on Human Rights Position in the Belo Monte Case; 3 The Supreme Court of Brazil Position in the Belo Monte Case; 4 Principle of State

---

<sup>1</sup> Federal Attorney (Attorney General's Office of Federative Republic of Brazil). Doctor of Philosophy (DPhil) candidate at the University of the State of Rio de Janeiro (UERJ). Visiting Scholar at the University of Cambridge (Cambridge). Academic Visitor at the University of Oxford (Oxford). Visiting Fellow at the Lauterpacht Centre for International Law of the University of Cambridge (Lauterpacht Centre). Visiting Researcher at the Fordham University School of Law (Fordham). Master of Law (Msc.) at the Federal University of Rio de Janeiro (UFRJ). Post Graduate on International Environmental Law at the United Nations (United Nations Institute for Training and Research). Post Graduate in International Law at the Inter-American Juridical Committee of Organization of American States (OAS). Post Graduate in Constitutional Procedural Law at the University of State of Rio de Janeiro (UERJ). Bachelor in Law at the Catholic University of Rio de Janeiro (PUC-Rio). Researcher, teacher and writer.

Sovereignty and the International Cooperation; 5  
The Institutional Dialogue Between the Supreme  
Court of Brazil and Inter-American Commission on  
Human Rights in Belo Monte Case; 7 Conclusion;  
7 Abbreviations; References.

**ABSTRACT:** This article aims to discuss the relationship between the Supreme Court of Brazil and the Inter-American Commission on Human Rights, especially in Belo Monte Dam Case, bearing in mind that when disagreements occur States must cooperate to avoid transboundary or global environmental problems. The classic concepts of nation-state sovereignty resulted from the Peace of Westphalia in 1648 and the permanent Sovereignty over Natural Resources based on territorial integrity and the right to self-determination and non-intervention of the States is guaranteed by the main international instruments. Similarly, the International Environmental Law, structured on the unquestionable right of an ecological balance, is a standard to be followed by the international community to guarantee that environmental damages do not cause harm to areas beyond the limits of the State. Thus the States have the sovereign right over it owns resources, but have also the responsibility to ensure the environment protection. Therefore, this essay intends to demonstrate, particularly under the influence of Jeremy Waldron<sup>2</sup>, Rosalind Dixon<sup>4</sup>, John Rawls<sup>5</sup> and Jürgen Habermas<sup>6</sup> conceptions, that in the Belo Monte Dam Case, the dialogue between Domestic and International institutions according to the international cooperation is mandatory to guarantee coherence and unity to the new millennium international system.

**KEYWORDS:** Belo Monte Dam. Institutional Dialogue. Environment. State Sovereignty. Cooperation.

- 
- 2 WALDRON, Jeremy, *Teaching Cosmopolitan Right*, in Kevin McDonough and Walter Feinberg (eds.) EDUCATION AND CITIZENSHIP IN LIBERALDEMOCRATIC SOCIETIES: COSMOPOLITAN VALUES AND CULTURAL IDENTITIES (Oxford University Press, 2003).
  - 3 WALDRON, Jeremy, *Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative*, 25 U. MICH. J.L. REFORM 751 (1991-1992) at 778.
  - 4 DIXON, Rosalind, *Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments*, Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper n° 349, May 2011.
  - 5 RAWLS, John. *The Law of Peoples*. Cambridge: Harvard UP, 1999.
  - 6 HABERMAS, Jürgen. *Teoria de La Accion Comunicativa*. Madrid: Taurus Ediciones, 1987.

## 1 THE BELO MONTE DAM

The Belo Monte is a proposed hydroelectric dam complex on the Xingu River in the state of Pará, Brazil, which would make it the second-largest hydroelectric dam complex in Brazil and the world's third-largest in installed capacity that could guarantee electricity to the main Brazilian power grid and which would distribute it throughout the country<sup>7</sup>.

The project of the Belo Monte Dam Complex dates back to 1975 during Brazil's military dictatorship when a hydrographic study to locate potential sites for a hydroelectric project on the Xingu River was realized. This study was completed in 1979 and identified the possibility of constructing dams on the Xingu River<sup>8</sup>.

After many years of discussion and legal issues, the Brazilian National Congress promulgated the Legislative Decree 788/2005 authorizing the implementation of Belo Monte Dam as follow: "article 1. Is authorized the implementation of Belo Monte Dan in the Xingu River, located in Para State, to be developed after economic, environmental and others technical studies. article 2. The studies refer.red to in art. 1 of this Legislative Decree shall include, among others, the following: I - Environmental Impact Assessment - EIA; II - Environmental Impact Report - EIR; III - Integrated Environmental Assessment - IAA of the Xingu River basin, and IV - a study of an anthropological nature, relating to indigenous communities in areas within the influence of the project, and pursuant to § 3 of art. 231 of the Constitution, the affected communities must be heard. Sole Paragraph. The studies mentioned in the main article, with the participation of the State of Para. article 3 The studies mentioned in art. 1 of this Legislative Decree will be crucial to allow the measures in the legislation aimed at implementing the Belo Monte Dan."

Subsequent to the Legislative Decree 788/2005, the Brazilian environmental agency IBAMA had granted a provisional environmental license in February 2010, one of three licenses required by Brazilian legislation for development projects. A partial installation license was granted on the 26<sup>th</sup> of January 2011, authorizing the beginning of the construction activities, including forest clearing, the construction of easement areas, and the improvement of existing roads for the transport of equipment and machinery. The license to construct the dam was issued on

---

7 Belo Monte- Eletrobras, <http://www.eletronbras.com>, (27 July 2011).

8 Belo Monte, <http://topicos.estadao.com.br/belo-monte>(27 July 2011).

the 1<sup>st</sup> of June 2011, after the Environmental Impact Assessment and the opportunity of the public access to Information and public participation<sup>9</sup>.

However, besides the economic advantage, the project of the Belo Monte Dam has a strong opposition in domestic and international community, especially bearing in mind the impacts in the ecosystems and the biodiversity and to the indigenous and local communities.

## 2 THE INTER-AMERICAN COMISSION ON HUMAN RIGHTS POSITION IN THE BELO MONTE CASE

The Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) was created in 1959 as one of two bodies in the inter-American system for the promotion and protection of human rights. The IACHR is an autonomous organ and a permanent body of the Organization of American States (OAS) which mandate is found in the Organization of American States (OAS) Charter<sup>10</sup> and the American Convention on Human Rights<sup>11 12</sup>.

Particularly, the Organization of American State (OAS) aims at the coordination of the member States allowing the integration process based on the reciprocal rights and obligations of the States. Since its inception<sup>13</sup>, the Organization of American States has set the

9 Belo Monte, <http://topicos.estadao.com.br/belo-monte> (27 July 2011).

10 OAS Charter, [http://www.oas.org/dil/treaties\\_A-41\\_Charter\\_of\\_the\\_Organization\\_of\\_American\\_States.htm](http://www.oas.org/dil/treaties_A-41_Charter_of_the_Organization_of_American_States.htm), (27 August 2011).

11 AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS "PACT OF SAN JOSE, COSTA RICA", <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-32.html>, (27 August 2011).

12 It's important to stress that the inter-American human rights system was born with the adoption of the American Declaration of the Rights and Duties of Man in Bogotá, Colombia in April of 1948 and was the first international human rights instrument of a general nature. In 1969, the American Convention on Human Rights was adopted and in 1978 the Convention entered into force. As of August of 1997, it has been ratified by 25 countries: Argentina, Barbados, Brazil, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Suriname, Trinidad and Tobago, Uruguay and Venezuela. The Convention defines the human rights which the ratifying States have agreed to respect and ensure. The Convention also creates the Inter-American Court of Human Rights.

13 The origins of Organization of American State dates back to the 1826 in Congress of Panama, when Simon Bolívar proposed the creation of a league of American republics. Thus in 1889/1890, at the First International Conference of American States in Washington-D.C., the International Union of American Republics was founded. Subsequently, at the Fourth International Conference of American States (Buenos Aires, 1910), the name of the organization was changed to the "Union of American Republics". Later, the experience of World War II convinced the States to adopt a system of collective security by the Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance (Rio Treaty) signed in 1947 in Rio de Janeiro.

tone for the structure to support democratic processes in the region. In this framework an important point is the discussion concerning the Inter-American Democratic Charter (IADC)<sup>14 15</sup>, which requires that “peoples of the Americas have a right to democracy and their governments have an obligation to promote it and defend it”. Thus, the Inter-American Democratic Charter is the affirmation that democracy is and should be the common form of government for all countries of the Americas, and it represents a collective commitment to maintaining and strengthening the democratic system in the region, increasing and upholding of democratic institutions throughout the nations of the Americas.

Nevertheless, the IACHR main function is to promote the observance and the defense of human rights<sup>16</sup>. Thus, in carrying out its mandate, the Commission, especially in the Belo Monte case, the Inter-American Commission on Human Rights adopted a Precautionary

---

Finally, in March and May 1948 in the Ninth International Conference of American States held in Bogota was created the Organization of American States

- 14 Inter-American Democratic Charter – OAS, [http://www.oas.org/charter/docs/resolution1\\_en\\_p4.htm](http://www.oas.org/charter/docs/resolution1_en_p4.htm), (27 August 2011).
- 15 The Inter-American Democratic Charter dates back to the Declaration of Quebec City (April 2001) that affirms the commitment to democracy to reinforce OAS instruments already in place for the defense of representative democracy, which were: the OAS Charter (1948); the Protocol of Cartagena (1985); General Assembly resolution AG/RES. 1080 (XXI-O/91) adopted in Santiago, Chile, in 1991; and the Protocol of Washington (1997).
- 16 IACHR main functions are: a) Receives, analyzes and investigates individual petitions which allege human rights violations, pursuant to Articles 44 to 51 of the Convention. This procedure will be discussed in greater detail below; b) Observes the general human rights situation in the member States and publishes special reports regarding the situation in a specific State, when it considers it appropriate; c) Carries out on-site visits to countries to engage in more in-depth analysis of the general situation and/or to investigate a specific situation. These visits usually result in the preparation of a report regarding the human rights situation observed, which is published and sent to the General Assembly; d) Stimulates public consciousness regarding human rights in the Americas. To that end, carries out and publishes studies on specific subjects, such as: measures to be taken to ensure greater independence of the judiciary; the activities of irregular armed groups; the human rights situation of minors and women, and; the human rights of indigenous peoples; e) Organizes and carries out conferences, seminars and meetings with representatives of Governments, academic institutions, non-governmental groups, etc... in order to disseminate information and to increase knowledge regarding issues relating to the inter-American human rights system. f) Recommends to the member States of the OAS the adoption of measures which would contribute to human rights protection; g) Requests States to adopt specific “precautionary measures” to avoid serious and irreparable harm to human rights in urgent cases. The Commission may also request that the Court order “provisional measures” in urgent cases which involve danger to persons, even where a case has not yet been submitted to the Court; h) Submits cases to the Inter-American Court and appears before the Court in the litigation of cases; i) Requests advisory opinions from the Inter-American Court regarding questions of interpretation of the American Convention.

Measure to prevent an irreparable damage in the environment and the indigenous communities. The mechanism for precautionary measures is established in Article 25 of the Rules of Procedure of the IACHR that establish that, in serious and urgent situations, the Commission may, on its own initiative or at the request of a party, request that a State adopt precautionary measures to prevent irreparable harm to persons or to the subject matter of the proceedings in connection with a pending petition or case, as well as to persons under the jurisdiction of the State concerned, independently of any pending petition or case. The measures may be of a collective nature to prevent irreparable harm to persons due to their association with an organization, a group, or a community with identified or identifiable members. Moreover, the Rules of Procedure establish that the granting of such measures and their adoption by the State shall not constitute a prejudgment on the violation of the rights protected by the American Convention on Human Rights or other applicable instruments<sup>17</sup>.

Thus, on April 1, 2011, the IACHR granted the Precautionary Measures 382/10 for the members of the indigenous communities of the Xingu River Basin in Pará, Brazil: the Arara of Volta Grande do Xingu; the Juruna of Paquiçamba; the Juruna of “Kilómetro 17”; the Xikrin of Trincheira Bacajá; the Asurini of Koatinemo; the Kararaô and Kayapó of the Kararaô indigenous lands; the Parakanã of Apyterewa; the Araweté of the Igarapé Ipixuna; the Arara of the Arara indigenous lands; the Arara of Cachoeira Seca; and the Xingu Basin indigenous communities in voluntary isolation. The request for precautionary measure alleges that the life and physical integrity of the beneficiaries is at risk due to the impact of the construction of the Belo Monte hydroelectric power plant. The Inter-American Commission requested that the State of Brazil immediately suspend the licensing process for the Belo Monte Hydroelectric Plant project and stop any construction work from moving forward until certain minimum conditions are met. The State must (1) conduct consultation processes, in fulfillment of its international obligations- meaning prior consultations that are free, informed, of good faith, culturally appropriate, and with the aim of reaching an agreement- in relation to each of the affected indigenous communities that are beneficiaries of these precautionary measures; (2) guarantee that, in order for this to be an informed consultation process, the indigenous communities have access beforehand to the Social and Environmental Impact Study project’s, in an accessible

---

17 Precautionary measures 2010– CIDH, <http://www.cidh.oas.org/medidas/2011.eng.htm>, (30 July 2011).

format, including translation into the respective indigenous languages; (3) adopt measures to protect the life and physical integrity of the members of the indigenous peoples in voluntary isolation of the Xingu Basin, and to prevent the spread of diseases and epidemics among the indigenous communities being granted the precautionary measures as a consequence of the construction of the Belo Monte hydropower plant. This includes any diseases derived from the massive influx of people into the region as well as the exacerbation of transmission vectors of water-related diseases such as malaria<sup>18</sup>.

After, on July 29, 2011, during its 142nd regular session, the IACHR evaluated Precautionary Measure 382/10, based on information submitted by the Brazil State and the petitioners, and modified the aim of the measure. The IACHR requested that Brazil: 1) Adopt measures to protect the lives, health, and physical integrity of the members of the Xingu Basin indigenous communities in voluntary isolation and to protect the cultural integrity of those communities, including effective actions to implement and execute the legal/formal measures that already exist, as well as to design and implement specific measures to mitigate the effects the construction of the Belo Monte dam will have on the territory and life of these communities in isolation; 2) Adopt measures to protect the health of the members of the Xingu Basin indigenous communities affected by the Belo Monte project, including (a) accelerating the finalization and implementation of the Integrated Program on Indigenous Health for the UHE Belo Monte region, and (b) designing and effectively implementing the recently stated plans and programs that had been specifically ordered by the National Indian Foundation, FUNAI, in Technical Opinion 21/09; and 3) Guarantee that the processes still pending to regularize the ancestral lands of the Xingu Basin indigenous peoples will be finalized soon, and adopt effective measures to protect those ancestral lands against intrusion and occupation by non-indigenous people and against the exploitation or deterioration of their natural resources. Moreover, the IACHR decided that the debate between the parties on prior consultation and informed consent with regard to the Belo Monte project has turned into a discussion on the merits of the matter, which goes beyond the scope of precautionary measures<sup>19</sup>.

Thus, the original position of IACHR was to recommend that the Brazilian government immediately suspend its licensing process

---

18 Precautionary measures 2010– CIDH, <http://www.cidh.oas.org/medidas/2011.eng.htm>, (30 July 2011).

19 Precautionary measures 2010– CIDH, <http://www.cidh.oas.org/medidas/2011.eng.htm>, (30 July 2011).

for the Belo Monte Dam, recommending that the Brazilian government consult with the affected groups before proceeding with the project, undertake measures to protect local tribes, and make environmental and social impact statements available in local indigenous languages. Even with the new position of IACHR during its 142nd regular session, the aim of the measure still has a significant importance and is a step further in the defense of the environment and the indigenous communities.

### **3 THE SUPREME COURT OF BRAZIL POSITION IN THE BELO MONTE CASE**

The Supreme Court of Brazil is the highest court of law in Brazil for constitutional issues and its decisions cannot be appealed. The court was founded during the colonial era in 1808 and was originally called the House of Appeals of Brazil. The Imperial Constitution in 1824 preceded the establishment of the Supreme Court of Justice in 1829. In 1891 with the first Constitution of the Republic the Supreme Court of Brazil was established. Currently, the Court has a small range of cases of original jurisdiction disposed in the article 102 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, including the power of judicial review and constitutional appeal. The judges of the court are appointed by the President and approved by the Senate<sup>20</sup>.

Regarding environmental issues, the position of the Supreme Court of Brazil, in general, is to recognize the value of environmental diversity and its components exposed in the Constitution of the Federative Republic of Brazil<sup>21</sup> and in a number of agreements, recommendations, declarations, instruments and regulations adopted within the United Nations system and other international and regional organizations. Thus, Supreme Court of Brazil, as a rule, recognize the importance of environment and local communities protection, and the need to take the necessary measures to safeguard the essential ecological processes and life-supporting systems for the benefit of present and future generations of mankind. For example,

---

20 Histórico: STF - Supremo Tribunal Federal, <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>, (30 July 2011).

21 Constituição, [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8617.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8617.htm), (27 July 2010).

Supreme Court of Brazil in a constitutional case (AC- 1255)<sup>22 23</sup> decided that the environment is a basic right of the citizenship and reflects a political and legal obligation. Moreover, the Court proclaimed that the environment is a typical right of third generation and an international obligation that represents the essence of the fundamental rights to the preservation of the environment for the benefit of present and future generations.

However, at least in one opportunity, the Supreme Court of Brazil, judging an Appeal in the Belo Monte Dan Case (125/PA SL)<sup>24 25</sup>, did not recognize the importance of the biological diversity conservation and the close and traditional dependence of indigenous and local communities on biological resources, authorizing the implementation of “Belo Monte Dan” in the Xingu River to be developed after economic, environmental and others necessary studies and after the consultation of indigenous communities. The studies, according to the Supreme Court of Brazil, shall include, among others, the following: Environmental Impact Assessment (EIA); Environmental Impact Report (EIR); Integrated Environmental Assessment (IAA) of the Xingu River basin, and a study of an anthropological nature, relating to indigenous communities in areas within the influence of the project, and pursuant to article 231, 3<sup>rd</sup>

22 In the original: “[...]a preservação da integridade do meio ambiente – além de representar direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas – traduz obrigação político-jurídica indeclinável que se impõe a todas as esferas de poder, como esta Suprema Corte já teve o ensejo de reconhecer e proclamar: “- Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.[...]”

23 AC- 1255, <http://www.stf.jus.br/portal/informativo>, (30 July 2011).

24 In the original: “[...] defiro o pedido para suspender, em parte, a execução do acórdão proferido pela 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nos autos do AI 2006.01.00.017736-8/PA (fls. 527-544), para permitir ao Ibama que proceda à oitiva das comunidades indígenas interessadas. Fica mantida a determinação de realização do EIA e do laudo antropológico, objeto da alínea “c” do dispositivo do voto-condutor [...].”

25 125/PA SL, <http://www.stf.jus.br/portal/informativo>, (30 July 2011).

paragraph, of the Federal Constitution, the affected communities must be heard.

Consequently, besides the traditional position of Supreme Court of Brazil to recognize the Constitution duty and the international obligation to avoid the adverse environmental impact, in the case above, regarding the Belo Monte Dan, the Court unobserved the State responsibility to take all necessary measures to prevent the environment and to prohibit activities that could cause significant harm to the environment, especially the side duties arising from this obligations, allowing the Dan construction.

#### 4 PRINCIPLE OF STATE SOVEREIGNTY AND THE INTERNATIONAL COOPERATION

The classic concept of nation-state sovereignty and the Principle of State Sovereignty as well, resulted from the Peace of Westphalia in 1648 (treaties of Osnabrück and Münster) after the end of the Thirty Year War<sup>26</sup>. Therefore, the Principle of State Sovereignty is a Principle of International Law<sup>27</sup> based on territorial integrity and states as the primary actors in international relations<sup>28</sup>. The Peace of Westphalia has also some key points such as the Principle of the Sovereignty of States, equality among states, and non-intervention of one state in the internal affairs of another state<sup>29</sup>.

Followed by the Treaties of Osnabrück and Münster, many other international instruments stressed the importance of the State Sovereignty Principle. The Charter of the United Nations for example declares that “Article 2. The Organization and its Members, in pursuit of the Purposes stated in Article 1, shall act in accordance with the following Principles. 1. The Organization is based on the principle of the sovereign equality of all its Members. [...] 7. Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter; but this

26 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Parecer sobre a Oitava Rodada de Licitações da ANP. In: *Novos rumos do Direito do Petróleo*. Renovar, 2009.

27 PECEQUILLO, Cristina Soreanu. *Introdução às Relações Internacionais: temas, atores e visões*. Petrópolis: Vozes, 2004. 248 p. ISBN: 85-3262-958-X.

28 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo. As joint ventures na indústria do petróleo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

29 NOGUEIRA, João Pontes; MESSARI, Nizar. *Teoria das Relações Internacionais: correntes e debates*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII. [...] Article 78. The trusteeship system shall not apply to territories which have become Members of the United Nations, relationship among which shall be based on respect for the principle of sovereign equality.”<sup>30</sup>

Additionally, the Charter of the Organization of American States<sup>31</sup> recognizes the principle of nonintervention and the right of every State to choose its political, economic and social system without any outside interference. Furthermore, Resolution CJI/RES.I-3/95 stated that: “The principle of non-intervention and the right of each State in the Inter-American System to elect its political, economic and social system with no outside intervention and to organize itself in the manner most convenient thereto may not include any violation of the obligation to effectively exercise Representative Democracy in the above-mentioned system and organization”<sup>32</sup>.

As well as, the International Jurisprudence of the Permanent Court of Arbitration, the oldest institution regarded for international dispute resolution among states, state entities, intergovernmental organizations, and private parties, also point out the significance of nation-state sovereignty, such as in *Timor Frontiers* (1914); *Sovereignty over the Island of Palmas* (1928); *Eritrea and Yemen on questions of territorial sovereignty and maritime delimitation* (1998 and 1999); and *Ireland and the United Kingdom under the 1992 Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic (OSPAR) cases*<sup>33</sup>.

The same point of view about the Sovereignty Principle has been reproduced over Natural Resources in some International Law instruments. The General Assembly Resolution 1803 (XVII) from December 14th, 1962 of the United Nations, bearing in mind the Resolution 1314 (XIII) and Resolution 1515 (XV) of the United Nations, recognized the inalienable

---

30 Charter of the United Nations, <http://www.un.org/en/documents/charter/index.shtml>, (27 July 2010).

31 OAS Charter, [http://www.oas.org/dil/treaties\\_A-41\\_Charter\\_of\\_the\\_Organization\\_of\\_American\\_States.htm](http://www.oas.org/dil/treaties_A-41_Charter_of_the_Organization_of_American_States.htm), (27 August 2011).

32 Material de Referencia, [http://www.oas.org/dil/esp/XXXVIII\\_Curso\\_de\\_Derecho\\_Internacional\\_info\\_general\\_material.htm](http://www.oas.org/dil/esp/XXXVIII_Curso_de_Derecho_Internacional_info_general_material.htm), (27 August 2011).

33 History | International Court of Justice, <http://www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=1>, (27 July 2010).

right of all States to dispose of their natural wealth and resources in accordance with their national interests<sup>34</sup>.

It's important to stress that the Resolution 1314 (XIII) of the United Nations, established the Commission on Permanent Sovereignty over Natural Resources and instructed it to conduct a full survey of the status of permanent sovereignty over natural wealth and resources as a basic constituent of the right to self-determination. Then, on December 15th of 1960, the Resolution 1515 (XV) of the United Nations also recommended that the sovereign right of every State to dispose of its wealth and its natural resources should be respected<sup>35</sup>.

As a result, as mentioned, the General Assembly Resolution 1803 (XVII) of United Nations from December 14th, 1962, disposes that "1. The right of peoples and nations to permanent sovereignty over their natural wealth and resources must be exercised in the interest of their national development and of the well-being of the people of the State concerned."

The same framework was observed in the Constitution of the Federative Republic of Brazil that declares the Sovereignty Principle as Fundamental Principle of the Federative Republic of Brazil (article 1º, I). Likewise, Federative Republic of Brazil reproduce on local legal instruments concepts established by the United Nations about Sovereignty Principle over Natural Resources, as noticed in the law nº 8617 (1993) that provides definition over territorial sea, contiguous zone, exclusive economic zone and continental shelf of Brazil, like the United Nations Convention on the Law of the Sea<sup>36</sup>.

However, the traditional concept of State Sovereignty is taking new formats in the current international agenda. The emergence of a new "global justice" form, based on the concept of globally ordered world governed by a de-territorialized system, rather than the sovereignty of states, is the inevitable consequence of the internationalization phenomenon<sup>37</sup>. In this conception, the nation state and its notions of sovereignty will

---

34 General Assembly resolution 1803 (XVII) of 14 December 1962, "Permanent sovereignty over natural resources", <http://www2.ohchr.org/english/law/resources.htm>, (27 July 2010).

35 General Assembly resolution 1803 (XVII) of 14 December 1962, "Permanent sovereignty over natural resources", <http://www2.ohchr.org/english/law/resources.htm>, (27 July 2010).

36 Constituição, [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm), (27 July 2010).

37 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 78, 3-46. 2008.

be replaced by a more complex interdependent cosmopolitan society in which the notion of sovereignty has been rewritten to endorse the concept of a fully integrated and harmonious interconnected society. This new system will be considered as reflecting the idea of “pluralism”, based on principles of tolerance and mutual recognition in a distributed network of international ordering<sup>38</sup>.

This new concept of Sovereignty was identified in a supranational level by the European Court of Justice (ECJ)<sup>39 40</sup>, the highest court of the European Union, in the landmark case *Van Gend en Loos* in 1963, that decided that the European Community “constitutes a new legal order of international law for the benefit of which the states have limited their sovereign rights albeit within limited fields.”<sup>41 42 43</sup>

John Rawls, one of the most prominent American philosophers, in “The Law of the people”, observed this new perspective as a political

38 HABERMAS, Jürgen. *Teoría de La Acción Comunicativa*. Madrid: Taurus Ediciones, 1987.

39 The court was established in 1952 by the Treaty of Paris (1951) and ratified in 1993 by the Maastricht Treaty. The European Court of Justice is the highest court of the European Union in matters of Community law. It's the responsibility of the Court to ensure that the law is observed in the interpretation and application of the Treaties of the European Union and the provisions lay down by the competent Community institution. It has jurisdiction in various specific matters conferred on it by the Treaties.

40 The European Court of Justice (ECJ) plays an essential role in this configuration, developing the European Union law by the establishment of a number of principles of European Law, which bind European Union institutions and member States, including the principles of direct effect (the principle of direct effect means that provisions of Community law may confer rights and impose obligations on individuals. There were two varieties of direct effect: vertical direct effect and horizontal direct effect. Vertical direct effect concerns the State obligation to ensure national law observance and compatibility with European Union law, enabling citizens to rely on it for actions against the State. Horizontal direct effect concerns the relationship between individuals, allowing that private Citizens to sue one another on the basis of a European Union law), the supremacy of European Union law over Member States (it has been also ruled many times by the European Court of Justice that European Community Law is superior to national laws. Where a conflict arises between European Community Law and the Law of a Member State, European Community Law takes precedence and the law of a Member State must be misapplied. The Supremacy of European Community Law emerged from the European Court of Justice in *Costa v ENEL* in 1964) and the Subsidiarity (Under the Principle of Subsidiarity the European Union may act where action of States are insufficient. The principle was established in the 1992 Treaty of Maastricht and allowing that the European Union act if the objectives of the proposed action cannot be achieved by the States).

41 EUR-Lex - 61962J0026 - EN, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962J0026:EN:HTML>, (30 July 2010).

42 RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. *Responsabilidad de Los Tribunales Nacionales Y Derecho Comunitario*. La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario en vía judicial, a partir de la sentencia Köbler (C-224/01) del Tribunal de Justicia. Revista del Poder Judicial, núm. 70, 2004.

43 EU Facts: European Union Law, <http://www.civitas.org.uk/eufacts/OS/OS6.htm>, (30 July 2010).

conception of rights and justice applying to the principles and norms of international law, sketching that “We must reformulate the powers of sovereignty in light of a reasonable law of people and get rid of the right to war and the right to internal autonomy, which have been part of the (positive) international law for the two and a half centuries following the Third Years War, as a part of the classical states system.”<sup>44</sup>

Rosalind Dixon Professor of the University of Chicago also follows the same point of view drawing that is possible for transnational norms to play a role of limiting domestic judicial discretion on a logical posture of non-divergence, drafting that for global practices transnational sources can help the Courts to engage in a comprehensive process of reasoned deliberation and justification.<sup>45</sup>

The philosophy drafted by Richard Rorty in “Human Rights, Rationality, and Sentimentality”<sup>46</sup> in the same sense, has an important role in the understanding that of is necessary to guide our practices by a “planetary culture” or a “communitarian morality”.

Or as exposed in the argument of Jeremy Waldron, Professor of the Victoria University in New Zealand, that the peoples of the world have constituted themselves as a single community<sup>47 48</sup>.

Thus, while the sovereignty remains as a central issue, it is undeniable that the old doctrine of State Sovereignty has been rethought, emphasizing the dimension of a Universal Sovereignty. So, the theoretical construction of an international justice demands a new concept of sovereignty, no longer dissociated from the international cooperation and always driving towards

---

44 RAWLS, John. *The Law of Peoples*. Cambridge: Harvard UP, 1999.

45 DIXON, Rosalind, *Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments*, Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper n° 349, May 2011.

46 RORTY, Richard. “*Human Rights, Rationality, and Sentimentality*.” In *On Human Rights: The 1993 Oxford Amnesty Lectures*, ed. Susan Hurley and Stephen Shute, 112–134. New York: Basic Books, 1993.

47 WALDRON, Jeremy. *Teaching Cosmopolitan Right*. In Kevin McDonough and Walter Feinberg (eds.) *EDUCATION AND CITIZENSHIP IN LIBERALDEMOCRATIC SOCIETIES: COSMOPOLITAN VALUES AND CULTURAL IDENTITIES* (Oxford University Press, 2003).

48 WALDRON, Jeremy. *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*, OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES, 13 (1993), 18, at \_\_; JEREMY WALDRON, *LAW AND DISAGREEMENT* (OUP1999), Chs. 10-11.

common goals, vital to the balance of an international community that does not respect boundaries<sup>49</sup>.

In consequence, a number of international judicial decisions recognize the necessity of States cooperation to ensure an international justice. The International Court of Justice, established by the Charter of the United Nations as the principal judicial organ of the United Nations with global jurisdiction, in 1949 held that no state may utilize its territory contrary to the rights of other states in the Corfu Channel Case<sup>50</sup>, affirming that Albania in the interest of navigation in general, had a duty to make known the existence of a mine field in its territorial waters and to alert warships of the British navy the moment they approached imminent danger from the mines. In 1996, in an advisory opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, the International Court of Justice recognized the existence of a general obligation of states to ensure that activities within their jurisdiction and control respect other states or areas beyond national control<sup>51</sup>. As well as, in the Trail Smelter Arbitration was declared that “no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is establish by clear and convincing evidence.”<sup>52</sup>

Additionally, many international instruments support this spirit of mutual assistance. For example, the Resolution 1803 declares that is desirable the promotion of international co-operation for the economic development of developing countries, as well as that economic and financial agreement between the developed and the developing countries must be based on the principles of equality and of the right of peoples and nations to self-determination<sup>53</sup>.

---

49 WALDRON, Jeremy. *Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative*. 25 U. MICH. J.L. REFORM 751 (1991-1992) at 778.

50 Corfu Channel Case (U.K v. Albania), *Merits, International Court of Justice Reports*, 1949. p. 4.

51 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=e1&p3=4&case=95>, (30 July 2010).

52 International Decisions, [http://www.unep.org/padeli/publications/Jud.dec.%20pre\(Int%20.pdf](http://www.unep.org/padeli/publications/Jud.dec.%20pre(Int%20.pdf), (05 January 2011).

53 General Assembly resolution 1803 (XVII) of 14 December 1962, “Permanent sovereignty over natural resources”, <http://www2.ohchr.org/english/law/resources.htm>, (27 July 2010).

The Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm 1972) follows the same idea, and proclaims that<sup>54</sup> “States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction.” (Principle 21); “States shall cooperate to develop further the international law regarding liability and compensation for the victims of pollution and other environmental damage caused by activities within the jurisdiction or control of such States to areas beyond their jurisdiction.” (Principle 22) and “International matters concerning the protection and improvement of the environment should be handled in a cooperative spirit by all countries, big and small, on an equal footing. Cooperation through multilateral or bilateral arrangements or other appropriate means is essential to effectively control, prevent, reduce and eliminate adverse environmental effects resulting from activities conducted in all spheres, in such a way that due account is taken of the sovereignty and interests of all states” (Principle 24).

Alike, the United Nations Conference on Environment and Development (1992)- the Rio Declaration on Environment and Development- reaffirmed the Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, with the goal of a new and equitable global partnership among States, key sectors of societies and people, working towards international agreements which respect the interests of all and protect the integrity of the global environmental and developmental system. Thus, the Rio Declaration recognizes that<sup>55</sup> “States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental and developmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction.” (Principle 2); “States shall cooperate in a spirit of global partnership to conserve, protect and restore the health and integrity of the Earth’s ecosystem. In view of the different contributions to

---

54 Stockholm 1972 - Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment - United Nations Environment Programme (UNEP), <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?documentid=97&articleid=1503>, (27 July 2010).

55 Rio Declaration - Rio Declaration on Environment and Development - United Nations Environment Programme (UNEP), <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?documentid=78&articleid=1163>, (27 July 2010).

global environmental degradation, States have common but differentiated responsibilities. The developed countries acknowledge the responsibility that they bear in the international pursuit of sustainable development in view of the pressures their societies place on the global environment and of the technologies and financial resources they command”.(Principle 7) and “States should effectively cooperate to discourage or prevent the relocation and transfer to other States of any activities and substances that cause severe environmental degradation or are found to be harmful to human health.” (Principle 14).

The World Charter for Nature<sup>56</sup> also states that “11. Activities which might have an impact on nature shall be controlled, and the best available technologies that minimize significant risks to nature or other adverse effects shall be used, In particular: (a) Activities which are likely to cause irreversible damage to nature shall be avoided; [...] 12. Discharge of pollutants into natural systems shall be avoided and: (a) Where this is not feasible, such pollutants shall be treated at the source, using the best practicable means available;”

In America’s regional level the Convention on Nature Protection and Wild Life Preservation in the Western Hemisphere<sup>57</sup> agreed by the Governments of the American Republics, wishing to protect and reserve in their natural habitat, representatives of all species and genera of their native flora and fauna, declares that “Article VI. The Contracting Governments agree to cooperate among themselves in promoting the objectives of the present Convention. To this end they will lend proper assistance, consistent with national laws, to scientists of the American Republics engaged in research and field study; they may, when circumstances warrant, enter into agreements with one another or with scientific institutions of the Americas in order to increase the effectiveness of this collaboration; and they shall make available to all the American Republics equally through publication or otherwise the scientific knowledge resulting from such cooperative effort.”

The same idea was exposed in the Amazon Cooperation Treaty<sup>58</sup>, signed by the Republics of Bolivia, Brazil, Colombia, Ecuador, Guyana,

56 WORLD CHARTER FOR NATURE, <http://www.unep.org/law/.../UNEPEnv-LawGuide&PrincN05.pdf>, (20 September 2010).

57 CONVENTION ON NATURE PROTECTION AND WILD LIFE - OAS, <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/c-8.html>, (27 August 2011).

58 Amazon Cooperation Treaty - OTCA, <http://www.otca.org.br/en/institucional/index.php?id=29>, (27 August 2011).

Peru, Suriname and Venezuela, recognizes the importance to each one of the States of their respective Amazonian regions as an integral part of their respective territories and that both socio-economic development and conservation of the environment are responsibilities inherent to the sovereignty of each State, and that cooperation among the States shall facilitate fulfillment of these responsibilities by continuing and expanding the joint efforts being made for the ecological conservation of the Amazon region, state the following: ARTICLE IV. The Contracting Parties declare that the exclusive use and utilization of natural resources within their respective territories is a right inherent to the sovereignty of each state and that the exercise of this right shall not be subject to any restrictions other than those arising from International Law.

Moreover, the Charter of the Organization of American States<sup>59</sup> recognizes that solidarity among and cooperation among American states require the political organization of those states based on the effective exercise of representative democracy, and that economic growth and social development based on justice and equity, and democracy are interdependent and mutually reinforcing.

The Inter-American Democratic Charter<sup>60 61</sup> also recognizes that a safe environment is essential to the integral development of the human being, which contributes to democracy and political stability. Thus, the respect of the Environment avoiding the transboundary environmental damage is vital to the sustainable development environment, giving physical sustenance and the opportunity for intellectual, moral, social and spiritual growth of the mankind. Moreover, the member states of OAS expressed their firm belief that democracy, peace, and development are inseparable and indivisible parts of a renewed and integral vision of solidarity in the Americas and that the ability of the Organization to help preserve and strengthen democratic structures in the region will depend on the implementation of a strategy based on the interdependence and complementarity of those values. Particularly, the article 15 of the Inter-

---

59 OAS Charter, [http://www.oas.org/dil/treaties\\_A-41\\_Charter\\_of\\_the\\_Organization\\_of\\_American\\_States.htm](http://www.oas.org/dil/treaties_A-41_Charter_of_the_Organization_of_American_States.htm), (27 August 2011).

60 Inter-American Democratic Charter – OAS, [http://www.oas.org/charter/docs/resolution1\\_en\\_p4.htm](http://www.oas.org/charter/docs/resolution1_en_p4.htm), (27 August 2011).

61 The Inter-American Democratic Charter dates back to the Declaration of Quebec City (April 2001) that affirms the commitment to democracy to reinforce OAS instruments already in place for the defense of representative democracy, which were: the OAS Charter (1948); the Protocol of Cartagena (1985); General Assembly resolution AG/RES. 1080 (XXI-O/91) adopted in Santiago, Chile, in 1991; and the Protocol of Washington (1997).

American Democratic Charter declares that “The exercise of democracy promotes the preservation and good stewardship of the environment. It is essential that the states of the Hemisphere implement policies and strategies to protect the environment, including application of various treaties and conventions, to achieve sustainable development for the benefit of future generations”. Thus, by the Inter-American Democratic Charter, a safe environment is essential to the integral development of the human being, guaranteed by the international community according to the International Law, which contributes to democracy and political stability<sup>62</sup>.

Therefore, all these international instruments recognize the State Sovereignty Principle in balance with Principles of Environmental Law, supporting a spirit of mutual understanding and cooperation<sup>63 64</sup>.

Nevertheless, the same framework was observed in the Constitution of the Federative Republic of Brazil that stressing the duty of the State and the society with the environment preservation from the present and next generation (article 225). As well as, in its international relationship the Federative Republic of Brazil aims at the economic, political, social and cultural integration of Latin American people, leading to a Latin American community of nations (article 4<sup>o</sup>, single paragraph), reinforcing also the need of cooperation among the States for the progress of mankind (article 4<sup>o</sup>, IX)<sup>65</sup>.

Consequently, there is the necessity to understand this redefinition of the Sovereignty under a contemporary perspective, based on the construction of mechanisms of cooperation in a dynamic and deliberative dialogue fundamental for international order stability, especially because the realization of international justice involves the cooperation with the goal of a new and equitable global partnership among States.

62 ARAÚJO, Nádia de. A influência das opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves, coord. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

63 TIBÚRCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto, org. *O direito Internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

64 BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves, coord. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

65 L8617, [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8617.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8617.htm), (27 July 2010).

## 5 THE INSTITUTIONAL DIALOGUE BETWEEN THE SUPREME COURT OF BRAZIL AND INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS IN BELO MONTE CASE

The decision of the Supreme Court of Brazil and the jurisdiction itself is a manifestation of the Principle of State Sovereignty and extends its effect inside the boundaries of a State. However, a plenty of local and international instruments as well as international judicial decisions, recognize that States, based on international cooperation, must implement policies and strategies to protect the environment, including application of various treaties and conventions to achieve sustainable development for the benefit of present and future generations.

Particularly, as followed above, originally, the IACHR requested that the State of Brazil immediately suspend the licensing process for the Belo Monte Dam and stop any construction work<sup>66</sup>. After, the IACHR adjust its position during its 14<sup>th</sup> regular session, requesting, among other measures, that Brazil protect the lives, health, and physical integrity of the members of the Xingu Basin indigenous communities and to protect the cultural integrity of those communities<sup>67</sup>.

Thus, it is necessary to understand that the legitimacy of the local institutions decision, especially the Supreme Court of Brazil position, goes beyond the traditional principle of Sovereignty, operating from the construction of a deliberative procedure to the viability of institutional dialogues among international institutions. The construction of mechanisms of cooperation, in accordance with a dialogical deliberative sense, is fundamental for the stability of the global and regional order<sup>68</sup>. Thus, is imperative to adopt uniform criteria for deliberative procedures and institutional dialogues in societies under the democratic parameters and guidelines in a cooperative and dialogical agenda. Therefore, institutions can't be reduced to a formal division of sovereignties acting within the limits of their programmatic duties. Rather, they should act dialogically, seeking to achieve a resolution that meets the interests and values of the international community<sup>69</sup>.

66 Precautionary measures 2010–CIDH, <http://www.cidh.oas.org/medidas/2011.eng.htm>, (30 July 2011).

67 Precautionary measures 2010–CIDH, <http://www.cidh.oas.org/medidas/2011.eng.htm>, (30 July 2011).

68 WALDRON, “*Foreign Law and the Modern Ius Gentium*,” 119 Harvard Law Review 129 (2005).

69 PEREIRA, João Eduardo Alves. Geopolítica e direito internacional no Século XXI. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves, coord. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Cass R. Sunstein and Adrian Vermeule both former Professors of University of Chicago and currently Professors of Harvard Law School, in “Interpretation and Institutions”<sup>70</sup>, observed this point of view exposing that the issues of legal interpretation cannot be adequately resolved without attention to institutional dialog and dynamic effects of the judicial decision, in addition to the usual claims about legitimacy and constitutional authority, construction a better strategies for making a convergence on appropriate methods in interpretive questions.

Vicki C. Jackson sees this question by a similar view arguing that: “Comparison today is inevitable. It is almost impossible to be a well-informed judge or lawyer now without having impressions of law and governance in countries other than one’s own. These impressions, which may influence views of U.S. constitutionalism, could be incorrect or subject to interpretive challenge. Overt references to what judges believe about other countries will often provide helpful transparency.”<sup>71</sup>

Or, as Sunstein and Posner put it: “The question whether one state should consult the law of other states is large and interesting—much larger and more interesting than the question whether the U.S. Supreme Court, should construe the U.S. Constitution with reference to the constitutional rulings of other high courts.”<sup>72 73</sup>

Rosalind Dixon Professor of the University of Chicago also sketch this idea disposing that “[...]is in fact possible for transnational constitutional norms to play an even stronger, salutary role in limiting domestic judicial discretion [...]engagement by judges with transnational sources can help both “improve[ē] a justice’s distance on the interpretive problem before” them, and prompt them to engage in a more searching, comprehensive process of reasoned deliberation and justification. This can also help ensure more reasoned and appropriate uses of judicial interpretive discretion in a wide variety of constitutional contexts.”<sup>74</sup>

70 SUNSTEIN, Cass R. and VERMEULE, Adrian, *Interpretation and Institutions*, Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper n° 28.

71 VICKI C. JACKSON. *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*, 119 HARV. L. REV. 109, 119-20, 2005.

72 POSNER, Eric A. and SUNSTEIN. Cass R., *The Law of Other States*, 59 STAN. L. REV. 131 (2006).

73 POSNER, Eric A. and SUNSTEIN. Cass R., *Response—On Learning from Others*, 59 STAN. L. REV. 1309 (2007)

74 DIXON, Rosalind. *Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments*, Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper n° 349, may 2011.

Anne-Marie Slaughter goes further in this idea talking about the emergence of a “global community of courts.”<sup>75</sup> She says that “the institutional identity of all these courts, and the professional identity of the judges who sit on them, is forged more by their common function of resolving disputes under rules of law than by the differences in the law they apply and the parties before them. It stretches too far to describe them all as part of one global legal system, but they certainly constitute a community.”

Thus, as observed in many precedents around the globe, transnational sources and international Court decisions must be taking into consideration by Courts in the context of local institutional practices.

For example, in Brazil, the Supreme Court decided that the American Convention on Human Rights has a superior status to domestic legal systems just below the Constitution<sup>76 77</sup>.

Even in States that the historical jurisprudence denies the transnational sources influence in Domestic Courts<sup>78 79</sup>, there are some precedents recognizing the *ius gentium* importance. In *Roper v Simmons*<sup>80</sup>,

---

75 SLAUGHTER, Anne-Marie. *A Global Community of Courts* 44 *HARV. INT'L L.J.* 191 (2003)

76 HC-87585.

77 In the original: “a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF (“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”). Concluiu-se, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. Prevaleceu, no julgamento, por fim, a tese do status de supralegalidade da referida Convenção”

78 The Constitution Restoration Act, s. 201 declares that: “In interpreting and applying the Constitution of the United States, a court of the United States may not rely upon any constitution, law, administrative rule, Executive order, directive, policy, judicial decision, or any other action of any foreign state or international organization or agency, other than English constitutional and common law up to the time of the adoption of the Constitution of the United States.”

79 However within the United States, state courts frequently refer to the decisions of other state courts, even when construing state constitutions.

80 Christopher Simmons was 17 in 1993, a junior in High School, when he and some friends murdered a Missouri woman. After bragging about the murder to his friends, Simmons was arrested and confessed to the police. A few months later, once he was eighteen, he was tried as an adult, convicted, and sentenced to death. He appealed on the ground that execution for a crime committed when he was a minor would be cruel and unusual punishment. His argument was that since minors are, on the whole, less mature than adults, they are less culpable for the offenses they commit; and since Eighth Amendment jurisprudence requires the states to reserve the death penalty for their most heinous

for example, the U.S. Supreme Court decided that a state could not execute a man for a crime committed when he was a child<sup>81</sup> base on the opinion of the world community. The U.S. Supreme Court in *Trop v Dulles* (1958)<sup>82 83</sup> and the New York Court of Appeals in *Riggs v. Palmer*<sup>84 85</sup> also held the importance of the Universal Law of the civilized nations.

---

offenders, it should not be applied to people in this category. The Missouri Supreme Court accepted that argument and overturned the death penalty, substituting life imprisonment without parole. Then the state appealed to the Supreme Court of the United States. The Court split 5-4, with a bare majority ruling that the imposition of the death penalty for a crime committed when the offender was a juvenile was cruel and unusual punishment. In reaching that decision, Justice Kennedy, who wrote for the Court, noted that the juvenile death penalty was already unusual in the United States; only three states had executed people in this category in the last ten years and eighteen death penalty states explicitly forbade it. Moreover he said it was also highly unusual by world standards and that “the stark reality that the United States is the only country in the world that continues to give official sanction to the juvenile death penalty. ... [O]nly seven countries other than the United States have executed juvenile offenders since 1990: Iran, Pakistan, Saudi Arabia, Yemen, Nigeria, the Democratic Republic of Congo, and China. [And] Since then each of these countries has either abolished capital punishment for juveniles or made public disavowal of the practice.” Justice Kennedy acknowledged that “the task of interpreting the Eighth Amendment remains our responsibility”. But he said that American courts needed to take the foreign consensus into account for this case. It is proper, said Justice Kennedy, “that we acknowledge the overwhelming weight of international opinion against the juvenile death penalty ... The opinion of the world community, while not controlling our outcome, does provide respected and significant confirmation for our own conclusions”.

81 *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005)

82 In *Trop v Dulles* (1958), the Supreme Court ruled that depriving an individual of his citizenship was an impermissible punishment and one of their grounds for thinking this was that “[t]he civilized nations of the world are in virtual unanimity that statelessness is not to be imposed as punishment for crime”. So we mustn’t move too quickly in supposing that just because different states are involved, there is nothing remotely like a common agent.

83 356 U.S. 86 (1958).

84 In *Riggs v. Palmer* a young man poisoned his grandfather and was sent to prison. Under the terms of the grandfather’s will, the killer stood to inherit a great deal of property. This result struck many people as offensive, most notably the residual beneficiaries. The New York Court of Appeals held (by a majority) that the killer was not entitled to inherit. “[A]ll laws, as well as all contracts, may be controlled in their operation and effect by general, fundamental maxims of the common law. No one shall be permitted to profit by his own fraud, or to take advantage of his own wrong, or to found any claim upon his own iniquity, or to acquire property by his own crime. These maxims are dictated by public policy, have their foundation in universal law administered in all civilized countries, and have nowhere been superseded by statutes”. In the majority opinion, Judge Earl cited a case from federal insurance law, where a similar principle applied. But he also cited foreign materials, from the Civil Code of Lower Canada, the Code Napoléon, civil law in general, and the principles of Roman law. Judge Earl seemed to be agreeing with Justinian that “every law-governed community ... uses partly its own law, partly laws common to all mankind.” It uses not only its statute of wills but these general principles of universal law

85 115 N.Y. 506, 511-2, 22 N.E. 188, 189-90 (1889).

In Europe, the framework is a bit little different due the concept of community law and shared sovereignty<sup>86</sup> developed in the European Union during the last Century<sup>87 88 89</sup>. The European Union is not a federation, nor a simple organization for co-operation among governments taking

---

86 The shared sovereignty European Union means that the member States delegate some of their decision-making powers to institutions created by the States. The European Union decision-making process involves three main institutions: the European Parliament (EP), which represents the EU's citizens and is directly elected by them; the Council of the European Union, which represents the member States; and the European Commission, which seeks to uphold the interests of the Union as a whole. The Parliament does not have legislative initiative, it is the European Commission that has a monopoly over legislative initiative but it is the Parliament and Council that request the legislation to the Commission. Although, the co-decision procedure is the most common, and means that both the Council and Parliament must give their assent. Once it is approved and signed by both chambers it becomes law. The Commission's duty is to ensure it is implemented by the States and taking to the European Court of Justice (see below) if they fail to comply. Two other institutions have a vital part to play: the European Court of Justice (see below) and the European Court of Auditors. European Court of Auditors checks the financing of the Union's activities, ensuring that taxpayer's funds from the budget of the European Union have been correctly spent. It provides an audit report for each financial year to the Council and Parliament and gives opinions and proposals on financial legislation and anti-fraud actions. The powers, responsibilities and rules of procedures of these institutions are laid down in the Treaties.

87 The European Union process dates back to the end of World War II (1939-1945). The Second War shows the necessity of integration among European States to guarantee peace. Thus, on September 19th 1946 the former British Prime Minister Winston Churchill pronounced a celebrated speech at Zurich University (Switzerland) that was considered the first step towards European integration in the postwar period, calling for a United States of Europe and the creation of a Council of Europe. On May 5th 1949 the Council of Europe was founded by the Treaty of London, aiming the unity among its members to reinforce the integration process. On May 9th 1950, the French Foreign Minister Robert Schuman made the first step in the process of the European Community foundation proposing a common market in coal and steel resources. Then, on April 18th 1951 the Treaty of Paris established the European Coal and Steel Community (ECSC) among six founding countries (Belgium, The Federal Republic of Germany, France, Italy, Luxembourg and the Netherlands). On March 25th 1957 the Treaty of Rome was signed establishing the European Atomic Energy Community (EAEC) and the European Economic Community (EEC). In 1986 the Single European Act (SEA) revised the Treaty of Rome leading to the creation of a Single Market within the Europe Union. Thus, on February 7th 1992, the European Union was created by Treaty of Maastricht, signed by the members of the European Community. The Treaty of Amsterdam on 1997 amends the provisions of the Treaty of Maastricht and the European Coal and Steel Community Treaty (which expired in 2002), dealing with themes such as security and immigration. The Treaty lay down new principles and responsibilities in the field of the common foreign and security policy. The Treaty of Nice was signed on 2001 amending the Maastricht Treaty and the Treaty of Rome. The Treaty reformed the institutional structure of the European Union, providing new rules on closer co-operation and provisions to deal with the financial consequences of the expiry of the European Coal and Steel Community (ECSC). Finally, on December 13th 2007 the Treaty of Lisbon was signed (entered into force on December 1th 2009). It amended the Maastricht Treaty and the Treaty of Rome aiming at a more powerful European Parliament and consolidating legal personality for the European Union.

88 SAND, Peter H. *The Role of International Organizations in the Evolution of Environmental Law*. Unitar, Geneva, 1997. p. 2-3.

89 In fact it's true that over the centuries International Law has been implemented not only by sovereign States but also by global or regional organizations, and that since 1949 these International Organizations had their legal status recognized as Intergovernmental Organizations by the advisory opinion of the International Court of Justice on the question of Reparation for Injuries Suffered in the

in consideration that the States remain independent Sovereign Nations, but they share their sovereignty. Consequently, the European Union plays a distinctive role in this framework, highlighting its power to adopt legally binding texts in a quasi-federal structure<sup>90 91 92</sup>. Nevertheless, the European Court of Justice (ECJ), as exposed before in *Van Gend en Loos* (1963) and in *Costa v ENEL* (1964), decided that the European Community legal order limit States sovereign<sup>93 94 95</sup>. Similarly, the European Court of Human Rights (ECHR)<sup>96</sup> in *Al-Adsani v. United Kingdom*<sup>97</sup> and in *Soering v. United Kingdom*<sup>98</sup> decided that the prohibition of torture and the death penalty are international jus cogens and a superior norm to domestic legal systems.

Thus, the point is that local precedents must be developed in a coherent way, following previous domestic and international sources and precedents<sup>99 100 101</sup> in a rational and well-informed dialog among Courts,

---

service of the United Nations. See REPARATION FOR INJURIES SUFFERED IN THE SERVICE OF THE UNITED NATIONS in <http://www.icj-cij.org/docket/files/4/1837.pdf>, (30 July 2010).

- 90 EUROPA - The EU at a glance - The History of the European Union, [http://europa.eu/abc/history/index\\_en.htm](http://europa.eu/abc/history/index_en.htm), (30 July 2010).
- 91 RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar en co-autoría con Leonor Moral Soriano. *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 3, 2003.
- 92 RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. O sistema normativo da União Européia e sua incorporação às ordens jurídicas dos estados-membros. In: AMBOS, Kai; PEREIRA, Ana Cristina Paulo (orgs.). *Mercosul e União Européia: perspectivas da integração regional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 53-90.
- 93 EUR-Lex - 61962J0026 - EN, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962J0026:EN:HTML>, (30 July 2010).
- 94 RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. *Responsabilidad de Los Tribunales Nacionales Y Derecho Comunitario*. La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario en vía judicial, a partir de la sentencia Köbler (C-224/01) del Tribunal de Justicia. *Revista del Poder Judicial*, núm. 70, 2004.
- 95 EU Facts: European Union Law, <http://www.civitas.org.uk/eufacts/OS/OS6.htm>, (30 July 2010).
- 96 The European Court of Human Rights (ECHR) has its jurisdiction in cases involving the European Convention on Human Rights (ECHR).
- 97 UNHCR | Refworld | *Al-Adsani v. The United Kingdom*, [http://www.unhcr.org/refworld/country,,EC\\_HR,,KWT,4562d8cf2,3fe6c7b54,0.html](http://www.unhcr.org/refworld/country,,EC_HR,,KWT,4562d8cf2,3fe6c7b54,0.html), (30 July 2011).
- 98 UNHCR | Refworld | *Soering v. The United Kingdom*, <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae6b6fec>, (30 July 2011).
- 99 DWORKIN, Ronald. *Hard Cases*, in *TAKING RIGHTS SERIOUSLY*, p. 113.
- 100 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 254.
- 101 DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The moral reading of the American constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996. p. 17.

accepting that any society must honor the basic human rights<sup>102 103</sup> to a balance environment. Particularly, in the Belo Monte case, the obligations to make environmental and social impact studies with it side duties are aware not just in the Constitution of the Federative Republic of Brazil<sup>104</sup>, but also in many international instruments.

For example, the Rio Declaration on Environment and Development<sup>105</sup> declares that “Principle 10. Environmental issues are best handled with participation of all concerned citizens, at the relevant level. At the national level, each individual shall have appropriate access to information concerning the environment that is held by public authorities, including information on hazardous materials and activities in their communities, and the opportunity to participate in decision-making processes. States shall facilitate and encourage public awareness and participation by making information widely available. Effective access to judicial and administrative proceedings, including redress and remedy, shall be provided.” and that “Principle 17: Environmental impact assessment, as a national instrument, shall be undertaken for proposed activities that are likely to have a significant adverse impact on the environment and are subject to a decision of a competent national authority.”

Similarly, the World Charter for Nature<sup>106</sup> recognizes that “11. Activities which might have an impact on nature shall be controlled, and the best available technologies that minimize significant risks to nature or other adverse effects shall be used, In particular: (c) Activities which may disturb nature shall be preceded by assessment of their consequences, and environmental impact studies of development projects shall be conducted sufficiently in advance, and if they are to be undertaken, such activities shall be planned and carried out so as to minimize potential adverse effects;”

---

102 RAWLS, John. *O liberalismo Político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

103 RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

104 The Federal Constitution of Brazil stresses the duty of the state and the society with the environment preservation from the present and next generation (article 225), reinforcing also the need of cooperation among the States to the humankind progress (article 4º, IX).

105 Rio Declaration - Rio Declaration on Environment and Development - United Nations Environment Programme (UNEP), <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?documentid=78&articleid=1163>, (27 July 2010).

106 WORLD CHARTER FOR NATURE, [www.unep.org/law/.../UNEPEnv-LawGuide&PrincN05.pdf](http://www.unep.org/law/.../UNEPEnv-LawGuide&PrincN05.pdf), (20 September 2010).

The Preamble to Chapter 23 of Agenda 21<sup>107</sup> endorses that “23.2. One of the fundamental prerequisites for the achievement of sustainable development is broad public participation in decision-making. Furthermore, in the more specific context of environment and development, the need for new forms of participation has emerged. This includes the need of individuals, groups and organizations to participate in environmental impact assessment procedures and to know about and participate in decisions, particularly those which potentially affect the communities in which they live and work. Individuals, groups and organizations should have access to information relevant to environment and development held by national authorities, including information on products and activities that have or are likely to have a significant impact on the environment, and information on environmental protection measures.”

Thus, different from the IACHR and beside the importance of the biological diversity in the Xingu River, the Supreme Court of Brazil did not give a step further in the defense of the environment and the indigenous communities authorizing the implementation of “Belo Monte Dan”. The Supreme Court of Brazil decision forgot that the international duties are not just to ensure the environmental impact assessment and the public consultation. It’s necessary at least keep informing the affected communities and provide the possibilities to make comments or objections on the proposed activity and for the transmittal of these comments or objections to the competent authority. Moreover, the impact on nature must be minimized and must promote national arrangements for emergency responses and joint contingency plans, including also restoration and compensation for damage to biological diversity, seeking also the nature preservation and the unquestionable right of an ecological balance essential to a healthy quality of the mankind.

## **6 CONCLUSION**

Currently, with the complexity of modern society the understanding of the Environment in a dialog with the sovereignty, based on the main treaties, international conventions and agreements are essential for the protection of human life on Planet Earth. Similarly, it is necessary for States to implement policies and strategies to protect the environment, to achieve sustainable development for the benefit of present and future generations.

---

107 DSD::Resources-Publications-CorePublications, [http://www.un.org/esa/dsd/agenda21/res\\_agenda21\\_23.shtml](http://www.un.org/esa/dsd/agenda21/res_agenda21_23.shtml), (20 September 2010).

As a result that environment injures affects the ecosystems around the globe, the State Sovereignty Principle must be reviewed by International Law. Furthermore, States should cooperate with the spirit of global solidarity to preserve, protect and restore the health and integrity of the global ecosystem, providing protection from the global environment, which means the limitation of the Principle of State Sovereignty.

With this concept the notion of sovereignty and jurisdiction has been rewritten, stressing the idea that the domestic jurisdiction must be legitimately exercised bearing in mind the recognition of an international justice by the global cooperation with the goal of a new and equitable global partnership among States.

Thus, the Supreme Court of Brazil, besides its strong paper in the defense of the environment, forgot the necessity to observe an international dialog with other international institutions and transnational sources to preserve a good balance in the global scope.

Consequently, the Brazilian Supreme Court decision in Belo Monte Dan was not done on basis of mechanisms of institutional cooperation with IACHR in a dynamic and deliberative dialogue, fundamental for international order stability. Thus, this framework is a standard to be followed by the international community, especially the Supreme Court of Brazil, in the theoretical construction that the sovereignty must be exercised in balance with international obligations, structured on the unquestionable right of the ecological preservation and good stewardship of the environment.

## 7 ABBREVIATIONS

CBD	Convention on Biological Diversity
EIA	Environmental Impact Assessment
EIR	Environmental Impact Report
EJC	European Court of Justice
FUNAI	National Indian Foundation
IAA	Integrated Environmental Assessment
IACHR	Inter-American Commission on Human Rights
IADC	Inter-American Democratic Charter
IBAMA	Brazilian Environmental Agency
OAS	Organization of American States
OSPAR	Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic
UNEP	United Nations Environment Programme

## 9 REFERENCES

Primary source

<http://www.basel.int>

<http://www.cbd.int>

<http://www.cidh.oas.org>

<http://www.civitas.org.uk>

<http://www.eletronbras.com>

<http://eur-lex.europa.eu>

<http://europa.eu>

<http://www.icj-cij.org>

<http://www.oas.org>

<http://www2.ohchr.org>

<http://www.otca.org.br>

<http://www.planalto.gov.br>

<http://www.stf.jus.br>

<http://topicos.estadao.com.br>

<http://www.un.org>

<http://www.unece.org>

<http://www.unep.org>

<http://www.wto.org>

Secondary source

ARAÚJO, Nádía de. A influência das opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves, coord. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ACKERMAN, Bruce. New Separation of Powers. *Harvard Law Review*, v. 133, 633, 2000.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BARRETTO, Vicente. Os Fundamentos Éticos dos Direitos Humanos. In: *Ethica – Cadernos Acadêmicos*, v. 4. Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto

Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves, coord. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARRY JONES, R. J. International interdependence and globalization: the political-economic interface. In: *Globalization and interdependence in the international Political Economy*. Rhetoric and Reality. London & New York, Pinter Publishers, 1995.

BATEUP, Christine. *Expanding the conversation: American and Canadian experience of the constitutional dialogues in comparative perspective*. New York: New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Papers Series, n. 06-37, 2006.

\_\_\_\_\_. The dialogic promise: assessing : the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 3, 2005.

BEDNAR, Jenna. The Dialogical Theory of Judicial Review: a new Social Science agenda. *George Washington Law Review*, v. 78, 6, 2010.

BENHABIB, Sheila. *The claims of culture: equality and diversity in the global era*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

BOHMAN, James. *Public Deliberation: pluralism, complexity and democracy*. Cambridge, Mass., MIT Press, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: malheiros.

DIXON, Rosalind. Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments. *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 349, may 2011.

DWORKIN, Ronald. Freedom's Law. *The moral reading of the American constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

\_\_\_\_\_. *Hard Cases*, in TAKING RIGHTS SERIOUSLY.

\_\_\_\_\_. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Mass., The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

\_\_\_\_\_. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *The Court's embarrassingly bad decisions*. New York Review of Books, 2011.

FERNANDEZ, Eusebio. *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Debate, 1991.

FINNEMORE, Martha. *National Interests in International Society*, Ithaca: Cornell University Press, 1996.

GERSEN, Jacob. Unbundled powers. *Virginia Law Review*, v. 96, 301, 2010.

GILPIN, Robert. *O Desafio do Capitalismo Global*. Rio de Janeiro/S.Paulo: Record, 2004.

GOODIN, Robert. *The theory of institutional design*. Press Syndicate of the University of Cambridge. New York: Cambridge University Press, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse Theory of Law and Democracy*. Translated by W. Rehg. Cambridge, Mass., MIT Press, 1996.

\_\_\_\_\_. *Teoria de La Accion Comunicativa*. Madrid: Taurus Ediciones, 1987.

HAYDEN, Patrick. *The Philosophy of Human Rights*. St. Paul: Paragon House, 2001.

HOGG, Peter; BUSHELL, Allison. The 'Charter' dialogue between Courts and Legislatures. *Osgood Hall Law Journal*, v. 35, 1, 1997.

JACKSON, Vicki C. *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*, 119 HARV. L. REV. 109, 119-20, 2005:

KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. traduzida por Edson Bini, 2. ed. São Paulo: Ícone, 1993.

KERSTING, Wolfgang. *Universalismo e Direitos Humanos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

KRASNER, Stephen D. Compromising Westphalia. In: HELD, David and McGrew, Anthony, (Eds.). *The Global Transformations Reader*. Polity Press, Oxford e London, 2000.

LEVINSON, Daryl; PILDES, Richard. *Separation of parties, not Powers*. *Harvard Law Review*, v. 119, 1, 2006.

MACCORMICK, Neil. *Norms, institutions and institutional facts*. *Law and Philosophy*, v. 17, 3, 1998.

MANN, Michael. Has Globalization ended the rise of nation-state?. In: HELD, David and McGrew, Anthony, (Eds.). *The Global Transformations Reader*. Polity Press, Oxford e London, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTIN, Lisa L. Interests, Power and Multilateralism. In: Lisa Martin & Beth A. Simmons (eds), *International Institutions - an International Organization Reader*. Cambridge & London, The MIT Press, 2001.

MACHADO, Paulo Affonso de Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 10. ed. S. Paulo: Malheiros, 2002.

MANN, Michael. Has Globalization ended the rise of nation-state?. In: HELD, David and McGrew, Anthony, (Eds.). *The Global Transformations Reader*. Polity Press, Oxford e London, 2000.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

MOREIRA, E. R. Conselhos Constitucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 71, 2011.

MOREIRA, E. R.; Gomes, Fabio. Direito Tributário Cosmopolita. In: Fabio Luiz Gomes. (Org.). *Direito Internacional - perspectivas contemporâneas*. Sao Paulo: Saraiva, 2010.

MUELLER, H and Risse-Kapen, T (1993). From the Outside In and From the Inside Out: International Relations, Domestic Politics and Foreign Policy. In: D. Skidmore and V. Hudson (eds) *The Limits of State Autonomy: Societal Groups and Foreign Policy Formulation*. Boulder, CO. Westview Press.

NOGUEIRA, João Pontes; MESSARI, Nizar. *Teoria das Relações Internacionais: correntes e debates*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PECEQUILO, Cristina Soreanu. *Introdução às Relações Internacionais: temas, atores e visões*. Petrópolis: Vozes, 2004, 248 p. ISBN: 85-3262-958-X.

PEREIRA, João Eduardo Alves. Geopolítica e direito internacional no Século XXI. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves. (coord.) *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D.de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

POSNER, Richard. Reply: the institutional dimension on statutory and constitutional interpretation. *Michigan Law Review*, v. 101, 952, 2003.

POSNER, Eric A.; SUNSTEIN, Cass R. *The Law of Other States*, 59 STAN. L. REV. 131, 2006.

\_\_\_\_\_. *Response-On Learning from Others*, 59 STAN. L. REV. 1309, 2007.

POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. *The executive unbound: after the madisonian republic*. New York: Oxford University Press, 2011.

RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. O sistema normativo da União Européia e sua incorporação às ordens jurídicas dos estados-membros. In: AMBOS, Kai; PEREIRA, Ana Cristina Paulo (orgs.). *Mercosul e União Européia: perspectivas da integração regional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. Responsabilidad de Los Tribunales Nacionales Y Derecho Comunitario. La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario en vía judicial, a partir de la sentencia Köbler (C-224/01) del Tribunal de Justicia. *Revista del Poder Judicial*, núm. 70, 2004.

\_\_\_\_\_. Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar en co-autoría con Leonor Moral Soriano. *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 3, 2003.

RAWLS, John. *A theory of Justice*. Harvard University Press, Boston, 1971.

\_\_\_\_\_. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. *O liberalismo Político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

\_\_\_\_\_. *The Law of Peoples*. Cambridge: Harvard UP, 1999.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. As joint ventures na indústria do petróleo. Rio de Janeiro: Renovar, 2. ed. 2003.

\_\_\_\_\_. Parecer sobre a Oitava Rodada de Licitações da ANP. In: *Novos rumos do Direito do Petróleo*. Renovar, 2009.

RORTY, Richard. *Human Rights, Rationality, and Sentimentality*. In: *On Human Rights: The 1993 Oxford Amnesty Lectures*, ed. Susan Hurley and Stephen Shute, 112–134. New York: Basic Books, 1993.

ROACH, Kent. Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States. *International Journal of Constitutional Law*, v. 4, 2, 2006.

SAND, Peter H. *The Role of International Organizations in the Evolution of Environmental Law*, Unitar, Geneva, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Law and Justice in a Multicultural Society*. The Case of Mozambique (Com João Carlos Trindade e Maria Paula Meneses). Dakar: CODESRIA, 2006.

\_\_\_\_\_. Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 2007.

\_\_\_\_\_. (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SCHOLTE, Jan Aart. Globalization. *A Critical Introduction* (Second Edition) (Cap. 1 “Globalization Debates” e Cap.2 “Defining globalization”). Palgrave-MacMillan Press, 2005.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A Global Community of Courts* 44 *HARV. INT’L L.J.* 191, 2003.

SONGER, Donald; SHEEHAN, Reginald. *Interest group success in the Courts: amicus participation on the Supreme Court*. Political Research Quarterly, v. 46, 2, 1993.

STAINMO, Svan. The new institutionalism. In: CLARK, Barry. FOWERAKER, Joe. *The encyclopedia of democratic thought*. London: Routledge, 2001.

SUNSTEIN, Cass. Beyond Marbury: the Executive's power to say what the Law is. *Chicago Law School Law and Economics Working Papers Series*, n. 268, 2005.

\_\_\_\_\_. *One case at a time: judicial minimalism in the Supreme Court*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999.

TIBÚRCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto, org. *O direito Internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TREMBLAY, Luc. The legitimacy of Judicial Review: the limits of dialogue between Courts and Legislatures. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, 4, 2005.

VERMEULE, Adrian. Foreword: system effects and the Constitution. *Harvard Law Review*, v. 123, 4, 2009.

\_\_\_\_\_. Intermittate institutions. *Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, n. 10-13, 2010.

\_\_\_\_\_. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2006.

\_\_\_\_\_. Many-minds arguments in Legal Theory. *1 Journal of Legal Analysis*, n. 1, 2009.

\_\_\_\_\_. *Mechanisms of democracy: institutional design writ small*. New York: Oxford University Press, 2007.

VERMEULE, Adrian; SUNSTEIN, Cass. Interpretation and institutions. *Chicago Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, n. 28, 2002.

WALDRON, Jeremy. *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*. *OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES*, 13 (1993), 18, at \_\_\_; JEREMY WALDRON, *LAW AND DISAGREEMENT* (OUP1999).

\_\_\_\_\_. Foreign Law and the Modern Ius Gentium. *119 Harvard Law Review* 129 (2005).

\_\_\_\_\_. *Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?* LAW AND PHILOSOPHY, 21 (2002).

\_\_\_\_\_. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. *Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative*. 25 U. MICH. J.L. REFORM 751 (1991-1992).

\_\_\_\_\_. Refining the question about judges' moral capacity. *International Journal of Constitutional Law*, v. 7, 1, 2009.

\_\_\_\_\_. *Teaching Cosmopolitan Right*, in Kevin McDonough and Walter Feinberg (eds.) EDUCATION AND CITIZENSHIP IN LIBERALDEMOCRATIC SOCIETIES: COSMOPOLITAN VALUES AND CULTURAL IDENTITIES (Oxford University Press, 2003).

WALZER, Michael. *Pluralism and democracy*. Paris: Editions Esprit, 1997.

**UMA ANÁLISE SOBRE A ADPF 341 DO STF: A  
POSSIBILIDADE DE REVISÃO DA POLÍTICA  
PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR RELACIONADA AO  
FINANCIAMENTO ESTUDANTIL (FIES) EM VISTA  
DO PRINCÍPIO QUE VEDA O RETROCESSO SOCIAL  
(PROIBIÇÃO DE REGRESSIVIDADE)<sup>1</sup>**

***THE OBLIGATION OF PROGRESSIVE ACHIEVEMENT IN THE  
RIGHT TO EDUCATION IN BRAZILIAN LAW: HOW THE BRAZILIAN  
SUPREME COURT CAN RULE ABOUT THE CHANGES OF THE PUBLIC  
POLICY DESIGNED TO PROMOTE ACCESS TO HIGHER EDUCATION***

*Fábio Lima Quintas<sup>2</sup>  
Altair Roberto de Lima<sup>3</sup>*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 As modificações implementadas no Programa de Financiamento Estudantil (FIES); 2 A questão constitucional posta em debate na ADPF 341: o direito ao acesso ao ensino superior; 3 O princípio da proibição de retrocesso

- 
- 1 Trabalho desenvolvido no âmbito do Grupo de Pesquisa Direito Processual Constitucional, do Instituto Brasiliense de Direito Público. Linha de pesquisa "A efetivação de direitos sociais pelo Poder Judiciário no direito comparado."
  - 2 Doutor em Direito do Estado (Direito Constitucional) pela USP (2013). Mestre em Direito e Estado pela UnB (2005). Professor da Escola de Direito de Brasília do IDP (Brasília-DF), vinculado ao programa de mestrado. Líder do Grupo de Pesquisa "Direito Processual Constitucional" (IDP).
  - 3 Mestrando em Direito Constitucional pela Escola de Direito de Brasília do IDP. Secretário-adjunto da Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União. Pesquisador do Grupo de Pesquisa "Direito Processual Constitucional" (IDP).

social; 3.1 Surgimento e ocaso do princípio da proibição da regressividade na dogmática constitucional; 3.2 O princípio da proibição da regressividade sob o prisma do direito internacional; 4 Como operar com o princípio que veda a não regressividade?; 5 Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** Considerando o dever constitucional do Estado de promover os direitos sociais, o artigo examina o problema derivado da revisão da política de financiamento estudantil para o ensino superior (FIES), levado a cabo pelo Governo Federal no início de 2015, em vista da crise econômica, questão essa posta nos autos da ADPF 341, proposta perante o Supremo Tribunal Federal. Para tanto, examina-se o status do princípio da proibição do retrocesso (ou proibição de regressividade) no direito brasileiro, considerando o plano do direito internacional e do direito constitucional. Por fim, sugere-se abordagens constitucionais possíveis para lidar com a necessidade de rever políticas sociais em vista de crises econômicas à luz do aludido princípio.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Sociais. Educação. FIES. Proibição de Regressividade.

**ABSTRACT:** Considering the obligation of progressive achievement in matters of social rights in Brazilian law, the article examines a case presented to Brazilian Supreme Court, concerned about changes done by the Government in the public policy for higher education. This programme is called FIES and it gives to students a kind of public finance to pay undergraduate courses in private institutions. The paper suggests possible constitutional approaches to dealing with the judicial review of public policies, specially considering the case exposed and the obligation of progressive achievement of social rights.

**KEYWORDS:** Social Rights. Higher Education. FIES. Obligation of Progressive Achievement.

## INTRODUÇÃO

Está na pauta de julgamento do Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADPF nº 341, discussão relevante para o momento atual do constitucionalismo brasileiro, que diz respeito à compreensão do que sejam as bases normativo-constitucionais do paradigma do Estado Social, especialmente em relação ao dever de o Estado promover os direitos sociais.

Nesse julgamento, questiona-se a constitucionalidade de alterações promovidas pelo Estado (Governo Federal) no programa de financiamento do ensino superior denominado FIES (Fundo de Financiamento Estudantil), por meio do qual se viabiliza o acesso do estudante ao ensino superior privado por meio de financiamento estudantil subsidiado.

Como se sabe, o programa do FIES – Fundo de Financiamento Estudantil – é voltado ao acesso ao ensino superior por meio da concessão de um financiamento, parcial ou total, das despesas dos estudantes em cursos de graduação ofertados pelas instituições de ensino superior (IES) privadas por meio de uma linha de crédito subsidiada pelo Estado<sup>4</sup>.

O presente artigo pretende examinar o problema à luz daquilo que a doutrina tem chamado de proibição do retrocesso ou vedação de regressividade, segundo a qual o Estado não poderia realizar modificações em políticas públicas implementadas que acarretassem o enfraquecimento da proteção conferida a direitos fundamentais, sobretudo os de índole social, como o direito à educação (art. 6º e 205 da Constituição).

Num primeiro momento, o artigo apresentará o debate posto hoje no Supremo Tribunal Federal para, em seguida, apresentar alguns dados sobre o programa do FIES.

Num segundo momento, o estudo identificará o que se tem entendido como “proibição de retrocesso” e o fará, inicialmente, a partir da dogmática constitucional e, em seguida, a partir do disposto no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que data de 1966, que traz uma

---

4 MOURA, Daiana Malheiros de. *Políticas Públicas Educacionais PROUNI e FIES: democratização do acesso ao ensino superior*. UNISC, n. 11, 2014. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anaeis/index.php/sidspp/article/viewFile/11804/1647>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

rica base normativa para tratar da efetivação dos direitos fundamentais, notadamente os de índole social<sup>5</sup>.

Por fim, o estudo apresenta algumas abordagens possíveis para tratar das alterações efetivadas pelo Poder Público nas regras do programa de financiamento estudantil à luz da obrigação de o Estado promover os direitos sociais.

## 1 AS MODIFICAÇÕES IMPLEMENTADAS NO PROGRAMA DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL (FIES)

O programa denominado “Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior” (FIES)<sup>6</sup>, tido como sucessor do crédito educativo, foi criado para oferecer crédito subsidiado aos estudantes que tivessem interesse em ingressar em instituições de ensino superior privadas. Ao longo do tempo, o programa veio ganhando importância no cenário do ensino superior.

Em abril de 2015, o Ministério da Educação, por meio de sua Secretaria de Ensino Superior, elaborou o relatório de gestão do exercício de 2014 do Fundo de Financiamento Estudantil<sup>7</sup>, no qual se constatou que:

Com os aprimoramentos instituídos a partir de 2010, dentre eles a criação do Fundo de Garantia de Operações de Crédito Educativo (FGEDUC), que dispensa a apresentação de fiador e a possibilidade de pagamento do financiamento com trabalho, o resultado foi a marca de 1 milhão de contratos de financiamento estudantil, atingido em agosto de 2013, dos quais 96% são estudantes pertencentes às classes C, D e E com renda familiar mensal bruta de até 10 salários mínimos.

Ressalta-se que até os cursos com mensalidade mais elevadas, como medicina (41.345 beneficiados) e engenharia (338.248 beneficiados), seguem essa tendência inclusiva.

---

5 MENEZES, Cláudio Armando Couce de; LOPES, Gláucia Gomes Vergara; CALVET, Otávio Amaral; SIVOLELLA, Roberta Ferme. Direitos humanos e fundamentais. Os princípios da Progressividade, da Irreversibilidade e da Não regressividade Social em um Contexto de Crise. *Revista Direito UNIFACS*, n. 119, 2010.

6 Lei nº 10.260/2001, com a redação dada pela Lei nº 12.513/2011 que, em seu art. 1º, dispôs: “É instituído, nos termos desta Lei, o Fundo de Financiamento Estudantil (Fies), de natureza contábil, destinado à concessão de financiamento a estudantes regularmente matriculados em cursos superiores não gratuitos e com avaliação positiva nos processos conduzidos pelo Ministério da Educação, de acordo com regulamentação própria”.

7 O relatório de gestão aludido é de acesso público, estando disponível em <[http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=14949&Itemid=1064](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=14949&Itemid=1064)>. Acesso em: 11 ago. 2015.

Nesse ínterim, a demanda por financiamento com recursos do Fies tem crescido em média 100% ao ano, sendo que em 2014 o crescimento foi de 31% em relação ao ano anterior.

Criado em 1999, o Fies passou por importantes mudanças em 2010, quando o FNDE assumiu sua operacionalização. Com essa mudança o estudante pode solicitar o financiamento em qualquer período do ano, de acordo com a sua conveniência. A taxa de juros foi reduzida para 3,4% ao ano; o limite máximo de financiamento foi elevado para até 100% do valor do curso; a carência foi ampliada para 18 meses após a formatura; o prazo de quitação passou a ser de até 3 vezes o período financiado do curso e foi criado o Fundo de Garantia de Operações de Crédito Educativo (FGEDUC), que possibilitou a entrada de novos estudantes no programa, por substituir a necessidade do fiador.

O resultado foi a marca de 1,9 milhão de novos estudantes beneficiados, atingido em agosto de 2014, envolvendo recursos da ordem de R\$ 13 bilhões.

Esse relatório ainda destaca que “a Lei Orçamentária de 2014 previa 151.501 estudantes financiados pelo Fies ao custo de R\$ 1,5 bilhões”. Apesar disso, informa o custeio de “1.900.343 de financiamentos (formalizados a partir de 15 de janeiro de 2010), mais 10.375 financiamentos (referentes aos contratos administrados pela Caixa Econômica Federal na qualidade de Agente Operador dos Fies anteriores a 15 de janeiro de 2010), em fase de utilização”. Tal relatório totaliza, assim, 1.910.718 de estudantes “financiados ao custo de R\$ 12,2 bilhões”.

Nesse mesmo relatório de gestão, uma das conclusões alcançadas pelo Ministério da Educação diz que “significativos aperfeiçoamentos normativos e operacionais ocorridos no Fies a partir de 2010, com o objetivo de melhorar as condições do financiamento estudantil ao público alvo”, fez o Programa apresentar “resultados exitosos, consubstanciados num total de novos contratos em 2014 no montante de aproximadamente 730 mil, enquanto no ano de 2009 os novos contratos representaram aproximadamente 32 mil”.

Portanto, nos últimos cinco anos houve evolução histórica na operacionalização da política pública educacional de nível superior instituída pelo FIES.

Em termos de execução orçamentária, os recursos gastos pelo programa também cresceram nos últimos cinco anos. Os Gráficos seguintes

comprovam a ascensão dessas despesas custeadas pelo Estado brasileiro, ampliando o acesso ao ensino superior:

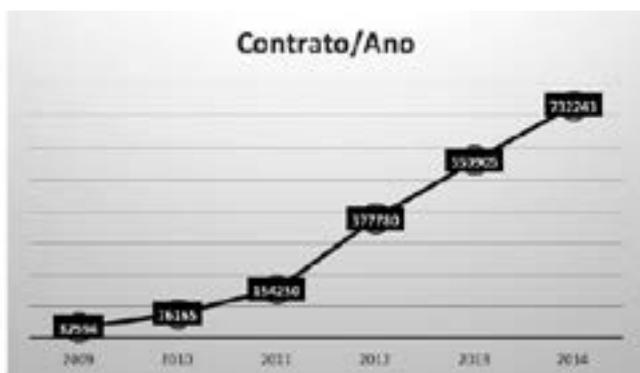
Gráfico 1



Fonte: MEC

O Gráfico 1 indica que, após um decréscimo em 2008 para 2009, houve uma aceleração no crescimento da execução financeira do FIES nos anos seguintes, sendo triplicado em 2012 (de R\$ 1.064 bilhões saltou para R\$ 3.258 bilhões em quatro anos). Os valores estão representados nos respectivos anos em que ocorreram as execuções financeiras.

Gráfico 2



Fonte: MEC

No Gráfico 2, observa-se o volume de contratos com o FIES por ano, desde 2009 até 2014. Apesar de as execuções financeiras do FIES dos anos de 2013 e 2014 não constarem do relatório de gestão (como se verifica no Gráfico 1), a amostragem do Gráfico 2 revela uma curva acentuada até 2014, comprovando o crescimento, visto o volume de contratos saltar de 377mil (em 2012) para 732mil (em 2014). Assim, a partir das variáveis coletadas na pesquisa, é possível identificar a exponencial ampliação do acesso ao ensino superior nas instituições privadas no Brasil, por amostragem, no período de 2008 a 2014.

No início de 2015, implementaram-se mudanças nos critérios de concessão do financiamento<sup>8</sup>. Teriam motivado essas mudanças a necessidade identificada pelo Governo<sup>9</sup> de racionalizar os gastos com o programa, que se faria pela adoção de critérios mais rígidos de acesso, baseados na qualidade dos cursos e dos estudantes. Essa medida convergiu com o esforço do Governo de reduzir seus gastos, ante a crise fiscal que assola o País<sup>10</sup>.

Basicamente, as novas regras do FIES, veiculadas por Portarias editadas pelo Ministério da Educação<sup>11</sup>, tornaram mais rígidas as regras de acesso ao programa (ante a necessidade de o interessado obter nota mínima de 450 pontos na prova do ENEM, sem zerar a prova de redação)

- 
- 8 CARDIM, Paulo A. Gomes. A polêmica em torno do programa de financiamento estudantil – FIES. Disponível em: <<http://www.belasartes.br/diretodareitoria/artigos/a-polemica-em-torno-do-programa-de-financiamento-estudantil-fies>>. Acesso em: 02 jul. 2015.
  - 9 Notícias do G1, datadas de 30.03.2015, informaram que Novas regras do Fies passam a valer a partir desta segunda-feira. Disponível em <<http://g1.globo.com/educacao/noticia/2015/03/novas-regras-dos-fies-passam-valer-partir-desta-segunda-feira.html>>. acesso em: 02 jul. 2015.
  - 10 O ano de 2014 foi marcado pelo déficit fiscal e recorde de dívida bruta, em que o setor público não financeiro registrou déficit primário de R\$ 9,234 bilhões, ou seja, 0,18% do Produto Interno Bruto (PIB), equivalendo ao pior resultado já registrado pelo Banco Central (Governo tem 1º déficit fiscal desde 1997 e dívida bruta será recorde. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3838888/governo-tem-1>>, notícia publicada em 29.12.2014. Acesso em: 02 jul. 2015.
  - 11 A Portaria nº 21 do MEC, editada em dezembro de 2014, passou a exigir, para a concessão do financiamento, pontuação mínima de 450 pontos e nota de redação diferente de zero no Exame Nacional do Ensino Médio (Enem) para os estudantes que realizaram a prova a partir de 2010. Em seguida, a Portaria nº 23, do mesmo mês, alterou a forma de remuneração das instituições de ensino superior que participam do programa, com repasses em oito parcelas anuais, e não mais mensais. Ampliando os benefícios decorrentes do FIES aos estudantes, o Decreto nº 8.498, de 10 de agosto de 2015, alterando o Decreto nº 7.790/2012, passou a dispor que “a amortização de financiamento para custeio de cursos superiores não gratuitos com recursos do Fundo de Financiamento Estudantil - FIES terá início no décimo nono mês subsequente ao da conclusão do curso ou, antecipadamente, por iniciativa do estudante financiado, parcelando-se o saldo devedor em período equivalente a até três vezes o prazo de permanência do estudante na condição de financiado”.

e alteraram o fluxo de repasse de recursos para as Instituições de Ensino Superior (IES)<sup>12</sup>.

Essas alterações normativas no programa terminaram por ensejar o ajuizamento da ADPF nº 341 perante o Supremo Tribunal Federal, em que é relator o Ministro Luís Roberto Barroso. Para o Partido Socialista Brasileiro (PSB), requerente dessa ADPF, as alterações nas exigências, relativas às notas do Enem a partir de 2010, representam um recuo e definem critérios retroativos, violando o princípio da segurança jurídica, preceito fundamental da Constituição da República (artigo 5º), mudanças essas que tornam mais rígidas as regras de acesso ao programa, constituindo-se em “flagrante desrespeito ao mandamento constitucional de promoção da educação por parte do Estado”, causando “impactos diretos nos projetos de inclusão social e educacional do país”.

Um dos focos em que a questão submetida a julgamento pode ser examinada, certamente, é a que veda ao Estado impor restrições a políticas públicas voltadas a promoção dos direitos fundamentais, naquilo que se tem chamado, no Brasil, como proibição do retrocesso.

## **2 A QUESTÃO CONSTITUCIONAL POSTA EM DEBATE NA ADPF 341: O DIREITO AO ACESSO AO ENSINO SUPERIOR**

No que tange ao universo dos estudantes ou daqueles que aspiravam se beneficiar do programa FIES para se tornarem estudantes universitários, as medidas implementadas pelo Governo trouxeram basicamente duas espécies de discussão jurídico-constitucional a respeito da legitimidade dessas modificações: i) a possibilidade de alterar as regras para os contratos estabelecidos (em vista da garantia constitucional do ato jurídico perfeito); e ii) a continuidade do programa para os estudantes que tinham a expectativa de serem financiados, mesmo com as regras mais rígidas que foram estabelecidas pelas portarias do Ministério da Educação impugnadas na ADPF 341.

Na ADPF proposta pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB, essas duas discussões afloram, considerando que põem em debate a possibilidade ou não de “retroação dos efeitos das referidas Portarias para limitar o direito

---

<sup>12</sup> A alteração mais crítica foi a mudança no cronograma de repasses de CFT-E, passando de 12 para 8 repasses anuais, a significar que o recebimento do repasse das mensalidades do mês de Julho só ocorreram no mês de Dezembro de 2015, o que naturalmente terá impacto direto nos seus fluxos de caixa e resultados líquidos para este ano. Quanto às IES, a mudança significativa ocorreu no programa de recompra de CFT-E, passando a 8 recompras anuais (MENA, Pedro Gomes. *O Impacto das Mudanças do FIES na Educação Superior Brasileira*. Disponível em: <<http://www.ampesc.org.br/eventos.php?area=1>>. Acesso em: 03 jul. 2015).

fundamental do estudante brasileiro a uma educação que o qualifique para o trabalho e o prepare para o exercício da cidadania”, apresentadas ambas as dimensões da discussão sob o prisma do princípio da segurança jurídica e da proteção da legítima confiança do cidadão nos atos do Estado.

Apesar de a petição inicial da ADPF reconhecer que “é mesmo da essência do desenvolvimento de políticas públicas a diuturna reconfiguração da atuação estatal, a partir de reavaliações de metas e resultados” e que não seria suficiente “tentar tratar realidades complexas, como é a do sistema educacional brasileiro, a partir de previsões abstratas petrificadas em instrumentos normativos perenes”, defende o requerente que o Parlamento e o Poder Executivo não poderiam “violiar situações jurídicas consolidadas ou prescrever regras de conduta contrárias às expectativas geradas por atuação estatal anterior”. Mais adiante, conclui que ficaram prejudicados pela Portaria do MEC dois grupos de estudantes: “(i) os novos entrantes que não obtiveram, em exames anteriores, a pontuação mínima ora exigida para contemplação de vagas nas universidades” e “(ii) os alunos que já estão cursando o Fies e atualmente não conseguem renovar seus contratos em razão das novas regras”.

Contrapondo-se à tese defendida na inicial, a área técnica do Ministério da Educação prestou informações no sentido de que:

[...] analisando-se o período de novas inscrições no ano de 2014 verificase o total de 158.000 e no ano de 2015 constatou-se o quantitativo de 252.442 em 2015. Em relação a aditamentos de contratos no mesmo período de 2014 foram feitos 980.085 e em 2015 foram registrados 1.446.762. Em relação a acessos de usuários ao site tivemos 2.363.034 em 2014 e 13.700.622 em 2015 e por fim tivemos 47.763.271 em 2014 e 311.391.062 em 2015 de páginas vistas.

Com isso, atestou o pleno funcionamento do sistema durante o período de inscrições do FIES. Esses dados são trabalhados juridicamente pelo MEC, fundamentando a assertiva de que “o desempenho mínimo, portanto, é exigido apenas na solicitação do FIES, ou seja, para novos contratos e não para a manutenção de contratos já em vigor, onde nos aditamentos não são exigidos”. Finalizou dizendo que depois da “contratação, a cada semestre, o aluno que deseja permanecer vinculado ao FIES procede, junto a IES, um aditamento contratual”.

Também o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE trouxe considerações a respeito da questão, ressaltando que “o desempenho no ENEM será, quando em vigência, determinante para o acesso

ao financiamento estudantil, porém nada tem a ver com os aditamentos de renovação semestral, pois não é critério para essa finalidade”. Dessa forma, a autarquia federal justificou que não prosperariam as afirmações segundo as quais “as instituições de ensino não poderão realizar a renovação semestral do financiamento para os estudantes em razão do desempenho no ENEM, visto que não existe essa condição para renovar os financiamentos”.

No Supremo Tribunal Federal, a cautelar foi deferida pelo Relator, Ministro Roberto Barroso, e referendada pelo Plenário (acórdão publicado em 10/8/2015), reconhecendo-se a validade da exigência de nota mínima no Exame Nacional do Ensino Médio para os estudantes se candidatarem ao FIES, mas impedindo que essas regras incidissem para renovação de contratos antigos do FIES.

No presente artigo, pretende-se examinar uma tese que pode emergir no julgamento, a partir da bem lançada ADPF, que diz respeito à existência de eventual proibição de o Estado regredir nas políticas públicas implementadas (e aqui, cumpre destacar que esse argumento não é explícito na petição inicial, que procura desenvolver sua tese com fundamento sobretudo no princípio da segurança jurídica).

### 3 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

#### 3.1 Surgimento e ocaso do princípio da proibição da regressividade na dogmática constitucional

A Constituição não consagra expressamente o princípio da proibição de regressividade ou da vedação do retrocesso social. Apesar disso, há, entre nós, aqueles que enxergavam tal princípio como inerente à proteção dos direitos sociais e como corolário do princípio da proporcionalidade, considerando o paradigma do Estado Social, que teria se instaurado com a Constituição de 1988.

Estimulou essa visão, certamente, as clássicas lições de J. J. Gomes Canotilho<sup>13</sup>, que tiveram grande ressonância no Brasil. Segundo o constitucionalista português, num contexto de normalidade, o princípio da democracia econômica e social se direcionava para a proibição de retrocesso social, ideia que se expressava também na proibição de contrarrevolução social ou da evolução reacionária. Nessa senda, os direitos sociais (como

---

13 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

o direito à educação), uma vez adquirido um certo grau de realização, de efetivação, passariam a constituir garantia e direito subjetivo.

Canotilho observara ainda que a vedação poderia ser assim definida como o núcleo essencial de direitos já realizados e efetivados através de medidas legislativas, as quais seriam incompatíveis com a Constituição se não houvesse a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, traduzindo a prática “numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial”<sup>14</sup>.

Essa visão chegou a ser adotada pelo Tribunal Constitucional Português<sup>15</sup>, ao apreciar a inconstitucionalidade de ato estatal que terminou por revogar garantias já conquistadas em tema de saúde pública. Para aquela Corte, a censura do Estado que não realiza as tarefas constitucionais a ele cometidas se faz por meio da declaração de inconstitucionalidade por omissão e, para desfazer o que já havia sido realizado, por meio da inconstitucionalidade por ação. Dessa forma, “o Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor” sob pena de incorrer em violação positiva à Constituição. Eis que os direitos sociais se consubstanciam para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas. Quando criadas estas instituições ou serviços, protege-se a sua existência, e não pode mais aboli-los, e o Estado “passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social”.

No Brasil, há autores que defendem a regressividade como princípio “implícito na Constituição brasileira de 1988, decorrente do sistema jurídico-constitucional pátrio, e que tem por escopo a vedação da supressão ou da redução de direitos fundamentais sociais, em níveis já alcançados e garantidos aos brasileiros”<sup>16</sup>.

Essa mesma visão já foi observada por Felipe Derbli<sup>17</sup>, para quem:

A particularidade do princípio da proibição de retrocesso social está, pois, na prevalência do caráter negativo de sua finalidade. Dizemos

14 Ibidem, p. 320-321.

15 Acórdão nº 39/84, Conselheiro relator Vital Moreira.

16 FILETI, Narbal Antônio Mendonça. O princípio da proibição de retrocesso social. Breves considerações. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2059, 19 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12359>>. Acesso em 14.07.2012.

17 DERBLI, Felipe. *O princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

prevalência porque existe, ainda que em menor escala, um elemento positivo na finalidade do princípio em tela: é dever do legislador manter-se no propósito de ampliar, progressivamente e de acordo com as condições fáticas e jurídicas (incluindo-se as orçamentárias), o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais, através da garantia de proteção dessa concretização à medida que nela se evolui. Vale dizer, proibição de retrocesso social não se traduz em mera manutenção do status quo, antes significando também a obrigação de avanço social.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uma das primeiras referências à proibição de retrocesso parece estar no julgamento da ADI nº 2065 (relatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em acórdão publicado no DOU de 04.06.2004), quando se debateu a extinção do Conselho Nacional de Seguridade Social e dos Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social. Embora a Corte não tenha conhecido a ação direta, por entender que a violação ao texto constitucional seria meramente reflexa, o voto do relator admitiu a inconstitucionalidade da lei que simplesmente revogara lei anterior necessária à eficácia plena de norma constitucional, reconhecendo uma vedação ao retrocesso social, porque “a implementação da Constituição não pode sofrer retrocesso”.

No mesmo sentido, reconhecendo a proibição de regressividade, o Tribunal voltou a se pronunciar no MS nº 24875<sup>18</sup>, que tratou do limite imposto às aposentadorias de Ministros aposentados da Corte, ocasião em que ressaltou o Ministro Celso de Mello:

[...] A cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses – de todo inócua na espécie – em políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

Referiu-se também ao princípio nas ADIs nº 3105 (Relator Ministro César Peluso, DJ de 18.02.2005) e nº 3128 (Relatora Ministra Ellen Grace, DJ de 18.02.2005), quando discutiu a incidência de contribuição previdenciária sobre a aposentadoria e pensões de servidores públicos e seus dependentes, em decorrência da emenda constitucional nº 41/2003.

18 – Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 06.10.2006.

Particularmente, a Ministra Carmen Lúcia, ao discutir a aquisição de aposentadoria por servidores que ingressaram até 16.12.1998 – e, portanto, antes da entrada em vigor da emenda constitucional nº 20/1998 –, mencionou no julgamento da ADI nº 3104<sup>19</sup>:

[...] quanto ao princípio da proibição do retrocesso social, que este seria o caso se houvesse negativa no sistema constitucional brasileiro de ser extinta a possibilidade de aposentadoria, já que a aposentadoria é um direito social que o constitucionalismo contemporâneo abriga, o que não aconteceu neste caso.

Por ocasião do julgamento do ARE nº 745.745 AgR/MG (Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 18.12.2014) – quando se questionou a essencialidade do direito à saúde como prestação de relevância pública, a permitir a atuação do Judiciário nas hipóteses de anomalia de órgãos do Estado que deixassem de cumprir o mandamento constitucional –, o Min. Celso de Mello ressaltou:

Para além de todas as considerações que venho de fazer, há, ainda, um outro parâmetro constitucional que merece ser invocado no caso ora em julgamento.

Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário (GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, “*Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*”, 1ª ed./2ª tir., p. 127/128, 2002, Brasília Jurídica; J. J. GOMES CANOTILHO, “*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*”, p. 320/322, item n. 03, 1998, Almedina; ANDREAS JOACHIM KRELL, “*Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*”, p. 40, 2002, Sergio Antonio Fabris Editor; INGO W. SARLET, “*Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*”, “in” *Interesse Público*, p. 91/107, n. 12, 2001, Nota dez; THAIS MARIA RIEDEL DE RESENDE ZUBA, “*O Direito Previdenciário e o Princípio da Vedação do Retrocesso*”, p. 107/139, itens ns. 3.1 a 3.4, 2013, LTr, v.g.).

19 Relatora Ministra Ellen Grace, DJ de 18.02.2005.

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto na hipótese – de todo inócua na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

Igual compreensão ocorreu na decisão da Corte Excelsa no RE nº 598.212 ED/PR, que discutiu a implantação da defensoria pública no Estado do Paraná, circunstância em que o relator Ministro Celso de Mello (DJ de 23.04.2014) consignou expressas preocupações com a vulneração a parâmetros constitucionais como “aqueles fundados na proibição de retrocesso social, na proteção ao mínimo existencial (que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana), na vedação da proteção insuficiente”.

A vedação ao retrocesso social certamente retornará à pauta do Supremo Tribunal Federal em outras ações de controle concentrado já ajuizadas<sup>20</sup>.

Não obstante a ampla base dogmática para defender a juridicidade do princípio que veda a regressividade (proibição de retrocesso), observa-se que a referência do Supremo Tribunal Federal ao princípio parece ser secundária nas decisões que toma.

E hoje cumpre questionar as próprias bases jurídicas desse princípio, que se encontra sob severas críticas, sobretudo no contexto das crises econômicas que atravessaram a Europa Continental.

Primeiramente, deve ser registrado que o próprio Canotilho modificou premissas fundamentais de seu pensamento. De fato, Canotilho há muito rejeitou a visão de que o dirigismo constitucional deva ser “entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias”. Não obstante isso, “alguma coisa ficou [...]”

20 Trata-se das ADI's nºs 5230, 5232, 5234, 5246, 5280 e 5295, todas na relatoria do Ministro Luis Fux. Tais ações diretas postulam, em síntese: a) Carência de 24 meses para pensões por morte pelo RGPS; b) Exigência de 24 meses de casamento ou de união estável para recebimento de pensão por morte pelo RGPS; c) Redução do valor da pensão por morte pelo RGPS de 100% para 50% acrescido de 10% por dependente; d) Redução do tempo de duração do benefício da pensão por morte de acordo com a expectativa de vida do cônjuge; e) Ampliação de 15 para 30 dias do período pago pela empresa, na hipótese de incapacidade para o trabalho; f) Alteração das carências para requerimento de seguro-desemprego; h) Aumento do período mínimo de atividade remunerada para percepção do abono salarial; i) Carência para o seguro-defeso de 03 anos para os pescadores profissionais.

da programaticidade constitucional”. Segundo o constitucionalista português, “contra os que ergueram as normas programáticas a ‘linha de caminho de ferro’ neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania”, deve-se entender que os textos constitucionais estabelecem “premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticas e sociais<sup>21</sup>”.

Deixando de lado, por assim dizer, uma postura idealista sobre a força transformadora da Constituição, Canotilho ressalta que o potencial transformador da Constituição não se realiza apenas normativamente, dependendo da vontade política e social de realizar a Constituição, que sempre dependerá da leitura que se faz da Constituição em cada momento histórico, do que não decorre a conclusão de que não haja uma vinculação do legislador ao programa constitucional. Nas palavras de Canotilho<sup>22</sup>:

[...] em termos jurídicos-programáticos, uma Constituição dirigente [...] representa um projecto histórico pragmático de limitação dos poderes de questionar do legislador, da liberdade de conformação do legislador, de vinculação deste aos fins que integram o programa constitucional. Nesta medida, penso que continuamos a ter algumas dimensões de programaticidade: o legislador não tem absoluta liberdade de conformação, antes tem de mover-se dentro do enquadramento constitucional. Esta a primeira sobrevivência da Constituição dirigente em termos jurídico-programáticos.

Da vinculação do legislador não sucede uma visão da Constituição centralizada no Tribunal Constitucional ou no Judiciário. A esse respeito, Canotilho entende<sup>23</sup>:

Eu tenho escrito e dito que não sou muito defensor da ideia de total judicialização da vida política. Aqui, na Europa, parece que se considera que os tribunais constitucionais e os outros tribunais são a última etapa do aperfeiçoamento político [...]. A isso eu respondo: pelo contrário, as grandes etapas do homem não foram os juízes que as fizeram, foi o povo, com outros esquemas organizativos e com outras propostas de actuação [...]. O Estado de Direito em Portugal não foi criado

21 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra, 2001. p. XXIX-XXX.

22 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 15.

23 CANOTILHO, op. cit., p. 47.

pelos juízes. Daí a necessidade de alguma prudência ao dizer-se que a etapa final de todo esse processo de Constituição dirigente acaba na Constituição procedimental e na justiça procedimental. Pelo contrário, se a justiça constitucional é importante, porque representa um certo controlo do legislador, deve ter-se também em conta o que Bonavides escreve hoje a respeito da democracia representativa e da Constituição cidadã. (COUTINHO, 2005, p. 26).

No fundo, quando digo que os juristas, quando discutem uma questão, ou são amigos do legislador, ou são amigos dos juízes, ou são amigos do Executivo, a minha explicitação foi esta: eu sou, em princípio, sou amigo do legislador, porque nele identifico a democracia, identifico o agente conflitual e transformador [...]. Se me perguntarem se o lugar de conflito é ainda ou também o Parlamento, são ainda os esquemas normativos, eu continuo a dizer que sim. Não para marginalizar o Executivo, não para subalternizar o Judiciário, mas porque acredito que a política é uma dimensão importante em qualquer projecto.

Em coerência com essa visão, Canotilho defende que “o instituto da inconstitucionalidade deve manter-se, não para deslegitimar governos e assembleias inertes, mas para assegurar uma via de publicidade crítica e processual contra a constituição não cumprida”<sup>24</sup>.

Diante da grave crise econômica que assolou o mundo após 2008 e em vista das medidas de “austeridade” que foram implementadas por países como Portugal, entrou na pauta constitucional a discussão sobre a efetividade dos direitos sociais. Canotilho, nesse debate, em linha com a mudança de entendimento que adotara, passou a ver com outros olhos a vedação de retrocesso social. Em tempos de crise estatal em que é preciso repensar o papel do Estado na distribuição de riquezas, o autor assim alertou<sup>25</sup>:

O rígido princípio da ‘não reversibilidade’ ou, formulação marcadamente ideológica, o ‘princípio da proibição da evolução reaccionária’ pressupunha um progresso, uma direcção e uma meta emancipatória e unilateralmente definidas: aumento contínuo de prestações sociais. Deve relativizar-se este discurso que nós próprios enfatizámos noutros trabalhos. ‘A dramática aceitação de ‘menos trabalho e menos salário, mas trabalho e salário e para todos’, o desafio da bancarrota da

<sup>24</sup> CANOTILHO, 2001, op. cit., p. XVII.

<sup>25</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 111.

previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social.

Além disso, podem-se opor à juridicização do princípio da vedação do retrocesso social as críticas de Marcelo Casseb Continentino. CONTINENTINO, inicialmente, externa preocupação com a tentativa de “inviabilizar qualquer medida política ou jurídica excepcional, adotada em situações de particular gravidade”, tendo em vista que “a norma constitucional deve ser contextualmente interpretada de acordo com suas possibilidades fáticas e jurídicas”<sup>26</sup>.

Defende, no entanto, que o princípio da vedação do retrocesso seja compreendido “como modalidade do princípio da proporcionalidade, que veda ao Estado exercer uma ‘proteção insuficiente’ dos direitos fundamentais”, a concluir que “o princípio da proibição do retrocesso não deve constituir, em termos absolutos, um óbice intransponível às leis ou às emendas constitucionais que eventualmente venham a limitar ou a suprimir direitos sociais. No entanto, para que tais atos normativos tenham sua validade constitucional certificada, será necessário que resistam ao teste tríplice da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)”<sup>27</sup>.

Por fim, merece ser mencionado o recente posicionamento do Tribunal Constitucional português, que, em vista da grave crise econômica que assolou aquele País (e o mundo), se rendeu à necessidade de validar as pesadas medidas recessivas adotadas pelo governo.

E o fez de uma forma muito brusca, a evidenciar uma ruptura com toda a dogmática constitucional até então estabelecida: o Tribunal Constitucional admitiu a “suspensão de direitos sociais” em situações de emergência constitucional, aqui se considerando a situação de crise econômica.

Alexandre Pinheiro<sup>28</sup>, da Universidade de Coimbra, descreve bem as decisões tomadas por aquela Corte Constitucional:

---

26 CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf>>. Acesso em: 04 maio 2015.

27 CONTINENTINO, op. cit.

28 PINHEIRO, Alexandre Sousa. *A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013)*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014.

Na verdade, à situação de desequilíbrio orçamental e à apreciação que ela suscitou nas instâncias e nos mercados financeiros internacionais são imputados generalizadamente riscos sérios de abalo dos alicerces (senão, mesmo, colapso) do sistema económico-financeiro nacional, o que teria também, a concretizar-se, consequências ainda mais gravosas, para o nível de vida dos cidadãos. As reduções remuneratórias integram-se num conjunto de medidas que o poder político, actuando em entendimento com organismos internacionais de que Portugal faz parte, resolveu tomar, para reequilíbrio das contas públicas, tido por absolutamente necessário à prevenção e sanção de consequências desastrosas, na esfera económica e social. São medidas de política financeira basicamente conjuntural, de combate a uma situação de emergência, por que optou o órgão legislativo devidamente legitimado pelo princípio democrático de representação popular.

Novamente com Marcelo Casseb, parece correto compreender que, em tempos de Supremacia da Constituição, o direito e o espaço político não impedem “avaliar e concluir, em cada caso individual, se a definição tomada pela autoridade política, de fato, extrapolou (ou não) os limites constitucionais de sua respectiva margem de conformação normativa”<sup>29</sup>.

### **3.2 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA REGRESSIVIDADE SOB O PRISMA DO DIREITO INTERNACIONAL**

Se, por um lado, a visão constitucional do Estado Social, fundado numa programaticidade forte, tenha hoje suas premissas postas em dúvida, disso não decorre a conclusão de que não se possa conceber algum espaço jurídico para regular a efetivação dos direitos sociais. E isso pode ser feito tendo como pano de fundo o princípio da proibição da regressividade (vedação ao retrocesso social), mas não com a densidade e o escopo cogitados pelo determinismo constitucional a que se aludiu anteriormente, e sim dentro de um constitucionalismo mais reflexivo, para utilizar a expressão de Canotilho.

A conformação desse espaço normativo para o princípio pode partir do direito internacional.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) assinada em 22 de novembro de 1969, em seu artigo 29, refuta a possibilidade de qualquer dos Estados Partes suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção

---

29 CONTINENTINO, op. cit.

ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista, assim como não admite excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo. Esse pacto foi ratificado pelo Brasil através do Decreto Presidencial nº 678, de 06 de novembro de 1992.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), datado de 16 de dezembro de 1966 (ratificado pelo Decreto Presidencial nº 591, de 06 de julho de 1992), enfatiza, no artigo 13, item 2, letra “c”, a progressividade que deve ocorrer em matéria de acesso à educação, especialmente a de nível superior, impondo aos Estados Partes que reconheçam acesso a todos em plena igualdade, em função das capacidades de cada um, por todos os meios apropriados e nomeadamente pela instauração progressiva da educação gratuita.

Note-se que a vedação de retrocesso pressupõe um avanço, um andar para frente, uma evolução no direito social, na direção de progresso<sup>30</sup>. Seu conteúdo proíbe regredir ou piorar a situação já conquistada.

Assim, mesmo que se admita que o princípio da vedação do retrocesso social não tenha sido positivado no direito constitucional brasileiro, impõe-se reconhecer hoje que normas de direitos humanos consagradas em pactos internacionais que sejam internalizados seguindo o procedimento próprio de emendas constitucionais adquirem status de norma constitucional (art. 5º, § 3º, da Constituição<sup>31</sup>). E, ainda que não se observe esse rito próprio às emendas constitucionais, é certo que o disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição<sup>32</sup> admite recepcionar normas internacionais sobre direitos humanos com status de supralegalidade, na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal<sup>33</sup>.

30 Realçando essa característica, o PIDESC estabelece logo no art. 2º, item 1: “1. Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos econômico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas”.

31 CF, art. 5º, § 3º: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

32 CF, art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”

33 Em 3 de dezembro de 2008, o Min. Celso de Mello, no RE 466.343-SP, onde se questionava a impossibilidade da prisão civil pela aplicação do Pacto de San José, modificou radicalmente sua opinião anterior (tal como expressa no despacho monocrático do HC 77.631-5/SC, publicado no DJU 158-E, de 19.08.1998, Seção I, p.

Em vista de tanto, parece correto concluir que o princípio da proibição da regressividade – como corolário do princípio da obrigatoriedade de progresso social – encontra algum espaço no ordenamento jurídico brasileiro e, nessa dimensão, merece ser um ponto de referência em discussões que envolvam a modificação de políticas públicas, ainda mais considerando a leitura que o Supremo Tribunal Federal tem atribuído à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), consubstanciada no dever de toda a sociedade promover a existência digna dos seres humanos<sup>34</sup>.

#### 4 COMO OPERAR COM O PRINCÍPIO QUE VEDA A NÃO REGRESSIVIDADE?

Uma referência normativa que tem sido utilizada para fundamentar a vedação ao retrocesso social é o princípio da razoabilidade, operacionalizado pelos conhecidos três testes, quais sejam, a adequação ou cabimento da medida, a necessidade ou exigibilidade dessa medida e a proporcionalidade em sentido estrito da decisão a ser tomada<sup>35</sup>. Nesse terreno, a proibição de regresso passou a ser vista como forma de incidência do princípio da razoabilidade no campo da proteção dos direitos sociais.

A respeito dessa abordagem, ABRAMOVICH e COURTIS<sup>36</sup> relatam que, em certos Países, a proibição de regressividade se insere como modalidade de controle do devido processo substantivo, que impõe ao Executivo e ao Legislativo a necessidade de observar critérios de racionalidade, numa perspectiva temporal e histórica, isto é, sendo racional

---

35), para aceitar esta tese acima exposta, segundo a qual os tratados de direitos humanos têm índole e nível de normas constitucionais no Brasil. Mas a maioria dos Ministros não acompanhou tal posição, para acompanhar o Voto-vista do Min. Gilmar Mendes, que alocou tais tratados de direitos humanos no nível supralegal (abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional). O acórdão ficou assim ementado: “PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito” (RE 466.343/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 05.06.2009).

34 ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, DJ de 13.10.2011; ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, DJ de 13.10.2011; RE 477554-Agr/MG, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 26.08.2011. Nesses julgamentos, o Supremo Tribunal Federal trouxe importantes diretrizes para a definição do que seja viver dignamente.

35 BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 6ª ed. revista, atualizada e ampliada, 2004. p. 228-229. Escreve o autor: “pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens”.

36 ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Trotta, 2004. p. 92-116.

a regulamentação vigente, não poderia o Estado piorar a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais já efetivados. Em sendo assim, o devido processo legal delimita o espaço de discricionariedade do Executivo e do Legislativo para regulamentar direito consagrado na Constituição, em tratado internacional ou em lei.

As políticas públicas, assim, devem ser examinadas numa perspectiva abrangente, levando em consideração não apenas situações jurídicas particulares, mas todo o regime estabelecido para a efetivação de determinado direito, que sempre precisam ser examinados à luz do contexto social e econômico presente.

Diante disso, considera-se que problemas econômicos, dificuldades orçamentárias e mudança do contexto social não devem ser simplesmente desconsiderados, merecendo ser levados em consideração no exame implementado nas políticas públicas, não a partir de uma aproximação que leve em conta a “reserva do possível”, mas sim como questões de fato que afetam a conformação do direito.

Essa abordagem traz importantes repercussões processuais, como a inversão do ônus probatório para o Estado.

Se for correto dizer que a modificação de uma política pública implementada não é discricionária e que se deve entender que o Estado tem um compromisso de buscar efetivar a implementação progressiva dos direitos sociais, tem-se que, na esfera processual, o Estado é que deverá provar que a supressão ou redução de um programa social não regredirá a efetivação de determinado direito social que até então se praticava ou que se tornou necessária uma modificação à luz de determinado contexto<sup>37</sup>. Essa comprovação poderia ser feita com os diversos dados ou elementos, em poder do Estado, demonstrativos de que a alteração das regras do programa não representaria, necessariamente, um regresso social.

Considerando essa densidade mínima ao princípio que veda a regressividade social, a defesa dos atos normativos impugnados na mencionada ADPF 341 – as Portarias do Ministério da Educação – precisaria demonstrar, por exemplo, que as modificações no programa eram imperiosas e que ela se insere numa atuação política abrangente de proteção dos direitos sociais em geral, e do direito à educação, em específico, em vista do contexto social, econômico ou tecnológico.

---

<sup>37</sup> ABRAMOVICH; COURTIS, op. cit., p. 102.

Essa leitura parece ser uma alternativa à visão extremada que retira do compromisso do Estado de efetivar direitos sociais promessas que, em certos contextos, não podem ser cumpridas ou que retirariam dos governos espaço político para atuar.

Recentemente, ainda a título de ilustração, o governo brasileiro anunciou a necessidade de realizar um corte no orçamento da ordem de quase 70 bilhões<sup>38</sup>. Se a vedação de retrocesso fosse lida como impeditivo para modificar programas sociais como *minha casa minha vida*, *fome zero*, financiamento estudantil e obras e investimentos incluídos no PAC<sup>39</sup>, restaria inviabilizado qualquer corte orçamentário.

Por outro lado, no Estado Democrático de Direito, é certo que a Constituição impõe um rol de prioridades para os governos.

Daí, a visão de que retirar da vedação ao retrocesso a imputação ao Estado do ônus de demonstrar a necessidade, adequação e proporcionalidade das modificações introduzidas nas políticas públicas cria espaço para o efetivo controle jurisdicional da implementação de políticas públicas, mas reconhece a esfera de decisão dos Poderes Legislativo e Executivo

Essa forma de ver a efetivação dos direitos sociais pode ser um bom índice para avaliar não apenas a legitimidade da modificação implementada na política pública, mas também para aferir em que medida deve ser protegida a expectativa do cidadão de que sejam mantidas certas regras em determinada política pública.

Nessa perspectiva, poder-se-ia questionar se a mudança das regras do fundo de financiamento estudantil feriu a legítima expectativa dos jovens estudantes brasileiros que se programaram em 2014 para ingressar nas universidades particulares em 2015 de se verem avaliados sob determinados critérios.

No julgamento da medida cautelar na ADPF nº 341, o Ministro Gilmar Mendes desenvolveu essa linha de argumentação, enfatizando as modificações no programa que foram bruscas e quebraram a confiança dos candidatos que pautaram suas ações em face de determinado regime jurídico:

38 Por todos, veja: *Brasil mergulha na austeridade com ajuste de 70 bilhões de reais*. Disponível em: <[http://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/22/politica/1432308993\\_787049.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/22/politica/1432308993_787049.html)>. Acesso em: 23 maio 2015.

39 Programa de Aceleração do Crescimento, instituído pelo Governo Brasileiro em 2007, com o objetivo de promover a retomada do planejamento e execução de grandes obras de infraestrutura social, urbana, logística e energética do país, contribuindo para o seu desenvolvimento acelerado e sustentável.

O Governo traiu a confiança dos candidatos que já estavam na fase final da seleção ao alterar as regras de implementação da política pública no final do ano de 2014 (as Portarias foram publicadas nos dias 26 e 29 de dezembro de 2014) para abarcar os candidatos que já haviam se submetido ao processo de seleção (ENEM).

Ressalte-se que as regras até então vigentes para a adesão ao FIES determinavam que os estudantes que tivessem concluído o Ensino Médio até 2010 e que realizassem o ENEM a partir desse mesmo ano poderiam pedir o financiamento. Assim, os estudantes que se submeteram ao exame entre 2010 e 2014 poderiam requerer sua adesão ao FIES, e a Portaria 21/2014 alterou o regramento em momento posterior à realização das provas, as quais constituem etapa imprescindível para a implementação dessa política pública.

A meu ver, não se cuida de uma mera alteração de regime jurídico, mas da mudança dos regramentos para a participação em política pública cujo processo de implementação estava em curso: as provas aplicadas e os estudantes aguardavam apenas a divulgação do resultado.

Portanto, para o Ministro Gilmar Mendes as regras do FIES deveriam valer para 2015. Além dos alunos que pretendem renovar seus contratos de financiamento, os estudantes que desejavam aderir ao financiamento pela primeira vez em 2015 também deveriam ser beneficiados. Esse entendimento também foi acompanhado pelos Ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli. De forma mais abrangente, o Ministro Teori Zavascki entendia que a liminar deveria ser concedida em maior extensão, para assegurar que as novas regras apenas alcançassem os estudantes que se inscreveram no Enem de 2014 (e não os que prestaram exame nos anos anteriores).

Em vista da segurança jurídica e da proteção da confiança do administrado, em situações em que ainda não se tenha conformado propriamente ato jurídico perfeito, pode-se conceber que a vedação à regressividade imponha ao Estado ônus ainda mais pesado de provar a imperiosidade de modificar a política pública.

De todo modo, nos autos da ADPF nº 341, o Supremo acabou seguindo, por maioria, o voto do Min. Roberto Barroso<sup>40</sup>, para quem as novas regras criadas para o programa FIES – exigindo média superior a 450 pontos e nota superior a zero na redação das provas do Exame Nacional do Ensino

---

40 Acompanhado pelas Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia e pelos Ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski.

Médio (Enem) – não se aplicariam aos estudantes que já tivessem entrado no programa e buscavam sua renovação. Em síntese, o Tribunal entendeu que o art. 19 da Portaria Normativa MEC nº 10/2010 (com a redação dada pela Portaria Normativa MEC nº 21/2014) não poderia ser aplicado a dois grupos de estudantes: os que postularam a renovação de seus contratos e aqueles que requereram sua inscrição no FIES até 29 de março de 2015.

Para a Corte, os dois grupos antes referidos tinham direito a que seu pedido administrativo fosse apreciado com base nas normas anteriores à Portaria Normativa MEC nº 21/2014 e, portanto, sem a exigência de desempenho mínimo do ENEM. Aos demais estudantes – que requereram sua inscrição após 29 de março de 2015 – caberia a submissão aos ditames da Portaria Normativa MEC nº 21/2014, devendo atender à exigência de desempenho mínimo no ENEM.

Ao mesmo resultado o Tribunal poderia ter chegado se o tema tivesse sido debatido à luz da proibição de retrocesso social, mas outras diretrizes seriam traçadas, vez que não ficaria sem atenção aspecto levantado pelo Governo, relacionado à escassez de recursos materiais num contexto de crise<sup>41</sup>. Essa reflexão, no entanto, poderá ser retomada pela Corte quando for realizar o julgamento definitivo do mérito da APDF.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Previsto expressamente em pactos internacionais assinados e ratificados pelo Brasil, a vedação à regressividade social merece ser uma referência normativa para a reflexão a respeito dos direitos sociais, quando menos como um parâmetro de avaliação de modificações em políticas públicas, atribuindo ao Estado o ônus de demonstrar a necessidade de reduzir a abrangência de proteção estabelecida para determinado bem público (saúde, educação, moradia etc.)

Esse tipo de visão permite que o processo decisório, no âmbito da jurisdição constitucional, leve em consideração problemas de ordem financeira, avaliados em situações emergenciais de crise, bem como questões de ordem social e política. Mas faz isso sob a perspectiva do Direito, que não pode ser reduzida a uma análise econômica, política ou social.

Essa perspectiva pode, como visto, contribuir para a análise da arguição de preceito fundamental recém proposta perante o STF (ADPF nº 341), que impugna as alterações introduzidas no programa do FIES.

---

41 AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

No julgamento definitivo dessa APDF, o Supremo Tribunal Federal terá oportunidade de reafirmar seu entendimento de que a proteção aos direitos fundamentais, em especial os de índole social, pode ser feita no âmbito da jurisdição constitucional, contra a qual não se pode opor de forma simplória o argumento da reserva do economicamente possível.

Indo além disso, a Corte poderá contribuir para a consolidação do Estado Constitucional se preocupar-se menos com a reafirmação da possibilidade de haver controle judicial de políticas públicas e focalizar mais as formas como se pode fazê-lo<sup>42</sup>, assumindo que a efetiva concretização dos direitos sociais demanda uma visão mais rica e abrangente, que crie espaço de articulação com as questões políticas, sociais e econômicas, o que pode ser feito com a mediação do princípio que veda o retrocesso social.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Trotta, 2004.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

\_\_\_\_\_. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

\_\_\_\_\_. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

CARDIM, Paulo A. Gomes. A polêmica em torno do programa de financiamento estudantil – FIES. Disponível em: <<http://www.belasartes.br/>

---

<sup>42</sup> QUINTAS, Fábio Lima. O controle judicial das políticas públicas: com que intensidade deve atuar o Poder Judiciário?. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MIRANDA, Jorge. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*: Interface Portugal/Brasil. v. , Brasília: IDP, 2014. p. 100-123.

diretodareitoria/artigos/a-polemica-em-torno-do-programa-de-financiamento-estudantil-fies>. Acesso em: 02 jul. 2015.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf>>. Acesso em: 04 maio 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DERBLI, Felipe. *O princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007;

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. O princípio da proibição de retrocesso social. Breves considerações. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2059, 19 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12359>>. Acesso em: 14 jul. 2012.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MENA, Pedro Gomes. O Impacto das Mudanças do FIES na Educação Superior Brasileira. Disponível em: <<http://www.ampesc.org.br/eventos.php?area=1>>. Acesso em: 03 jul. 2015.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de; LOPES, Gláucia Gomes Vergara; CALVET, Otávio Amaral; SIVOLELLA, Roberta Ferme. Direitos humanos e fundamentais. Os princípios da Progressividade, da Irreversibilidade e da Não regressividade Social em um Contexto de Crise. *Revista Direito UNIFACS*, n. 119, 2010.

MOURA, Daiana Malheiros de. POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS PROUNI E FIES: democratização do acesso ao ensino superior. UNISC, nº 11, 2014. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidsp/article/viewFile/11804/1647>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014.

QUINTAS, Fábio Lima. O controle judicial das políticas públicas: com que intensidade deve atuar o Poder Judiciário?. In: MENDES, Gilmar Ferreira;

MIRANDA, Jorge. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais: Interface Portugal/Brasil*. Brasília: IDP, 2014.

Precedentes judiciais referidos:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator Ministro Ayres Britto, DJ de 13.10.2011.

\_\_\_\_\_. ADPF 132, Relator Ministro Ayres Britto, DJ de 13.10.2011.

\_\_\_\_\_. RE 477554-AgR, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 26.08.2011.

\_\_\_\_\_. ADIs nº 3105, Relator Ministro César Peluso, DJ de 18.02.2005.

\_\_\_\_\_. ADI nº 3128, Relatora Ministra Ellen Grace, DJ de 18.02.2005.

\_\_\_\_\_. ADI nº 2065, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 04.06.2004.

\_\_\_\_\_. MS nº 24875, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 06.10.2006.

\_\_\_\_\_. ADI nº 3104, Relatora Ministra Ellen Grace, DJ de 18.02.2005.

\_\_\_\_\_. RE nº 598212 ED, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 23.04.2014.

\_\_\_\_\_. ARE 745745 nº AgR, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 18.12.2014.

\_\_\_\_\_. ADPF nº 341-MC, Relator Ministro Roberto Barroso, j. 27.05.2015; DJ 10/8/2015.

\_\_\_\_\_. RE 466.343-SP, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 05.06.2009.

Notas da Imprensa:

Brasil mergulha na austeridade com ajuste de 70 bilhões de reais.

Disponível em: <[http://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/22/politica/1432308993\\_787049.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/22/politica/1432308993_787049.html)>. Acesso em: 23 maio 2015.

Notícias do G1, datadas de 30.03.2015, informaram que Novas regras do Fies passam a valer a partir desta segunda-feira. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/noticia/2015/03/novas-regras-do-fies-passam-valer-partir-desta-segunda-feira.html>>. Acesso em: 02 jul. 2015.

Governo tem 1º déficit fiscal desde 1997 e dívida bruta será recorde.

Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3838888/governo-tem-1>>.

Notícia publicada em 29.12.2014. Acesso em: 02 jul. 2015.

Relatório de Gestão de 2014, elaborado pelo MEC sobre o FIES.

Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=14949&Itemid=1064](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=14949&Itemid=1064)>.

Acesso em: 11 ago.2015.

RECEBIDO EM: 25/11/2014

APROVADO EM: 05/04/2015

# A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS

*APPLICABILITY OF THE CODE OF CONSUMER PROTECTION TO  
PUBLIC SERVICES*

*Clarissa Teixeira Paiva <sup>1</sup>*

*Procuradora Federal*

*Especialista em Direito Constitucional*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Caracterização dos serviços públicos concedidos como objeto de relação de consumo; 2 Origem da tutela do consumidor e sua influência sobre os serviços públicos; 3 Distinção entre serviços públicos concedidos e serviços privados; 4 Limites quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos concedidos; 5 Conclusões; Referências.

---

<sup>1</sup> clarissapaiva@agu.gov.br

**RESUMO:** Este artigo trata sobre a questão da forma de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos quando delegados a empresas privadas, através de concessão. O que se procura explicar é em que medida o Direito do Consumidor pode influenciar no Direito Administrativo, com relação aos serviços públicos concedidos. Assim, constatou-se que, uma vez existente a relação de consumo envolvendo o serviço público concedido, a subsunção das normas do Código de Defesa do Consumidor deve ser feita com limites, e não de modo indiscriminado, como é feito em relação aos serviços privados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Serviços Públicos Concedidos. Relação de Consumo. Código de Defesa do Consumidor. Proteção dos Usuários.

**ABSTRACT:** This article deals with the question of how to apply the Code of Consumer Protection to public services when delegated to private companies through concessions. What is sought is to explain to what extent the Consumer Law can influence the Administrative Law with regard to public services provided. Thus, it was found that once the consumer relationship involving such public service exists, the subsumption of the Code of Consumer Protection standards must be done with limits, not indiscriminately, as is done in relation to private services.

**KEYWORDS:** Granted Public Services. Consumption Ratio. Code of Consumer Protection. Protection of Users.

## INTRODUÇÃO

As mudanças que ocorreram no século XIX, com a revolução industrial, a produção em série e o conseqüente aumento no consumo de bens, provocaram transformações sociais e econômicas as quais o ordenamento jurídico não foi capaz de alcançar com a mesma rapidez.

Isso gerou graves prejuízos ao equilíbrio e à harmonia nas relações de consumo, pois os consumidores se tornaram a parte mais fraca, em razão da exposição constante a uma quantidade cada vez maior de produtos e serviços, dos quais necessitam para sobreviver, sem, contudo, dispor de proteção específica e de meios que lhes possibilitassem um amplo acesso à justiça. Por isso, o Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990) criou vários mecanismos com o intuito de restaurar o equilíbrio entre consumidores e fornecedores e, assim, realizar o princípio da igualdade no âmbito das relações de consumo.

Diante desse quadro, o CDC incluiu as pessoas jurídicas de direito público no rol de fornecedores previsto no art. 3º, com o intuito de fazer com que a tutela protetorista dos direitos do consumidor também incidisse sobre o Estado e as suas concessionárias. Tanto que em alguns de seus dispositivos, a Lei n.º 8.078/90 se refere especificamente aos serviços públicos: art. 4º, VII - prevê a racionalização e melhoria dos serviços públicos, como uma das metas da política nacional das relações de consumo; art. 6º, X - inclui a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral como um dos direitos básicos do consumidor; art. 22 - obriga os órgãos públicos e as concessionárias a fornecerem serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos; art. 59, §1º - a aplicação de pena de cassação da concessão à concessionária de serviço público que violar obrigação legal ou contratual.

No entanto, a aplicação do CDC aos usuários de serviços públicos concedidos ainda gera dúvidas e causa polêmica junto à doutrina e aos aplicadores do direito. As opiniões sobre o tema não são pacíficas e isso só contribui para a obscuridade e confusão a respeito de questões tão importantes sobre os direitos dos usuários de serviços públicos concedidos.

Será que os usuários de serviços públicos concedidos também podem ser considerados consumidores? Em que medida o CDC se aplica a eles? São perguntas a que a doutrina e a jurisprudência vêm respondendo de forma acanhada e sem muita segurança. Trata-se de um assunto polêmico, que ainda não foi suficientemente explorado, pois carece de obras as quais façam uma abordagem mais clara e aprofundada.

O tema ganha ainda mais importância na atualidade, tendo em vista o forte processo de privatizações pelo qual o Brasil vem passando e que ganhou grandes proporções na década de 90, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso. Antes disso, o Brasil havia se tornado um grande empresário, mas não conseguia mais manter o nível de investimento necessário para gerar desenvolvimento econômico, inclusive com a busca de novas tecnologias. Esse panorama incentivou a procura de novos modelos políticos e uma das saídas foram as privatizações, como uma forma de reduzir a atuação direta do Estado na economia.

Assim, o Poder Público muda o seu instrumento de atuação e transfere a execução de serviços públicos, como o de telecomunicações e de energia elétrica, para a iniciativa privada, permanecendo com a titularidade sobre eles. O Estado, então, passou a intervir de forma indireta na economia, apenas com o objetivo de regular e fiscalizar as empresas privadas por meio das recém-criadas Agências Reguladoras.

As privatizações ensejaram a realização de vários contratos de concessão de serviço público e impulsionaram a criação da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que os regulamenta. E a situação atual caracteriza-se pela quase totalidade dos serviços públicos estarem sendo prestados através de concessão, por intermédio das empresas privadas.

Ou seja, o Estado tem preferido transferir a execução dos serviços públicos a ter que prestá-los diretamente. Esse quadro só torna ainda mais relevante a preocupação em se visualizar a existência de uma relação de consumo entre os usuários e as empresas concessionárias de serviços públicos.

É evidente que para o usuário, o fato de ser considerado consumidor e gozar de vários direitos reconhecidos pela Lei n.º 8.078/90, só o traria benefícios, pois haveria quantidade maior de garantias. No entanto, o contrato de concessão envolve não apenas os interesses dos usuários, mas também os do Estado e da empresa concessionária. Por isso é importante se analisar em que medida a disciplina jurídica do CDC pode influenciar no regime jurídico de direito público aplicável aos serviços públicos concedidos, sem prejudicar os interesses das partes envolvidas, principalmente o interesse público.

É preciso que se analise a questão também do ponto de vista do Estado e do princípio da supremacia do interesse público, o qual tem sido o grande argumento empregado para afastar ou amenizar a incidência do CDC as serviços públicos concedidos.

## 1 CARACTERIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS COMO OBJETO DE RELAÇÃO DE CONSUMO

O Direito do Consumidor não pode ser considerado um ramo do Direito, tal qual o são, tradicionalmente, o Direito Civil e o Direito Constitucional, por exemplo. Trata-se de uma disciplina inovadora, principalmente porque o seu âmbito de aplicação é bastante amplo. Isso faz com que as relações de consumo possam vir a abranger situações que antes afetavam exclusivamente a outros ramos do Direito. Por essa razão é que o CDC é considerado um microsistema.

O Código de Defesa do Consumidor, ao dar o conceito de fornecedor e de serviço, no art. 3º, §2º, apresenta uma inovação, pois permite que os serviços públicos sejam considerados objeto de uma relação de consumo. Com isso, uma matéria que, por sua natureza, é estudada pelo Direito Administrativo, também passa a integrar o microsistema de defesa do consumidor.

Entretanto, em razão do grande número de atividades que cabe ao Estado realizar, é bastante pertinente o questionamento sobre quais seriam os serviços públicos, prestados pela Administração Pública ou por meio de delegação, que ensejariam a aplicação das normas do CDC. Ou seja, quais as características que um serviço público deve reunir para ser considerado objeto de relação de consumo.

Roberto Senise Lisboa<sup>2</sup> afirma que, na relação entre a Administração Pública ou empresas delegadas e o usuário, dois critérios devem orientar o aplicador da lei para que ele possa concluir pela incidência ou não do CDC a um serviço público: *a forma de pagamento da remuneração e a natureza do serviço prestado*. Quanto ao primeiro critério, só se enquadrariam os serviços que fossem utilizados mediante o pagamento direto ao seu fornecedor e desde que esse pagamento fosse destinado à realização do serviço, como contrapartida. Desde já, ficaria excluído das relações de consumo qualquer serviço que fosse remunerado através de tributos, inclusive das taxas, pois o seu pagamento é feito em razão de um serviço público específico e divisível, mas essa receita não será necessariamente utilizada na execução do serviço. Assim, estaria fora do âmbito de aplicação da Lei n.º 8.078/90 qualquer reclamação em razão do fornecimento de iluminação pública, pela má qualidade da educação ou saúde públicas etc. Todavia, os serviços públicos remunerados com o pagamento de tarifa, na opinião do autor,

---

2 LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 187.

ensejariam a aplicação do CDC, pois se trata de genuína remuneração pelo serviço prestado, no sentido em que deve ser no mercado de consumo.

Já de acordo com o segundo critério, o da natureza do serviço público, somente seriam objeto de relação de consumo os serviços fruíveis diretamente pelos usuários, divisíveis e que permitissem o seu pagamento de forma específica, proporcionalmente ao que foi utilizado, isto é, os chamados serviços *uti singuli*. Portanto, seriam submetidos às normas de Direito do Consumidor, segundo o autor, o fornecimento privado de energia elétrica, água, gás, telefone e transportes coletivos aéreo, terrestre e marítimo.

Maria A. Zanardo Donato<sup>3</sup>, ao estabelecer quais espécies de serviços públicos fornecidos aos usuários que se subsumem à Lei 8.078/90, também adota o critério da remuneração do serviço público. Isso porque o art. 3º, §2º determina que qualquer atividade econômica prestada mediante remuneração é considerada serviço. Como a autora também segue a doutrina segundo a qual os serviços públicos seriam atividade econômica em sentido amplo, ela entende que a remuneração é o critério capaz de distinguir os serviços públicos de consumo daqueles que não o são, sob pena de se generalizar indevidamente a incidência do CDC a todos serviços públicos. Assim, ela afirma que somente os serviços públicos *uti singuli* remunerados por tarifa é que possuiriam todas as características dos serviços privados, ao contrário dos *uti universi*.

Para fundamentar o seu entendimento, Donato<sup>4</sup> transcreveu uma das súmulas do CENACON (Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Consumidor), elaboradas para orientar os promotores de justiça do consumidor de São Paulo. A súmula n.º 6 tem o seguinte conteúdo:

Serviço público - Objeto de Proteção pelo Código de Defesa do Consumidor - *uti singuli*. São objeto de tutela pelo Código do Consumidor e de atribuição das Promotorias de Justiça do Consumidor os serviços públicos prestados *uti singuli* e mediante retribuição por tarifa ou preço público, quer pelo Poder Público diretamente quer por empresas concessionárias ou permissionárias, sobretudo para efeitos do art. 22. Não o são, porém, os serviços prestados *uti universi* como decorrência da atividade precípua do Poder Público e retribuído por taxa ou pela contribuição a título de tributos em geral. Nesse caso,

3 DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 122-126.

4 *Ibid.*, p. 129.

tais serviços poderão ser objeto de inquérito civil e ação civil pública pelo Ministério Público, mas por intermédio do setor de defesa dos direitos do cidadão (junho/92).

José Reinaldo de Lima Lopes<sup>5</sup> procura distinguir dentre os serviços públicos, aqueles sujeitos às relações de mercado e aqueles que respondem a direitos da cidadania, isto é, fora do âmbito do CDC. Ele afirma que, quando o Estado está prestando um serviço cuja fruição, remuneração e prestação podem ser feitas *uti singuli*, essa relação seria de consumo, ao contrário do que ele chama de relações de cidadania, como seria tipicamente o caso dos serviços *uti universi*.

José Geraldo Brito Filomeno<sup>6</sup>, ao comentar a definição de serviço do art. 3º, §2º do CDC, com relação aos serviços públicos, salienta que na remuneração a que se refere o artigo não se inserem os tributos, tais como taxas e impostos, os quais encerram uma relação de natureza tributária, e não de consumo, em que há a figura do contribuinte, que não se confunde com a do consumidor. Ele ainda afirma que:

Não se há confundir, por outro lado, referidos tributos com as “tarifas”, estas sim, inseridas no contexto dos ‘serviços’ ou, mais particularmente, “preço público”, pelos “serviços” prestados diretamente pelo poder público, ou então mediante sua concessão ou permissão pela iniciativa privada.

O que significa que, na opinião do autor, somente os serviços públicos remunerados por tarifa seriam objeto de uma relação de consumo.

Por outro lado, Regina Helena Costa defende a tese de Geraldo Ataliba, segundo a qual os serviços públicos específicos e divisíveis, prestados aos usuários só poderiam ter como forma de remuneração a taxa, sendo a tarifa uma verdadeira distorção. Com isso, ela afirma que os serviços públicos remunerados mediante o pagamento de taxa estariam sujeitos à proteção das normas do CDC, pois a exigência de onerosidade do serviço só poderia estar relacionada à cobrança de taxa, quanto aos serviços públicos específicos e divisíveis. Os demais serviços, como os financiados

5 LOPES, José Reinaldo de Lima. Responsabilidade do Estado por Empresas Fiscalizadas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, p.77-93, jul./set. 1997.

6 FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 41.

por recursos obtidos através da cobrança de impostos, não seriam relação de consumo por lhes faltar a característica da remuneração direta<sup>7</sup>.

Assume uma posição contrária à maioria da doutrina Fábio Jun Capucho<sup>8</sup>, para quem incidirá o CDC em “toda e qualquer atividade prestada pelo Poder Público, por si ou por terceiros (concessionários e permissionários) sob sua direção e controle, independentemente da forma de sua remuneração.” Ele entende que uma interpretação restritiva limitaria às relações de consumo apenas alguns serviços públicos que tivessem maior semelhança com os serviços privados. Isso prejudicaria a finalidade buscada pelo legislador de fazer incutir no âmbito do serviço público a mesma dinâmica proposta para o setor privado.

A maioria da doutrina, como demonstrado, adota uma posição restritiva da aplicação do CDC aos serviços públicos. O entendimento prevalente considera relação de consumo apenas os que são remunerados por tarifa e exclue qualquer tipo de relação tributária, mesmo as decorrentes do pagamento de taxa. Se um serviço está sujeito ao regime de Direito Tributário, ele está fora do mercado de consumo. Primeiro porque as atividades oferecidas pelo Estado, a partir da receita obtida através de impostos, não são sequer consideradas serviços públicos, mas funções irrenunciáveis do Estado que, por sua própria natureza, não são suscetíveis de exploração econômica nem por particulares, mediante concessão ou permissão. São os chamados serviços públicos *uti universi*.

Até se poderia cogitar, a princípio, da aplicação do CDC aos serviços públicos remunerados por taxa. Entretanto, apesar da especificidade e divisibilidade características desses serviços, ainda assim estar-se-ia diante de uma relação Fisco-contribuinte, e não fornecedor-consumidor<sup>9</sup>.

Ademais, as taxas incidem tanto sob o exercício efetivo prestado ao contribuinte, quanto sob o exercício potencial, posto à disposição do contribuinte. Neste último caso, a taxa é cobrada em razão da compulsoriedade do serviço, ou seja, o usuário não tem opção sobre a fruição ou não da prestação, pois a taxa é exigida de forma impositiva. Diferente

7 COSTA, Regina Helena. A Tributação e o Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, p. 97-104, abr./jun. 1998; ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6. ed. 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2002. p. 161.

8 CAPUCHO, Fábio Jun. O Poder Público e as Relações de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 41, p. 96-116, abr./jun. 2002.

9 Sobre a impossibilidade de se equiparar contribuinte e consumidor, o RESP n.º 478.958-PR (STJ. Min. Luiz Fux, julgamento: 24/06/2003. DJ: 04/08/2003)

do que ocorre com o transporte coletivo, por exemplo, em que as pessoas podem escolher entre pegar um ônibus, e aí pagar a tarifa correspondente, ou simplesmente chegar ao seu destino caminhando, sem nada ter que pagar, mesmo que o serviço continue à sua disposição. A compulsoriedade fere a liberdade de escolha, que é um dos direitos básicos do consumidor, expresso no art. 6º, inc. II, da Lei n.º 8.078/90. Isto é, um serviço público remunerado por taxa não pode ser considerado objeto de uma relação de consumo, pois sua natureza atenta contra a própria sistemática do CDC.

Quanto à adoção, por alguns autores, do critério da natureza do serviço público, deve-se ressaltar que só poderiam configurar uma relação de consumo os serviços públicos *uti singuli*, ficando excluídos os *uti universi*. Além dessas atividades sequer serem consideradas serviços públicos, de acordo com o posicionamento adotado neste estudo, o critério da remuneração já conduziria a esse entendimento, uma vez que somente os serviços *uti singuli* permitem a cobrança de tarifa.

Então, a partir das várias posições acima abordadas, é possível identificar alguns elementos comuns utilizados para distinguir os serviços públicos inseridos no âmbito do CDC, daqueles sujeitos apenas às normas do Direito Administrativo.

O principal elemento distintivo é a remuneração do serviço, com base no que a própria Lei n.º 8.078/90 mencionou como requisito para que uma atividade esteja apta a integrar uma relação de consumo: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração...”. Com relação aos serviços públicos, entende-se enquadrados nesta lei apenas os que exigem o pagamento de tarifa, que não se sujeita ao regime jurídico tributário. Este é o entendimento esposado na seguinte jurisprudência:

A tarifa, como instrumento de remuneração do concessionário de serviço público, é exigida diretamente dos usuários e, consoante cedição, não ostenta natureza tributária<sup>10</sup>.

O que vai determinar a cobrança de taxa ou de tarifa por um serviço público específico e divisível são as peculiaridades do próprio serviço, uma vez que o Estado não tem liberdade para optar entre uma ou outra forma de remuneração.

---

10 STJ, REsp 976.836, rel. Min. Luiz Fux, DJ 05/10/2010.

Quando um serviço público é transferido a um particular através de concessão, ele apresenta características que somente tornam viável a sua prestação mediante a cobrança de tarifa. Ou seja, se os serviços públicos concedidos são explorados por tarifa e essa forma de remuneração é indiscutivelmente suficiente para caracterizar um serviço de consumo, isso leva à conclusão de que todos os serviços públicos concedidos estão sujeitos ao CDC.<sup>11</sup> Tanto é que o art. 22 dispõe que os órgãos públicos e suas concessionárias e permissionárias são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Ademais, a Lei de Concessões e Permissões (n.º 8.987/95), em seu art. 7º, apresenta um rol de direitos e obrigações dos usuários e ressalva que não haverá prejuízo do que estiver disposto na Lei n.º 8.078/90. Isso só reforça ainda mais a conclusão em favor da aplicabilidade do CDC na defesa dos usuários/consumidores de serviços públicos concedidos e, o que é mais importante, evidencia a possibilidade do Direito do Consumidor incidir em relações tradicionalmente reguladas pelo Direito Administrativo.

Apesar de tais argumentos, há quem defenda a não configuração de relação de consumo a partir da prestação de um serviço público concedido. É dessa forma que se manifesta Antônio Carlos Cintra do Amaral<sup>12</sup>, o qual afirma que o usuário de serviço público concedido não pode ser considerado consumidor, pois ambos estariam em situações jurídicas distintas, em razão das diferenças existentes entre a relação jurídica de serviço público e a relação jurídica de consumo.

O autor acredita que a relação jurídica entre concessionário e usuário não pode ser equiparada à existente entre duas pessoas privadas, que atuam na defesa de seus interesses específicos. A diferença existe na medida em que o concessionário age prestando um serviço cuja titularidade continua sendo do Poder Público, ou seja, o concessionário é apenas o intermediário entre o usuário e o Estado, o qual é responsável subsidiariamente pela prestação do serviço. Já na relação de consumo, o Poder Público intervém apenas regulando a relação entre o fornecedor e o consumidor, protegendo este último, que é considerado a parte mais fraca e, portanto, vulnerável da relação. Neste caso, o Estado não assume nenhuma responsabilidade pelo

---

11 Essa afirmativa inclui as concessões para exploração de rodovia. O Superior Tribunal de Justiça reconheceu a existência de relação de consumo também entre concessionária de rodovia e usuário, em decisão proferida no RESP n.º 467.883 – RJ (STJ. 3ª Turma. rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJ 01/09/2003).

12 AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre Usuário de Serviço Público e Consumidor. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.º 13, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 jan. 2003.

cumprimento das obrigações do fornecedor, ao contrário do que ocorre na concessão, em que a sua responsabilidade é subsidiária.

Para Cintra do Amaral<sup>13</sup>, não seria possível que o Estado interviesse regulando as relações de consumo e ele próprio pudesse sofrer as conseqüências de uma condenação com base no CDC. Outra distinção diz respeito aos interesses envolvidos, pois com a prestação do serviço público pelo concessionário estariam em jogo interesses públicos, apesar de serem prestados por uma empresa privada. Com a incidência do princípio da supremacia do interesse público, o concessionário estaria impedido de dispor da prestação do serviço segundo as suas próprias aspirações, mesmo que houvesse concordância do usuário, pois os interesses envolvidos não são privados, isto é, disponíveis, ao contrário do que ocorre em uma relação de consumo. Ele também apoia sua tese na determinação da Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998, que previu a elaboração da lei de defesa do usuário de serviço público. Isso só fortaleceria o entendimento de que houve a intenção do Poder Constituinte reformador em distinguir o usuário do consumidor, pois cada um deveria estar protegido por uma legislação específica.

Essas seriam as diferenças entre a relação de consumo e a de serviço público apontada pelo jurista, que, segundo ele, seriam suficientes para que o tratamento dispensado a usuários e consumidores fosse também diverso.

Todavia, não devem prevalecer razões dessa ordem contra a aplicação do CDC aos serviços públicos concedidos. Não são mais admissíveis os argumentos que tempos atrás os doutrinadores costumavam pregar com rigor para afirmar a separação inabalável entre o público e o privado. Até mesmo porque o Direito do Consumidor não pertence nem ao Direito Público, nem ao Direito Privado, especificamente. Por se tratar de um microsistema, o CDC é um instrumento de tutela do consumidor tanto perante o Estado quanto perante os agentes econômicos e o alcance dessa proteção afeta vários ramos do Direito, dentre os quais o próprio Direito Administrativo.<sup>14</sup>

Não se pode interpretar as normas de defesa do consumidor com uma visão tradicionalista, como se fossem parte de uma disciplina convencional. A Lei 8.078/90 merece um tratamento especial, conforme o grau de especialidade que possui. Ademais, a lei a qual se refere a EC n.º 19/98

13 AMARAL, op. cit., p. 3.

14 Com relação ao transporte aéreo de mercadorias, o RESP n.º 209.527-RJ (STJ. 3ª Turma, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 05/03/2001), trata sobre a influência do Código de Defesa do Consumidor na Convenção de Varsóvia.

até hoje não foi elaborada pelo Congresso Nacional, o que alimenta as controvérsias em torno do tema.

A posição de Cintra do Amaral<sup>15</sup> é a de que o CDC só deveria tutelar o consumidor de serviços privados e não haveria possibilidade de se dispensar o mesmo tratamento aos usuários de serviços públicos concedidos por se tratarem de relações jurídicas diferentes.

É certo que os serviços públicos se submetem a um regime jurídico diferente dos serviços privados, mas isso não basta como justificativa para afastar de forma absoluta a incidência do Direito do Consumidor aos serviços públicos concedidos. Um serviço de consumo não é e em hipótese alguma deve ser considerado sinônimo de um serviço privado, pois o CDC incide em ambos os tipos de atividade.

A caracterização de um serviço público como objeto de uma relação de consumo é um tema bastante discutido na doutrina e ainda controverso. No entanto, a questão acerca da incidência da Lei n.º 8.078/90 sobre o regime de Direito Público ainda não mereceu análise mais profunda por parte dos juristas. Isto é, além de se saber que pode ser configurada uma relação de consumo, é fundamental saber de que forma o CDC se aplica aos serviços públicos prestados mediante concessão.

As diferenças existentes entre os serviços privados e os serviços públicos, apesar de não servirem para descaracterizar estes como objeto de uma relação de consumo, não significa que a subsunção das normas do CDC nos dois casos seja feita da mesma maneira. Do contrário, poderia se correr o risco de descaracterizar a própria prestação do serviço público.

A concessão é considerada um contrato de natureza anômala e assim também o é a relação estabelecida entre o usuário e o concessionário quando da prestação do serviço. Não se pode enxergar essa relação como sendo meramente contratual privada, como no caso dos serviços privados, pois também há a incidência de regras regulamentares, fixadas unilateralmente pelo Estado e isso se impõe aos usuários e concessionários. Ou seja, o elemento consensual nos serviços públicos concedidos não está tão presente quanto nos serviços privados e isso vai influir na aplicação do CDC, que não se dará da mesma forma nos dois casos.

---

15 AMARAL. op. cit., p. 3-4.

Um dos motivos por que se deve dar um tratamento distinto para os serviços públicos e privados, diz respeito à própria origem da tutela dos consumidores nos Estados Unidos.

## **2 ORIGEM DA TUTELA DO CONSUMIDOR E SUA INFLUÊNCIA SOBRE OS SERVIÇOS PÚBLICOS**

O Direito do Consumidor começou a se delinear a partir de movimentos iniciados nos Estados Unidos (EUA) e daí se espalhou para outros países, como o Brasil. Como toda adoção de um modelo importado, o sistema de normas de proteção ao consumidor também sofreu adaptações à realidade brasileira. Assim, para se considerar a aplicação desse sistema aos serviços públicos no Brasil, também é preciso se analisar a organização administrativa do Poder Executivo dos EUA para se saber em que contexto o Direito do Consumidor surgiu e sua influência nas atividades estatais.

No Direito norte-americano, o Estado se desincumbiu da prestação direta de serviços públicos e os repassou à iniciativa privada. O detalhe é que a noção de serviço público nos EUA é diferente da que existe no Direito Administrativo Brasileiro, porque todas as atividades econômicas, inclusive as que correspondem à utilidades essenciais, são realizadas de acordo com o princípio da livre iniciativa.

Não é possível, portanto, a classificação que parte da doutrina no Brasil adota, através da qual as atividades econômicas incluiriam os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido restrito, em que predominam as leis de mercado. Tanto é que nos EUA não se reconhece a figura dos contratos de concessão de serviço público.

Como nos EUA o Poder Público não presta diretamente os serviços essenciais, a forma encontrada para se evitar abusos foi através da criação normas que pudessem assegurar aos consumidores uma tutela adequada, por meio do que veio a se consagrar como a disciplina jurídica do Direito do Consumidor.

O objetivo era garantir uma proteção ao usuário desses serviços por meio de um conjunto de regras e princípios capaz de regulamentá-los, ou seja, garantir a presença do Estado interferindo nas relações existentes entre os usuários e as empresas privadas responsáveis por satisfazer certos serviços de utilidade pública.

Disso conclui-se que, quando o Estado presta serviços públicos ou quando cria normas para a defesa do consumidor de um serviço prestado

por uma empresa privada, ele estaria tutelando os mesmo princípios e valores só que de formas diferentes.

Nas palavras de Marçal Justen Filho<sup>16</sup>:

Sob certo ângulo, o Direito do Consumidor desempenha, no ordenamento jurídico norte-americano, a função assumida entre nós pelo instituto do serviço público. São alternativas diversas para tutela dos mesmos princípios e valores. Vale dizer, o sistema anglo-saxão remeteu a satisfação das necessidades essenciais à iniciativa privada, mas reservou a aplicação de um regime próprio e peculiar, destinado a tutelar o usuário. A mesma necessidade conduziu outros ordenamentos a atribuir a titularidade do exercício das mesmas atividades ao Estado, subordinando o seu desempenho ao regime de direito público.

Nos EUA, os serviços públicos incorporam um formato diferente do que se verifica no Brasil. Em análise rigorosa, questiona-se inclusive a existência de um conceito próprio de serviço público no direito norte-americano. Lá não há uma área de atuação exclusiva do Estado, pois até as necessidades públicas são satisfeitas pelas empresas privadas, pela livre iniciativa, mas sob a fiscalização das Agências Reguladoras. A interferência do Estado é apenas indireta, na regulamentação dos serviços e pelo reconhecimento de direitos aos consumidores. Esta é uma forma de garantir uma prestação adequada aos serviços e de compensar a insegurança gerada pela ausência do Estado empresário.

Por outro lado, no Brasil, o setor público é muito bem delimitado, uma vez que o Estado tem a incumbência de fornecer vários serviços públicos, o que pode ser feito de maneira direta ou indireta. Neste último caso, há a faculdade de se transferir a uma empresa privada a responsabilidade apenas pela execução, pois a titularidade do serviço permanece com o Poder Público. Isso poderá ser feito através de um contrato de concessão, figura inexistente no Direito norte-americano, pelas razões anteriormente expostas.

Daí, conclui-se que no Brasil ocorre um fenômeno inusitado e estranho ao ordenamento jurídico norte-americano: a figura de uma empresa privada fazendo as vezes do Estado e executando um serviço público. Essa configuração pode levar a um aparente conflito, pois a existência de uma empresa privada ensejaria aplicação do Direito do Consumidor e o fato de o objeto ser um serviço público faria incidir as normas de Direito Administrativo.

---

16 JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 555.

O que impulsionou a defesa do consumidor nos EUA foi tão somente a necessidade de o Estado se fazer presente para garantir a qualidade na prestação dos serviços. Se esse impulso tivesse sido seguido à risca, no Brasil, o CDC teria previsto a sua incidência apenas nos serviços privados, pois nos serviços públicos o Estado já estaria presente, regulamentando de forma direta as condições da prestação.

Ou seja, originariamente, o Direito do Consumidor não surgiu para ser aplicado contra o Estado fornecedor de serviços públicos, mas sim contra as empresas privadas. A incorporação dessa idéia de se estender aos usuários a qualidade de consumidores surgiu muito mais por influência do Direito europeu, mais especificamente do Direito espanhol, através Lei Geral de Defesa dos Consumidores e Usuários da Espanha, a Lei 26/1984, como afirma Roberto Senise Lisboa<sup>17</sup>. Essa lei reconhece os mesmos direitos tanto para os consumidores de serviços privados, quanto para os usuários de serviços públicos.

A idéia de submeter o Estado às mesmas regras que disciplinam a relação consumidor-fornecedor deu-se com o intuito de melhorar a qualidade na prestação dos serviços públicos no Brasil e de oferecer aos usuários os mesmos mecanismos criados pelo CDC para a proteção da parte vulnerável e mais fraca da relação de consumo.

Assim, o conflito entre o Direito do Consumidor e o Direito Administrativo no Brasil é apenas aparente, porque um regime jurídico não exclui o outro. É certo que os serviços públicos são atividades administrativas e que, por isso, estão submetidas à disciplina do regime jurídico de Direito Público. No entanto, isso não impede que também se apliquem as normas do CDC na proteção dos usuários, conforme estabelece a própria Lei n.º 8.987/95, em seu art. 7º. O problema é se verificar em que medida a Lei n.º 8.078/90 irá influenciar o Direito Administrativo quanto aos serviços públicos concedidos.

### **3 DISTINÇÃO ENTRE SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS E SERVIÇOS PRIVADOS**

Os serviços privados são prestados sem que se cogite nenhuma influência em relação ao interesse público e é justamente nesse ponto que reside a principal diferença com relação aos serviços públicos.

---

17 LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 140.

O prestador de serviço público tem a sua atuação regida com o objetivo principal de realizar o interesse público. Mesmo que o serviço tenha sido objeto de concessão e, assim, passado à execução por uma empresa privada, esta só pode pretender o lucro dentro dos limites da satisfação do interesse público. Os serviços privados, todavia, são desempenhados com o objetivo principal de buscar o maior lucro possível.

Disso conclui-se que os serviços públicos concedidos são executados de acordo com o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, o qual não permite que as empresas prestadoras desses serviços disponham livremente deles, visando unicamente ao lucro, em prejuízo do interesse público.

Por outro lado, os serviços privados desenvolvem-se segundo o princípio da livre iniciativa, que possibilita maior autonomia na sua execução. Se as condições oferecidas pelos fornecedores forem aceitas pelos consumidores, o serviço poderá ser contratado sem que aqueles tenham que se comprometer com a qualidade. O fornecedor privado pode optar entre prestar um serviço mais barato, porque de menor qualidade, ou cobrar mais caro por um serviço executado com maior rigor. E o consumidor também é livre para escolher dentre esses serviços aquele que mais se adequar às suas necessidades. Caso se sinta prejudicado ou insatisfeito, o consumidor poderá recorrer ao CDC.

Não obstante o serviço ser privado, o Estado intervém para proteger o consumidor, mas o faz através da lei. Quando o serviço é público, o próprio Estado é quem se compromete em prestá-lo, pois a sua atuação dá-se dentro dos limites da lei e daquilo que por ela for permitido.

Isso já seria uma garantia da não ocorrência de abusos aos quais os serviços privados estariam suscetíveis, uma vez que aos particulares é permitido fazer tudo que a lei não proíbe, existindo mais liberdade de atuação. Assim, na teoria, haveria uma necessidade muito maior de se tutelar o consumidor de um serviço privado do que o usuário de serviços públicos.

Portanto, não haveria como se aplicar o Direito do Consumidor com a mesma intensidade em dois setores distintos da economia: os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido restrito. Sendo este último âmbito em que se encontram os serviços privados, cuja prestação não tem como finalidade a realização do interesse público. Aí está a grande diferença em relação aos serviços públicos.

As atividades econômicas privadas são desempenhadas com o objetivo de buscar o lucro e o fornecedor de serviços pode se valer da autonomia

outorgada constitucionalmente, nos arts. 170, parágrafo único e 174. A soma desses dois fatores pode levar a situações de abuso, em que o consumidor fica vulnerável à ocorrência de eventual dano.

Os serviços públicos, ao contrário, são atividade administrativa, regulada por normas de direito público e que tem como finalidade o alcance do interesse público. Isso significa que o concessionário não goza da mesma autonomia que uma empresa que atua no setor privado, pois não poderá dispor do serviço da maneira como bem entender. A atuação do concessionário sofre uma série de limitações por parte do Estado, que é quem permanece com a titularidade do serviço. Por exemplo, não há como reduzir o valor das tarifas em prejuízo à qualidade do serviço com o intuito de aumentar os lucros, porque a principal finalidade do concessionário é realizar o interesse público, por meio da prestação de serviços adequados, eficientes e de boa qualidade. A lucratividade fica em segundo plano, embora também seja um dos objetivos do concessionário.

O concessionário, portanto, se submete às condições fixadas pelo Estado na prestação do serviço público. Embora o usuário contrate com o concessionário, essa relação vai refletir uma influência do Estado, o que não ocorre no caso dos serviços privados, em que a própria empresa pode dispor livremente sobre as condições em que o negócio será firmado com o consumidor.

Marçal Justen Filho<sup>18</sup> ainda atenta para uma diferença fundamental entre serviços públicos e privados. Como no serviço público prevalece a tutela do interesse público, a proteção a um usuário específico fica em segundo plano. Por outro lado, o Direito do Consumidor visa, primordialmente, a defesa do interesse privado. Consequentemente, a proteção do consumidor de um serviço privado deve ser muito mais intensa e rigorosa do que a do usuário de serviço público. A razão disso, segundo o jurista, é que:

No serviço privado, somente existem em jogo interesses disponíveis, a tutela da parte economicamente mais fraca não põe em jogo questões mais relevantes. No campo do serviço público, o interesse do prestador do serviço é público; o do usuário é privado. Logo, é cabível evitar que o usuário, como parte economicamente mais fraca, tenha seus interesses indevidamente sacrificados. Mas não é admissível que o interesse particular do usuário seja superposto ao interesse público.

---

18 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 560.

#### 4 A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS: LIMITES E ADEQUAÇÃO

A atividade administrativa do Estado é regida pelos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade dos interesses públicos, o que corresponde, respectivamente, às prerrogativas e sujeições da Administração Pública, conteúdo do regime jurídico administrativo, conforme doutrina de Celso A. Bandeira de Mello<sup>19</sup>.

A atividade privada, representada pelos interesses do concessionário, é norteada pelo princípio da intangibilidade da propriedade privada e tem como principal objetivo o lucro. Já os usuários buscam a satisfação das necessidades essenciais, através da utilização de serviços públicos eficientes.

Cada parte envolvida com o contrato de concessão possui interesses os quais não podem ser considerados de modo isolado. O Estado detém prerrogativas quanto à modificação das condições de prestação do serviço, independentemente da anuência do concessionário e dos usuários, mas tal poder não poderá ser utilizado para anular os interesses das outras partes envolvidas. Da mesma forma, o concessionário não pode pretender obter o lucro a qualquer custo, em detrimento da qualidade da prestação, bem como os usuários não podem exigir a satisfação de suas necessidades essenciais de forma gratuita, sem remunerar o concessionário pelo serviço.

Cada um dos princípios envolvidos sofre limitações sob certos aspectos e extensões sob outros, de acordo com o princípio da proporcionalidade. Haverá casos em que será necessário se privilegiar os interesses de uma das partes, em detrimento dos interesses das outras. É o que ocorre, por exemplo, quando há um aumento na tarifa, em atendimento ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, que visa a proteger o concessionário do poder do Estado de modificar unilateralmente as cláusulas contratuais.

Outro caso, já reconhecido pela jurisprudência,<sup>20</sup> é o que permite ao usuário gozar de serviços públicos essenciais, como a energia elétrica, mesmo diante da falta de pagamento da tarifa, em razão do princípio da continuidade, que proíbe a interrupção do fornecimento.

19 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 38.

20 Sobre o assunto, RESP n.º 442.814 – RS (STJ. Rel. Ministro José Delgado, julgamento: 03/09/2002, DJ: 11/11/2002).

Isso porque, na concessão, os vários princípios que a integram fazem parte de um conjunto, de uma unidade, que é responsável pelo caráter associativo do contrato.

Desta forma, não se admite a invocação pura e simples dos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público para determinar o regime jurídico da concessão. Essa é a opinião de Marçal Justen Filho<sup>21</sup>, expressa nas seguintes palavras:

A concessão não se reduz a uma manifestação da atividade administrativa do Estado, mas representa a integração de interesses estatais, coletivos e privados. O princípio da associação impõe considerar a supremacia e indisponibilidade do interesse público de modo compatível e harmônico com o princípio da intangibilidade da propriedade privada e da satisfação das necessidades coletivas.

No mesmo sentido, também não se admite que a concessão possa ser influenciada apenas pelos interesses dos usuários, com a aplicação do CDC em qualquer caso, sem nenhuma ponderação. Isso seria privilegiar o interesse privado em detrimento dos demais interesses.

César A. Guimarães Pereira<sup>22</sup> cita como exemplo prático, a aplicação indevida do art. 42, parágrafo único, do CDC:

A falta de consciência dos fundamentos para a aplicação limitada do CDC favorece essa equivocada aplicação irrestrita – submetendo-se o prestador de serviço público, p. ex., a normas punitivas próprias da disciplina da atuação econômica privada. É o que se passa com a regra de devolução em dobro de montantes cobrados indevidamente.

O Direito do Consumidor pressupõe a desigualdade das partes e, na tentativa de equiparar-las, outorga superioridade jurídica ao consumidor para compensar a sua inferioridade técnica e econômica, na maioria dos casos, diante do fornecedor.

A concessão é regida pelo princípio da associação, que representa a síntese de todos os interesses presentes no contrato. Isso significa que, na prestação do serviço público concedido deve-se compatibilizar e

21 JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 290-291.

22 PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de Serviços Públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 218.

harmonizar ao máximo os interesses envolvidos, segundo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ou seja, não se pode aplicar o CDC ampla e irrestritamente aos serviços públicos concedidos, pois essa disciplina tem como principal objetivo proteger o consumidor, garantindo-lhe superioridade frente ao fornecedor para equilibrar a relação de consumo. E, nos contratos de concessão, nenhuma das partes deve receber tratamento privilegiado de forma constante, a exemplo do que ocorre com o consumidor nas relações de consumo de serviços privados.

Isso evidencia, portanto, a necessidade de se oferecer um tratamento diferenciado aos usuários de serviços públicos e aos consumidores de serviços privados. Estes apresentam um regime mais simples, envolvendo somente interesses privados e disponíveis, sem cogitar do alcance do interesse público em sua prestação. Nesse caso, a proteção ao consumidor deve ser feita de forma mais incisiva e rígida, com a aplicação de todas as normas do CDC, o que não deve acontecer no caso dos serviços públicos concedidos.

Em alguns casos, não poderia prevalecer o interesse dos usuários ao invés dos interesses do poder concedente e do concessionário. Por isso é que não se deve admitir a aplicação pura e simples do CDC aos serviços públicos concedidos. É preciso que haja um sopesamento das conseqüências para que não haja prejuízo à tutela do interesse público e para que se possa obter a máxima realização dos interesses envolvidos.

Todavia, também não se pode tentar restringir ou negar a aplicação do CDC aos serviços públicos concedidos com base no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, conforme pretendem alguns autores, como Antônio Carlos Cintra do Amaral<sup>23</sup>. Neste caso, estar-se-ia cometendo o mesmo erro, isto é, considerar de forma isolada e abstrata apenas um dos interesses presentes na concessão.

Os serviços públicos concedidos são objeto de relação de consumo e os usuários possuem direitos também previstos na Lei n.º 8.078/90. Então, nem o Estado, nem o concessionário podem se esquivar, antecipadamente, de seu cumprimento.

Ademais, a existência da supremacia do interesse público como um princípio estrutural para a explicação do Direito Administrativo vem sendo

23 AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre Usuário de Serviço Público e Consumidor. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n° 13, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 jan. 2003.

questionada por uma doutrina mais moderna. A principal crítica reside na impossibilidade de se elevar ao status de norma-princípio a determinação prévia e abstrata da supremacia do interesse público em detrimento do interesse privado, algo que só poderia ocorrer a partir de situações concretas.

Os princípios caracterizam-se estruturalmente por serem concretizáveis em vários graus, por encontrarem o seu fundamento de validade no próprio ordenamento jurídico, seja de forma explícita ou implícita, e por servirem de fundamento para a interpretação e aplicação do Direito.

No entanto, nenhuma dessas características podem ser vislumbradas no *princípio* da supremacia do interesse público, o que leva a conclusão de que, na verdade, trata-se de um axioma, justamente porque é auto-demonstrável. Essa é a opinião de Humberto Ávila<sup>24</sup>:

Trata-se, em verdade, de um dogma até hoje descrito sem qualquer referibilidade à Constituição vigente. A sua qualificação como axioma bem o evidencia. Esse nominado princípio não encontra fundamento de validade na Constituição brasileira. Disso resulta uma importante consequência, e de grande interesse prático: a aplicação do Direito na área do Direito Administrativo brasileiro não pode ser feita sobre o influxo de um princípio de prevalência (como norma ou como postulado) em favor do interesse público.

A explicação abstrata da supremacia do interesse público exclui qualquer hipótese de ponderação, pois o interesse público sempre terá maior peso que o privado, sem que diferentes opções de solução sejam levadas em conta para a máxima realização das normas em conflito. E uma relação de prevalência só pode ser constatada diante do caso concreto, e não de forma abstrata.

Ou seja, o que se propõe não é afirmar a prevalência do regime jurídico de Direito Administrativo, quanto aos direitos dos usuários de serviços públicos concedidos, em razão do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Até porque a solução não é tão simples assim e não se poderia afastar a incidência da Lei n.º 8.078/90 aos usuários, tendo como base somente tal princípio, de validade questionável. Isso também seria contra o regime jurídico da concessão, que pressupõe um conjunto de interesses, e não a prevalência de só um deles.

24 ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.º 7, outubro, 2001. p. 21. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 8 maio 2014.

O raciocínio oposto também não é correto, porque se um serviço é público e a ele se aplicarem indiscriminadamente todas as normas do Direito do Consumidor, haverá determinadas situações em que isso poderá provocar conseqüências prejudiciais ao Estado, ao concessionário e à própria coletividade que acabarão arcando com esse ônus.

Da mesma forma que não se deve aplicar automaticamente e sem nenhuma ponderação todas as normas do CDC, também não se deve limitar ou excluir previamente essa aplicação tendo como fundamento o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Não é com fundamento em escolhas prévias, feitas no campo abstrato, que se chegará a uma compatibilização entre as duas disciplinas. Isso deverá ser feito em concreto, através do princípio da proporcionalidade, para que, dentre todas as medidas igualmente eficazes para se atingir um fim, deva ser adotada a menos gravosa em relação ao direito das partes envolvidas.

Na prática, fica difícil adotar esse critério, mas essa se demonstra como sendo a solução mais adequada. Qualquer atitude extremista com relação ao problema seria descabida e estaria ferindo o próprio princípio da associação nas concessões.

Não há incompatibilidade entre os regimes, no sentido de não se admitir a aplicação do Direito do Consumidor a uma atividade administrativa, mas também não se deve entender pela total e indiscriminada aplicação do CDC aos serviços públicos concedidos, da mesma forma como se dá com os serviços privados.

Alexandre Santos de Aragão<sup>25</sup> concluiu o Direito brasileiro adotou uma posição mista em relação à categorização jurídica do usuário de serviço público. Porém, ele afirma que:

Todavia, o CDC não pode ser aplicado indiscriminadamente aos serviços públicos, já que eles não são atividades públicas comuns, sujeitas à liberdade de empresa e desconectadas da preocupação de manutenção de um sistema prestacional coletivo.

---

25 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Direito do Consumidor: Possibilidade e Limites da Aplicação do CDC. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Públicos, n. 15, ago./set./out. 2008. p. 15. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

A Lei n.º 8.987/95 traz a regulamentação sobre os contratos de concessão de serviços públicos, inclusive no que diz respeito aos direitos do usuário. O art. 7º, que apresenta uma relação de direito e obrigações, ressalva que a sua aplicação não prejudica os direitos previstos no CDC. O art. 7º do CDC também faz a ressalva de que os direitos nele previstos não excluem outros decorrentes da legislação ordinária. Como se pode ver, as disciplinas das Leis n.º 8.078/90 e 8.987/95 não se excluem, se complementam.

Assim, os direitos dos usuários são os previstos no Direito Administrativo e no Direito do Consumidor, sendo este último responsável por apresentar um número maior de mecanismos de proteção.

Entretanto, na aplicação dos direitos previstos do CDC em proteção aos usuários, também devem ser levados em conta os interesses do poder concedente e do concessionário para que não sejam ultrapassados limites que venham prejudicar a própria prestação do serviço e o interesse público.

Nem todos os direitos do consumidor podem ser considerados direitos dos usuários, em certas circunstâncias, pois os serviços públicos concedidos apresentam peculiaridades inerentes à sua prestação, o que os difere dos serviços privados, em que o CDC é aplicado sem nenhuma restrição.

Os usuários de serviços públicos concedidos poderiam invocar em seu favor tanto as normas inerentes ao desenvolvimento dos serviços públicos da Lei n.º 8.987/95, quanto as de Direito do Consumidor, mas dentro de alguns limites.

Sobre o assunto, Marçal Justen Filho<sup>26</sup> afirma que:

Deve limitar-se essa extensão aos limites do que for cabível, tendo em vista as peculiaridades do regime de direito público e do direito do consumidor. Nem todas as regras e princípios do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis ao relacionamento com o usuário de serviço público.

Um exemplo disso é que, nas concessões, o Estado tem o poder de modificar as condições da prestação do serviço unilateralmente. E, para o Código de Defesa do Consumidor, isso seria inadmissível. As cláusulas exorbitantes, mutáveis a qualquer tempo pelo poder concedente, seriam consideradas cláusulas abusivas e, portanto, nulas de pleno direito, conforme o art. 51, incisos X e XIII:

---

26 JUSTEN FILHO, op. cit., 1997. p. 131.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas as fornecimento de produtos e serviços que:

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após a sua celebração.

Qualquer possibilidade de se permitir ao fornecedor modificar cláusulas contratuais sem a anuência do consumidor se caracteriza como uma situação abusiva e que representa um desequilíbrio na relação jurídica estabelecida, algo incompatível com a sistemática da Lei n.º 8.078/90.

No entanto, os poderes exorbitantes do Estado são inerentes ao contrato de concessão de serviços públicos. Eliminar esses poderes, através da aplicação do CDC, seria o mesmo que negar a existência de um contrato de concessão de serviço público.

Assim, é necessário que se verifique as peculiaridades de cada caso concreto e as conseqüências da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, segundo os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da associação nas concessões, para que sejam compatibilizados os interesses do Estado, do concessionário e do usuário, sem grandes prejuízos para nenhum deles.

## 5 CONCLUSÕES

1. Podem ser objeto de uma relação de consumo não apenas os serviços privados, mas também os serviços públicos fornecidos no mercado de consumo, mediante remuneração;
2. O elemento subjetivo não serve mais para caracterizar um serviço público, porque a sua prestação também poderá ser feita por empresas privadas, através de concessão ou permissão, e nem toda atividade prestada pelo Estado é serviço público;
3. Os contratos de concessão têm caráter plurilateral ou trilateral, pois envolvem o poder concedente, que é o Estado; o concessionário, que são pessoas jurídicas de direito privado e os usuários;

4. O fato da prestação correr por conta de risco de uma empresa privada, a mutabilidade do contrato e a contrapartida da intangibilidade da equação econômico-financeira só permitem que a remuneração dos serviços públicos concedidos seja feita mediante tarifa;
5. Só poderão caracterizar uma relação de consumo os serviços públicos remunerados por tarifa, a exemplo dos serviços públicos concedidos;
6. Os serviços públicos gratuitos, custeados pela receita obtida a partir da cobrança de impostos, bem como aqueles remunerados por tributos em geral, não são considerados serviços, segundo o CDC. A cobrança de tributos cria uma relação Fisco-contribuinte, e não fornecedor-consumidor;
7. O CDC se aplica aos serviços públicos concedidos, mas não na mesma medida em que se aplica aos serviços privados;
8. A prestação de serviços privados é feita com objetivo de lucro, segundo o princípio da livre iniciativa, que possibilita uma maior autonomia na execução. Já nos serviços públicos concedidos, apesar de o concessionário ser uma empresa privada, só pode haver pretensões de lucro dentro dos limites de satisfação do interesse público. O serviço é prestado de acordo com o regime jurídico de direito público, o que implica em uma série de limitações à atividade estatal, tais como a submissão ao princípio da legalidade e da moralidade;
9. As diferenças existentes entre os serviços privados e os serviços públicos, com relação à finalidade da prestação, aos interesses envolvidos e ao regime jurídico aplicável, são suficientes para permitir um tratamento diferenciado na aplicação das normas do CDC;
10. As concessões são regidas pelo princípio da associação, que representa a síntese de todos os interesses presentes no contrato, os quais devem ser compatibilizados, de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade;
11. Nenhum dos interesses envolvidos na prestação do serviço público concedido deve ser previamente superior aos demais.

Isso implica reconhecer limites à aplicação do CDC, que tem como principal objetivo proteger o consumidor, garantindo-lhe sempre superioridade frente ao fornecedor para equilibrar a relação de consumo;

12. Também não deve ser invocado o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado para afastar de forma prévia e absoluta a tutela do usuário pelo CDC;
13. Somente diante do caso concreto é que poderão ser analisadas as conseqüências da aplicação das normas do CDC aos serviços públicos concedidos e adotada a solução mais adequada, de acordo com os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da associação nas concessões, para que não haja grandes prejuízos a nenhum dos interesses envolvidos.

## REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

AMAR, Jacques. *De L'Usager au Consommateur de Service Public*. Marseille: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2001.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre Usuário de Serviço Público e Consumidor. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 13, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 jan. 2003.

ANDRADE, Roberto Braga de. Fornecimento e Consumo de Serviço: em busca de uma formatação dogmática. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 16, jan./mar. 1997.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Direito do Consumidor: Possibilidade e Limites da Aplicação do CDC. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Públicos, n. 15, ago./set./out. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6. ed. 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2002.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 7, out. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 8 maio 2014.

AZEVEDO, Fernando Costa de. *Defesa do Consumidor e Regulação: a participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAPUCHO, Fábio Jun. O Poder Público e as Relações de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 41, abr./jun. 2002.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. v. II, 5. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

COSTA, Regina Helena. A Tributação e o Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, abr./jun. 1998.

DENARI, Cristiane. *Privatização e Serviços Públicos: as ações do Estado na Produção Econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

DROMI, José Roberto. *Derecho Administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FREITAS, Juarez. O Controle Social e o Consumidor de Serviços Públicos. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Regime dos Serviços Públicos e a Proteção dos Consumidores. In: MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (coord.). *Direito do Estado: novos rumos*. Tomo 2. São Paulo: Max Limonad, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

HINDO, Michelle Dibo Nacer. Taxa e Tarifa nos Serviços Públicos Essenciais e Consequências Jurídicas Face ao Código de Defesa do Consumidor. *Jus Navigandi*, Teresina, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2966>>. Acesso em: 07 maio 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

\_\_\_\_\_; PEREIRA, César A. Guimarães. Concessão de Serviços Públicos de Limpeza Urbana. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 219, jan./mar. 2000.

JUSTEN NETO, Marçal. *Equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviço público no Brasil*. Trabalho de conclusão de curso (Monografia) – Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002.

LAZZARINI, Alvaro. Serviços Públicos nas Relações de Consumo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 215, jan./mar. 1999.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Responsabilidade do Estado por Empresas Fiscalizadas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, jul./set. 1997.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A Proteção dos Usuários de Serviços Públicos – A Perspectiva do Direito do Consumidor. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. A Regulação dos Serviços Públicos Altera o Perfil do Consumidor. *Revista Marco Regulatório da AGERGS*, n. 1. Disponível em: <[http://www.agergs.rs.gov.br/bibliot/revista/mr1/mr1\\_claudia.htm](http://www.agergs.rs.gov.br/bibliot/revista/mr1/mr1_claudia.htm)>. Acesso em: 10 maio 2003.

\_\_\_\_\_. Proposta de uma Teoria Geral dos Serviços com Base no Código de Defesa do Consumidor: a evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 33, abr./jun. 2000.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Da Crise de Energia Elétrica e a Proteção do Consumidor dos Serviços Públicos Privatizados. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 225, jul./set. 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. Natureza Jurídica do Pedágio: Taxa? Preço? *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, v. 32, 2000.

MOOR, Fernanda Stracke. *O Regime de Delegação da Prestação de Serviços Públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NEIRA, César Carlos. *Entes Reguladores de Servicios*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

NOVELLI, Flávio Bauer. Apontamento sobre o Conceito Jurídico de Taxa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 189, jul./set. 1992.

PAIVA, Clarissa Teixeira. As Agências Reguladoras. In: *Congresso Brasileiro de Regulação de Serviços Públicos Concedidos*, 3, 2003, Gramado. Anais... Porto Alegre: ABAR, 2003. CD-ROM.

PASQUALOTO, Adalberto. Os Serviços Públicos no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, jan./mar. 1992.

PAULA, Adriano Perácio de. O Código de Defesa do Consumidor e o Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos Comerciais e Industriais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 118, abr./jun. 1993.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Serviços Públicos Concedidos e Proteção do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36, jan./mar. 2001.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Direitos dos Usuários de Serviços Públicos. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 34, dez./2009. Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=34&artigo=936>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. *Usuários de Serviços Públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos Serviços Públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, Rodrigo Alves da. O Código de Defesa do Consumidor e os Serviços Públicos: a defesa dos usuários de serviço público. *Jus Navigandi*, Teresina, n. 63, março, 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3830>>. Acesso em: 08 maio 2013.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e os contratos administrativos. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 3, n. 30, abril, 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=470>>. Acesso em: 12 maio 2003.

TÁCITO, Caio. A Tarifa Percebida por Concessionário de Serviço Municipal de Esgoto não tem Natureza Tributária. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 217. Parecer, jul./set. 1999.

RECEBIDO EM:05/06/2015

APROVADO EM:10/08/2015

# RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS ASSOCIADOS AO AMIANTO: O PROBLEMA DO NEXO CAUSAL

*CIVIL LIABILITY FOR DAMAGES OF HUMAN EXPOSURE TO  
ASBESTOS: THE PROBLEM OF CAUSATION*

*Domingos Riomar Novaes<sup>1</sup>*

*Analista Judiciário com atuação no Superior Tribunal de Justiça - STJ*

*Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB*

*Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – Uniceub*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A polêmica científica quanto aos malefícios causados pelo amianto; 2 A inadequação do ordenamento positivo atual; 2.1 O posicionamento da legislação federal; 2.2 O posicionamento das normas estaduais; 3 A responsabilidade civil pelos danos decorrentes da exposição humana ao amianto. O problema do nexo de causalidade; 3.1 Doenças complexas; 3.2 A causalidade provável na teoria do nexo causal; 3.3 A colocação da questão nas ações indenizatórias; 4 A visão dos Tribunais; 4.1 A solução da Justiça Trabalhista; 4.2 O enfrentamento da questão pela Justiça Comum; 4.3 Da necessidade de um tratamento uniforme; 5 Conclusão; Referências.

<sup>1</sup> [domingosnovaes@hotmail.com](mailto:domingosnovaes@hotmail.com)

**RESUMO:** Sobretudo no campo da saúde humana, os avanços da ciência são capazes, cada vez mais, de relacionar fatores biológicos, comportamentais e ambientais com o surgimento e o desenvolvimento de doenças multifatoriais como o câncer. O amianto ou asbesto, substância conhecida desde da antiguidade e largamente utilizada pela indústria em razão de suas notáveis propriedades, revelou-se, após décadas de estudo, altamente perigoso para a saúde. O reconhecimento dos riscos envolvidos na exploração, industrialização e comercialização do amianto é importante para reorientar a legislação nacional que transige com a exploração comercial da variedade crisotila. A percepção desses riscos também é fundamental para solucionar problemas típicos de responsabilidade civil, como o das indenizações pleiteadas por trabalhadores expostos ao amianto. Não é fácil, porém, nas hipóteses de doenças sujeitas à causalidade múltipla, identificar o fator patogênico para efeito de estabelecimento de responsabilidade civil. Na Justiça do Trabalho, a dificuldade de se comprovar a relação causal entre a doença diagnosticada e o fator de risco presente no ambiente de trabalho tem sido contornada pela presunção decorrente do conceito de doença ocupacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade Civil. Nexos de Causalidade. Doenças Complexas. Amianto. Asbesto. Doença Ocupacional.

**ABSTRACT:** Due to science development, especially in the field of human health, it is increasingly possible to relate the emergence of complex diseases, like cancer, with biological, behavioral and environmental factors. Asbestos, a substance known since ancient times and widely used by the industry because of its remarkable properties, has been revealed, after decades of study, highly hazardous to health. Recognizing the risks involved in the commercial exploration of asbestos is important in order to reorient the Brazilian law, committed with commercial uses of the chrysotile variety. The perception of these risks is also essential to solve typical problems of liability, such as the payment of damages claimed by workers exposed to asbestos. It is not easy, however, in case of complex disorders, to isolate a direct and immediate cause for purposes of civil liability. The difficulty on proving the relation between the diagnosed disease and the risk factor present in workplaces has been overcome in the Labour Courts by a legal presumption given by the concept of occupational disease.

**KEYWORDS:** Liability. Causation. Complex Diseases. Asbestos. Occupational Illnesses.

## INTRODUÇÃO

Como se sabe, não existe nenhum ramo do direito que não reflita a sociedade em que inserido. No campo da Responsabilidade Civil, em particular, é formidável observar como se apresenta de forma sempre renovada, por conta justamente dessa perspectiva, a mesma questão fundamental de saber em que situação se impõe a alguém o dever de reparar o dano sofrido por outrem.

Se é certo que o nosso senso de justiça recusa a fatalidade não é menos certo que o Direito, ao longo dos anos, tem experimentado diferentes estratégias para responder de forma satisfatória à questão essencial em referência. Durante o Século XX, transformações significativas desencadeadas pela Revolução Industrial levaram à superação do paradigma da responsabilidade civil subjetiva, fundada na culpa, e à aceitação, em paralelo, de hipóteses de responsabilidade civil objetiva, fundada, de ordinário, no risco da atividade. Hoje, outras contingências históricas parecem sugerir a necessidade de mais uma vez repensarmos os pressupostos da responsabilidade civil, permitindo a fixação do dever de indenizar em novos contextos.

Na sociedade pós-moderna, os avanços da ciência têm revelado dimensões insuspeitas de riscos até certo ponto conhecidos e, ao mesmo tempo, criado riscos inteiramente novos, com os quais não temos nenhuma experiência histórica. Especialmente no que diz respeito à saúde humana, são inúmeros os exemplos em que, com maior ou menor grau de certeza científica, a biologia e a medicina passam a relacionar doenças e fatores externos como o uso de tabaco, a ingestão de organismos geneticamente modificados, a exposição a ondas eletromagnéticas, o contato com o amianto, etc.

É curioso constatar que na maior parte desses casos a relação entre a enfermidade e o fator exógeno não exprime uma causalidade certa e definitiva. No estado da arte em que nos encontramos é impossível afirmar com absoluta certeza, por exemplo, se determinado câncer de pulmão desenvolvido por determinado paciente em específico foi causado pelo uso do cigarro, pelo pó de amianto a que essa pessoa se expôs por conta de sua atividade profissional, ou pela dieta característica que manteve ao longo da vida. Muitas doenças, como câncer, têm origem multifatorial, sendo difícil identificar com segurança o fator que lhe deu causa. Não obstante, é assente no meio científico e até mesmo entre os leigos que certas substâncias, como o amianto, têm efetivo potencial cancerígeno e isso não pode ser desconsiderado pelo Direito.

Essa relação de causalidade provável deve ser sopesada tanto para a elaboração de políticas públicas (regulação das atividades econômicas que encerram esses riscos) como para a atribuição de responsabilidade civil àqueles que exploram as atividades em que esse tipo de risco é inerente. Dito de outra forma, a impossibilidade de se estabelecer um vínculo de causalidade direta e imediata nesses casos não pode constituir um entrave definitivo nem à criação/fomento de políticas públicas de gerenciamento de risco nem ao reconhecimento da responsabilidade civil pelos danos já verificados.

No presente trabalho busca-se analisar dois pontos fundamentalmente: a forma como a legislação brasileira se posiciona em relação aos riscos que o amianto representa à saúde pública e também as soluções que o Direito pátrio tem encontrado para, em casos de dano, estabelecer responsabilidade civil tendo em vista as incertezas científicas a respeito do nexo de causal.

## **1 A POLÊMICA CIENTÍFICA QUANTO AOS MALEFÍCIOS CAUSADOS PELO AMIANTO**

Asbesto e amianto são nomes comerciais de um grupo heterogêneo de minerais comumente encontrados na superfície terrestre derivado de rochas metamórficas que, por processo natural de recristalização transforma-se em material fibroso. Compõe-se de silicatos hidratados de magnésio, ferro, cálcio e sódio e se divide em dois grandes grupos: serpentinas (crisotila ou amianto branco) e anfíbolos (tremolita, actinolita, antofilita, amosita e crocidolita, etc.)<sup>2</sup>.

A substância é conhecida desde a Antiguidade<sup>3</sup> pelo homem primitivo, que a misturava ao barro e à argila para conferir propriedades refratárias aos utensílios domésticos. Na atualidade, é ainda muito utilizada, principalmente em países subdesenvolvidos, como matéria-prima na indústria da construção civil (telhas, caixas d'água, divisórias, painéis acústicos, forros e pisos vinílicos, etc.), têxtil (mantas para isolamento térmico, roupas antichamas), automobilística (lonas e pastilhas de freio, discos de embreagem, etc.) entre outras.

---

2 Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto – ABREA. Disponível em: <<http://www.abrea.com.br/02amianto.htm>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

3 Os nomes latino e grego, respectivamente, amianto e asbesto, têm relação com suas principais características físico-químicas: incorruptível e incombustível (Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto – ABREA. Disponível em: <<http://www.abrea.com.br/02amianto.htm>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

De acordo com o Instituto Nacional do Câncer – INCA<sup>4</sup>, a exposição humana ao amianto, especialmente ao pó do amianto, que pode ser inalado e depositado de forma definitiva no pulmão, está relacionada à ocorrência de diversas patologias, em especial: Asbestose, Câncer de pulmão, de laringe, do trato digestivo e do ovário e da pleura (mesotelioma).

Os grandes produtores mundiais de amianto vêm tentando desde muito tempo, e no Brasil pelo menos isso tem sido evidente, atribuir a malignidade dessa substância, de forma exclusiva, à variedade dos anfíbolos. No sítio eletrônico da Eternit S.A. e no da Confederação Nacional dos Trabalhadores do Amianto, há referência a pesquisas científicas que sustentam ser o amianto crisotila consideravelmente menos perigoso e passível de utilização controlada, sem riscos para a saúde humana.<sup>5</sup>

Argumenta-se que o período de biopersistência, tempo que uma partícula inalada permanece no pulmão antes de ser eliminada pelos mecanismos de defesa do organismo, é significativamente maior entre as variedades de amianto anfíbolio – mais de um ano – e consideravelmente pequeno no amianto crisotila – dois dias e meio, no máximo, menos do que o das fibras naturais. Essa circunstância, aliada a outras técnicas industriais de controle de poeira, evitaria que os profissionais da indústria desenvolvessem as doenças ocupacionais tradicionalmente associadas ao manejo dessa matéria-prima. Além disso, o processo de manufatura a que submetida a variedade crisotila, com temperaturas superiores a 800°C, causaria uma reação química que o transformaria em forsterita, substância inócua à saúde e capaz de se agregar definitivamente ao material que lhe serve de substrato, normalmente o cimento, impedindo, assim, o desprendimento de partículas de amianto no ambiente. Isso garantiria a segurança do público em geral, evitando a inalação de partículas de amianto desprendidas acidentalmente dos objetos comercializados.<sup>6</sup>

4 Instituto Nacional do Câncer. Disponível em: <[http://www1.inca.gov.br/conteudo\\_view.asp?ID=15](http://www1.inca.gov.br/conteudo_view.asp?ID=15)>. Acesso em: 11 jul. 2015.

5 Essa dicotomia entre a malignidade das variedades de amianto pode ser bem identificada em pesquisa realizada por JARABEK, A. M., O. T. Price, S. H. GAVETT, e B. *Ashgharian intitulada Comptational comparison of asbestos fibers: Dosimetry model simulations to characterize variability and potency*. Disponível em: <[http://cfpub.epa.gov/si/si\\_public\\_record\\_report.cfm?dirEntryId=241950&searchAll=Asbestos&showCriteria=0&SIType=PR&sortBy=pubDateYear&NoArchive=1](http://cfpub.epa.gov/si/si_public_record_report.cfm?dirEntryId=241950&searchAll=Asbestos&showCriteria=0&SIType=PR&sortBy=pubDateYear&NoArchive=1)>. Acesso em: 18 fev. 2015.

6 Esses dados, fornecidos pelos sítios eletrônicos da Eternit (<http://www.eternit.com.br>) e da Confederação Nacional dos Trabalhadores do Amianto (<http://www.cnta.org.br>) estariam referendados pelas pesquisas de um certo Dr. David Bernstein, PhD, cujo resumo está disponível em: <[http://www.chrysotile.com/en/conferences/speakers/David\\_Bernstein.aspx](http://www.chrysotile.com/en/conferences/speakers/David_Bernstein.aspx)>. Acesso em: 18 fev. 2015.

A maioria dos estudos científicos, porém, conclui que não é possível estabelecer uma dicotomia entre as variedades crisotila e anfibólia no que concerne à patogenicidade e à possibilidade de uso controlado. René Mendes, sempre citado em trabalhos sobre o assunto, considera absolutamente superada a hipótese de que apenas o amianto do tipo anfibólio (azul, marrom e outros) faz mal à saúde, afirmando ser igualmente patogênico o asbesto-crisotila.<sup>7</sup> A Agência Internacional de Pesquisa sobre o Câncer (IARC), ligada à Organização Mundial da Saúde, classifica o amianto como substância reconhecidamente cancerígena inclusive em sua variedade crisotila<sup>8</sup>. O Critério de Saúde Ambiental 203 do Programa de Segurança Química da Organização Mundial da Saúde de 1998 registra que “nenhum limite de tolerância foi identificado para os agentes carcinogênicos”; “que onde materiais substitutos para crisotila estiverem disponíveis, eles devem ser considerados para uso” e “que a exposição ao amianto crisotila aumenta os riscos de asbestose, câncer de pulmão e mesotelioma em função da dose”.<sup>9</sup> A Agência de Proteção Ambiental dos Estados Unidos (EPA), embora adote uma postura menos alarmista quanto aos malefícios dessa substância, não apenas afirma que todas as suas formas são perigosas, como também faz referência, em seu sítio eletrônico, à pesquisa que teria concluído ser o amianto crisotila ainda mais perigoso que o anfibólio.<sup>10</sup>

## 2 A INADEQUAÇÃO DO REGRAMENTO POSITIVO ATUAL

A legislação federal parece ignorar o posicionamento científico majoritariamente estabelecido com relação aos riscos da variedade crisotila. Nos Estados, porém, tem se iniciado uma reação em sentido contrário.

---

7 MENDES, René. Asbesto (amianto) e doença: revisão do conhecimento científico e fundamentação para uma urgente mudança da atual política brasileira sobre a questão. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 17, nº 1. Rio de Janeiro, jan./fev. 2001.

8 International Agency for Research on Cancer-IARC. Disponível em: <<http://monographs.iarc.fr/ENG/Classification/index.php>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

9 A informação consta na página do Instituto Nacional do Câncer. Disponível em: <[http://www.inca.gov.br/conteudo\\_view.asp?id=15](http://www.inca.gov.br/conteudo_view.asp?id=15)>. Acesso em: 18 fev. 2015.

10 CYPHERT, J., A. NYSKA, R. Mahoney, M. SCHLADEWEILER, U. KODAYANTI; S. GAVETT. Sumas Mountain chrysotile induces greater lung fibrosis in Fischer 344 rats than Libby amphibole, El Dorado tremolite, and Ontario ferroactinolite. *TOXICOLOGICAL SCIENCES*. Society of Toxicology 130(2):405-15, (2012). Disponível em: <[http://cfpub.epa.gov/si/si\\_public\\_record\\_report.cfm?dirEntryId=249830&searchAll=Asbestos&showCriteria=0&SIType=PR&sortBy=pubDateYear&NoArchive=>](http://cfpub.epa.gov/si/si_public_record_report.cfm?dirEntryId=249830&searchAll=Asbestos&showCriteria=0&SIType=PR&sortBy=pubDateYear&NoArchive=>)>. Acesso em: 18 fev. 2015.

## 2.1 O POSICIONAMENTO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL

O regramento normativo brasileiro, ao menos na esfera federal, não reflete a opinião científica prevalente sobre a patogenicidade do amianto. As principais normas federais que disciplinam a extração, transformação, comercialização e transporte dessa matéria prima, estão alinhadas com a tese científica de que a variedade crisotila pode ser explorada de forma segura.

A Convenção nº 162 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, de 1986, ratificada pelo Brasil e incorporada ao nosso ordenamento interno pelo Decreto nº 126, de 22/05/1991<sup>11</sup>, embora determine a adoção de medidas preventivas com o fim de controlar riscos à saúde decorrentes da exposição profissional ao asbesto e de proteger os trabalhadores contra tais riscos, não recomenda a suspensão do uso do amianto em caráter absoluto.

Em seu artigo 10, por exemplo, referida Convenção aduz que a legislação dos países signatários deverá, quando for tecnicamente possível, substituir o asbesto ou certos tipos de asbesto ou produtos que o contenham, por outros produtos de tecnologia alternativa, reconhecidamente inofensivos ou menos nocivos. Essa mesma parcimônia se repete na forma como recomenda às leis nacionais a interdição do uso dessa substância: concedendo uma proibição apenas parcial, em relação a algumas de suas variedades.

A Portaria nº 1, de 28/05/1991, do Departamento de Segurança e Saúde do Trabalhador do Ministério do Trabalho e da Previdência Social<sup>12</sup>, que regulamentou o Decreto nº 126, de 22/05/1991, após destacar que as expressões asbesto e amianto designam tanto os silicatos minerais pertencentes ao grupo das serpentinas (crisotila ou asbesto branco), quanto ao grupo dos anfibólios (actinolita, amosita ou asbesto marron, antofilita, crocidolita ou asbesto azul e tremolita) proíbe apenas a utilização dos asbestos do grupo dos anfibólios e dos produtos que contenham esse tipo de fibra, não impondo limitações quanto ao uso do amianto crisotila.<sup>13</sup>

E mesmo essa vedação, restrita ao grupo dos anfibólios, não é absoluta. De acordo com a Portaria, que em última análise reflete a permissividade da própria Convenção da OIT, a Autoridade competente,

11 BRASIL. *Decreto nº 126, de 22/05/1991*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0126.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0126.htm)>. Acesso em: 18 fev. 2015.

12 BRASIL. Ministério do Trabalho e da Previdência Social. *Portaria nº 1, de 28/05/1991*. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/legislacao/1991.htm>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

13 Apenas com relação à pulverização (spray), é que a proibição se estende a todas as formas do asbesto. Essa mesma determinação se repete na Lei nº 9.055/1995.

após consulta prévia às organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores interessados, pode autorizar o uso de anfibólios, desde que a sua substituição não seja exequível e após adotadas as medidas de proteção à saúde dos trabalhadores.

A Lei Federal nº 9.055, de 01/06/95<sup>14</sup>, que disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, após destacar a distinção entre as variedades do mineral pertencentes ao grupo dos anfibólios e do grupo das serpentinas (amianto/asbesto crisotila), proíbe de forma terminativa a exploração dos minerais do primeiro grupo, autorizando a do segundo grupo.

O Decreto nº 2.350 de 1997<sup>15</sup>, que regulamentou essa lei, resume, logo em seu artigo 1º, que a extração, industrialização, utilização e transporte de asbesto/amianto, no território brasileiro, ficam limitados aos minerais da variedade crisotila.<sup>16</sup>

## 2.2 O POSICIONAMENTO DAS NORMAS ESTADUAIS

Em tempo mais recente tem-se observado a edição, pelos Estados-membros, de normas consideravelmente mais restritivas quanto à exploração e ao uso do asbesto/amianto. Nesse sentido confirmam-se, por exemplo, as Leis nº 2.210/2001 do Estado do Mato Grosso do Sul<sup>17</sup>; nºs 10.813/2001 e 12.684/2007, do Estado de São Paulo<sup>18</sup>; nº 12.589/2004, do Estado de Pernambuco<sup>19</sup> e nº

14 BRASIL. *Lei nº 9.055, de 01/06/1995*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9055.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9055.htm)>. Acesso em: 18 fev. 2015.

15 BRASIL. *Decreto nº 2.350, de 15/10/1997*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/decreto/1997/D2350.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/1997/D2350.htm)>. Acesso em: 18 fev. 2015.

16 Segundo René Mendes (MENDES, René. Asbesto (amianto) e doença: revisão do conhecimento científico e fundamentação para uma urgente mudança da atual política brasileira sobre a questão. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 17, nº 1. Rio de Janeiro, jan./fev. 2001) As normas que se seguiram à Convenção da OIT, com a desculpa de promover um aperfeiçoamento da proteção da saúde e segurança dos trabalhadores, tomaram a Convenção nº 162 e seus complementos como um escudo para legitimar utilização do asbesto crisotila, sufragando, em última análise, a tese da indústria amiantífera de que essa variedade poderia ser explorada comercialmente de forma segura.

17 BRASIL. Mato Grosso do Sul. *Lei nº 2.210, de 05/01/2001*. Disponível em: <<http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secogev/govato.nsf/448b683bce4ca84704256c0b00651e9d/fe017eda00ddcb1904256c000053d434?OpenDocument>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

18 BRASIL. São Paulo. *Leis nºs 10.813, de 24/05/2001 e 12.684 de 26/07/2007*. Disponíveis em: <<http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/index.htm>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

19 BRASIL. Pernambuco. *Lei nº 12.589, de 26/05/2004*. Disponível em: <<http://legis.alepe.pe.gov.br/arquivoTexto.aspx?tiponorma=1&numero=12589&complemento=0&ano=2004&tipo=>>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

9.583/2011, do estado do Mato Grosso<sup>20</sup>. Tais normas, de um modo geral, interditam a fabricação e o comércio do amianto em qualquer de suas variedades, anfíbolio ou crisotila, vedando, muitas vezes, até mesmo seu transporte e o uso de materiais ou equipamentos que o tenham em sua composição.<sup>21 22</sup>

Essa reorientação da normativa parece ser acompanhada, na esfera federal, unicamente pela Resolução nº 348, de 16/04/2004, do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA<sup>23</sup> que, com base no Critério de Saúde

---

20 BRASIL. Mato Grosso. *Lei nº 9.583, de 04/07/2011*. Disponível em: <[http://www.al.mt.gov.br/leis/lei\\_5533.pdf](http://www.al.mt.gov.br/leis/lei_5533.pdf)>. Acesso em: 18 fev. 2015.

21 No julgamento da ADPF nº 234, tem-se a notícia de que, em São Paulo, fiscais do trabalho estavam impedindo o transporte de produtos que contivessem amianto ou asbesto pelas rodovias do Estado, inclusive aqueles destinados a outras unidades da Federação ou à exportação, com fundamento em uma interpretação da lei paulista nº 12.684/07. Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1694638>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

22 Certamente uma das questões jurídicas mais instigantes com relação ao tema diz respeito à compatibilização entre a orientação permissiva da Lei Federal nº 9.099/1995 e a disciplina mais restritiva das leis estaduais. Discute-se se os Estados teriam avançado sobre a competência legislativa da União, ultrapassando os limites assinalados pelo artigo 24 da Constituição Federal, hipótese em que as normas por eles produzidas seriam formalmente inconstitucionais, ou se, ao contrário, estariam autorizados, nesses casos, a editar normas mais protetivas que a própria norma federal.

Em 2003, ao examinar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.396/MS, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 2.210/2001 do Mato Grosso do Sul, entendendo que que aquela unidade da Federação teria ultrapassado os limites de sua competência legislativa concorrente, pois o regramento estadual seria frontal e substancialmente distinto daquele fixado na Lei Federal 9.055/1995, para todos os efeitos, lei geral sobre a matéria. Esse mesmo entendimento foi mantido no julgamento da ADI 2.656/SP, oportunidade em que, pelos mesmos motivos, se declarou a inconstitucionalidade formal da Lei nº 10.813/2001 do Estado de São Paulo.

Com base nesses precedentes o E. Ministro Marco Aurélio concedeu medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP, para suspender até o julgamento final do processo, a eficácia da Lei paulista nº 12.684/2007. Sucede que em julho de 2008, o Tribunal Pleno, por maioria, alterando seu posicionamento anterior, negou referendo à liminar em questão ao entendimento de que a lei paulista seria constitucional. Os votos vencedores guiaram-se por duas linhas argumentativas: a primeira, entendendo que a Lei nº 9.099/95 não poderia ser considerada norma geral, vez não se limitava a estabelecer regras genéricas; a segunda, entendendo que deveria sobressair, nesse caso, o valor maior que era a proteção à vida e à saúde dos trabalhadores e do público em geral.

O inteiro teor desse acórdão está disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553763>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

A discussão, vale lembrar, não é rica apenas para o tratamento da questão do amianto. A confirmação da orientação sufragada nesse julgamento pode ter importantes consequências para a elaboração de políticas públicas estaduais de combate ao tabagismo, por exemplo.

23 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Conselho Nacional do Meio Ambiente. *Resolução nº 348, de 16/04/2004*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=449>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

Ambiental no 203, de 1998, da Organização Mundial da Saúde-OMS, incluiu o amianto, inclusive o da variedade crisotila, na classe de resíduos perigosos.<sup>24</sup>

### 3 A RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS DANOS DECORRENTES DA EXPOSIÇÃO HUMANA AO AMIANTO. O PROBLEMA DO NEXO DE CAUSALIDADE

Se a legislação federal constitui o maior obstáculo ao aperfeiçoamento das políticas públicas relacionadas à exploração, comercialização e uso do amianto, a dificuldade para configuração do nexo causal entre a exposição humana a essa substância e as doenças a ela associadas representa o maior entrave ao estabelecimento da responsabilidade civil nesses casos.

#### 3.1 DOENÇAS COMPLEXAS

Na sociedade pós-moderna, os avanços da ciência têm revelado dimensões insuspeitas de riscos já conhecidos e também criado riscos inteiramente novos<sup>25</sup>. Especialmente no que diz respeito à saúde humana, são inúmeros os exemplos em que, com maior ou menor grau de certeza científica, a biologia e a medicina passam a relacionar doenças com fatores externos como o uso de tabaco, a ingestão de organismos geneticamente modificados, a exposição a ondas eletromagnéticas e o contato com o amianto.

A maioria das enfermidades associadas à exposição humana ao amianto, especialmente as muitas formas de câncer, podem ser classificadas como doenças complexas ou multifatoriais, isto é, enfermidades causadas por uma combinação de fatores genéticos, ambientais e comportamentais cuja contribuição específica revela-se, muitas vezes, de impossível comprovação, pois a influência de um único fator pode ser obscurecida ou confundida pela dos demais<sup>26</sup>.

---

24 Na esfera federal ainda cumpre destacar a *Portaria nº 1.851 de 10/08/2006* do Ministério da Saúde que aprova procedimentos e critérios para o envio de listagem de trabalhadores expostos ao asbesto/amianto nas atividades de extração, industrialização, manipulação, comercialização, transporte e destinação final de resíduos, bem como aos produtos e equipamentos que o contenham, mas sem um posicionamento relevante acerca da destacada dicotomia entre as variedades de asbesto. Disponível em: <[http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt1851\\_09\\_08\\_2006.html](http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt1851_09_08_2006.html)>. Acesso em: 18 fev. 2015.

25 A respeito dos novos riscos surgidos ou identificados pela ciência, que em alguma medida constituem a tônica da sociedade pós-moderna, consulte-se: BECK, Ulrich; NASCIMENTO, Sebastião (trad). *Sociedade de Risco, rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: 34. 2011; GUIDDENS, Anthony; BARATA, Saul (trad). *O Mundo na era da globalização*. 6 ed. São Paulo: Presença, 2006. FRIEDMAN, Thomas. *Quente, plano e lotado: os desafios e oportunidades de um novo mundo*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

26 CRAIG, Johanna. Ph.D. (Write Science Right) 2008. *Nature Education*. Citation: Craig, J.(2008) Complex diseases: Research and applications. *Nature Education* 1(1):184. Disponível em: <<http://www.nature.com/scitable/topicpage/complex-diseases-research-and-applications-748>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

Não por outro motivo, diz-se que a exposição do trabalhador ao amianto é um fator de risco a ser evitado, uma circunstância relacionada ao surgimento/desenvolvimento da doença. Não se costuma afirmar, categoricamente, que a exposição do homem ao amianto causa câncer, mas sim que ela pode causar. De forma genérica diz-se que existe uma associação entre essa substância e o aparecimento de doenças como o câncer, trata-se de uma cautela no uso das palavras que revela questão fática de suma importância para o trato da responsabilidade civil: a dificuldade na comprovação nonexo causal.

### 3.2 A CAUSALIDADE PROVÁVEL NA TEORIA DO NEXO CAUSAL.

No estudo da responsabilidade civil, o nexode causalidade é tradicionalmente definido como a relação de causa e efeito que deve existir entre o resultado danoso e a ação ou omissão cometida pelo agente em face de quem se pleiteia uma indenização por esse mesmo dano<sup>27</sup>. Essa vinculação necessária entre ação e resultado apresenta-se como um dos pressupostos à realização do julgamento moral da conduta humana que vem a ser a própria matéria-prima da responsabilidade civil<sup>28</sup>. Não é de surpreender, assim, que, de ordinário, se recuse a imposição do dever de indenizar com base em critérios de mera probabilidade, exigindo-se, ao contrário, a prova definitiva do nexocausal<sup>29</sup>.

Nas hipóteses do amianto, os malefícios à saúde que essa substância provoca são também provocados por outros inúmeros fatores, sendo quase impossível, na maior parte dos casos, identificar com segurança o amianto como agente patogênico direto e imediato. Essa incerteza na identificação

---

No mesmo sentido: KNOX, Sarah. *S. From 'omics' to complex disease: a systems biology approach to gene-environment interactions in cancer*. Disponível em: <<http://www.cancerci.com/content/10/1/11>>. Acesso em: 18 2015.

27 “O dano só pode gerar responsabilidade quando seja possível estabelecer um nexocausal entre êle e o seu autor, ou como diz SAVATIER, ‘um dano só produz responsabilidade, quando êle tem por causa uma falta cometida ou um rico legalmente sancionado (cf. *Traité de la responsabilité civile en droit français*, v. II, n° 456)” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e das suas consequências*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1965. p. 324).

28 MARTINS-COSTA, Judith. Os Fundamentos da Responsabilidade Civil. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo: Jurid Vellienich. v. 93. ano 15, out. 1991. p. 38.

29 Caio Mário da Silva Pereira, apresenta crítica à teoria da causalidade adequada que bem evidencia o tradicional apego à prova do nexocausal: “É certo que, depois de ter surgido, bafejada por uma aura de prestígio, a doutrina da ‘causalidade adequada’ sofreu vigorosa crítica (Hebraud, Esmein, Houin), entrando em desprestígio. Argumenta-se que o caráter ‘adequado’ da causalidade depende do grau de probabilidade do dano. Mas probabilidade não é certeza” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 79.)

do amianto como agente causador do dano torna sobremodo desafiadora a imposição do dever de indenizar nesses casos.

No campo da responsabilidade civil tem-se assistido um franco movimento no sentido de propiciar a ampla reparação da vítima<sup>30</sup>, sendo a flexibilização do conceito de culpa<sup>31</sup>, a ampliação dos casos legais de responsabilidade objetiva<sup>32</sup> e a aceitação da indenização por danos meramente morais os maiores testemunhos desse fenômeno.<sup>33</sup> Diante desse cenário, em que sobreleva o princípio da dignidade da pessoa humana, parece de todo inaceitável que a vítima permaneça indene apenas pela impossibilidade de provar cabalmente o nexo causal entre a exposição ao amianto e as enfermidades adquiridas em função disso. Tem-se, em suma, que o Direito não pode, pelo menos nesses casos, quedar-se inerte diante de uma causalidade incerta, mas provável<sup>34</sup>.

30 Anderson Schreiber afirma que haveria uma expansão tanto quantitativa, quanto qualitativa dos danos indenizáveis. Nesse contexto deveriam ser consideradas, desde o surgimento dos juizados especiais e todas as técnicas de ampliação do acesso à Justiça, até o advento de novas categorias de danos indenizáveis, propriamente ditas, como o dano por perda de chance, dano estético, etc. (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 84-85).

31 Como se sabe, a chamada responsabilidade objetiva tantas vezes acolhidas nos ordenamentos jurídicos modernos não nasceu de uma hora para outra. A percepção de que o dever de indenizar não poderia estar sempre subordinado à existência de uma conduta culposa fez surgir, em um primeiro momento, soluções paliativas que, conquanto mais afeitas ao ideal de Justiça então reinante, não abandonavam por completo o modelo anterior da responsabilidade subjetiva. O próprio conceito de culpa passou a sofrer temperamentos para se aplicar de forma mais adequada às várias situações da vida. Estabeleceu-se, por exemplo, distinções, com conseqüências legais, entre culpa lata, equiparável ao dolo, culpa leve, culpa levíssima, faltas escusáveis. Além disso passou-se a trabalhar com presunções de culpa em várias situações (culpa in vigilando, culpa in comitendo, in custodiendo, etc.). A respeito desse processo histórico que deu origem à chamada responsabilidade objetiva, vale conferir: MARTINS-COSTA. op. cit. p. 29-52.

32 A superação do paradigma da responsabilidade civil fundada na culpa para a adoção, em algumas situações da responsabilidade civil objetiva, é bem retratada, a partir de uma perspectiva histórica, por Alvinho Lima (LIMA, Alvinho. *Culpa e Risco*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998).

33 A propósito do tema consulte-se, por todos: MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana humana: uma crítica civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

34 No Direito Ambiental a dificuldade no estabelecimento do nexo causal parece ter sido satisfatoriamente solucionada pelo princípio da precaução. Segundo esse princípio, positivado em sua acepção mais corrente na Declaração do Rio de 1992, deve-se adotar medidas economicamente viáveis com vistas à proteção do meio ambiente sempre que verificada uma ameaça de dano grave ou irreversível, mesmo não havendo certeza científica quanto à natureza ecologicamente degradante de determinada atividade. Em vez de esperar pela prova de um impacto negativo sobre o meio ambiente, deve-se, antes, agir para impedir que tal impacto se materialize. A preocupação primeira que inspirou a criação do princípio em pauta foi a de evitar resultados deletérios que determinada atividade humana possa acarretar ao meio ambiente, mas ele não está voltado, com exclusividade, à proteção do meio ambiente. O modelo de gestão de incertezas que lhe serve de base também legitima a criação de políticas públicas relacionadas à saúde (do trabalhador, inclusive) e ao consumo.

Gisela Sampaio da Cruz, a propósito, adverte que dentro desse contexto de facilitação da reparação integral da vítima inserido no movimento de constitucionalização do direito civil, o próprio conceito denexo causal, assim como o de culpa e de dano também tem sido flexibilizado. Segundo entende, não é mais possível exigir da vítima, diante de certas circunstâncias, a prova cabal e absoluta da relação de causalidade. Assim, embora o nexocausal continue a ser, tal qual o dano, um dos elementos da responsabilidade civil, permite-se, em certas situações, que ele seja até mesmo presumido<sup>35</sup>. Afinal, a responsabilidade civil deve muito mais a escolhas ético, político e filosóficas, relativamente à determinação dos danos indenizáveis, do que, propriamente, a evidências lógico-rationais decorrentes da natureza das coisas.<sup>36</sup>

As muitas teorias surgidas para conceituar o nexocausal não oferecem uma solução definitiva para o problema. De modo geral podem ser divididas em duas correntes<sup>37</sup>. A primeira, unificadora, identificada pela equivalência dos antecedentes causais, funda-se na premissa de que todas as condições<sup>38</sup> que antecedem determinado evento, assim compreendidas aquelas sem as quais ele não teria se produzido, devem ser consideradas causa<sup>39</sup>. A segunda corrente, individualizadora, pautando-se na convicção de que apenas algumas dessas condições são, efetivamente, causa do dano, compreende diversas teorias que disputam a respeito do melhor critério para estabelecer qual das muitas condições deve ser alçada à categoria de causa.

---

35 CRUZ, Gisela Sampaio da. *O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 17-18

36 BODIN, op. cit. p. 21.

37 Para uma revisão das muitas teorias existentes sobre o nexocausal consulte-se: (CRUZ, op. cit. p. 33-111).

38 Fernando Noronha explica a distinção corrente entre condições e causas, afirmando que as primeiras “são todos os fatores que estão na origem de um dano, são todos os elementos sem os quais ele não teria sido produzido, são todas as circunstâncias de que não se pode abstrair, sem mudar o resultado danoso”. Causas, por outro lado, seriam “apenas aquelas condições consideradas efetivamente determinantes desse resultado” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. v 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 588). Da mesma forma Judith Martins-Costa sustenta que “podem ocorrer condições que são mera ocasião e condições que constituem propriamente causa” (MARTINS-COSTA, Judith. Do inadimplemento das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo código civil*. v. 5. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.)

39 O desenvolvimento da teoria da equivalência dos antecedentes causais é atribuído ao penalista alemão Maximilian von Buri, que, em 1860, no seu *Über Kausalität und deren Verantwortung* (“Sobre a causalidade e a responsabilidade dela decorrente”), defendia que toda condição da qual depende a produção de um resultado deve ser considerada sua causa, pouco importando sua maior ou menor proximidade e importância (CRUZ, op. cit. p. 33-36).

A maior parte da doutrina<sup>40</sup>, sobretudo em função da redação do art. 403 do Código Civil<sup>41</sup>, entende que o ordenamento positivo nacional teria adotado a teoria individualizadora do dano direito e imediato, a qual, em sua formulação mais simples, considera como causa jurídica apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outras condições sucessivas ou antecedentes a ele associadas apenas indiretamente. A escola que teve mais êxito em explicar o sentido da expressão “direto e imediato” que dá nome à teoria, foi criada por Charles Dumoulim e Robert Joseph Pothier e propugna, basicamente, que o dever de reparar somente surge quando o evento danoso é efeito necessário de determinada causa. Mesmo que várias condições concorram para o dano, apenas aquela que se liga a ele em uma relação de necessariedade pode ser considerada causa<sup>42</sup>.

Outra teoria de grande prestígio é a da causalidade adequada<sup>43</sup>, segundo a qual a causa deve ser não apenas um antecedente histórico do resultado em questão, mas também adequado, segundo o curso natural das coisas, para produzir esse resultado. Ficam excluídas, desse modo, aquelas condições que só por virtude de circunstâncias extraordinárias poderiam determinar o resultado danoso.<sup>44</sup> Quanto maior a probabilidade de determinada condição provocar o resultado, tanto maior a chance de que ela venha a se apresentar como causa adequada desse mesmo dano. Assim, em um cenário de condições concorrentes, deve-se exercer um “juízo de probabilidade” em abstrato a fim perscrutar qual antecedente

40 Nesse sentido: ALVIM, op. cit. p. 372; CRUZ, op. cit. 110; GOMES, Orlando; THEODORO JÚNIOR, Humberto (atu.). *Obrigações*. 15. ed. Rio de Janeiro. 2001. p. 275; SCHREIBER, op. cit. p. 60.

41 “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.” (BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10/01/2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 12 jul. 2015.

42 ALVIM, op. cit. p. 380-381.

43 A teoria da causalidade adequada é esposada por doutrinadores como NORONHA, op. cit. p. 608; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2 ed. São Paulo Malheiros. 1998. p. 53; DIAS, José de Aguar. *Da responsabilidade civil*, v. 2. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense.1994. p. 695. De acordo com o Enunciado 47/CJF “O art. 945 do novo Código Civil, que não encontra correspondente no Código Civil de 1916, não exclui a aplicação da teoria da causalidade adequada. (Conselho da Justiça Federal. I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2015.

44 Agostinho Alvim, a respeito, da causalidade adequada, esclarece: “Apreciando certo dano, temos que concluir se o fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Mas pergunta-se, tal relação de causa e efeito existe sempre, em casos dessa natureza, ou existiu nesse caso, por força de circunstâncias especiais? Se existe sempre, diz-se que a causa era adequada a produzir o efeito; se somente uma circunstância acidental explica essa causalidade, diz-se que a causa não era adequada.” (ALVIM, op cit. p. 369).

causal é mais adequado à produção do dano, atribuindo-se a ele, em consequência, o status de causa. Edson Fachin, a propósito, ressalta que “será causa de um dano aquela (condição) que, em um juízo probabilístico e abstrato, venha a melhor se adequar à sua consecução”.<sup>45</sup>

Essa ideia de normalidade causal que permeia a teoria da causalidade adequada está amplamente sintonizada com o princípio traduzido pelo brocardo latino *id quod plerumque accidit* incorporado na primeira parte do art. 335 do Código de Processo Civil<sup>46</sup> que trata da possibilidade de julgamento das causas com fundamento nas “regras de experiência”. É precisamente essa racionalidade que melhor serve de fundamentação teórica para a atribuição de responsabilidade civil às empresas amiantíferas pelos danos à saúde humana que seus produtos tenham provavelmente causado. Não se faz, aqui, uma defesa sem reservas à teoria da teoria da causalidade adequada que certamente está sujeita à críticas<sup>47</sup>; sustenta-se, simplesmente, que a racionalidade da normalidade causal, própria dessa corrente teórica, é a que melhor justifica a imposição de responsabilidade nos casos de causalidade provável.

### 3.3 A COLOCAÇÃO DA QUESTÃO NAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS

A responsabilidade civil pelos danos decorrentes do amianto pode se apresentar sob três perspectivas, basicamente: ambiental, trabalhista/previdenciária e, finalmente, civil, na acepção mais estrita do termo.

Em caso de dano ambiental, a responsabilidade do poluidor se impõe, em regra, quando constatada a contaminação do solo, da água ou do ar,

45 FACHIN, Luiz Edson. Nexo de causalidade como pilar essencial da responsabilidade civil. In: FACHIN, Luiz Edson. *Soluções práticas de direito*. Pareceres – contratos e responsabilidade civil. v. 1. São Paulo: RT, 2011. p. 371.

46 “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece [...]”. (BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11/01/1973*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 12 jul. 2015.

47 Uma primeira crítica seria que os conceitos de normalidade e probabilidade ínsitas à teoria da causalidade adequada se apoiam excessivamente no arbítrio do juiz. Gisela Sampaio da Cruz afirma com razão que “O conceito de causa adequada é algo flúidico e que admite distinções várias” (CRUZ. Op. cit. p. 83.). Além disso, a causalidade não pode ser aferida em abstrato, como propõe a teoria em apreço, pois, muitas vezes, poderá haver adequação entre uma conduta e um dano sem que seja defensável a existência do nexa causal. Em outras palavras, pode acontecer de o comportamento do agente ser adequado, por si e em abstrato, para provocar o dano, mas este ter se produzido por outro processo (NORONHA, op. cit. p. 602) Bem por isso, muitos autores propõem uma aproximação da teoria da causalidade adequada com a do dano direto imediato a fim de inserir, na probabilidade ínsita à primeira, a possibilidade de interrupção do nexa causal, tão cara à segunda. Caitlin Sampaio Mulholland, inclusive, destaca que “isso tem sido feito pelos teóricos portugueses de tal forma que se aproximam as bases de investigação do nexa de causalidade numa e noutra teoria” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 193.)

o que pode correr durante o processo de industrialização ou transporte. A investigação relativa ao nexo de causalidade, nesses casos, envolve metodologia e dificuldades inerentes a esse ramo do Direito, sem relação direta com o destacado potencial cancerígeno da substância.

Quando se cuida de nexo de causalidade, também é preciso excluir do campo de investigação as hipóteses em que a exposição ao amianto constitui pressuposto fático para se pleitear adicional de insalubridade. Esse adicional é devido ao empregado que se expõe à agressão de agentes físicos ou químicos acima dos níveis de tolerância fixados pelo Ministério do Trabalho, em razão da natureza, da intensidade e do tempo de exposição<sup>48</sup>. Para saber se determinado trabalhador faz jus ao adicional, não será preciso investigar se a sua exposição profissional ao amianto prejudicou a sua saúde, basta que se comprove o descumprimento da norma de regência. A discussão sobre o nexo de causalidade, nesses casos, pauta-se sob o mesmo enfoque prévio e abstrato que orienta o legislador na elaboração de políticas públicas de proteção à saúde e segurança do trabalhador; não serve, portanto, para orientar o juiz em casos de responsabilidade civil. Pelos mesmos motivos não se revela muito enriquecedora a análise das hipóteses em que a exposição ao amianto é causa de pedir de uma aposentadoria especial.<sup>49</sup>

---

48 O Anexo 12 da Norma Regulamentar n. 15 que estabelece os limites de tolerância para poeiras minerais (Lei nº 6.514/77), determina que a simples exposição ao amianto, em qualquer atividade, já confere ao trabalhador a garantia de uma remuneração por trabalho insalubre em grau máximo (40%). (BRASIL. Ministério do Trabalho. Norma Regulamentar nº 15. Anexo 12. Disponível em: <[http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BE914E6012BEF43234B23D6/nr\\_15\\_anexo12.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BE914E6012BEF43234B23D6/nr_15_anexo12.pdf)>. Acesso em: 24 fev. 2015.

49 Para o Direito Previdenciário o estabelecimento de presunções como a que nos deparamos em casos tais, não está diretamente relacionada à questão do nexo de causalidade discutido no presente trabalho. Confira-se, por exemplo, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: “PREVIDENCIÁRIO. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. EXERCÍCIO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. ATIVIDADE QUE ENVOLVIA AMIANTO. PRESUNÇÃO DE EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS ATÉ A EDIÇÃO DA LEI 9.032/95. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. In casu, a atividade laboral que envolve amianto era enquadrada no Código 1.2.12 do Anexo I do Decreto 83.080/79. Existia a presunção absoluta de exposição aos agentes nocivos relacionados no mencionado anexo. 2. Contudo, tal presunção só perdurou até a edição da Lei 9.032/95, que passou a exigir a comprovação do exercício da atividade por meio dos formulários de informações sobre atividades com exposição a agentes nocivos ou outros meios de provas. 3. Portanto, não merece reforma o acórdão recorrido, que entendeu estarem cumpridos os requisitos legais para o reconhecimento da atividade especial no período anterior a 28/4/95, visto que é direito incorporado ao patrimônio do trabalhador, para ser exercido quando lhe convier, não podendo sofrer nenhuma restrição imposta pela legislação posterior. 4. Recurso especial conhecido e improvido.” (STJ, REsp 513.329/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves de Lima, Quinta Turma, julgado em 20/11/06, DJ 11/12/2006). Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

Finalmente, ainda é preciso excluir do campo de investigação, as hipóteses em que a vítima do amianto pleiteia um auxílio doença ou uma aposentadoria por invalidez permanente. Não importa, nesses casos, se a enfermidade que ensejou o afastamento do serviço por período superior a quinze dias ou a incapacidade permanente foi causada pela exposição ao amianto ou não. O nexo de causalidade, nesse tipo de situação, fica relegado a um segundo plano, importando primordialmente a prova e a extensão da incapacidade alegada.

De fato, é nas ações indenizatórias (cíveis ou trabalhistas) que encontra terreno fértil a discussão relativa ao nexo causal. Referidas demandas, vale lembrar, podem ser promovidas por particulares, com fundamento na cláusula geral da responsabilidade civil, insculpida nos artigos 159 do Código Civil de 1916 e 927 do Código de 2002, por consumidores, amparados nos artigos 12 e 17 do Código de Defesa do Consumidor, e ainda por empregados, na hipótese de doença/acidente de trabalho. Todas elas, em última análise, têm o mesmo fundamento de direito, reforçado, apenas, por regramentos específicos, a depender de cada situação.

De acordo com o artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, em caso de acidente de trabalho, será devida, além da indenização previdenciária a ser paga pelo INSS, ainda uma indenização civil paga diretamente pelo empregador, quando este tenha agido com dolo ou culpa<sup>50</sup>. A reparação devida pelo empregador, nesses casos, está fundada na mesma responsabilidade civil que o obrigaria a indenizar terceiros não empregados, mas, tratando-se de acidente de trabalho, como se verá,

---

50 Apesar da dicção expressa do artigo 7º a Constituição Federal, o próprio TST tem admitido a responsabilidade objetiva do empregador pelos acidentes trabalhistas quando a atividade produtiva, por sua própria natureza, seja de risco. Nesse sentido: RO - 91500-95.2010.5.03.0000, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 16/12/2014, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 19/12/2014; E-RR - 80500-83.2007.5.04.0030 Data de Julgamento: 07/03/2013, Redator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 17/05/2013; RR - 26300-57.2006.5.09.0666, Data de Julgamento: 27/2/2013, Relator: Ministro Waldir Oliveira da Costa, 1.ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/3/2013; AIRR - 57840-69.2007.5.03.0080 Data de Julgamento: 18/12/2012, Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta, 2.ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/2/2013; AIRR - 39100-26.2006.5.04.0030, Data de Julgamento: 27/2/2013, Relator: Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3.ª Turma, Data de Publicação: DEJT 8/3/2013; RR - 133700-20.2007.5.15.0120, Data de Julgamento: 20/2/2013, Redatora: Ministra Maria de Assis Calsing, 4.ª Turma, Data de Publicação: DEJT 1.º/3/2013; RR - 33100-85.2007.5.17.0006, Data de Julgamento: 28/11/2012, Relator: Ministro João Batista Brito Pereira, 5.ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/11/2012; AIRR - 1088-98.2010.5.04.0030, Data de Julgamento: 20/2/2013, Relatora: Ministra Kátia Magalhães Arruda, 6.ª Turma, Data de Publicação: DEJT 1.º/3/2013; RR - 2131200-32.2008.5.09.0005, Data de Julgamento: 21/11/2012, Relator: Ministro Pedro Paulo Manus, 7.ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2012; RR - 1277-29.2010.5.03.0087, Data de Julgamento: 20/2/2013, Relator: Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, 8.ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/2/2013. Todos disponíveis em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 27 fev. 2015.

incidem regras e princípios específicos que apontam para uma estratégia específica de enfrentamento do problema.

#### 4 A VISÃO DOS TRIBUNAIS

Pesquisando no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal não é possível localizar nenhum acórdão relevante publicado a respeito da responsabilidade civil por dano decorrente da exposição do homem ao amianto.<sup>51</sup> Uma consulta à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça retorna apenas um aresto<sup>52</sup> que, todavia, que não enfrentou abertamente a questão relativa ao nexo de causalidade. Dentre as Cortes Superiores, apenas o Tribunal Superior do Trabalho, pelo número de julgados relativos ao tema<sup>53</sup>, parece ter encontrado um método mais pragmático de solucionar a questão relativa ao nexo de causalidade nesse tipo de ação indenizatória.

---

51 Pesquisa realizada em 27/02/2015 no Portal de Jurisprudência do STF: <www.stf.jus.br> com o parâmetro “amianto ou asbesto” resgatou 24 (vinte e quatro) julgados, mas nenhum deles relativos à ações indenizatórias pela exposição do ser humano ao amianto.

52 Pesquisa realizada em 27/02/2015 no Portal de Jurisprudência do STJ: <www.stj.jus.br> com o parâmetro “amianto ou asbesto” resgatou 9 (nove) julgados. O Primeiro deles (AgRg no AREsp 231.116/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 17/09/2013.) discutiu suposta negativa de prestação jurisdicional e a possibilidade de configuração de conduta culposa. O segundo (AgRg no Ag 1358845/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 09/11/2011) trata da contagem de tempo de serviço para obtenção de benefício previdenciário. O terceiro acórdão é o REsp 507.521/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 29/06/2009. Nese caso a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Jurisprudência da Corte (Súmula 07/STJ), entendeu que o nexo de causalidade identificado pelas instâncias de origem não podia ser novamente discutido, dada a impossibilidade de, naquela sede recursal, reexaminar-se matéria fático-probatória. O quarto precedente retornado na pesquisa (AgRg na SLS 805/PR, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 27/11/2008, DJe 11/12/2008) trata da licença prévia para importação de amianto. O quinto e o sexto acórdãos (EDcl no AgRg no MS 12.459/DF, Rel. MIN. CARLOS FERNANDO MATHIAS – Juiz Convocado do TRF 1ª REGIÃO – PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/02/2008, DJe 24/03/2008 e AgRg no MS 12.459/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/10/2007, DJ 03/12/2007) cuidam da admissão de entidades de pessoas expostas ao amianto como amicus curiae. O sétimo acórdão (REsp 513.329/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 20/11/2006, DJ 11/12/2006) traz uma discussão a respeito da sucessão de leis no tempo. O oitavo (RMS 20.709/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/05/2006, DJ 01/06/2006) versa sobre competência legislativa. O último (REsp 291.157/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2001, DJ 03/09/2001) discorre sobre a prescrição da ação indenizatória por danos causados pelo amianto.

53 Pesquisa realizada no portal de jurisprudência do TST: <www.tst.jus.br> com o parâmetro “amianto ou asbesto” retorna 286 (duzentos e oitenta e seis) resultados, muitos dos quais, porém, não enfrentam o tema do nexo causal. A propósito cumpre recordar que o TST, a exemplo do STJ, não admite, em sua competência recursal, a revisão de fatos e provas (Súmula n. 126/TST).

#### 4.1 A SOLUÇÃO DA JUSTIÇA TABALHISTA

Os julgados do Superior Tribunal do Trabalho permitem concluir que as indenizações trabalhistas pleiteadas em razão de danos decorrentes da exposição ao amianto têm sido concedidas, em geral, com dispensa de maiores digressões quanto ao tratamento do nexos de causalidade.<sup>54</sup> Grosso modo, o que se percebe é que essa Justiça especializada parece se apoiar com mais segurança no conceito de doença ocupacional, gestado e aperfeiçoado pelo Direito do Trabalho.

Nessa área, assim como no Direito Previdenciário, o conceito de doença ocupacional é equiparado ao de acidente de trabalho<sup>55</sup>, tendo a Lei nº 8.213/91 subdividido as doenças ocupacionais em duas categorias: doenças profissionais e doenças do trabalho. A doença profissional, para usar as expressões da própria norma, é aquela “produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social”<sup>56</sup>. A doença do trabalho, de outra parte, é aquela “adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente”<sup>57</sup>.

Desdobrando-se esses conceitos, tem-se que as doenças profissionais, também denominadas doenças profissionais típicas, são enfermidades próprias de algumas atividades laborais, peculiares à determinadas profissões e assim reconhecidas pela própria Previdência Social. Decorrem do risco intrínseco à atividade, ou seja, da própria função exercida pelo empregado, acometendo vários trabalhadores que se dedicam à mesma profissão, no mesmo estabelecimento ou em estabelecimentos distintos.

As doenças do trabalho, também conhecidas como moléstias profissionais atípicas, por sua vez, são aquelas que podem ser adquiridas ou desencadeadas pelas condições ocupacionais inadequadas em que o trabalho é realizado. Tais doenças não são próprias de determinadas atividades profissionais, mas são consideradas como acidentes do trabalho

---

54 Nesse sentido, por exemplo: o RR - 40500-98.2006.5.04.0281, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, DEJT 14/05/2010; e RR - 92840-68.2007.5.02.0045, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 07/05/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/05/2014. Disponíveis em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

55 BRASIL. *Lei n. 8.213, de 24/07/91, art. 20*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

56 BRASIL. *Lei n. 8.213, de 24/07/91, art. 20, I*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm)>. Acesso em: 27 2015.

57 BRASIL. *Lei n. 8.213, de 24/07/91, art. 20, II*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

em virtude da equiparação feita pela lei. Decorrem do risco indireto advindo da atividade profissional, estando mais associadas às condições de um ambiente de trabalho em específico do que às atividades daquela profissão em si mesmas.

Para Cláudio Brandão, as doenças profissionais “são, em regra, causadas por agentes físicos, químicos ou biológicos peculiares a determinadas funções e caracterizadas, como tais, na lei”. Essas doenças “persistem ainda que sejam adotadas medidas preventivas”. Quanto às doenças do trabalho, ensina que “não possuem no trabalho a sua causa única ou exclusiva, mas assim são classificadas porque o ambiente do trabalho é o fator que põe a causa mórbida em condições de produzir lesões incapacitantes”<sup>58</sup>. Hertz Jacinto Costa, possivelmente com base nesse critério distintivo que põe em destaque a causalidade múltipla das doenças do trabalho, afirma que, em relação a elas, o trabalhador está obrigado a comprovar que foi o ambiente laborativo que fez eclodir ou provocou o agravamento ou perturbação funcional já existente, ao passo que, em relação às doenças profissionais típicas, ele estaria dispensado desse ônus probatório.<sup>59</sup> Mozart Victor Russomano, a propósito, entende que as enfermidades pulmonares originadas da inalação habitual de partículas minerais em suspensão, como a asbestose, constituem doenças profissionais típicas.<sup>60</sup>

O Anexo II, do Regulamento da Previdência Social (Decreto n.º 3.048/99), ao relacionar os agentes patogênicos causadores de doenças profissionais ou do trabalho, identifica o asbesto ou amianto como químico capaz de expor a risco o empregado que execute as seguintes funções:

- 1) extração de rochas amiantíferas, furação, corte, desmonte, trituração, peneiramento e manipulação; 2) despejos do material proveniente da extração, trituração; 3) mistura, cardagem, fiação e tecelagem de amianto; 3) fabricação de guarnições para freios, materiais isolantes e produtos de fibrocimento; 4) qualquer colocação ou demolição de produtos de amianto que produza partículas atmosféricas de amianto.<sup>61</sup>

O mesmo regulamento também traz uma lista de agentes ou fatores de risco de natureza ocupacional relacionados com a etiologia de doenças

58 BRANDÃO, Cláudio. *Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 158/160.

59 COSTA, Hertz Jacinto. *Manual de Acidente do Trabalho*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 83.

60 RUSSOMANO, Mozart Vitor. *Comentários à Lei de Acidente de Trabalho*. 3. ed. v. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 26/27.

61 BRASIL. *Decreto nº 3098, de 6/05/99*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

profissionais e de outras doenças relacionadas com o trabalho. Nessa lista (Lista A), o asbesto ou amianto aparece associado a dez patologias: 1) Neoplasia maligna do estômago (C16.-); 2) Neoplasia maligna da laringe (C32.-); 3) Neoplasia maligna dos brônquios e do pulmão (C34.-); 4) Mesotelioma da pleura (C45.0); 5) Mesotelioma do peritônio (C45.1); 6) Mesotelioma do pericárdio (C45.2); 7) Placas epicárdicas ou pericárdicas (I34.8); 8) Asbestose (J60.-); 9) Derrame Pleural (J90.-) e 10) Placas Pleurais (J92.-).

Assim, nos casos em que a patologia diagnosticada coincide com alguma daquelas identificadas pelo Regulamento da Previdência Social como doença profissional associada à exposição do trabalhador ao amianto ou asbesto, têm sido concedidas as indenizações trabalhistas pleiteadas sem maiores digressões a respeito do nexo de causalidade.

No Superior Tribunal do Trabalho é possível localizar até mesmo julgado da relatoria do Ministro Maurício Godinho Delgado, chancelando julgado que admite a existência, nesses casos, de um nexo causal presumido pela própria norma.<sup>62</sup> No Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, também é possível encontrar acórdão que solucionou a questão com apoio em confessada presunção de causalidade<sup>63</sup>, mas, de modo geral, a questão não é examinada a fundo.

---

62 ARR - 4200-10.2007.5.01.0048, Relator Ministro: Maurício Godinho Delgado, Data de Julgamento: 20/03/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: 26/03/2013. A passagem em referência está lavrada nos seguintes termos: “Os laudos técnicos carreados às fls. 780/790 e 961/963, confirmam o nexo de causalidade entre a asbestose adquirida pelos autores e o labor exercido ao longo dos anos. Não só diretamente considerado, como também em razão do chamado nexo causal presumido, à luz do anexo 12, da NR-15, Lei n. 6.514, alterada pela Portaria n. 1 de 28/05/1991, que especifica ser qualificada a exposição ao amianto insalubridade em grau máximo independente da atividade exercida, bastando que, para tanto, haja o contato com o agente mineral em suspensão, caso dos autores.” Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 27 fev. 2015.

63 Trata-se do Recurso Ordinário n. 0191300-28.2006.5.02.0077, prolatado pela 12ª Turma do TRT2, sob a relatoria do Desembargador Benedito Valentini. Naquela ocasião assinalou-se, simplesmente, que as funções desempenhadas pelo trabalhador o haviam exposto ao pó do amianto e que as placas pleurais diagnosticadas seriam indicativas de doença relacionadas à essa exposição, com esses fundamentos arrematou-se, em seguida, que, conforme o relatório médico juntado aos autos, os casos mais numerosos de vítimas do asbesto eram dos trabalhadores que haviam atuado na indústria durante os anos 60 e 70, como era o caso do autor. Disponível em: <<http://www.trt2.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-acordaos>>. Acesso em: 27 fev. 2015.

No mesmo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, é possível localizar julgado em que a questão foi enfrentada de forma consideravelmente mais substancial. A 7ª Turma daquela Corte, no julgamento do Recurso Ordinário n. 0088300-93.2008.5.02.0383, da relatoria da Desembargadora Sônia Maria de Barros, reconheceu ao espólio de um ex-funcionário da Eternit direito à indenização por danos morais e materiais em virtude do surgimento de um mesotelioma maligno que determinou a aposentadoria e o óbito desse trabalhador. O acórdão destaca a existência de laudo de engenharia que concluiu pela exposição habitual e permanente do trabalhador ao amianto durante todo o período do contrato de trabalho que, no caso, durou mais de vinte e dois anos. É curioso observar que o acórdão, embora destaque a existência de um laudo médico conclusivo quanto à existência de nexo causal entre a enfermidade diagnosticada e a atividade laboral do de cujos não se escuda nessa prova técnica para evitar de enfrentar abertamente a discussão suscitada pela Eternit quanto ao fato de ser o câncer

#### 4.2 O ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO PELA JUSTIÇA COMUM

Na justiça comum, ao contrário, não é tão simples encontrar um padrão de julgamento uniforme quanto ao tratamento donexo causal. No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, conforme destacado, não se localiza nenhum precedente relevante sobre o tema. No Tribunal de Justiça de São Paulo, aqui mencionado por ser o do Estado com maior parque industrial do país, encontramos julgados que ora seguem um raciocínio semelhante ao do TST, apoiando a comprovação da causalidade, ainda que implicitamente, no conceito de doença ocupacional, ora optam pela adoção de postura bem mais rigorosa, exigindo a comprovação de um liame efetivo e não meramente presumido entre a moléstia profissional diagnosticada e a atividade profissional da vítima.

Dentre os acórdãos alinhados à primeira corrente é possível destacar aquele proferido no julgamento da apelação cível n. 9151637-40.2003.8.26.0000, pela 27ª Câmara de Direito Privado, relatora a Desembargadora Berenice Marcondes Cesar. Naquela ocasião decidiu-se que, comprovado o dano (no caso o diagnóstico era de placa pleural por amianto) e o ato ilícito, consistente na exposição do trabalhador sem uso de máscara de proteção, restava evidente o nexo causal entre o dano e o ilícito praticado.<sup>64</sup>

Perfilhando a segunda orientação, mais restritiva, a 35ª Câmara de Direito Privado do mesmo Tribunal, no julgamento da apelação cível, n. 0049611-54.2002.8.26.0000, da relatoria do Desembargador Melo Bueno, houve por bem ratificar sentença que indeferiu pedido de indenização por danos morais e materiais fundada em acidente de trabalho, sob argumento de que o autor apelante não lograra comprovar nem o nexo causal entre os problemas respiratórios e o trabalho desempenhado na empresa apelada, nem o próprio dano. Isso porque a perícia médica realizada, muito embora tenha constatado a existência de “placas de parede e diafragma bilaterais

---

uma doença multifatorial. O acórdão afastou o argumento da concausalidade, afirmando que a empresa, muito embora tenha levantado essa tese, não chegou a indicar quais outros fatores etiológicos poderiam, no caso concreto, ter concorrido para o surgimento da doença. Destacou, também, que de cujus havia ingressado nos quadros da Eternit aos vinte e três anos, sendo que, antes disso, ele havia trabalhado apenas por pouco meses em outra empresa na qual não se expunha a risco semelhante. Disponível em: <<http://www.trt2.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-acordaos>>. Acesso em: 27 fev. 2015.

64 Apelação Cível n. 9151637- 40.2003.8.26.0000, 27ª Câmara de Direito Privado, Relatora a Desembargadora Berenice Marcondes Cesar. Disponível em: <[www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

extensas calcificadas pelo asbesto”, afirmou que a insuficiência respiratória crônica não podia ser diagnosticada como asbestose.<sup>65</sup>

No julgamento da Apelação n. 724738009, a 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal Paulista, sob a relatoria do Desembargador Felipe Nogueira, entendeu que o nexo causal não estaria comprovado, porque o autor havia se desligado da empresa amiantífera há mais de trinta anos, sendo certo que, durante esse período, havia trabalhado em outra atividade, na qual se expunha à outra substância potencialmente prejudicial (sílica) e que, além disso, fazia uso de tabaco. Nesses termos, não seria possível afirmar que a perda da capacidade respiratória do autor teria se dado exclusivamente pela inalação do amianto.<sup>66 67</sup>

Surpreendente, à propósito, a ausência de julgados envolvendo consumidores contaminados pelo amianto presente em caixas d'água, coberturas residenciais e outros produtos fabricados a partir desse material. Tampouco se tem notícia de casos rumorosos em quem cidadãos residentes das áreas próximas às minas de extração tenham pleiteado algum tipo de indenização em decorrência de eventual contaminação com o produto. Talvez essa lacuna tenha origem precisamente na dificuldade de se identificar ou de se comprovar um nexo causal entre a exposição ao amianto e o surgimento das doenças complexas relacionadas a esse fator de risco, dificuldade esta muito mais pronunciada no campo estritamente civil e consumerista do que no trabalhista.

---

65 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível, n. 0049611-54.2002.8.26.0000, 35ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Melo Bueno. Disponível em: <[www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)>. Acesso em: 27 jul. 2015.

66 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 724738009, 30ª Câmara de Direito Privado, Relator o Desembargador Felipe Nogueira. Disponível em: <[www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

67 Igualmente digno de registro o acórdão proferido pela 32ª Câmara Cível no julgamento da Apelação n. 984386-34.2005.8.26.0000, relator o Desembargador Rocha de Souza, em 08/04/10. Nesse caso deu-se provimento a recurso interposto contra sentença havida em ação civil pública, para afastar a condenação da Eternit ao pagamento de indenizações devidas aos seus trabalhadores pelas moléstias incuráveis desenvolvidas. Entendeu-se que, muito embora comprovado o nexo de causalidade, não se poderia imputar responsabilidade civil, no caso, porque não haveria culpa do empregador, vez que respeitada a Norma Regulamentadora de Segurança e Medicina do Trabalho n. 15, que dispõe sobre atividades e operações insalubres, cujo anexo 12 estabelece como limite de tolerância para fibras respiráveis de asbesto crisotila, a quantidade de 2,0 fibras por centímetro cúbico. Como se percebe, a discussão aqui não repousa, propriamente no nexo de causalidade. Neste caso a indenização foi negada, a despeito da comprovação do nexo causal, com fundamento em outro argumento, o da ausência de culpabilidade que, na Justiça do Trabalho, como visto na nota de rodapé no 35, supra, seria considerado irrelevante, diante da possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva.

#### 4.3 DA NECESSIDADE DE UM TRATAMENTO UNIFORME

Não importa onde se apresenta, seja na Justiça do Trabalho, seja na Justiça comum, a pretensão de indenização formulada pelo trabalhador que tenha adquirido ou desenvolvido uma doença ocupacional em decorrência da exposição ao (pó do) amianto deve ser solucionada com base nos mesmos parâmetros. Não há porque admitir que apenas na Justiça do Trabalho, por conta de um tratamento mais autorizado e eficaz do conceito de doença ocupacional verificado nessa Justiça especializada, possa o trabalhador desfrutar de situação mais favorável.

Essa quebra de isonomia, é preciso reconhecer, está em grande medida superada, porque a Emenda Constitucional nº 45, que alterou a redação do artigo 14 da Constituição já conta com quase dez anos. Imagina-se, portanto, que exista atualmente apenas um número residual de processos ainda pendentes de apreciação na Justiça Comum versando sobre esse tema.

A necessidade de um tratamento harmônico para questão não se impõe, contudo, apenas como forma de obter isonomia no julgamento das ações acidentárias, mas para preservar a lógica interna do instituto da responsabilidade civil. Embora inserida na própria tradição das Justiças Comum e Trabalhista, a divergência indicada quanto ao resultado das ações indenizatórias reflete, em rigor, uma divergência antecedente, que repousa na própria concepção do nexa causal o que não encontra respaldo nos pilares da responsabilidade civil. Quando se propugna por um tratamento comum da matéria, tem-se em vista não as ações indenizatórias trabalhistas, como espécie, mas as ações indenizatórias, como gênero. Com efeito, toda as hipóteses de danos subordinados à causalidade incerta, mas provável poderiam, em última análise, se beneficiar da estratégia de julgamento semelhante àquela vigente na Justiça do Trabalho.

#### 5 CONCLUSÃO

As pesquisas científicas sobre os malefícios causados pelo amianto/asbesto à saúde humana parecem ter alcançado o consenso de que essa substância, em qualquer de suas variedades, anfibólia ou crisotila, deve ser igualmente evitada por sua toxicidade, sendo desconhecidos níveis seguros de exposição.

Não parece razoável, nessa medida, o posicionamento perfilhado pela legislação brasileira, em especial pela Lei n. 9.055/95, consistente em interditar de forma definitiva a produção e comercialização do amianto anfibólio e autorizar, sem restrições significativas, a continuidade da exploração do amianto crisotila.

Uma adequada percepção dos riscos do amianto revela-se imprescindível não apenas para a elaboração de políticas públicas no setor, como ainda para equacionar problemas próprios de responsabilidade civil. Quando se fala em responsabilidade civil pelos danos decorrentes da exposição ao amianto, a comprovação do nexa causal desponta como um dos maiores entraves para se assegurar uma justa indenização às vítimas. A redação do 403 o Código Civil não é suficiente para orientar o aplicador da lei nesse terreno movediço em que, muitas vezes, nem mesmo os cientistas são capazes de identificar, com precisão a causalidade existente entre a exposição do homem ao amianto e as doenças que podem advir dessa exposição.

A teoria da causalidade adequada, porém, funda-se em critério de normalidade causal e probabilidade (*id quod plerumque accidit*), revelando racionalidade que bem pode auxiliar no julgador nesses casos difíceis em que a relação de causa e efeito, conquanto, incerta, se apresenta provável.

No âmbito do Direito do Trabalho, a dificuldade probatória relacionada aos danos do amianto tem sido contornada mediante o auxílio de figura jurídica própria: a de doença ocupacional. Tendo o Ministério do Trabalho especificado as doenças relacionadas à exposição do trabalhador à poeira do amianto e classificado essas enfermidades como doenças ocupacionais, o problema relativo ao nexa causal fica parcialmente solucionado. As ações indenizatórias que aportam na Justiça Comum, porém, não se aproveitam da mesma construção jurídica, submetendo as vítimas a um ônus probatório muito maior e criando uma distinção inaceitável entre situações substancialmente idênticas.

Possivelmente os ares renovadores que se espera poderão reorientar a legislação que regula a exploração comercial do amianto poderão, também, inspirar a edição de um marco normativo ou jurisprudencial capaz balizar em definitivo e de forma uniforme o estabelecimento da responsabilidade civil em todas as hipóteses de danos causados (ou provavelmente causados) pela exposição do homem ao amianto. É o que se espera.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e das suas consequências*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1965.

Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto – ABREA. Disponível em: <<http://www.abrea.com.br>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

BECK, Ulrich; NASCIMENTO, Sebastião (trad). *Sociedade de Risco, rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: 34, 2011.

BERNSTEIN, David Bernstein. *Understanding Chrysotile Asbestos: A new understanding based on current data*. Disponível em: <[http://www.chrysotile.com/en/conferences/speakers/David\\_Bernstein.aspx](http://www.chrysotile.com/en/conferences/speakers/David_Bernstein.aspx)>. Acesso em: 18 fev. 2015.

BRANDÃO, Cláudio. *Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

BRASIL. *Decreto nº 126, de 22/05/1991*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0126.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0126.htm)>. Acesso em: 18 fev. 2015.

BRASIL. *Decreto nº 2.350, de 15/10/1997*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/decreto/1997/D2350.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/1997/D2350.htm)>. Acesso em: 18 fev. 2015.

BRASIL. *Decreto nº 3.098, de 6/05/1999*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11/01/1973*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 12 jul. 2015.

BRASIL. *Lei nº 8.213, de 24/07/1991*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. *Lei nº 9.055, de 01/06/1995*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9055.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9055.htm)>. Acesso em: 18 fev. 2015.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10/01/2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 12 fev. 2015.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *I Jornada de Direito Civil*. Enunciado 47. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2015.

BRASIL. Mato Grosso. *Lei nº 9.583, de 04/07/2011*. Disponível em: <[http://www.al.mt.gov.br/leis/lei\\_5533.pdf](http://www.al.mt.gov.br/leis/lei_5533.pdf)>. Acesso em: 18 fev. 2015.

BRASIL. Mato Grosso do Sul. *Lei nº 2.210, de 05/01/2001*. Disponível em: <<http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/448b683bce4ca84704256c0b00651e9d/fe017eda00ddcb1904256c000053d434?OpenDocument>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Conselho Nacional do Meio Ambiente. *Resolução nº 348, de 16/04/2004*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=449>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 1.851, de 10/08/2006*. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt1851\\_09\\_08\\_2006.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt1851_09_08_2006.html)>. Acesso em: 18 fev. 2015.

BRASIL. Ministério do Trabalho e da Previdência Social. *Norma Regulamentar nº 15*. Anexo 12. Disponível em: <[http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BE914E6012BEF43234B23D6/nr\\_15\\_anexo12.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BE914E6012BEF43234B23D6/nr_15_anexo12.pdf)>. Acesso em: 24 fev. 2015.

BRASIL. Ministério do Trabalho e da Previdência Social. *Portaria nº 1, de 28/05/91*. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/legislacao/1991.htm>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

BRASIL. Pernambuco. *Lei nº 12.589, de 26/05/2004*. Disponível em: <<http://legis.alepe.pe.gov.br/arquivoTexto.aspx?tiponorma=1&numero=12589&complemento=0&ano=2004&tipo=>>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

BRASIL. São Paulo. *Leis nºs 10.813, de 24/05/01 e 12.684 de 26/07/2007*. Disponível em: <<http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/index.htm>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

BRASIL. São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível n. 724738009, 30ª Câmara de Direito Privado, Relator o Desembargador Felipe Nogueira*. Disponível em: <[www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível, n. 0049611-54.2002.8.26.0000, 35ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Melo Bueno*. Disponível em: <[www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível n. 9151637-40.2003.8.26.0000, 27ª Câmara de Direito Privado, Relatora a Desembargadora Berenice Marcondes Cesar*. Disponível em: <[www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível n. 984386-34.2005.8.26.0000, 32ª Câmara de Direito Privado. Relator o Desembargador Rocha de Souza*. Disponível em: <[www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Ag 1358845/PR*, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 09/11/2011. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 231.116/SP*, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 17/09/2013. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no MS 12.459/DF*, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/10/2007, DJ 03/12/2007. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg na SLS 805/PR*, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 27/11/2008, DJe 11/12/2008. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl no AgRg no MS 12.459/DF*, Rel. MIN. CARLOS FERNANDO MATHIAS – Juiz Convocado do TRF 1ª REGIÃO – PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/02/2008, DJe 24/03/2008. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 291.157/SP*, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2001, DJ 03/09/2001. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 507.521/RJ*, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 29/06/2009. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 513.329/RJ*, Rel. Ministro Arnaldo Esteves de Lima, Quinta Turma, julgado em 20/11/2006, DJ 11/12/2006. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 20.709/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/05/2006, DJ 01/06/2006. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2396*, Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2003, DJ 01/08/2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553763>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2656*, Relator Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2003, DJ 01/08/2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553763>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3937/SP*, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 04/06/2008, DJe 10/10/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553763>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 234 MC*, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 28/09/2011, DJe 06/07/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1694638>>. Acesso em: 18 fev 2015.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. *AIRR - 1088-98.2010.5.04.0030*, Data de Julgamento: 20/2/2013, Relatora: Ministra Kátia Magalhães Arruda, 6.<sup>a</sup> Turma, Data de Publicação: DEJT 1.º/3/2013. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. *AIRR - 39100-26.2006.5.04.0030*, Data de Julgamento: 27/2/2013, Relator: Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3.<sup>a</sup> Turma, Data de Publicação: DEJT 8/3/2013. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. *AIRR - 57840-69.2007.5.03.0080*, Data de Julgamento: 18/12/2012, Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta, 2.<sup>a</sup> Turma, Data de Publicação: DEJT 15/2/2013. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. *ARR - 4200-10.2007.5.01.0048*, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 3.<sup>a</sup> Turma, Data de Publicação: 26/03/2013. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. *RO - 91500-95.2010.5.03.0000*, Data de Data de Julgamento: 16/12/2014, Relator: Ministro Emmanoel Pereira, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 19/12/2014. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 18 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. *E-RR - 80500-83.2007.5.04.0030*, Data de Julgamento: 07/03/2013, Redator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 17/05/2013. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. *RR - 1277-29.2010.5.03.0087*, Relator: Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, 8.<sup>a</sup> Turma, Data de Publicação: DEJT 22/2/2013. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. *RR - 40500-98.2006.5.04.0281*, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6.<sup>a</sup> Turma, DEJT 14/05/2010, disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. *RR - 26300-57.2006.5.09.0666*, Data de Julgamento: 27/2/2013, Relator: Ministro Walmir Oliveira da Costa, 1.<sup>a</sup> Turma, Data de Publicação: DEJT 15/3/2013. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. *RR - 33100-85.2007.5.17.0006*, Data de Julgamento: 28/11/2012, Relator: Ministro João Batista Brito Pereira, 5.<sup>a</sup> Turma, Data de Publicação: DEJT 30/11/2012. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. *RR - 92840-68.2007.5.02.0045*, Data de Data de Julgamento: 07/05/2014, Relator: Ministro Augusto César Leite de Carvalho, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 19/12/2014. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. *RR - 133700-20.2007.5.15.0120*, Data de Julgamento: 20/2/2013, Redatora: Ministra Maria de Assis Calsing, 4.<sup>a</sup> Turma, Data de Publicação: DEJT 1.<sup>o</sup>/3/2013. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. *RR - 2131200-32.2008.5.09.0005*, Data de Julgamento: 21/11/2012, Relator: Ministro Pedro Paulo Manus, 7.<sup>a</sup> Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2012. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2<sup>a</sup> Região. *Recurso Ordinário n. 0088300-93.2008.5.02.0383*, Relatora Desembargadora Sônia Maria de Barros, 7.<sup>a</sup> Turma. Disponível em: <<http://www.trt2.jus.br>>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2<sup>a</sup> Região. *Recurso Ordinário n. 0191300-28.2006.5.02.0077*, Relator Desembargador Benedito Valentini, 12.<sup>a</sup> Turma. Disponível em: <<http://www.trt2.jus.br>>. Acesso em: 27 fev. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo Malheiros. 1998

CYPHERT, J., A. NYSKA, R. Mahoney, M. SCHLADEWEILER, U. KODAYANTI; S. GAVETT. Sumas Mountain chrysotile induces greater lung fibrosis in Fischer 344 rats than Libby amphibole, El Dorado tremolite, and Ontario ferroactinolite. *TOXICOLOGICAL SCIENCES*. Society of Toxicology 130(2):405-15, (2012). Disponível em: <[http://cfpub.epa.gov/si/si\\_public\\_record\\_report.cfm?dirEntryId=249830&searchAll=Asbestos&showCriteria=0&SIType=PR&sortBy=pubDateYear&NoArchive=>](http://cfpub.epa.gov/si/si_public_record_report.cfm?dirEntryId=249830&searchAll=Asbestos&showCriteria=0&SIType=PR&sortBy=pubDateYear&NoArchive=>)>. Acesso em: 18 fev. 2015.

COSTA, Hertz Jacinto. *Manual de Acidente do Trabalho*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

CRAIG, Johanna, Ph.D. (Write Science Right) 2008. *Nature Education*. Citation: Craig, J.(2008) Complex diseases: Research and applications. *Nature Education* 1(1):184. Disponível em: <<http://www.nature.com/scitable/topicpage/complex-diseases-research-and-applications-748>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DIAS, José de Aguar. *Da responsabilidade civil*. v. 2. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

ESTADOS UNIDOS. *US Environmental Protection Agency*: <[www.epa.gov](http://www.epa.gov)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

FACHIN, Luiz Edson. Nexo de causalidade como pilar essencial da responsabilidade civil. In: FACHIN, Luiz Edson. *Soluções práticas de direito. Pareceres – contratos e responsabilidade civil*. v. 1. São Paulo: RT, 2011.

FRIEDMAN, Thomas. *Quente, plano e lotado: os desafios e oportunidades de um novo mundo*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

GOMES, Orlando; THEODORO JÚNIOR, Humberto (atu.). *Obrigações*. 15. ed. Rio de Janeiro. 2001.

GUIDDENS, Anthony; BARATA, Saul (trad.). *O Mundo na era da globalização*. 6. ed. São Paulo: Presença, 2006.

INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER. Disponível em: <[http://www1.inca.gov.br/conteudo\\_view.asp?ID=15](http://www1.inca.gov.br/conteudo_view.asp?ID=15)>. Acesso em: 11 jul. 2015.

INTERNATIONAL AGENCY FOR RESEARCH ON CANCER – IARC. Disponível em: <<http://monographs.iarc.fr/ENG/Classification/index.php>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

JARABEK, A. M., O. T. Price, S. H. GAVETT, e B. Asgharian intitulada *Computational comparison of asbestos fibers: Dosimetry model simulations to characterize variability and potency*. Disponível em: <[http://cfpub.epa.gov/si/si\\_public\\_record\\_report.cfm?dirEntryId=241950&searchAll=Asbestos&showCriteria=0&SIType=PR&sortBy=pubDateYear&NoArchive=1](http://cfpub.epa.gov/si/si_public_record_report.cfm?dirEntryId=241950&searchAll=Asbestos&showCriteria=0&SIType=PR&sortBy=pubDateYear&NoArchive=1)>. Acesso em: 18 fev. 2015.

KNOX, Sarah. S. *From 'omics' to complex disease: a systems biology approach to gene-environment interactions in cancer*. Disponível em: <<http://www.cancerci.com/content/10/1/11>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

LIMA, Alvinio. *Culpa e Risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. *Os Fundamentos da Responsabilidade Civil. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo: Jurid Vellienich. v. 93. ano 15, out. 1991.

\_\_\_\_\_. Do inadimplemento das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. v. 5. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MENDES, René. Asbesto (amianto) e doença: revisão do conhecimento científico e fundamentação para uma urgente mudança da atual política brasileira sobre a questão. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 17, nº 1. Rio de Janeiro, jan./fev. 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana: uma crítica civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RUSSOMANO, Mozart Vitor. *Comentários à Lei de Acidente de Trabalho*. 3. ed. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

SHCREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RECEBIDO EM: 23/04/2015

APROVADO EM: 06/07/2015

# CARACTERÍSTICAS DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA COMO VALOR

## *CHARACTERISTICS OF THE PRINCIPLE OF ADMINISTRATIVE MORALITY AS VALUE*

*Flávio Garcia Cabral<sup>1</sup>*

*Procurador da Fazenda Nacional*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Movimento giro linguístico; 3 Linguagem e o Direito; 4 Princípios jurídicos; 5 Valor; 5.1 Características dos valores; 6 Princípios do Direito Administrativo; 6.1 A Moralidade Administrativa como valor e suas características; 7 Considerações finais; Referências.

---

1 Especialista em Direito Administrativo pela PUC/SP; Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC/RJ; Mestre em Direito pela Universidad de Girona/Espanha; Doutorando em Direito Administrativo pela PUC/SP. Professor de Direito Administrativo na graduação e especialização na UNAES-Anhanguera. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/MS. [flaviocabral\\_@hotmail.com](mailto:flaviocabral_@hotmail.com) / [flavio-g.cabral@pgfn.gov.br](mailto:flavio-g.cabral@pgfn.gov.br)

**RESUMO:** O presente artigo busca abordar o princípio da moralidade administrativa no sistema jurídico brasileiro sob a ótica do construtivismo lógico-semântico. Procura-se demonstrar a utilidade de um método de pesquisa científica ainda relativamente recente, que se encontra inserido dentro da Filosofia da Linguagem, denominado por Paulo de Barros Carvalho e Lourival Vilanova de construtivismo lógico-semântico, e que tem em suas bases a linguagem como centro da pesquisa do conhecimento jurídico. Assim, nas páginas a seguir, se discorrerá de maneira instrumental sobre o movimento giro-linguístico e a importância da linguagem para o Direito, de maneira a indicar, adiante, a compreensão dos princípios jurídicos como limites objetivos e valores, de modo a que, por derradeiro, se estudem as características dos valores e como elas podem ser visualizadas no específico princípio da moralidade administrativa. Busca-se, desta feita, aprofundar o conhecimento acerca do conteúdo jurídico do princípio da moralidade administrativa, apresentando uma abordagem metodológica até então não realizada pela doutrina especializada a seu respeito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Linguagem. Valor. Princípio. Características. Moralidade Administrativa.

**ABSTRACT:** This article seeks to discourse about the principle of administrative morality in Brazilian legal system from the perspective of the logical-semantic constructivism. It seeks to demonstrate the utility of a still relatively new method of scientific research, which is inserted into the Philosophy of Language, called by Paul de Barros Carvalho and Lourival Vilanova logical-semantic constructivism, which has its foundations in the Language as the research center of legal knowledge. Thus, in the following pages, it will speak instrumentally about the linguistic turn movement and the importance of the language for the law, indicating, further, an understanding of the legal principles as objective limits and values, so that, for the last, are studied the characteristics of values and how they can be viewed in the specific principle of administrative morality. In that way, it aims to deepen the knowledge about the legal content of the principle of administrative morality, presenting a methodological approach that was not performed until now by the specialists about this subject.

**KEYWORDS:** Language. Value. Principle. Administrative Morality. Characteristics.

## INTRODUÇÃO

A investigação científica sobre determinado objeto é tarefa laboriosa mas ao mesmo tempo inesgotável. Por mais que haja diversas pesquisas e análises acerca de um objeto científico específico, sempre será possível se descobrir mais sobre ele, seja aprofundando-se nas linhas metodológicas já conhecidas e utilizadas, seja alterando-se o método de análise até então usado como instrumento de pesquisa, ou ainda se fazendo novas indagações antes não cogitadas.

É por isso que não há que se falar que uma investigação já foi esgotada ou superada<sup>2</sup>, porquanto sempre será possível o desvelamento de novos elementos não vislumbrados anteriormente, ou até mesmo afirmar ou infirmar hipóteses outrora levantadas e defendidas.

Este sentimento da necessidade de uma pesquisa constante, até mesmo “diferenciada”, é observado quando se trabalha, dentre tantos, o estudo do Direito, mas em específico o ramo do Direito Administrativo. Este conjunto de normas semelhantes, que trabalham questões atinentes em especial à Administração Pública, tende a ser desenvolvido no Brasil de uma maneira conservadora<sup>3</sup>, que, embora muito bem construído e estruturado, por vezes possui elementos que ainda, como dito, merecem um aporte científico destacado e desvinculado da forma de pesquisa existente até então.

É nesta toada que enxergamos o escrutínio do princípio da moralidade administrativa. Não obstante seja um princípio já debatido por diversos administrativistas pátrios de renome, e cuja pesquisa muitas vezes apresenta uma profundidade teórica louvável, tem-se, por outro lado, que ainda muito pouco se desenvolveu sobre este princípio (especialmente quando cotejado com a importância que o sistema jurídico parece querer conferir a ele) – tanto do ponto de vista filosófico, científico e técnico

2 Refutando as enérgicas alegações de superação de determinadas ideias ou correntes filosóficas, manifesta-se Paulo de Barros Carvalho: “A cada instante nos deparamos com ‘superações’ que deixam para trás ideias importantes, sob a alegação de que seu tempo histórico já teria passado e, portanto, considerar aquele conjunto de reflexões ou o sistema que lhes organiza a existência representaria um retrocesso. Como explicar, porém, a referência às propostas filosóficas milenares, que teimam em frequentar os escritos dos grandes pensadores, mostrando uma notável resistência às tentativas de corrosão das críticas especializadas?” (Algo sobre o construtivismo lógico-semântico. In: CARVALHO, Aurora Tomazini de (Org.). *Construtivismo Lógico-Semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014. p.3).

3 Importante destacar que o termo “conservador” não é invocado aqui com a carga de valorização negativa comumente nele empregada. Afinal, ser conservador será bom ou ruim dependendo somente da prática que se pretende conservar.

-, havendo ainda uma imprecisão excessiva sobre qual seja seu real conteúdo jurídico.

Este desconhecimento sobre seu conteúdo gera duas situações opostas, mas ambas indesejadas. Por vezes os juristas se valem do princípio da moralidade como um “cheque em branco”, inserindo nele qualquer conteúdo que desejem, proliferando, muitas vezes, argumentos vazios e despidos de qualquer significação relevante. Por outro lado, estes mesmo juristas, seguidos pelos Tribunais, deixam de lado o aludido princípio por não saberem como manejá-lo da forma adequada, sendo mal utilizado ou mesmo inutilizado.

Assim sendo, o que aqui se propõe, ciente dos limites deste trabalho, mas mesmo assim não menos confiante de que as linhas ora lançadas ocasionarão detidas reflexões e indagações, é alterar um pouco a forma “tradicional” como os princípios administrativos veem sendo analisados e trabalhados pela doutrina administrativista – em particular o da moralidade. Busca-se alterar a metodologia comumente empregada (as vezes, sem qualquer metodologia, diga-se de passagem), fazendo uso do que vem sendo chamado de construtivismo lógico-semântico<sup>4</sup>.

Se o construtivismo lógico-semântico, entendido como método de pesquisa que estuda o Direito sob a perspectiva da Linguagem – e assim se mantém durante toda a sua construção -, ainda é pouco explorado em outros ramos, tendo adquirido mais destaque no âmbito do Direito Tributário por meio das lições do Professor Paulo de Barros Carvalho e seus seguidores (muitos deles tributaristas), quando se investigam as pesquisas na seara do Direito Administrativo são

---

4 De maneira didática, Aurora Tomazini de Carvalho explica o que entende por construtivismo lógico-semântico: “A expressão ‘Construtivismo Lógico-Semântico’ é empregada em dois sentidos: (i) para se reportar à Escola Epistemológica do Direito da qual sou adepta, fundada nas lições dos professores Paulo de Barros Carvalho e Lourival Vilanova e que vem, a cada dia, ganhando mais e mais seguidores no âmbito jurídico; (ii) e ao método utilizado por esta Escola, que pode ser empregado no conhecimento de qualquer objeto”. Dentro dessa segunda identificação, que é a que mais serve para o escopo do presente trabalho, a mesma autora declara que “a proposta metodológica da Escola do Construtivismo Lógico-Semântico é estudar o direito dentro de uma concepção epistemológica bem demarcada, a Filosofia da Linguagem (uma vertente da Filosofia do Conhecimento) e a partir deste referencial, amarrar lógica e semanticamente suas proposições, para construção de seu objeto (que se constitui em uma das infinitas possibilidades de se enxergar o direito)” (O construtivismo lógico-semântico como método de trabalho na elaboração jurídica. In: CARVALHO, Aurora Tomazini de (Org.). *Construtivismo Lógico-Semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014, p.14-15).

raros – quando não inexistentes – os trabalhos que se valem desse importante método científico.

Advirta-se desde já que a alteração do método de estudo científico não representa o desprezo ou completo rechaço pelas demais formas de trabalho, não havendo que se falar em método “correto” ou “errado”, mas representa somente uma escolha, representativa das idiosincrasias deste autor – as preferências valorativas –, mas que, após feita, pretende manter-se firme e coerente até o final deste artigo.

Mantendo-se a linha das advertências, também deve-se prevenir que não se pretende aqui destrinchar por completo o conteúdo jurídico do princípio da moralidade no ordenamento jurídico brasileiro, mas somente colocar em evidência sua feição como valor, em sintonia com a corrente filosófica acima mencionada, de modo a permitir a visualização de determinados elementos componentes da moralidade administrativa até então ignorados.

## 2 MOVIMENTO GIRO LINGUÍSTICO

“Os limites de minha linguagem significam os limites de meu mundo”. A sutil, mas ao mesmo tempo profunda, colocação de Ludwig Wittgenstein representa, em síntese, a relevância conferida pela linguagem no movimento filosófico denominado “movimento giro linguístico”.

Neste movimento desloca-se da matriz convencional, na qual era possível se trabalhar com “verdades absolutas”, e passa-se para um movimento onde toda verdade é relativa. Paulo de Barros Carvalho depõe sobre a relevância do “giro”, proclamando que suas conquistas “fazem sentir-se em todos os quadrantes da existência humana. Ali onde houver o fenômeno do conhecimento, estarão interessados, como fatores essenciais, o sujeito, o objeto e a possibilidade do sujeito captar, ainda que a seu modo, a realidade desse objeto”<sup>5</sup>.

Tratando sobre a corrente filosófica giro-linguística, Dardo Scavino compreende-a no sentido da linguagem deixar de ser um

---

5 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: Linguagem e método*. 3.ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 160.

meio, algo que estaria entre eu e a realidade, se convertendo em um léxico hábil a criar tanto eu como a realidade<sup>6</sup>.

O mesmo autor prossegue assentando que o mundo não seria um conjunto de coisas que primeiro se apresentam e depois são nomeadas pela linguagem, mas sim uma interpretação cultural, poética ou metafórica. Ou seja, a linguagem precede à realidade e não o oposto, como geralmente se pensa<sup>7</sup>.

Esta nova forma de pensar, de encarar o conhecimento humano, não se contenta com as teorias ontológicas ou gnosiológicas do conhecimento prevalentes até então<sup>8</sup>, entendendo que sem a linguagem não há conhecimento.

É pela linguagem, e somente por ela, que se pode ter acesso às coisas existentes no mundo, compreendendo-as e criando-as, como afirma Fabiana Del Padre Tomé<sup>9</sup>. Assim, o conhecimento tem como pressuposto inafastável a linguagem, já que, especialmente no movimento denominado giro linguístico, a realidade não se descobre; ela é criada pelas palavras.

### 3 LINGUAGEM E O DIREITO

Dentre as infinitas maneiras de se estudar o Direito, uma delas tem sido, com maior vigor nos tempos recentes, por intermédio da Linguagem. Sobre a questão, Gabriel Ivo escreve:

Se o Direito, objeto, visa regular a conduta humana, só pode fazê-lo por meio de uma comunicação, que exige uma linguagem, haja vista que a linguagem é a faculdade que tem o homem de comunicar-se por meio da fala, e, no caso a linguagem apta, é a prescritiva<sup>10</sup>.

6 SCAVINO, Dardo. *La filosofía actual: pensar sin certezas*. Santiago del Estero: Paidós Postales, 1999. p.12.

7 SCAVINO, Dardo. *La filosofía actual: pensar sin certezas*. Santiago del Estero: Paidós Postales, 1999. p.37.

8 "O estudo do conhecimento, neste contexto, durante o decurso dos séculos, foi feito a partir do sujeito (gnosiologia), do objeto (ontologia), ou da relação entre ambos (fenomenologia) e a linguagem foi sempre considerada como instrumento secundário do conhecimento" (CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013. p. 14).

9 TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2012. p.4.

10 IVO, Gabriel. O direito e a inevitabilidade do cerco da linguagem. In: CARVALHO, Aurora Tomazini de (Org.). *Construtivismo Lógico-Semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014. p. 66-67.

O Direito se mostra indissociável da linguagem<sup>11</sup>, já que é por meio desta que ele se constitui. É somente mediante atos específicos de fala que os textos jurídicos são inseridos no sistema jurídico e as normas jurídicas em sentido estrito são construídas pelos intérpretes. Não existe nenhum fragmento do Direito que não seja expresso por uma linguagem própria.

A percepção do Direito como constituído por linguagem permite, além de uma análise, a nossa ver, mais coerente e com menos arestas a serem aparadas, a distinção entre o sistema jurídico e o sistema da realidade social.

É com essa visão que Aurora Tomazini de Carvalho discorre que o plano do direito positivo é sintaticamente fechado, constituindo-se de uma linguagem própria, a qual não se confunde com a linguagem social, e só permite o ingresso de elementos externos quando relatados no seu próprio código jurídico<sup>12</sup>. É necessária a transformação daquela linguagem social em jurídica para que o evento possa ingressar no sistema.

#### 4 PRINCÍPIOS JURÍDICOS

O estudo dos princípios jurídicos, sejam aqueles atribuídos à Teoria Geral do Direito, sejam os indicados a ramos jurídicos específicos (Direito Tributário, Administrativo, Civil, Processual, Penal etc), tem sido fundamental para a correta inteligência do sistema jurídico.

Não obstante a relevância sentida há algum tempo pelos juristas sobre o estudo principiológico, é certo que não há uma uniformidade na maneira como são encarados os princípios jurídicos, havendo diferentes métodos de pesquisa, e ainda aqueles que optam (consciente ou inconscientemente) por misturar diversas conclusões que, de imediato, se mostram incompatíveis.

---

11 "A linguagem não só fala do objeto (Ciência do Direito), como participa de sua constituição (direito positivo), o que permite a ilação forte segundo a qual não podemos cogitar de manifestação do direito sem uma linguagem, idiomática ou não, que lhe sirva de veículo de expressão. Mantenho presente a concepção pela qual interpretar é atribuir valores aos símbolos, isto é, adjudicar-lhes significações e, por meio dessas, referências a objetos" (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.105).

12 CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013. p.137.

Como salienta Humberto Ávila, ainda que hoje se viva a euforia de um Estado Principiológico, deve-se destacar que essa euforia do novo acarretou, salvo raras exceções, exageros e problemas teóricos e que afetam a próprio efetividade do ordenamento jurídico<sup>13</sup>.

Conforme já advertido no introito deste trabalho, sem desconsiderar as lições valiosas compartilhadas por diversos estudiosos sobre a questão, pretendemos trazer uma abordagem jurídica ainda recente, mas que vem ganhando adeptos e demonstrando sua utilidade no desvelamento e compreensão dos elementos que compõe o sistema jurídico.

Assim, cabível trazer à baila os escritos de Paulo de Barros Carvalho, para quem, se valendo da linguagem como criadora da realidade, compreende os princípios como “linhas diretivas que iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas”. Diz ainda que “exercem eles uma reação centrípeta, atraindo em torno de si regras jurídicas que caem sob seu raio de influência e manifestam a força de sua presença”<sup>14</sup>.

Embora utilizando um marco teórico particular, o entendimento dos princípios como fator de agregação normativa também pode ser lido em Clarice Von Oertzen de Araújo, que, ao se utilizar da construção teórica de Peirce, expõe os princípios gerais do direito como interpretantes lógicos, isto é, “signos aptos a gerar outros interpretantes lógicos igualmente gerais – as normas gerais”<sup>15</sup>.

Importante destaque conferida pelo Professor Paulo de Barros Carvalho no estudo dos princípios jurídicos foi, mantendo a coerência entre as premissas invocadas por ele, a de estudar esse instituto, à luz da semiótica, sob um enfoque sintático, o que permite a conclusão de que a estrutura dos princípios seria idêntica a das regras jurídicas, não havendo distinção entre eles (embora se afastem no aspecto semântico).

Ora, perceba-se que do ponto de vista sintático não há diferença significativa entre princípios e regras, o que já aparta o enfoque aqui

---

13 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p.27.

14 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: Linguagem e método*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009. p. 262.

15 ARAÚJO, Clarice Von Oertzen de. *Semiótica do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.102.

dados, sob este prisma, dos longos debates trazidos à colação por autores como Ronald Dworkin ou Robert Alexy e demais doutos que seguem a linha distintiva entre regras e princípios. Afinal, em sua estrutura lógico-jurídica, o que um princípio teria de diferente das regras? A resposta só pode ser uma: nada.

Outro ponto digno de menção, e que se nota da constatação de Paulo de Barros Carvalho, é que tanto o que a doutrina mais tradicional chamada de regras, como os princípios, são em realidade normas jurídicas, afinal “o direito positivo é formado, única e exclusivamente, por normas jurídicas (para efeitos dogmáticos), apresentando todas o mesmo esquema sintático (implicação), ainda que saturadas com enunciados semânticos diversos (heterogeneidade semântica)”<sup>16</sup>.

Prosseguindo nesta trilha, tem-se que o Professor Paulo de Barros Carvalho apresenta os princípios no ordenamento jurídico ora como valores, ora como limites-objetivos ou “princípios objetivos”<sup>17</sup>.

Tomando-se primeiramente os princípios como valores, temos que eles seriam aqueles que colocamos hierarquicamente num patamar de superioridade ao organizarmos o sistema, e que acabam gerando forte influência na construção, significação e aplicação das demais significações. É certo, porém, como destaca Aurora Tomazini de Carvalho, que essa graduação hierárquica é condicionada aos horizontes culturais do intérprete<sup>18</sup>.

Quando encaramos os princípios como limites-objetivos, embora não sejam eles valores, não se despregam de um conteúdo axiológico. Afirma Paulo de Barros Carvalho que os limites-objetivos “distinguem-se dos valores, pois são concebidos para atingir certas metas, certos fins. Estes, sim, assumem o porte de valores”<sup>19</sup>.

Destaque-se que, não obstante os limites-objetivos, como visto, persigam determinados valores (não se confundindo propriamente com

16 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009. p. 258.

17 *Ibidem*, p.262.

18 CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013. p.510.

19 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: Linguagem e método*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009. p.292.

estes), não são relevantes as motivações subjetivas do legislador na ocasião de sua positivação<sup>20</sup>.

Quando se está diante de um princípio como limite-objetivo, fica mais fácil sua identificação, bem como seu manejo hermenêutico. Deveras, enquanto “os valores são imensuráveis e compreendidos de acordo com a ideologia do intérprete, a identificação dos limites objetivos é identificada mais facilmente”<sup>21</sup>.

## 5 VALOR

Não há qualquer decisão tomada pelo homem, das mais triviais às que tem o condão de afetar a vida de milhões de pessoas, que não seja adotada de forma valorativa<sup>22</sup>, é dizer, valora-se uma determinada conduta ou objeto e em razão disso se faz uma escolha.

É nesta toada que explica Olívia Tonello Mendes Ferreira, discorrendo que “como não existe ser humano sem conduta, podemos afirmar que tampouco há alguém alheio ao valor. Afinal, o agir é sempre motivado por valorações, pelo que podemos dizer que o homem é um ser axiológico”<sup>23</sup>.

Sendo o homem um ser axiológico, o valor se refere à relação entre o sujeito e o objeto, a não-indiferença de alguma coisa relativamente a um sujeito ou a uma consciência motivada. É um vínculo que se estabelece entre o agente do conhecimento e o objeto<sup>24</sup>.

Nesta relação entre o sujeito e o objeto é que se atenta que o valor não existe por si só. De acordo com Paulo de Barros Carvalho, os valores, propriamente ditos, seriam inexistentes, já que seu existir consistiria, somente, no ato psicológico de valorar, pelo qual atribuímos

20 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributária: Linguagem e método*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009. p.292.

21 FERREIRA, Olívia Tonello Mendes. Teoria dos valores e a importância dos princípios na interpretação do direito. In: CARVALHO, Aurora Tomazini de (Org.). *Construtivismo Lógico-Semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014. p. 401.

22 “Todos nós valoramos e não podemos deixar de valorar. Não é possível a vida sem proferir constantemente juízos de valor. É da essência do ser humano conhecer e querer, tanto como valorar” (HESSEN, Johannes. *Filosofia dos Valores*. Coimbra: Almedina, 2001. p.40).

23 FERREIRA, Olívia Tonello Mendes. Teoria dos valores e a importância dos princípios na interpretação do direito. In: CARVALHO, Aurora Tomazini de (Org.). *Construtivismo Lógico-Semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014. p.392.

24 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributária: Linguagem e método*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009. p.174.

aos objetos, considerados em sua plenitude semântica, predicados positivos ou negativos. Ou seja, “os valores não são, mas valem”<sup>25</sup>.

### 5.1 Características dos Valores

Os valores apresentam características que lhes são próprias, e auxiliam na sua identificação e compreensão de seu conteúdo semântico.

Johannes Hessen nos apresenta algumas dessas características. Inicialmente, fala o autor sobre a polaridade essencial dos valores, no sentido da oposição entre valores positivos e negativos, entre valores e desvalores. Cita igualmente a estrutura hierárquica dos valores, é dizer, estariam eles apresentados em uma estrutura escalonada, admitindo preferências na atribuição valorativa. Para o supracitado autor estas duas características (polaridade e hierarquia) seriam fundamentais para a ordem dos valores, e a separaria da ordem do ser<sup>26</sup>.

Paulo de Barros Carvalho, se valendo das características já mencionadas, e invocando os escritos de Miguel Reale que acrescentou outras tantas características que por certo também se encontram presentes nos valores, ademais de sua própria contribuição a esse rol de predicados, bem esclarece a significação de cada uma delas: a) bipolaridade (onde houver valor terá em contrapartida um desvalor); b) implicação recíproca (haverá uma implicação mútua entre os valores positivos e negativos, justamente como decorrência da bipolaridade); c) referibilidade (o valor importa em uma tomada de posição do sujeito em relação à alguma coisa a que está referido); d) preferibilidade (denunciam uma preferência do intérprete); e) incomensurabilidade (os valores não são passíveis de medição); f) tendência à graduação hierárquica (há uma inclinação de se acomodarem em ordem escalonada, quando se encontram em relações mútuas, tendo como referência o mesmo sujeito axiológico); g) objetividade (os valores necessitam sempre de objetos da experiência, já que não se revelam sem algo que os suporte e sem uma ou mais consciências às quais se refiram); h) historicidade (os valores são construídos na evolução do processo histórico e social); i) inexauribilidade (os valores sempre excedem os bens em que se objetivam); j) atributividade (os valores são preferências por núcleos de

25 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: Linguagem e método*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009. p.176.

26 HESSEN, Johannes. *Filosofia dos Valores*. Coimbra: Almedina, 2001. p.61-63.

significações); k) indefinibilidade (os valores seriam indefiníveis, uma vez que, como dados metafísicos, seriam impossíveis de definição)<sup>27</sup>.

## 6 PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O estudo dos princípios inerentes ao Direito Administrativo constitui um pilar imprescindível para a compreensão do regime jurídico que cerca aquele ramo do Direito.

Em concordância com a asserção feita, Celso Antônio Bandeira de Mello dispõe que a identificação dos princípios de Direito Administrativo representa a tarefa de buscar as linhas mestras que presidem este setor do conhecimento jurídico, e que se impõe como “indispensável ao preenchimento de uma lacuna inadmissível e surpreendente, por todos os títulos, na literatura especializada”<sup>28</sup>.

Entre os princípios referentes ao Direito Administrativo brasileiro, sejam explícitos (veja especialmente o texto do artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988<sup>29</sup>), sejam implícitos, ainda que todos sejam essenciais para a composição do regime jurídico administrativista, nos deteremos a seguir a um princípio único e específico: o da moralidade administrativa.

### 6.1 A Moralidade Administrativa como valor e suas características

O princípio da moralidade, talvez mais que os demais princípios de Direito Administrativo, possui uma indeterminação elevada e uma abstração que por vezes põe em xeque inclusive a identificação de seu conteúdo. Como analisa Lucas Rochas Furtado, “poucos institutos jurídicos são de definição tão difícil quanto o princípio da moralidade”<sup>30</sup>.

Márcio Cammarosano aborda a moralidade administrativa da seguinte feita:

---

27 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009. p.178-179.

28 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p.90.

29 “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte”.

30 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 86.

Na medida em que o próprio Direito consagre a moralidade administrativa como bem jurídico amparável por ação popular, é porque está outorgando ao cidadão legitimação ativa para provocar o controle judicial dos atos que sejam inválidos por ofensa a valores ou preceitos morais juridicizados. São esses valores ou preceitos que compõem a moralidade administrativa. A moralidade administrativa tem conteúdo jurídico porque compreende valores juridicizados, e tem sentido a expressão moralidade porque os valores juridicizados foram recolhidos de outra ordem normativa do comportamento humano: a ordem moral. Os aspectos jurídicos e morais se fundem, resultando na moralidade jurídica, que é moralidade administrativa quando reportada à Administração Pública<sup>31</sup>.

Embora se concorde com as premissas utilizadas pelo Professor Márcio Cammarosano para apresentar sua conclusão, bem como com seu desfecho, acreditamos que o princípio em tela pode ser melhor compreendido e escrutinado analisando-o sob o prisma da linguagem, atentando-se para suas características, tomando como válida a assertiva de que o aludido princípio é um valor.

De fato, na dicotomia dos princípios como valor/limite objetivo, antes vislumbrada, é evidente que a moralidade administrativa figura como valor, o que vem a ser um dos fatores da dificuldade na sua compreensão.

Destarte, realizando-se a subsunção das características alhures mencionadas de maneira abstrata para um valor específico (a moralidade administrativa), valor esse inserido no sistema jurídico por meio de um ato de linguagem próprio, o que permite com que se investigue aqui o valor moralidade já juridicizado, podem-se extrair interessantes conclusões, sempre cotejadas, quando necessário, com algumas aplicações pragmáticas (muitas vezes não muito acertadas) pelos Tribunais brasileiros. Senão vejamos.

O primeiro predicado da moralidade administrativa como valor que se sobressai de plano é a sua indefinibilidade. É justamente pelo princípio da moralidade constituir um valor que gerações de autores buscam sua definição concreta e objetiva e acabam falhando. Ainda que se consiga discorrer sobre algum de seus traços, ora trazendo aplicações concretas, ora invocando alguns pouco elementos constitutivos, a bem da verdade

---

31 CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p.113.

não se consegue definir a moralidade por se constituir como valor, e como tal, ser um dado metafísico.

Johannes Hesses partilha da mesma opinião, defendendo que a definição de valor “não pode rigorosamente definir-se. Pertence ao número daqueles conceitos supremos, como os de ‘ser’, ‘existência’, etc., que não admitem definição. Tudo o que pode fazer-se a respeito deles é simplesmente tentar uma clarificação ou mostração do seu conteúdo”<sup>32</sup>.

Prosseguindo-se com as características dos valores, como visto em trecho anterior, podemos citar a bipolaridade. Trazendo este predicado à moralidade administrativa como valor jurídico, temos que determinada conduta pode ser valorada como moral ou, em contrapartida, como imoral.

Sobre este aspecto importante notar que não haverá conduta avaliada pelo intérprete que se encontre em um ponto neutro entre ambos os polos, uma conduta que seria “amoral” (nem moral nem imoral). Do mesmo modo, tendo em vista que a valoração depende do universo cultural do intérprete, uma mesma conduta pode ser tida como moral para determinado grupo e imoral para um lado de entendimento contraposto.

Concernente a essa consideração final é que se permite verificar a reforma por Tribunais de decisões emitidas por juízes de primeiro grau, demonstrando que, a depender deste horizonte cultural de cada julgador, um mesmo evento pode ser interpretado como moral por determinada pessoa e imoral por outro grupo de pessoas (ou vice-versa).

Este último aspecto fica evidente na compreensão do julgamento da Apelação Cível nº 7202 MS 2006.007202-3, pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, que reformou a decisão de primeiro grau, na qual o magistrado havia entendido que determinados fatos não ofendiam à moralidade administrativa, ao passo que, para o Tribunal, estes mesmos fatos violavam sim aquele princípio. Confira-se a ementa:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - RESOLUÇÃO QUE  
AUMENTA OS SUBSÍDIOS DE PREFEITO, VICE-PREFEITO,

---

32 HESSEN, Johannes. *Filosofia dos Valores*. Coimbra: Almedina, 2001. p.37.

SECRETÁRIOS E VEREADORES - APLICABILIDADE DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL - DESRESPEITO AOS LIMITES TEMPORAIS - NULIDADE DO ATO - OFENSA AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA - RECURSO PROVIDO.

É nulo de pleno direito o ato que determina o aumento dos subsídios de agentes políticos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder, nos termos do artigo 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000). A Lei Complementar não apresenta nenhuma discrepância com o texto constitucional, visto que este lhe reservou a competência para dispor sobre finanças públicas, de forma que referidas normas devem ser interpretadas sistematicamente. Ofende o princípio da moralidade o ato administrativo que concede substancial aumento de vencimento aos agentes políticos em detrimento dos demais servidores públicos, agraciados com reajustes em percentual consideravelmente inferior.

(TJ-MS, AC 7202 MS 2006.007202-3, Relator: Des. Luiz Carlos Santini, Data de Julgamento: 05/12/2006, 2ª Turma Cível)

A importância da inteligência desta característica repousa na desmistificação do discurso, que beira o senso comum, de que uma conduta possa ser naturalmente imoral administrativamente, isto é, que a valoração como moral ou imoral fosse própria do objeto. E como consequência disso, não raro se afirma que a decisão deste ou daquele Tribunal que considerou dada conduta moral (ou o oposto) foi equivocada, em muitas ocasiões inclusive se pondo em dúvida a legitimidade e honestidade do julgador<sup>33</sup>.

Também cumpre trazer à baila, dentro da bipolaridade, que mesmo a imoralidade constitui-se como valor, afinal, como diz Olivia Tonello Mendes Ferreira, “o desvalor não elimina o valor; mas apenas sua positividade sendo que ele, mesmo negativo, ainda se qualifica como tal (assim como bonito, bom, certo e legal, também feio, mau, errado e ilegal são valores)”<sup>34</sup>.

33 É certo que não se ignora a infeliz e real incidência da corrupção e desvios que por vezes permeiam os quadros do Judiciário brasileiro, mas são questões tidas por nós como patológicas, e que não cabem aqui em uma análise lógico-semântica que se procura realizar.

34 FERREIRA, Olivia Tonello Mendes. Teoria dos valores e a importância dos princípios na interpretação do direito. In: CARVALHO, Aurora Tomazini de (Org.). *Construtivismo Lógico-Semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014. p.395.

Como decorrência da bipolaridade tem-se a implicação recíproca, no sentido de que “nenhum valor se realiza sem influir, direta ou indiretamente, na realização dos demais”<sup>35</sup>.

Logo, a moralidade administrativa leva inúmeras influências a outros valores, do mesmo modo em que é influenciada por tantos outros. Primeiramente mencione-se a influência inoponível do princípio (ou melhor, supraprincípio ou sobreprincípio<sup>36</sup>) da supremacia do interesse público, que constitui o verdadeiro alicerce de todo Direito Público, sendo, nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello, um “verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último”<sup>37</sup>.

Da mesma sorte, sem pretender esgotar a questão, o princípio da impessoalidade traz seus elementos e influências sobre a moralidade administrativa, afinal, se de acordo com o princípio da impessoalidade “a Administração, ao agir, tem que se pautar exclusivamente pelo propósito de atingir o fim previsto na lei”<sup>38</sup>, é certo que a moralidade administrativa terá como norte, ainda que indiretamente, estes mesmos fins a serem almejados pela Administração. De igual sorte, o escopo visado pelo Estado terá que estar em sintonia com a moral administrativa. Aqui resta claro que há uma troca de influências recíprocas, é dizer, ambos os princípios se retroalimentam, cada qual sofrendo e dividindo influências axiológicas um do outro.

O aspecto da preferibilidade dos valores, no que tange à moralidade administrativa, assume dois momentos distintos. Inicialmente tem-se a preferência do legislador na escolha de eventos que constarão no antecedente da norma jurídica para desencadear os efeitos do consequente, construindo-

---

35 CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013. p.271.

36 Tendo em vista a influência exercida pela supremacia do interesse público sobre o privado, temos que seria ele um sobreprincípio, nas linhas do que esclarece Aurora Tomazini de Carvalho: “Levando-se em conta a graduação hierárquica, podemos dizer que existem princípios e sobreprincípios, sob o critério de que há valores (princípios), no contexto do direito positivo brasileiro, que se implementam pela realização de outros valores ou de limites objetivos” (CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013. p.510-511).

37 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p.69.

38 ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p.73.

se antecedente/consequente de modo a demonstrar sua preferência valorativa por determinadas condutas como estando circunscritas no âmbito da moralidade administrativa e outras não.

Deveras, o rol de condutas elencadas na Lei nº 8.429/92, que versa sobre a improbidade administrativa, evidencia uma preferência do legislador em considerar os eventos ali previstos como causantes de condutas que seriam, na sua visão, administrativamente imorais e, portanto, merecedoras das sanções ali contidas.

Desta forma também entende Paulo de Barros Carvalho, mesmo que tratando do Direito Tributário, ao discorrer que “ao escolher, na multiplicidade intensiva e extensiva do real-social, quais os acontecimentos que serão postos na condição de antecedentes de normas tributárias, o legislador exerce uma preferência: recolhe um, deixando todos os demais”<sup>39</sup>.

A segunda ocasião em que se pode trabalhar a preferibilidade repousa no trabalho do intérprete. Ao interpretar, e, portanto, na perspectiva filosófica trabalhada, criar a norma, o jurista faz opções, seja pelo enquadramento ou não de determinado evento à regra abstrata, seja pela escolha de qual regra utilizar para efetuar a subsunção (por certo que essas escolhas não são arbitrárias, devendo estar em consonância com a lógica jurídica e argumentadas devidamente).

Tome-se como exemplo a situação do nepotismo na Administração Pública. Ante a ausência de um texto específico no ordenamento jurídico brasileiro que coibisse tal prática de maneira expressa, ou que permitisse ou obrigasse sua utilização (trabalhando-se dentro dos três modais deônticos), o Supremo Tribunal Federal decidiu que sua vedação não necessitaria de lei formal (sendo possível a criação da proibição por uma Resolução do Conselho Nacional de Justiça), já que decorreria dos princípios da Administração Pública, em particular do princípio da moralidade administrativa. Confira-se a respectiva ementa:

EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART.

39 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009. p.174.

37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE. I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. IV - Precedentes. V - RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão. (RE579951)

Tem-se que ao analisar a conduta da indicação por agentes públicos de parentes para ocuparem cargos em comissão (nepotismo), a Suprema Corte demonstrou preferência pelo valor da moralidade administrativa, optando por decidir que referida prática seria uma conduta imoral<sup>40</sup>, e que deveria, assim, ser vedada no sistema jurídico brasileiro.

Inerente à preferibilidade, aparece como característica a tendência dos valores à graduação hierárquica, e esta, como não podia deixar de ser, se mostra presente quando tratamos do princípio da moralidade administrativa.

Renove-se a lição de que essa graduação hierárquica depende de cada intérprete e seu arcabouço cultural, o que faz com que autores diverjam sobre a importância a ser dada à moralidade administrativa, tanto no plano abstrato quanto diante de situações concretas.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro informa que diversos autores sequer aceitam a existência do princípio da moralidade administrativa, enquanto outros entendem que se encontra absorvido dentro do próprio princípio da legalidade<sup>41</sup>.

O que se pode perceber dessa indicação da supracitada autora é que, na graduação hierárquica, o valor da moralidade costuma ser

---

40 Houve inclusive a edição pelo Supremo Tribunal Federal da Súmula Vinculante nº 13, com o seguinte teor: "A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal".

41 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.91.

posto abaixo da legalidade, e inclusive aquém de outros valores, já que normalmente sequer conferem-lhe muitas vezes o status de princípio<sup>42</sup>.

O próprio administrativista Márcio Cammarosano, cujas lições já foram invocadas neste trabalho, acaba por hierarquizar, ainda que de maneira indireta, o princípio da moralidade abaixo do princípio da legalidade, já que entende que não há imoralidade administrativa que não esteja inserida dentro de um âmbito de ilegalidade. Ou seja, só se verifica a imoralidade se há também ilegalidade, demonstrando que, em certa medida, este princípio possui uma dose de preponderância sobre aquele.

Mas, repisando-se que embora a preferibilidade e também a graduação hierárquica sejam características de todos os valores, os resultados de suas análises não são absolutos a todos os intérpretes, como se verifica do trecho de um dos votos proferido no acórdão nº 261/2005 – TCU – PLENÁRIO, do Tribunal de Contas da União, abaixo reproduzido, no qual o valor moralidade se sobrepôs à legalidade. *In verbis*:

A busca da guarda de netos, menores de 21 anos, por avós, sequiosos de prolongar a percepção do benefício econômico-financeiro, configurado nas pensões, pelas respectivas famílias, ostenta evidente conteúdo anti-social, nitidamente ofensivo ao princípio da moralidade administrativa. Entendo, pois, absolutamente dissonante com os princípios que orientam o ordenamento jurídico, bem como com suas regras básicas, o comportamento consistente na obtenção judicial da guarda de menores por avós, com o objetivo final de deixar-lhes a pensão. Nestes termos, saliento que pensão não é herança, dela discrepando tanto na definição legal, como nos objetivos que alberga.

Observa-se que na decisão acima, que reflete a jurisprudência pacífica da Corte de Contas da União, a despeito de não se vislumbrar qualquer ilegalidade na concessão de guarda dos menores aos avós, tendo ocorrido de acordo com os trâmites legais, os julgadores daquele Tribunal fiscalizador valoraram que tal conduta viola o princípio da moralidade administrativa (já que, de fato, os avós assim agem, conforme decidido, para receber a pensão dos netos), devendo ser invalidado,

<sup>42</sup> Interessante destacar que é o intérprete que, ao valorar o sistema, diz quais são os seus princípios, não havendo uma pré-imposição pelo texto legal (CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013. p.509).

demonstrando, portanto, uma certa graduação hierárquica em prol da moralidade neste caso.

Muito embora seja possível graduar a moralidade administrativa de maneira hierarquizada, como outros valores, isto não implica em dizer que é possível mensurar o grau de moralidade ou imoralidade. Aqui repousa a outra característica dos valores: a incomensurabilidade axiológica.

Assim, nos afigura equivocada menções como a proferida na sentença de determinada Ação Civil Pública, na qual condenou certos sujeitos pela prática de atos de improbidade administrativa “ao pagamento de multa civil consistente 50% do acréscimo patrimonial, considerando os valores deste, além do seu alto grau de imoralidade e sua repercussão junto à comunidade”.

Não é possível realizar uma medida científica de um grau de moralidade ou imoralidade administrativa. É certo que determinados eventos tidos como morais ou imorais por determinados intérpretes podem gerar uma maior satisfação ou repúdio, respectivamente, a cada um deles, já que, como já mencionado por diversas vezes, a valoração depende do horizonte cultural de cada pessoa. Entretanto, essa maior ou menor satisfação ou insatisfação não tem o condão de permitir uma mensuração da moralidade ou imoralidade administrativa, não havendo qualquer unidade de medida ou algo do gênero hábil a proceder tal mister.

No que concerne à objetividade, tem-se que a moralidade administrativa não possui existência ontológica própria, devendo se referir a um objeto (o qual possui existência), a uma conduta.

Não existe uma moralidade ou imoralidade administrativa por si só. São eventos que podem ser valorados como morais ou imorais. E por outro lado, como já se disse momentos atrás, os valores também não são próprios ou inerentes dos objetos, como se se tratassem de uma realidade inafastável, mas, pelo contrário, são atribuídos a eles pelo homem.

Desta maneira se manifesta Johannes Hessen, para quem não se deve falar de valores em si, afinal “o valor não é, como pretende N. Hartmann [...], algo em si existente (an sich seiendes), mas algo existente para alguém (für jemand seiendes)”<sup>43</sup>.

---

43 HESSEN, Johannes. *Filosofia dos Valores*. Coimbra: Almedina, 2001. p.48.

Portanto, ainda que grande parte da população brasileira – pelo menos assim se espera – compartilhe a opinião de que determinado ato corruptivo levado a efeito por agentes públicos seja imoral, não é o ato por si mesmo imoral, mas sim a valoração que todas essas pessoas conferem a ele, podendo existir sujeitos que não partilhem do mesmo juízo de valor, inclusive opinando pela sua moralidade.

A moralidade administrativa também apresenta como característica a sua historicidade axiológica. Não obstante a menção expressa da moralidade como princípio afeto à Administração Pública no artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988, tal princípio não aparece na ordem jurídica subitamente (pelo menos não em uma visão diacrônica do sistema jurídico, analisando-se a evolução legislativa e constitucional existente), tendo sido necessária uma conformação prévia deste valor na realidade jurídica.

De fato, sem pretender explorar toda construção histórica do princípio da moralidade administrativa, já que os limites deste trabalho não permitem, além de não configurarem os presentes escritos um trabalho de História do Direito, é viável mencionar algumas considerações da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que aponta que foi no ramo do Direito Civil onde primeiro se juridicizaram determinadas regras de cunho moral. Narra, outrossim, que na Constituição de 1967, e depois na Emenda Constitucional de 1969, considerava-se crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que fossem atentatórios à probidade ministrativa, estando esta previsão também contida na Lei nº 1.079 de 1950<sup>44</sup>.

Em síntese, o valor expresso no princípio da moralidade administrativa vem se constituindo ao longo dos anos, não sendo um valor dogmático, mas sim historicizado, como sói acontecer com todos os valores.

A referibilidade, outro predicado afeto aos valores, como visto significa a tomada de posição do homem perante algo. É assim que a moralidade ou imoralidade administrativa se referem a condutas humanas, e não são consideradas em si próprias, como valores com existência ontológica própria.

---

44 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.92-93.

No que tange à inexauribilidade, a cada valoração de que determinado evento é administrativamente moral, não se está a concluir que não há qualquer outra conduta diferente da investigada que não seja moral, ou que aquele evento represente o máximo do que uma conduta pode ser no seu aspecto moral (ou mesmo imoral).

Principalmente tratando-se de seres humanos e valores, é possível se surpreender a cada nova conduta levada a efeito, que por vezes são axiologicamente repugnantes para um grupo de intérpretes, ultrapassando-se tudo que já tinha sido feito até então, e em outros momentos são louváveis, dignas de valoração positiva. A moralidade e a imoralidade, para o bem ou para o mal, não se exaurem, sendo renovadas a cada nova valoração humana. Onde houver uma atividade hermenêutica, que é infinita, diga-se de passagem, haverá a possibilidade de se valorar como moral ou imoral determinada conduta, sem que haja o esgotamento dessa faculdade interpretativa.

Quando a moralidade é estudada à luz da atributividade, outra característica axiológica, tem-se que seu campo semântico, suas significações, são construídas pelo intérprete, não sendo pré-existentes à interpretação, como corriqueiramente ainda hoje se pressupõe.

Conquanto seja comum que se divulgue a concepção de que a interpretação representa a extração ou a “descoberta” do significado dos textos legais, temos, em uma perspectiva da Filosofia da Linguagem, expressa aqui no construtivismo lógico-semântico ora trabalhado, que as significações são construídas<sup>45</sup> pelo intérprete por meio da linguagem.

Similar ponderação é feito por Aurora Tomazini de Carvalho:

O fato é que todo o conteúdo jurídico depende de valoração e está condiciona-se às vivências do intérprete. Não existe um método hermenêutico que aponte objetivamente um único sentido (correto, verdadeiro, próprio) a ser atribuído aos enunciados do direito positivo, o que existe são técnicas de construção e justificação das valorações atribuídas. Prevalece a interpretação que convence, por

---

45 “A questão nuclear disso tudo está no fato de que o intérprete não atribui ‘o’ significado correto aos termos legais. Ele tão só constrói exemplos de uso da linguagem ou versões de significado – sentidos –, já que a linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza no uso ou, melhor, com o uso (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p.35).

sua justificação, devido à retórica do intérprete, pela identidade de referenciais, proximidade de culturas, etc.<sup>46</sup>

É por isso que doutrinadores diversos apresentam significações, ainda que muito semelhantes, também diferentes para o princípio da moralidade administrativa. Para José dos Santos Carvalho Filho, por exemplo, referido princípio representa a imposição ao administrador público de não dispensar os preceitos éticos que devem conduzir sua conduta, devendo distinguir o honesto do desonesto<sup>47</sup>. Enquanto que Fernanda Marinela sustenta que a significação daquele é a que “exige que a Administração e seus agentes atuem em conformidade com princípios éticos aceitáveis socialmente. Esse princípio se relaciona com a ideia de honestidade, exigindo a estrita observância de padrões éticos [...]”<sup>48</sup>.

Curioso apontar aqui que, caso se decida seguir por uma linha conceitual apresentada por algum autor administrativista no que diz respeito à moralidade administrativa, o que se estará realizando, nas linhas até então construídas, é valorar um trabalho doutrinário de maneira positiva e dar-lhe preferência em relação aos demais, demonstrando, mais uma vez, que não existe qualquer escolha na vida humana desprovida de valor.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A alternância de focos e métodos de análise é prática sempre saudável para o desenvolvimento científico do conhecimento, desde que não implique na realização de uma mixórdia metodológica.

Deste modo, o que se procurou desenvolver neste breve trabalho foi justamente investigar o princípio da moralidade administrativa sob uma perspectiva variada, compreendendo-o como valor, e como tal, possuidor de predicados específicos que muitas vezes acabam sendo ignorados pelos juristas pátrios.

---

46 CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013. p. 238.

47 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 23.

48 MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012. p.39.

Foi nesta trilha que foram abordadas as características dos valores em geral aplicadas ao valor moralidade administrativa, e permitiu a compreensão mais aprofundada acerca do aludido princípio.

Deveras, sem pretender repetir o conteúdo já desenvolvido ao longo do texto, mencione-se, de sorte meramente exemplificativa, a demonstração, por intermédio da visualização do princípio da moralidade administrativa como valor, de que ela (moralidade) não é inerente aos eventos humanos, mas sim valorada pelos intérpretes (relação sujeito e objeto), ou ainda que a moralidade e imoralidade não existem por si próprias, sempre se referindo a determinadas condutas, ou mesmo que existe uma graduação hierárquica entre valores, o que leva determinados juristas a preferirem o princípio da legalidade em detrimento da moralidade.

Com o fim deste trabalho se está confiante que houve criação de conhecimento, em particular no que diz respeito à apreensão do princípio da moralidade administrativa e a possibilidade de se aplicar o construtivismo lógico-semântico tendo o Direito Administrativo como objeto. Mas mais do que isso, se espera que este não seja um trabalho órfão, e que a doutrina administrativista perceba a relevância deste método de trabalho – e tantos outros ainda pouco explorados e de valiosíssimo conteúdo –, de modo a poder verificar que certas verdades absolutas do passado não passam de verdades relativas...

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Clarice Von Oertzen de. *Semiótica do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

\_\_\_\_\_. O construtivismo lógico-semântico como método de trabalho na elaboração jurídica. In: CARVALHO, Aurora Tomazini de (Org.). *Construtivismo Lógico-Semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. Algo sobre o construtivismo lógico-semântico. In: CARVALHO, Aurora Tomazini de (Org.). *Construtivismo Lógico-Semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014.

\_\_\_\_\_. *Direito tributário: Linguagem e método*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009.

\_\_\_\_\_. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERREIRA, Olívia Tonello Mendes. Teoria dos valores e a importância dos princípios na interpretação do direito. In: CARVALHO, Aurora Tomazini de (Org.). *Construtivismo Lógico-Semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

HESSEN, Johannes. *Filosofia dos Valores*. Coimbra: Almedina, 2001.

IVO, Gabriel. O direito e a inevitabilidade do cerco da linguagem. In: CARVALHO, Aurora Tomazini de (Org.). *Construtivismo Lógico-Semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SCAVINO, Dardo. *La filosofía actual: pensar sin certezas*. Santiago del Estero: Paidós Postales, 1999.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2012.



RECEBIDO EM: 03/06/2015

APROVADO EM: 27/07/2015

# APOSENTADORIAS PARA OS SEGURADOS COM DEFICIÊNCIA

*RETIREMENT FOR INSURED PERSONS WITH DISABILITIES*

*Leonardo Monteiro Xexéo'*

*Procurador Federal*

*Professor de Direito Civil da Universidade de Taubaté – UNITAU*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Proteção Constitucional do segurado com deficiência; 2 Proteção legal do segurado com deficiência; 3 Aposentadoria por Idade do Segurado com Deficiência; 4 Aposentadoria por Tempo de Contribuição do Segurado com Deficiência; 5 Conclusão; Referências.

---

1 Lotado na Procuradoria Seccional Federal em Taubaté-SP. Especialista em Direito Público da Economia pela Universidade Salgado de Oliveira e pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília. Pleonardo.xexeo@agu.gov.br

**RESUMO:** A Lei Complementar nº 142, de 2013, regulamentou a proteção do segurado com deficiência pelo Regime Geral da Previdência Social, mas sua normatização só foi levada a termo em janeiro de 2014. Com isso, foram criadas duas novas espécies de aposentadorias, destinadas aos segurados com deficiência, com regramento próprio, cujo estudo é necessário a fim de verificar se foram suficientes a eliminar as barreiras sociais que impediam o acesso à proteção pela Previdência Social.

**PALAVRAS-CHAVE:** Previdência Social. Segurados com Deficiência. Aposentadoria.

**ABSTRACT:** Complementary Law No. 142 of 2013, regulates the protection of the insured with disabilities by the General Social Security System, but its regulation was only brought to completion in January 2014. As a result, two new species of pensions were created for insured persons with disabilities, with its own regramento, whose study is needed to determine whether they were sufficient to eliminate the social barriers that prevented access to protection by Social Security.

**KEYWORDS:** Social Security. Insured Persons with Disabilities. Retirement.

## **INTRODUÇÃO**

A tutela dos direitos da pessoa com deficiência sempre foi uma preocupação do legislador, ante a desigualdade social que a presença de seus impedimentos poderia gerar.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 verifica-se uma crescente preocupação em incluir a pessoa com deficiência na sociedade, através da eliminação das barreiras sociais que a impedem de participar em igualdade de condições com as demais pessoas.

Todavia, na seara do Direito Previdenciário essa preocupação não se refletia na legislação.

Uma pessoa sem deficiência, mas que trabalhe exposto a agentes nocivos, já tinha direito à aposentadoria diferenciada. Mas o segurado com deficiência tinha que se submeter aos mesmos requisitos dos demais segurados.

Isso gerava uma restrição à sua efetiva proteção social, vez que apenas uma parcela mínima de segurados com deficiência conseguia cumprir todos os requisitos para a concessão da aposentadoria.

Com a edição da Lei Complementar nº 142, de 2013, houve a regulamentação da proteção pela Previdência Social do segurado com deficiência, mas sua normatização só findou em janeiro de 2014.

Por tal razão que se faz importante a análise de todos os instrumentos normativos trazidos pelo legislador, a fim de se estudar a forma pela qual se dá a proteção pelo Regime Geral de Previdência Social dos seus segurados com deficiência.

### **1 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO SEGURADO COM DEFICIÊNCIA**

Desde a edição da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 verificou-se uma preocupação do constituinte com a pessoa com deficiência, bem como sua inserção na sociedade.

Tanto é assim que o constituinte originário incluiu, dentre os direitos e garantias fundamentais previstos no artigo 5º, o inciso XXXI, o qual consagra a “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”.

A fim de efetivar tal garantia constitucional, o constituinte inseriu a proteção da pessoa com deficiência como uma das competências comuns da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, descritas no artigo 23.

Dentro da Administração Pública, o constituinte originário previu a necessidade de inclusão de um percentual mínimo dentro dos cargos e empregos públicos a serem preenchidos por pessoas com deficiência.

Na Assistência Social, incluiu a tutela da pessoa com deficiência dentre seus objetivos:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

[...]

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Já no tocante ao direito à educação, garantiu à pessoa com deficiência o “atendimento educacional especializado”, preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208, III, CRFB).

Todavia, tal previsão era insuficiente para incluir, de forma efetiva, a pessoa com deficiência na sociedade. Havia, ainda, muitas dificuldades, especialmente no tocante à discriminação no trabalho.

Assim, o constituinte derivado resolveu editar a Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005, a qual tinha como objetivo dispor sobre Previdência Social.

Tal Emenda, apesar de introduzir poucas alterações, tem uma importância ímpar, vez que garantiu a aposentadoria com regras especiais para a dona de casa e a aposentadoria especial para os servidores públicos em virtude da exposição a agentes nocivos, por exemplo.

Mas este trabalho possui como escopo a tutela das pessoas com deficiência, razão pela qual a análise se restringirá a tal categoria.

A Emenda Constitucional nº 47, de 2005, determinou a elaboração de regras especiais para concessão de aposentadorias para os segurados da Previdência Social com deficiência. Leia-se o teor da nova redação do art. 201, § 1º, da CRFB:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

[...]

§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

Ou seja, o Constituinte Derivado determinou, pela leitura contrario sensu, que fossem adotados requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do Regime Geral da Previdência Social com deficiência.

Todavia, remeteu a regulamentação à Lei Complementar, a qual demorou quase oito anos para ser editada.

Mas, antes de abordar a tutela legal de tais requisitos e critérios para a concessão da Aposentadoria aos segurados da Previdência Social com deficiência, é indispensável abordar, ainda que superficialmente, os termos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em Nova York, e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Tal Tratado Internacional será abordado neste capítulo porque é o único tratado internacional até hoje que versa sobre Direitos Humanos que foi aprovado segundo o disposto no § 3º, do art. 5º, da Constituição Federal, ou seja, suas normas possuem força de Emenda Constitucional.

Talvez a maior importância de tal Convenção foi a de positivar o conceito de pessoa com deficiência, em seu Artigo 1, segunda parte, assim dispendo:

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

Ou seja, o conceito de pessoa com deficiência não é, apenas, médico, mas engloba, também, uma análise funcional. É necessária a averiguação da existência de barreiras sociais, e se estas obstruem a plena e efetiva participação da pessoa na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

O Artigo 2 da referida Convenção traz várias definições, mas a que nos interessa é, justamente, a que se refere sobre a não discriminação, que é a base da política a ser adotada para as pessoas com deficiência:

Discriminação por motivo de deficiência' significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável.

O Artigo 5 de tal Convenção versa sobre a igualdade e a não discriminação, assim dispendo:

1. Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei.
2. Os Estados Partes proibirão qualquer discriminação baseada na deficiência e garantirão às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo.
3. A fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida.

4. Nos termos da presente Convenção, as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias.

Assim, mais do que evidente que é dever dos Estados Partes – dentre eles o Brasil – o de promoção da igualdade e a eliminação da discriminação, podendo o referido Estado tomar todas as medidas necessárias para alcançar a efetiva igualdade, sem que estas medidas sejam consideradas discriminatórias.

Assim, a partir do momento que o Brasil adotou critérios diferenciados para a concessão de aposentadorias para segurados do Regime Geral da Previdência Social com deficiência, ele nada mais fez do que assegurar a igualdade entre as tais pessoas e as demais, cumprindo o determinado pelas suas normas constitucionais.

Isto porque é patente que, por mais que existam leis que incentivem a contratação de pessoas com deficiência, a sua efetividade ainda é muito baixa.

Quando são previstas regras diferenciadas para a concessão de aposentadorias para os segurados com deficiência, o seu direito à aposentadoria é totalmente garantido, não deixando que este recaia na rede da Assistência Social, sobrevivendo com um benefício assistencial no valor de um salário mínimo.

Ressalte-se que a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência possui o mesmo espírito do Constituinte Derivado quando editou a Emenda Constitucional nº 47, de 2005, vez que possui dentre seus objetivos o da proteção social da pessoa com deficiência, assegurando sua plena e efetiva participação nos regimes previdenciários.

É o que afirma o Artigo 28, item 2, da referida Convenção:

2. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como:

[...]

b) Assegurar o acesso de pessoas com deficiência, particularmente mulheres, crianças e idosos com deficiência, a programas de proteção social e de redução da pobreza;

[...]

e) Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria.

Assim, verifica-se que há uma nítida compatibilidade entre os objetivos das normas constitucionais: o de proteção social da pessoa com deficiência, através de sua plena e efetiva inclusão nos regimes previdenciários, nem que, para isso, sejam criadas regras e requisitos próprios que permitam o acesso a tais direitos.

É neste espírito que, após quase oito anos, foi editada a Lei Complementar nº 142, de 2013, que efetivou tal direito.

## **2 PROTEÇÃO LEGAL DO SEGURADO COM DEFICIÊNCIA**

Conforme já asseverado, a Emenda Constitucional nº 47, de 2005, alterou a redação do § 1º, do artigo 201, da Constituição Federal, a fim de garantir a adoção de regras diferenciadas para concessão de aposentadoria para o segurado com deficiência vinculado ao Regime Geral da Previdência Social.

Todavia, remeteu a regulamentação à via da Lei Complementar, a qual só foi editada oito anos após a previsão constitucional.

A Lei Complementar nº 142, de 8 de maio de 2013 regulamentou a concessão de aposentadoria para a pessoa com deficiência vinculado ao Regime Geral da Previdência Social.

Deve-se deixar bem claro que tal lei não veio dispor sobre a concessão do benefício assistencial de prestação continuada à pessoa com deficiência, previsto na Lei Orgânica da Assistência Social e conhecido por BPC/LOAS.

O que ela fez foi criar duas novas espécies de aposentadoria, destinadas aos segurados do Regime Geral da Previdência Social com deficiência: uma por idade e, outra, por tempo de contribuição.

Em que pese o tratamento administrativo dado para tais benefícios seja de regras diferenciadas para um mesmo benefício – tal qual a aposentadoria por tempo de contribuição para os professores – não seria esta a melhor conclusão.

Isto porque não houve, apenas, a alteração de algumas regras e requisitos, mas a mudança total do benefício até então vigente incluindo,

por exemplo, uma avaliação da pessoa com deficiência, através da análise médica e funcional, a fim de identificar os graus de deficiência. Ressalte-se que não são realizadas perícias para a concessão das aposentadorias por idade e por tempo de contribuição.

Mas, tal discussão é totalmente secundária, vez que inegável o enorme avanço que trouxe para o sistema.

Os requisitos serão analisados dentro de capítulos próprios para cada espécie desses novos benefícios.

Conforme já ressaltado, a Lei é datada de 8 de maio de 2013, tendo sido publicada no dia seguinte, 9 de maio. Todavia, havia a previsão de *vacatio legis* de 6 meses, razão pela qual só entrou em vigor no ordenamento no dia 9 de novembro de 2013.

Todavia, havia muita incerteza, ainda, no tocante à sua aplicação. Só para se exemplificar, não havia a previsão expressa na referida Lei Complementar da exigência de carência mínima para a concessão do benefício, apesar desta ser inerente a qualquer espécie de benefício previdenciário.

Justamente por conta de tal incerteza que seria imperativa a regulamentação do benefício antes da sua entrada em vigor, mas esta não foi possível.

A alteração do Regulamento da Previdência Social (Decreto 3.048, de 1999) trazendo a regulamentação de tais espécies de aposentadorias para segurados com deficiência só foi realizada através do Decreto nº 8.145, de 3 de dezembro de 2013, publicado no mesmo dia.

Mas o referido Decreto não trouxe, ainda, os instrumentos a serem utilizados para a avaliação médica e funcional do segurado com deficiência, remetendo sua elaboração a ato conjunto do Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, dos Ministros de Estado da Previdência Social, da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Advogado-Geral da União, o qual deveria ser editado em até 45 dias contados da publicação do Decreto.

No dia 27 de janeiro de 2014 foi editada a Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MOG/AGU nº 1, a qual aprovou o instrumento destinado à avaliação do segurado da previdência social e à identificação dos graus

de deficiência, bem como definiu impedimento de longo prazo, para fins de concessão das aposentadorias para os segurados do Regime Geral da Previdência Social com deficiência.

Assim, o arcabouço normativo-legal ficou completo, possibilitando a imediata apreciação e concessão de tais espécies pelo INSS.

### **3 APOSENTADORIA POR IDADE DO SEGURADO COM DEFICIÊNCIA**

Conforme já asseverado, a Lei Complementar nº 142, de 2013, regulamentou os critérios para concessão das aposentadorias para o segurado do Regime Geral da Previdência Social portador de deficiência.

Tal Lei trouxe a possibilidade de concessão de duas espécies de aposentadorias: a aposentadoria por idade e a por tempo de contribuição.

A Aposentadoria por Idade do Segurado com deficiência, tal qual a espécie homônima concedida para os demais segurados, não possui como requisito a qualidade de segurado. Exige, portanto, o preenchimento de quatro requisitos: idade, ser pessoa com deficiência, um tempo de contribuição como pessoa com deficiência e carência.

A idade é a mesma daquela concedida para os segurados rurais: 60 anos para o segurado com deficiência homem, e 55 anos completos para as seguradas com deficiência do sexo feminino.

O segundo requisito para concessão é que o segurado seja uma pessoa com deficiência, ou seja, deve possuir um impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, sensorial ou intelectual que, em interação com as demais barreiras sociais, impedem a sua participação na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Antes de tudo, deve-se conceituar o que seria “longo prazo”, apto a definir uma pessoa com deficiência. A Lei Complementar nº 142, de 2013, é silente.

A regulamentação, inserida através do Decreto nº 8.145, de 2013, afirma que “ato conjunto do Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, dos Ministros de Estado da Previdência Social, da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Advogado-Geral da União definirá impedimento de longo prazo” (art. 70-D, § 4º, do Decreto 3.048, de 1999).

Tal ato conjunto é a Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MOG/AGU nº 1, de 2014, a qual, em seu artigo 3º, assim dispõe:

Art. 3º Considera-se impedimento de longo prazo, para os efeitos do Decreto nº 3.048, de 1999, aquele que produza efeitos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, pelo prazo mínimo de 02 (dois) anos, contados de forma ininterrupta.

Caso haja algum questionamento acerca da legalidade de tal dispositivo, no sentido de que seria restritivo e, por tal razão, deveria decorrer de Lei, desde já se assevera que este não encontra qualquer fundamento.

Isto porque, caso não se considere o prazo de dois anos como sendo válido por ter sido veiculado por ato infralegal, aplicar-se-ia, então, alguma legislação por analogia, já que o conceito legal de pessoa com deficiência estaria incompleto.

A Lei Orgânica da Assistência Social, Lei nº 8.742, de 1993, também tutela a pessoa com deficiência, e possui idêntico conceito de pessoa com deficiência daquele trazido pela Lei Complementar nº 142, de 2013.

Assim sendo, caso haja alguma dúvida, obviamente que se pode utilizar da Lei Orgânica da Assistência Social para que se extraia algum conceito analógico.

No tocante a o que seria longo prazo, há disposição legal na Lei Orgânica de Assistência Social. Leia-se:

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. (Alterado pela Lei nº 12.435, de 6 de julho de 2011 – DOU de 07/07/2011)

[...]

§ 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. (Alterado pela Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011 – DOU de 1/09/2011).

[...]

§ 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 (Alterado pela Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011 – DOU de 1/09/2011).

Dessa maneira, mais do que correta a regulamentação infralegal quando fixou como sendo impedimento de longo prazo aquele que produz efeitos pelo prazo mínimo de dois anos, tal qual exigência da Lei Orgânica de Assistência Social.

A aferição da deficiência, nos termos da referida Portaria Interministerial, seria realizada através de uma avaliação médico-funcional. Leia-se:

Art. 2º Compete à perícia própria do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, por meio de avaliação médica e funcional, para efeito de concessão da aposentadoria da pessoa com deficiência, avaliar o segurado e fixar a data provável do início da deficiência e o respectivo grau, assim como identificar a ocorrência de variação no grau de deficiência e indicar os respectivos períodos em cada grau.

§ 1º A avaliação funcional indicada no caput será realizada com base no conceito de funcionalidade disposto na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde - CIF, da Organização Mundial de Saúde, e mediante a aplicação do Índice de Funcionalidade Brasileiro Aplicado para Fins de Aposentadoria - IFBrA, conforme o instrumento anexo a esta Portaria.

§ 2º A avaliação médica e funcional, disposta no caput, será realizada pela perícia própria do INSS, a qual engloba a perícia médica e o serviço social, integrantes do seu quadro de servidores públicos.

Assim, fica claro que a regulamentação optou por utilizar critérios internacionais editados pela Organização Mundial de Saúde, de acordo com a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde. E, para apuração da presença ou não de deficiência, bem como o seu grau, a perícia médica e social do INSS utilizará o Índice de Funcionalidade Brasileiro Aplicado para Fins de Aposentadoria – IFBrA.

Tal Índice de Funcionalidade possui metodologia própria e bem definida, transcrita no Anexo da referida Portaria Interministerial. Leiam-se os aspectos metodológicos:

Preâmbulo: Aspectos Metodológicos do IF-BrA

Seleção de itens de Atividades e Participações da Classificação Internacional de Funcionalidade (CIF), que resulta em 41 Atividades divididas em sete Domínios (Sensorial, Comunicação, Mobilidade, Cuidados Pessoais, Vida Doméstica, Educação, Trabalho e Vida Econômica, Socialização e Vida Comunitária).

Determinação de pontuação do nível de independência para cada Atividade, baseada no modelo da Medida de Independência Funcional - MIF, com os níveis de dependência de terceiros agrupados em quatro níveis de pontuação (25, 50, 75 e 100 pontos), visando à facilitação do emprego do instrumento.

Identificação das Barreiras Externas, a partir de fatores externos definidos pela CIF: Produtos e Tecnologia; Ambiente Natural e Mudanças Ambientais feitas pelo ser humano; Apoio e Relacionamentos; Atitudes; Serviços, Sistemas e Políticas.

Elaboração da Folha de Identificação, por meio de um formulário que contempla, a partir das necessidades formais do instrumento e levando em consideração as possibilidades de análise de identificação, com informações sobre Identificação da avaliação; Identificação do avaliado; Identificações da deficiência; Modelo da deficiência.

Elaboração da História Clínica e História Social, a ser preenchida pela perícia médica e a História Social a ser preenchida pelo serviço social têm o objetivo de produzir, de forma consubstanciada, um parecer resumido dos principais elementos relevantes de cada uma das pessoas com deficiência avaliadas. O objetivo é deixar espaço para os profissionais se posicionarem diante da avaliação realizada, utilizando-se de análise técnica dos elementos mais relevantes do ponto de vista da perícia médica e do serviço social.

Elaboração da Matriz do Índice de Funcionalidade Brasileiro (IFBrA), composta por uma planilha que associa a pontuação para cada atividade à identificação das barreiras externas, e registra a soma dessa pontuação.

Classificação do Grau de Deficiência em Leve, Moderado e Grave, a partir da definição da escala determinada pelo intervalo entre as pontuações mínima e máxima, estipuladas pela aplicação da matriz.

Pelo que se verifica, são realizadas duas avaliações: uma médica e, outra, social. Em ambas o perito médico ou o assistente social preenche questionários, nos quais são pontuadas as barreiras sociais e os impedimentos.

Após o preenchimento do questionário é realizada a elaboração de uma planilha associando a pontuação em cada resposta, a fim de se encontrar o Índice de Funcionalidade. Com base neste índice é que se verifica se o segurado é pessoa com deficiência, bem como o grau de deficiência.

O terceiro requisito trazido pela Lei Complementar nº 142, de 2013, é o preenchimento de tempo mínimo de contribuição de 15 anos exclusivamente como segurado como deficiência.

Ressalte-se que o tempo de contribuição para aferição de tal requisito pode encontrar resultado diverso do total de tempo, que irá influenciar, apenas, no cálculo do benefício.

Neste momento o tempo de contribuição é requisito para concessão da aposentadoria por idade, exigindo-se tempo mínimo como segurado do Regime Geral da Previdência Social com deficiência, de qualquer grau.

Deve-se informar que o tempo de contribuição como segurado com deficiência anterior à publicação da Lei Complementar nº 142, de 2013 pode ser computado para a concessão das aposentadorias descritas em tal Lei. Todavia, na primeira perícia, deve-se fixar a data de início da deficiência, e seu grau, a fim de gerar tal contagem.

Resta analisar o último requisito, qual seja, a carência. Pela leitura perfunctória da Lei Complementar nº 142, de 2013, não se verifica a exigibilidade de carência, o que poderia gerar questionamentos.

Mas, também pela leitura da referida Lei não há previsão, por exemplo, da impossibilidade de cumulação de tais aposentadorias com outros benefícios, como o auxílio-acidente, por exemplo.

O que ocorre, na realidade, é que há expressa remessa da Lei Complementar ao Plano de Benefícios da Previdência Social – Lei nº

8.213, de 1991, mandando que este seja aplicado às aposentadorias para segurados com deficiência. Leia-se:

Art. 9º Aplicam-se à pessoa com deficiência de que trata esta Lei Complementar:

[...]

IV - as demais normas relativas aos benefícios do RGPS;

Dessa maneira, como há expressa determinação na Lei nº 8.213, de 1991, da exigência de carência para a concessão das Aposentadorias por Idade e por Tempo de Contribuição, aplica-se tal disposição também para as aposentadorias criadas pela Lei Complementar nº 142, de 2013.

O prazo de carência, então, é o geral, qual seja, 180 contribuições (artigo 25, II, Lei nº 8.213, de 1991). Todavia, também se deve aplicar as regras que tratam da tabela progressiva de carência para aqueles que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social antes da edição da Lei nº 8.213, de 1991 (artigo 142).

Resta verificar como será realizado o cálculo do benefício aposentadoria por idade ao segurado com deficiência.

Antes de tudo, a identificação do Período Básico de Cálculo, a apuração dos salários de contribuição e o cálculo do salário de benefício são realizados da mesma maneira das demais aposentadorias, levando em consideração a média dos 80% maiores salários de contribuição.

Sobre o salário de benefício será aplicado um percentual que variará de acordo com o tempo total de contribuição do segurado com deficiência.

Apurado o tempo total do segurado com deficiência, aplica-se o percentual do benefício, que corresponderá a 70%, sobre o qual será somado 1% para cada grupo de 12 contribuições, limitado a 30%.

Há de se falar, por derradeiro, no fator previdenciário. Isto porque ele poderá ser aplicado no cálculo do benefício, apenas se tal fator for benéfico ao segurado com deficiência, ou seja, apenas se aumentar o valor total do benefício.

#### **4 APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO DO SEGURADO COM DEFICIÊNCIA**

Conforme já asseverado, dois foram os benefícios regulamentados pela Lei Complementar nº 142, de 2013: a Aposentadoria por Idade da pessoa com deficiência – já analisada – e a Aposentadoria por Tempo de Contribuição da pessoa com deficiência.

A Aposentadoria por Tempo de Contribuição é um benefício programável, que possui como contingência o tempo de contribuição. Seus requisitos são o tempo de contribuição (35 anos se segurado homem, e 30 anos se do sexo feminino) e a carência de 180 contribuições.

Para o segurado com deficiência, há ligeiras diferenças. A primeira reside na contingência coberta, pois tutela tanto o tempo de contribuição, quanto a deficiência.

Para concessão de tal benefício é exigido o preenchimento de três requisitos: ser pessoa com deficiência, carência e tempo de contribuição.

Carência já foi abordada no capítulo anterior, e o regramento é exatamente o mesmo para este benefício, exigindo-se 180 contribuições.

A comprovação da condição de pessoa com deficiência também foi abordada no capítulo anterior, mas deve-se fazer uma diferenciação.

Isto porque, para a concessão da aposentadoria por idade para o segurado com deficiência, a deficiência existente poderia ser de qualquer grau, vez que esta não influenciaria na concessão do benefício.

Todavia, para a concessão da Aposentadoria por Tempo de Contribuição para o segurado com deficiência, é importante averiguar se o grau da deficiência é grave, moderado ou leve. Isto porque o grau irá influenciar no tempo a ser cumprido para a concessão do benefício.

A forma pela qual se verifica o grau de deficiência é através do exame médico-funcional, já abordado no capítulo sobre Aposentadoria por Idade.

Todo exame médico-funcional possui como resultado não apenas se o segurado é ou não pessoa com deficiência, mas também aponta qual é o grau de deficiência.

O enquadramento é encontrado através do Índice de Funcionalidade, o qual resulta da pontuação de cada pergunta respondida nos exames médico e funcional.

Assim, a depender do grau de deficiência do segurado há influência direta no tempo de contribuição a ser cumprido, que é o terceiro requisito. O tempo de contribuição a ser preenchido depende, além do grau de deficiência, do sexo do segurado. Veja-se o teor da Lei Complementar nº 142, de 2013:

Art. 3º É assegurada a concessão de aposentadoria pelo RGPS ao segurado com deficiência, observadas as seguintes condições:

I - aos 25 (vinte e cinco) anos de tempo de contribuição, se homem, e 20 (vinte) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência grave;

II - aos 29 (vinte e nove) anos de tempo de contribuição, se homem, e 24 (vinte e quatro) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência moderada;

III - aos 33 (trinta e três) anos de tempo de contribuição, se homem, e 28 (vinte e oito) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência leve; ou...”

Ainda no tocante ao tempo de contribuição, é imperativo trazer uma regra, prevista no artigo 7º, da referida Lei Complementar:

Art. 7º Se o segurado, após a filiação ao RGPS, tornar-se pessoa com deficiência, ou tiver seu grau de deficiência alterado, os parâmetros mencionados no art. 3º serão proporcionalmente ajustados, considerando-se o número de anos em que o segurado exerceu atividade laboral sem deficiência e com deficiência, observado o grau de deficiência correspondente, nos termos do regulamento a que se refere o parágrafo único do art. 3º desta Lei Complementar.

Tal artigo garante a conversão do tempo comum laborado pelo segurado antes da aquisição da deficiência para o tempo com contagem diferenciada para fins da aposentadoria por tempo da pessoa com deficiência.

Assim, o tempo comum pode ser convertido para tempo laborado como segurado com deficiência, concedendo-se esta última espécie de aposentadoria ao mesmo.

Além disso, caso o segurado com deficiência tenha uma alteração em seu grau de deficiência, o tempo laborado em determinado grau será convertido para o outro grau, sempre levando em consideração o grau preponderante da deficiência.

O grau de deficiência preponderante foi definido pelo § 1º, do artigo 70-E, do Regulamento da Previdência Social, incluído pelo Decreto nº 8.145, de 2013:

Art. 70-E ...

§ 1o O grau de deficiência preponderante será aquele em que o segurado cumpriu maior tempo de contribuição, antes da conversão, e servirá como parâmetro para definir o tempo mínimo necessário para a aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência e para a conversão.

Deve-se ressaltar, ainda, que o tempo eventualmente laborado pelo segurado em atividades nocivas, que geram a concessão da Aposentadoria Especial, também podem ser convertidos para tempo como segurado com deficiência.

Os índices de conversão estão todos previstos no Regulamento da Previdência Social (artigos 70-E e 70-F), mas são puramente matemáticos, aplicando uma simples “regra de três” para sua obtenção.

Resta analisar a sistemática de cálculo do benefício. O cálculo do salário de benefício é o mesmo da Aposentadoria por Tempo de Contribuição comum, e é obtido através da apuração da média aritmética simples dos 80% maiores salários de contribuição, apurados dentro do Período Básico de Cálculo.

Sobre o salário de benefício é aplicada a alíquota de 100%. Já o fator previdenciário, da mesma maneira que ocorre com a Aposentadoria por Idade do segurado com deficiência, só incide se o mesmo aumentar o benefício. Caso contrário, não terá aplicabilidade.

## **5 CONCLUSÃO**

O presente trabalho teve como escopo analisar, de forma perfunctória, essas novas espécies de benefícios que foram regulamentados pela Lei Complementar nº 142, de 2013, e que possuem como beneficiários os segurados do Regime Geral da Previdência Social com deficiência.

O que se verifica é que a criação de tal benefício, sem sombra de dúvida, serviu para incluir o segurado com deficiência no Regime Geral da Previdência Social, alterando os requisitos para garantir a efetiva proteção previdenciária das pessoas com deficiência.

O segurado que trabalha exposto a agente nocivos já tinha direito a uma aposentadoria chamada de especial, vez que, a longo prazo, tal exposição poderia prejudicar sua saúde.

Os segurados com deficiência já possuem algum impedimento consolidado, o qual prejudica o seu ingresso e sua manutenção no mercado de trabalho.

A partir do momento que se estabelecem regras previdenciárias diferenciadas, está se aplicando o princípio da isonomia, eliminando barreiras que impediriam ou restringiriam o exercício dos direitos previdenciários pelos segurados com deficiência.

A inovação normativa veio em boa hora, e deve ser acompanhada para se averiguar sua efetividade mas, sem sombra de dúvida, foi um grande avanço.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 2 maio 2014.

BRASIL. *Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999*. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. 7 maio 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048compilado.htm)>. Acesso em: 2 maio 2014.

BRASIL. *Lei Complementar nº 142, de 8 de maio de 2013*. Regulamenta o § 1o do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. 9 maio 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/LEIS/LCP/Lcp142.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/LCP/Lcp142.htm)>. Acesso em: 2 maio 2014.

BRASIL. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. 25 jul. 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8213compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213compilado.htm)>. Acesso em: 2 maio. 2014.

BRASIL. *Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MOG/AGU nº 1, de 27 de janeiro de 2014 - DOU DE 30/01/2014*. Aprova o instrumento destinado à avaliação do segurado da Previdência Social e à identificação dos graus de deficiência, bem como define impedimento de longo prazo, para os efeitos do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. 30 jan. 2014. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/>>. Acesso em: 2 maio. 2014.

LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: Saraiva, 2013.

NEVES, Gustavo Bregalda. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito Previdenciário Esquemático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RECEBIDO EM: 25/05/2015

APROVADO EM: 25/06 /2015

# SAÚDE, DIREITO E TÓPICA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*HEALTH, RIGHTS AND TOPOS IN THE SUPREME COURT*

*Luiz Antonio Ribeiro da Cruz/  
Professor das Disciplinas Direito Previdenciário e Hermenêutica na Faculdade  
Cenecista de Varginha (FACECA) desde 2012  
graduado em Direito pela UFMG em 1997, com Mestrado obtido junto ao  
Programa de Pós-Graduação em Justiça Administrativa da UFF, em 2012; Juiz  
Federal Substituto desde 2001*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Limites da interpretação sistemática como método de decisão; 2 A tópica como técnica de decisão; 3 O direito à saúde na Constituição Brasileira; 4 A Construção da Tópica no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286-RS; 5 O reforço da tópica no próprio Supremo Tribunal Federal nos julgamentos seguintes; 6 Conclusões; Referências.

**RESUMO:** Nosso trabalho tem por campo de estudo a formação da jurisprudência constitucional brasileira relativa ao direito à saúde, sob a perspectiva da teoria da argumentação. Nosso propósito é demonstrar que a argumentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal nestas decisões destoa do tratamento sistemático dado a outros direitos sociais de igual status constitucional. Para isso, elaboramos sumário teórico sobre a tópica como método de decisão e examinamos quatro decisões do Supremo Tribunal Federal a partir desse ponto de vista, concluindo que o tratamento jurisprudencial dado ao direito à saúde é mesmo distinto e assistemático, não obstante a ausência de comando constitucional neste sentido.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tópica. Direito. Saúde. Jurisprudência Constitucional.

**ABSTRACT:** In our paper, we will study the formation of the Brazilian constitutional precedents about health right, under the argumentation theory perspective. Our purpose is to demonstrate that the argumentation used by the Brazilian Supreme Court in these precedents is very different from the systematic treatment it uses to analyze other social rights with similar constitutional ranking. To achieve this goal, we prepared a theoretical summary about the use of the topos as a decision method, and examined, under this point of view, four precedents of the Brazilian Supreme Court. We concluded that the issue health right has, indeed, a different and unsystematic treatment, nevertheless the absence of any order in the Brazilian Constitution thereon.

**KEYWORDS:** Topos. Heath Rights. Constitutional Precedents.

## INTRODUÇÃO

Nosso trabalho tem por objetivo demonstrar que o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 271.286, em setembro de 2000, adotou raciocínio característico da tópica no trato das pretensões individuais a prestações estatais fundamentadas no direito à saúde previsto no artigo 196 da Constituição, destacando estas prestações do sistema de direitos sociais previstos na Carta, e formando um enunciado de conteúdo<sup>2</sup> que ele próprio vem aplicando sinteticamente desde então.

Para isso, exporemos conceitos doutrinários relevantes para a compreensão do que é, e como se constrói a tópica, observando sua aplicação e efeitos no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Suspensão de Liminar nº 47, e do Recurso Extraordinário 368.564, julgados em março de 2010 e abril de 2011, respectivamente. Também será estabelecida uma comparação entre o tratamento dado pelo Supremo Tribunal Federal ao direito à saúde e aquele que é conferido pela mesma Corte aos demais direitos sociais previstos na Constituição, a partir do exame do julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 639.337, decidido em agosto de 2011.

### 1 LIMITES DA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA COMO MÉTODO DE DECISÃO

Em consulta realizada no dia 15 de agosto de 2014 à página do Supremo Tribunal Federal na internet<sup>3</sup>, constatamos que a palavra “tópica”, no sentido de teoria ou técnica de argumentação, aparece na indexação das decisões daquela Corte uma única vez, surgindo como sinônima do adjetivo “específica” outras seis vezes. Já a expressão *topoi*, algumas vezes utilizada como sinônimo ou produto da tópica, não aparece nem uma única vez.

Por outro lado, no mesmo catálogo de indexação, consultado no mesmo dia, apuramos que as expressões “interpretação sistemática”, “ordenamento jurídico” e “sistema jurídico” aparecem, respectivamente, 99, 447 e 255 vezes.

---

2 ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda, 2006. p. 53.

3 No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3289, proposta pelo Partido da Frente Liberal, com o objetivo de contestar a constitucionalidade da Lei 11.036, que atribuiu status de Ministro de Estado ao Presidente do Banco Central do Brasil.

Prova do caráter científico do trabalho jurídico do Supremo Tribunal Federal<sup>4</sup>, decorrente da apuração ordenada da unidade de proposições coerentes e dedutíveis umas das outras em estrita ordem hierárquica<sup>5</sup>, ou sinal de que a Corte tem dificuldade de admitir que também decide por outros métodos além daqueles de inspiração positivista exegética, que ainda hoje são os mais aceitos pelo consenso dos operadores jurídicos brasileiros?

Tratando especificamente do direito individual à saúde, decorrente da interpretação do artigo 196 da Constituição, antes de darmos resposta à pergunta precisamos lembrar que o positivismo jurídico e sua teoria do direito como um ordenamento uno, coerente e completo<sup>6</sup> representam o auge da tentativa de se dar um tratamento científico ao direito, no contexto do projeto de contrato social fundante da modernidade:

O jusracionalismo moderno rompeu os vínculos ainda restantes com a teologia moral, adotando um método sistemático, de nítida inspiração cartesiana. Partindo dos axiomas consolidados a partir de impositividade do direito estatal, o pensamento jurídico moderno criou uma associação entre racionalidade e ordem jurídica advinda do poder soberano, afastando qualquer reflexão ética a respeito das normas jurídicas. Segundo esse novo modelo de encarar o fenômeno jurídico, as normas emanadas do poder soberano seriam presumidamente justas, pois esta era uma das cláusulas do contrato fundante da sociedade política.<sup>7</sup>

E em sua vertente exegética, firma-se a convicção que tais normas já têm seu significado definido desde sua promulgação<sup>8</sup>, sendo aplicável a qualquer perfil de Estado, em qualquer momento histórico, ante o seu distanciamento de vínculos axiológicos ou contextuais particulares<sup>9</sup>.

Mais ainda, a sistematização do direito que ela proporciona, sua organização em forma de ordenamento faz com que: ... *uma premissa seja*

---

4 BRITO, Alexius Augusto Couto de. *Princípios e Topoi: A Abordagem do Sistema e da Tópica na Ciência do Direito*. In: LOTUFO, Renan (coordenador). *Sistema e Tópica na Interpretação do Ordenamento*. Barueri, Brasil: Manole Ltda, 2006. p. 170.

5 Ibid, p. 180.

6 BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1999. p. 198.

7 MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 160.

8 STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 118.

9 MENDONÇA, op. cit. p. 160.

*reconduzida a uma outra proposição, e, por último a uma proposição central, ou ainda, que possa ser reduzida partindo daquela ou que possa ser de qualquer modo, definida como axioma.*<sup>10</sup>

Isto traz extremo conforto ao julgador, isentando-o de uma valoração da justiça de suas próprias decisões, ante a aparência de que “o sistema assume a decisão e decide por si só o sentido de cada questão”<sup>11</sup>, obtendo o resultado como consequência da realização de três tarefas apenas:

(1) a análise lógica dos conceitos jurídicos, (2) a recondução desta análise a um sistema e (3) a aplicação dos resultados desta análise na fundamentação das decisões judiciais.<sup>12</sup>

Acontece que este método, quando confrontado com a realidade<sup>13</sup>, pode encontrar sérias limitações.

É frequente que o julgador venha a ser chamado a decidir entre duas teses igualmente adequadas e adequadamente apresentadas, em uma situação dialética na qual cada argumento apresentado por cada uma delas é firmemente contestado por outro bom argumento da parte contrária<sup>14</sup>. Nesta circunstância, podem faltar normas jurídicas positivadas suficientemente concretizadas<sup>15 16</sup> para suprimento das lacunas e antinomias no caso individual.

### Surgem assim problemas

... para os quais não existe uma única solução correta, ou para os quais a tarefa de encontrar uma única solução jurídica é praticamente impossível, ou ainda, os casos diante dos quais a comunidade jurídica fica perplexa a respeito da solução que deve ser oferecida.<sup>17</sup>

10 VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 45.

11 Ibid, p. 45.

12 ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda, 2005. p. 247.

13 MÜLLER, Friedrich. *O Novo Paradigma do Direito: introdução à Teoria e Metodologia Estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 119.

14 MACCORCMOCK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 28.

15 ALEXY, op. cit. p. 33.

16 BRITO, op. cit. p. 199.

17 STRUCHINER, Noel. Uma Análise da Noção de Casos Difíceis do Direito em um Contexto Positivista. In: NETTO, Fernando Gama de Miranda (organizador). *Epistemologia e Metodologia do Direito*. Campinas: Millenium, 2011. p. 270.

Então se defronta o julgador com uma questão de decidibilidade: Os casos concretos são descontínuos, peculiares e não poucas vezes forçam os limites dos sistemas formais, levando à ruptura de soluções padronizadas<sup>18</sup>. Assim, não se trata mais de uma simples operação lógica, mas da aplicação da norma positiva de forma a decidir efetiva e corretamente um conflito<sup>19</sup>.

Ponderamos que, não obstante a aparente desimportância dada ao tema pelo Supremo Tribunal Federal (como poderia indicar a estatística que trouxemos na introdução), na medida em que a Constituição simplesmente nada diz sobre a atuação do Poder Judiciário como instância subsidiária na implementação das políticas sociais que ela consagrou<sup>20</sup>, em nenhum outro ramo do Direito é tão evidente o problema metodológico descrito neste item do trabalho quanto no Direito Constitucional - e dentro dele, especialmente no que se refere à interpretação da extensão dos direitos sociais.

É neste momento que mostra toda sua utilidade a tópica, como forma de raciocínio jurídico que explora aspectos de argumentação que estariam ocultos se buscada uma decisão a partir de uma perspectiva exclusivamente exegético-lógica<sup>21</sup>.

## 2 A TÓPICA COMO TÉCNICA DE DECISÃO

Há dezenas de bons trabalhos já publicados que sumarizam a obra “Tópica e Jurisprudência” de Theodor Viehweg, responsável pela reintrodução da discussão da tópica como alternativa ao pensamento sistemático no Direito, em especial resenhando seu capítulo que situa historicamente o fenômeno, “Tópica Aristotélica e Tópica Ciceroniana”. Por este motivo, pedimos licença para nos fixarmos mais especificamente, a partir deste livro e também de outras obras de autores diversos que trataram da tópica, no estudo de sua aplicação e utilidade como método de decisão.

Em nosso trabalho, compreendemos a tópica como uma técnica de pensamento problemático, em que o lugar-comum torna-se o fio condutor de uma conclusão de curto alcance<sup>22</sup>. Esta técnica é voltada para a solução

---

18 MENDONÇA, op. cit. p. 208.

19 BRITO, op. cit. p. 170

20 SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 518.

21 ATIENZA, op. cit., p. 57.

22 *Ibid*, p. 49.

de um problema (aporia), buscando para um caso “sem esperança”, para a qual “falte um caminho” quando analisado de modo sistemático-exegético<sup>23</sup>, buscando-se soluções a partir de enunciados verossímeis, plausíveis, geralmente aceitáveis ou prováveis<sup>24</sup>.

Sua característica mais importante, como já adiantado no item anterior, é a possibilidade de uma nova compreensão do problema jurídico, de modo mais flexível do que aquele inerente à interpretação sistemático-exegética<sup>25</sup>, ao permitir fazer-se a escolha de uma premissa, de onde será deduzido um modo de compreender o direito, uma solução específica para o caso, à vista da aporia<sup>26</sup>.

Seu pressuposto é que o positivismo, principalmente em sua vertente exegética, limitou o fenômeno jurídico à criação do direito positivo no âmbito legislativo<sup>27</sup>, desconhecendo que o direito é um fenômeno histórico em permanente mutação, que não se forma apenas a partir da lei, mas também da jurisprudência resultante da análise dos problemas<sup>28</sup>, sendo a prática jurídica a instância última de validação das decisões<sup>29</sup>, somente compreensíveis a partir de sua realização no mundo da vida<sup>30</sup>.

As tópicas são, portanto, diretrizes retóricas<sup>31</sup> e guias heurísticos da decisão, com a grande vantagem de poderem sempre ser afastadas quando não produzem o resultado correto de acordo com as justificações subjacentes a elas ou à totalidade das razões consideradas pertinentes<sup>32</sup>.

Trata-se, enfim, da *ars inveniendi*, a arte de descobrir argumentos que são úteis na justificação, por gozar de consenso no conjunto social ou, em

---

23 VIEHWEG, op. cit., p. 33.

24 ALEXY, op. cit. p. 50.

25 VIEHWEG, op. cit., p. 43

26 Ibid, p. 103.

27 MADEIRA, Dhenis Cruz. *Argumentação Jurídica*. (In)compatibilidades entre a tópica e o processo. Curitiba: Juruá, 2014. p. 429.

28 AMADO, Juan Antonio García. *Teorias de la Tópica Jurídica*. Madrid: Civitas S.A., 1988. p. 264.

29 Ibid, p. 109.

30 Ibid, p. 265.

31 MADEIRA, Dhenis Cruz, op. cit.. p. 429.

32 STRUCHINER, Noel. Para Falar de Regras. *O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica dos Casos Difíceis do Direito*. Orientador: Danilo Marcondes de Souza Filho. 2005. 191 fls. Tese (Doutorado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: [http://ged1.capes.gov.br/CapesProcessos/919300-ARQ/919300\\_5.PDF](http://ged1.capes.gov.br/CapesProcessos/919300-ARQ/919300_5.PDF). p.168.

menor escala, pelo menos na comunidade jurídica<sup>33</sup>: uma ética pressuposta que identifique o argumentador como protetor de um bem comum.<sup>34</sup>

Esta aceitação pelo interlocutor (conjunto social ou comunidade jurídica) é considerada imprescindível para a eficácia da tópica, na medida em que seu objetivo, mais do que fundamentar a decisão, é justificá-la de modo a por fim a uma certa fase da discussão, fixando-se uma premissa para se continuar, a partir dela, no rumo da solução do problema<sup>35</sup>. Ou seja, seu objetivo é apaziguar a discussão e se buscar uma solução para o caso concreto, aceita pela concordância da maioria dos concernidos<sup>36</sup>, a partir de premissas que não podem ser estritamente comprovadas, mas apenas mostradas, apresentadas ou inteligidas<sup>37</sup>, baseadas em convicções e consensos faticamente existentes<sup>38</sup>.

A fundamentar filosoficamente a técnica enxergamos o intuiçãoismo, apresentado como resposta à indagação de como equilibrar e comparar princípios básicos de justiça à falta de critérios construtivos de ordem superior que determinem a importação adequada de princípios jurídicos concorrentes com peso próprio previamente atribuído<sup>39</sup>. E isto, em um processo subjetivo de produção de sentido, que o Supremo Tribunal Federal insistirá em apresentar sob a forma de uma dogmática de cariz positivista, de metodologia exegético-subsuntiva<sup>40</sup>, como buscaremos demonstrar abaixo.

### 3 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

O direito à saúde é mencionado pela Constituição, inicialmente em seu artigo 6º, onde ladeia com outros direitos sociais como a educação, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, sem

33 BRITO, op. cit. p. 153

34 MADEIRA, op. cit.. p. 414.

35 BRITO, op. cit. p. 192

36 Ibid., p. 197

37 CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 252.

38 ALEXY, op. cit. p. 43.

39 RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 36.

40 STRECK, op. cit. p. 331 e 336.

que seja estabelecida ali em seu favor nenhuma precedência hierárquica em relação aos demais.

Após ser mencionado nos artigos 23, 24 e 30 da Carta para definição da competência de atuação a ser repartida entre União, Estados e Município, a saúde torna a aparecer no artigo 194, como um dos direitos inerentes à seguridade social brasileira, ao lado da previdência e assistência social, novamente sem nenhum indicativo de sua precedência sobre os dois outros.

Por fim, seu conteúdo é explicitado no artigo 196 da Constituição, de redação seguinte:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Com estas explicações introdutórias, acreditamos que uma visão sistemática da Constituição indicaria que a saúde estaria incluída em dois subsistemas, um mais amplo - conjunto dos direitos sociais, e outro mais estrito - conjunto dos direitos inerentes à seguridade social. E em ambos, em absoluto pé de igualdade formal com os outros direitos componentes dos subsistemas constitucionais.

Ainda, pensamos ler no texto constitucional que a implementação do direito em questão dar-se-ia também por meio de outro subsistema, contido no próprio artigo 196, que indica como condição para uma atuação estatal eficaz a adoção pelos entes federativos de políticas sociais e econômicas que visem ao binômio redução de risco de doenças/ outros agravos e acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

Passaremos a demonstrar que, no entanto, face aos graves problemas individuais de saúde apresentados em juízo como fundamentação de demandas a reclamar a intervenção estatal pela via do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal deixou de aplicar aos casos que lhe foram apresentados uma possível interpretação sistemática do direito à saúde como parte dos demais direitos sociais. Em vez disso, fixando-se na aporia da justiça ou não do Estado recusar o tratamento específico requerido pelo demandante, construiu uma tópica, passível de ser sintetizada no brocardo "A saúde é direito de todos e dever do Estado".

#### 4 A CONSTRUÇÃO DA TÓPICA NO JULGAMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 271.286-RS

Escolhemos como base de nosso trabalho a decisão do Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286-RS, por se tratar da primeira decisão colegiada daquela Corte que definiu o direito à saúde nos termos jurisprudenciais que o próprio STF e a imensa maioria dos demais órgãos jurisdicionais brasileiros segue até hoje.

Não obstante o relator do acórdão a ser estudado faça referência em sua decisão a quatro precedentes anteriores, em pesquisa à página do Supremo Tribunal Federal na internet, pudemos constatar que três deles<sup>41</sup> tratavam-se, em verdade, de decisões monocráticas de negativa do recebimento do recurso extraordinário aviado. E que no quarto precedente<sup>42</sup>, embora a decisão tenha sido colegiada, o debate resumiu-se a reafirmar o direito do relator de decidir monocraticamente se recebe ou não o recurso extraordinário. Embora o efeito prático das quatro decisões tenha sido confirmar julgamentos ordinários proferidos em favor dos demandantes de prestações individuais de saúde, temos que se trata de um exagero retórico do relator do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286-RS dizer que os argumentos da Fazenda Pública já haviam sido anteriormente repelidos nestas decisões invocadas.

Entendemos relevante destacar também, embora tanto não conste de nenhuma das cinco decisões do Supremo Tribunal Federal (nem desta estudada, nem daquelas outras indicadas nas notas de rodapé 40 e 41), que o Estado do Rio Grande do Sul, réu de todos os processos, dispunha na época dos fatos de uma lei estadual, de número 9.908<sup>43</sup>, que tratava do fornecimento gratuito de medicamentos excepcionais para pessoas carentes, definindo medicamentos excepcionais como aqueles que devem ser usados com frequência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente<sup>44</sup>.

41 Os Recursos Extraordinários 232.469, 236.644 e 273.042, todos originários do Rio Grande do Sul.

42 Recurso Extraordinário 238.328, também originário do Rio Grande do Sul.

43 RIO GRANDE DO SUL. Lei n. 9.908, de 16 de junho de 1993. Dispõe sobre o fornecimento de medicamentos excepcionais para pessoas carentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.mail-archive.com/ibap@pegasus.com.br/msg00683.html>.

44 RAMOS, Luciana de Oliveira. O Uso dos Precedentes pelo STF em Casos de Fornecimentos de Medicamentos. In: COUTINHO, Diogo Rosenthal, VOJVODIC, Adriana de Moraes (orgs.). *Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?* São Paulo: Malheiros, 2009.

Note-se também que, apenas um ano antes, tal norma fora considerada pelo próprio STF como adequada para regulamentar o artigo 196 da Constituição, no julgamento colegiado do Recurso Extraordinário 242.859-RS. Importante destacar que, no interregno entre este julgamento e o do Recurso Extraordinário 271.286-RS, não houve alteração nem da lei nem do texto constitucional.

Voltemos ao caso objeto do estudo.

Tratou-se de demanda individual formulada por Diná Rosa Vieira contra o Município de Porto Alegre (RS), no qual ela pleiteava o recebimento imediato e gratuito de medicamentos para o combate ao HIV/AIDS.

O Município de Porto Alegre recorreu ao Supremo Tribunal Federal por entender que as decisões judiciais de instâncias inferiores teriam violado o disposto no artigo 167, I da Constituição que exige a prévia inclusão de programas ou projetos em lei orçamentária anual, antes do início de qualquer dispêndio. Invocou ainda em sua defesa o artigo 165, III, §5º, III, também da Constituição, para sustentar a sua autonomia no estabelecimento de sua lei orçamentária.

Valendo-nos dos fundamentos teóricos expostos anteriormente em nosso trabalho, não há como negarmos que é um dos momentos mais difíceis de qualquer magistratura o exame de uma pretensão individual a um determinado medicamento, especialmente quando destinado ao combate de uma doença fatal de mau prognóstico: a questão da decidibilidade, da fixação da norma em caso concreto e não apenas em abstrato, avulta em torno da “questão sem esperança” de que fala Viehweg, desafiando o pensamento sistemático no qual somos treinados desde os bancos de graduação universitária.

No caso em exame, vemos que tanto se deu desde a escolha dos fatos que foram considerados irrelevantes pelo julgador. Conforme visto acima, o Estado do Rio Grande do Sul já contava com uma lei estadual destinada a regulamentar a aquisição de medicamentos excepcionais, lei esta cujo único condicionante que impunha, além daqueles mais evidentes - necessidade atestada do medicamento e comprovação da hipossuficiência econômica do favorecido, era a vinculação do programa aos limites do orçamento do Estado. No entanto, simplesmente não há menção ao diploma no voto do relator.

No que este voto é expresso, depreendemos da candência retórica do relator sua evidente preocupação em legitimar sua posição por meio de argumentos retóricos aceitáveis por toda a sociedade brasileira<sup>45</sup>:

---

45 MADEIRA., op. cit., p. 430.

Na realidade, o reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive aquelas portadoras de HIV/AIDS, deu efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (artigos 5º, caput e 196), representando a concreção do seu alcance um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. (negritos do original).

Estabelecida a aporia nestes termos – ou se concretiza por decisão judicial o direito à saúde no caso individual ou não se tem apreço e solidariedade à vida daqueles que nada têm ou possuem – está dada a base discursiva para se destacar o direito à saúde dos subsistemas constitucionais descritos no item anterior: direitos sociais em geral, direitos da seguridade social, política de concretização do direito à saúde por ação estatal destinada à coletividade.

Trata-se de um entinema, cuja parte oculta é não ser possível, sob pena de grave heresia<sup>46</sup>, qualquer restrição orçamentária à pretensão individual fundada no artigo 196 da Constituição, não obstante as regras orçamentárias também constitucionais, previstas em seu artigo 167, I e II, que exigem a inclusão em orçamento de todas as despesas estatais.

Sustenta-se, na presente sede recursal, que a decisão ora agravada – ao manter o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – teria desrespeitado a norma inscrita no art. 167, I da Constituição Federal.

[...]

Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet. 1.246-SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e 196) ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o

46 MADEIRA,, op. cit., p. 441..

respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes. (negritos do original).

Lembremo-nos por fim, ainda mais uma vez, que a demanda discutida no julgamento em exame era estritamente individual, sendo a decisão examinada inapta a gerar efeitos vinculantes sobre a Administração Pública, bem como para criar direitos subjetivos imediatamente invocáveis (salvo como precedente judicial) por outros possíveis beneficiários.

Neste ensejo, impossível olvidar que o relator não demonstra nenhuma preocupação com a desigualdade que sua decisão cria. Não vai aqui nenhum juízo de valor, mas apenas a constatação de que a beneficiária da decisão examinada foi alçada a uma posição privilegiada em relação aos demais portadores do mesmo problema de saúde, não obstante a segunda parte do artigo 196 seja muito clara em apontar a necessidade do caráter universal das ações estatais destinadas à promoção, proteção ou recuperação da saúde.

Ou então deveremos assumir, como fazem as outras decisões que examinaremos abaixo, que a questão, por evidente, sequer precisaria ser tratada, razão da omissão do relator do caso examinado: todos os interessados teriam o direito de exigir da Administração (e, subsidiariamente, no Poder Judiciário) qualquer medicamento de que precisem, independentemente do custo ou de previsão orçamentária de recursos para sua aquisição, com as conseqüências daí decorrentes.

Ora, reconhecer o direito à saúde como um direito subjetivo significa afirmar que os indivíduos são dotados de um poder de exigência em face do Poder Público, tendo como objeto uma prestação devida. Contudo, uma vez que se considera a aplicabilidade imediata da norma, esse direito não corresponde ao dever do Poder Público de formular e implementar políticas públicas. A conjugação desses dois conceitos implica a consolidação do binômio direito/dever no qual se tem como direito individual a possibilidade de exigir do Estado que o direito à saúde seja integralmente respeitado e plenamente garantido. Do outro lado, tem-se como dever do Poder Público implementar e efetiva todas as prestações que sejam necessárias à promoção plena da saúde. Nota-se, todavia, que não há limite ao que pode ser considerado como prestação abarcada pelo direito subjetivo à saúde, e, logo, pelo dever do Estado. Assim, a lógica

adotada pelo Ministro leva à conclusão de que o Poder Público será sempre inadimplente.<sup>47</sup>

Definitivamente, tal raciocínio sintético – pediu, tem direito subjetivo ao medicamento- imposto desde então pelas múltiplas instâncias judiciais por meio de decisões similares sobre o tema proferidas, não é aplicado pelo Supremo Tribunal Federal a nenhum outro direito social constitucionalmente previsto. Em agosto de 2011 foi julgado pelo STF o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337/SP, que evidencia isso.

Neste último processo, coincidentemente relatado pelo Ministro Celso de Mello, o direito à educação infantil, consagrado pelo artigo 6º da Carta, é claramente tratado de forma sistemática: a intervenção judiciária é admitida para cumprimento de uma política pública destinada à coletividade, a questão orçamentária é trazida a debate, assim como as escolhas realizadas pela Administração Pública a partir dela, e, fundamental, o direito discutido é tratado como equivalente a outros direitos sociais.

*A educação infantil* representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, *a estas* assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, *e como primeira etapa* do processo de educação básica, *o atendimento* em creche *e* o acesso à pré-escola (CF, artigo 208, IV).

[...]

*A educação infantil, por qualificar-se* como direito fundamental *de toda* criança, *não se expõe*, em seu processo de concretização, *a avaliações meramente discricionárias* da Administração Pública *nem se subordina* a razões de puro pragmatismo governamental.

[...]

*Embora inquestionável* que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo,, *a prerrogativa* de formular e executar políticas pública, *revela-se possível*, no entanto, *ao Poder Judiciário*, ainda que em bases excepcionais, *determinar*, especialmente nas

---

47 BARBOSA, Mariana Gracioso. O STF e a Política de Fornecimento de Medicamentos para Tratamento da AIDS/HIV. In: COUTINHO, Diogo Rosenthal; VOJVODIC, Adriana de Moraes (orgs.). *Jurisprudência Constitucional: Como decide o STF?* São Paulo: Malheiros, 2009.

hipóteses de políticas públicas *definidas* pela própria Constituição, *sejam estas implementadas*, sempre que os órgãos estatais competentes, *por descumprirem* os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, *vierem a comprometer*, com sua omissão, a *eficácia e a integridade* de direitos sociais e culturais *impregnados* de estatura constitucional.

[...]

*A destinação* de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, *faz instaurar* situações de conflito, *quer* com a execução de políticas públicas *definidas* no texto constitucional, *quer* também com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição, *daí resultando* contextos de antagonismo *que impõem*, ao Estado, *o encargo* de superá-los *mediante* opções por determinados valores, *em detrimento* de outros igualmente relevantes, *compelindo*, o Poder Público, *em face* dessa relação dilemática, *causada* pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, *a proceder* a verdadeiras “escolhas trágicas”, *em decisão governamental* cujo parâmetro *fundado* na dignidade da pessoa humana, *deverá* ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, *em ordem a conferir* real efetividade às normas programáticas *positivadas* na própria Lei Fundamental.

[...]

*A noção* de mínimo existencial, *que resulta*, por implicitude, *de determinados* preceitos constitucionais (CF, artigo 1º, III e art. 3º, III) *compreende* um complexo de prerrogativas *cujas concretizações* revela-se *capaz de garantir* condições adequadas de existência digna, *em ordem a assegurar*, à pessoa, *acesso efetivo* ao direito geral de liberdade, e, também, a prestações positivas originárias do Estado, *viabilizadoras* da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como **O DIREITO À EDUCAÇÃO, O DIREITO À PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, O DIREITO À SAÚDE, O DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL, O DIREITO À MORADIA, O DIREITO À ALIMENTAÇÃO E O DIREITO À SEGURANÇA.** (Negritos do original, maiúsculas nossas).

Em suma, todos os elementos descritivos e comparativos acima indicados permitem-nos concluir que, especificamente em relação às demandas por prestações individuais de medicamentos, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário

271.286-RS, optou por construir uma tópica, legitimada pelo senso-comum<sup>48</sup> profundamente arraigado em nossa sociedade, de que nenhum argumento jurídico ou financeiro pode ser oposto a estas demandas, pois a saúde é o bem mais importante de todos. Esta conclusão passou a ser adotada pelo colegiado do STF para decidir casos similares subsequentes que lhe foram trazidos, firmando-se fortemente como a jurisprudência a ser seguida sobre o assunto em todas as instâncias do Poder Judiciário no país.

## 5 O REFORÇO DA TÓPICA NO PRÓPRIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS JULGAMENTOS SEGUINTE

No interregno que sucedeu a decisão examinada no item anterior, a chamada judicialização da saúde tornou-se um tema tão relevante para o Poder Judiciário que motivou a utilização pelo STF do então inédito expediente de convocar uma audiência pública para debater com a sociedade o tema, acontecida entre os dias 27 a 29 de abril e 4 a 7 de maio de 2009. Suas conclusões, como a existência de um piso mínimo a ser cumprido pela Administração Pública em relação à implementação dos direitos sociais, a limitação da atuação do Poder Judiciário a casos de omissão da Administração em prover o mínimo aos administrados, bem como a avaliação da prestação de medicamento demandada em vista de alternativas já existentes no SUS, foram todas aproveitadas pelo Ministro Gilmar Mendes na relatoria do Agravo Regimental em Suspensão de Liminar nº 47, julgada em 17 de março de 2010<sup>49</sup>.

Não obstante, em voto vogal, ainda que para concordar com o relator na procedência do pedido, o Ministro Celso de Mello repete em sua essência o que já declarara no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286-RS, e conclui, ratificando a tópica que lá construiu: “As razões de ordem ético-jurídicas *impõem, ao julgador, uma só e possível opção*: aquela *que privilegia* o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.” (Negrito e sublinhado do original).

Os demais votos-vogais são extremamente sintéticos, mas nos permitem divisar que apenas a Ministra Ellen Gracie aderiu expressamente aos fundamentos inovadores do Ministro Gilmar Mendes. O restante do colegiado ou manifestou apoio aos fundamentos do Ministro Celso de Mello (Ministros Eros Grau, Carlos Brito e Marco Aurélio) ou não

48 MADEIRA, op. cit.. p. 438.

49 VALLE, Gustavo Henrique Moreira do; CAMARGO, João Marcos Pires. A Audiência Pública sobre a Judicialização da Saúde e seus Reflexos na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 11, n. 3, p. 13-31, 2011.

apresentou voto-vogal. Tanto nos faz concluir que, naquele julgamento, a tópica construída pelo Ministro Celso de Mello recebeu um apoio maior do colegiado do que a fundamentação mais arraigadamente sistemática contida no voto do Ministro Gilmar Mendes (4X2). Impossível apurar se alguma das teses alcançaria a condição de majoritária, ante a ausência de voto-vogal dos demais outros cinco ministros.

No entanto, nova evidência da pouca influência da audiência pública e subsequente julgamento do Agravo Regimental em Suspensão de Liminar nº 47 com relatoria do Ministro Gilmar Mendes deu-se em seguida, em abril de 2011, com o julgamento do Recurso Extraordinário 368.564, pelo qual a União insurgia-se contra a obrigação de pagar a um grupo definido (6 pessoas, conforme consulta ao processo de origem – 1997.34.00.027647-3, que teve curso perante a 14ª Vara Federal do Distrito Federal) tratamento em Cuba para o problema de saúde conhecido como retinose pigmentar.

Não obstante o transcurso de mais de três anos desde a decisão, os votos dos ministros ainda não estão disponíveis para consulta na internet, o que nos faz colher a argumentação definidora da votação da página de notícias do Supremo Tribunal Federal<sup>50</sup>.

Na notícia, informa-se que o relator originário do pedido - o falecido Ministro Carlos Alberto Direito, votou pelo seu indeferimento com suporte em um parecer do Conselho Brasileiro de Oftamologia (CBO) que dizia não haver tratamento específico para a doença, e que a viagem seria inócua.

A todo ver, procurou o relator tratar a questão com uma argumentação centrada na racionalidade científica, elemento tão prestigiado pela modernidade.

Aos aspectos fáticos destacados pelo Ministro Direito, o Ministro Lewandowski soma ainda os seguintes argumentos: “Não pode o Judiciário, em especial esta Suprema Corte – guardiã dos valores constitucionais – definir de maneira pontual e individualizada como a Administração deve distribuir os recursos públicos destinados à saúde.”

Diz ainda a notícia que ele entende que o caso feriria o princípio da isonomia, tendo ficado sensibilizado pela consideração do relator de que a doença é incurável e que seria um mero paliativo o tratamento, além de onerar o orçamento da União em detrimento de outros com doenças mais sérias.

---

50 Veja em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=177147&caixaBusca=N>>.

Não obstante a racionalidade da argumentação fática e jurídica, ela foi suplantada pelos argumentos retoricamente sensíveis<sup>51</sup> da maioria da Turma, que simplesmente desconsiderou o laudo da CBO, para privilegiar a idéia de que, se há qualquer esperança, por mínima que seja, de a pessoa recuperar a saúde com o tratamento que pede ao Poder Judiciário, este tratamento não pode ser negado. Veja-se a argumentação do Ministro Marco Aurélio:

Eu não posso compreender que se articule a inexistência de lastro econômico-financeiro para se negar um tratamento à saúde a um cidadão. Pelo que leio nos veículos de comunicação, o tratamento dessa doença, com êxito, está realmente em Cuba.

Em seu apoio, o Ministro Luiz Fux:

Eu sou muito determinado nessa questão da esperança. Nunca acreditei na versão de que o tratamento em Cuba da retinose pigmentar não tinha cura, pelo contrário, eu entendo que se eles são especialistas nisso, deve haver uma esperança com relação a essa cura.

Com a anuência da Ministra Carmen Lúcia, prevaleceu a decisão de negar provimento ao recurso da União.

A partir destes extratos do julgamento, temos que a tópica construída pelo Ministro Celso de Mello não só não foi afastada, como foi mesmo reforçada, com argumentos que remetem à emoção<sup>52</sup> (especialmente na fala do Ministro Fux) como base suficiente para que se desconsidere um laudo científico. Destacamos o franco e expresso apelo dos Ministros ao senso-comum e à esperança, temas tão caros à tópica, como visto anteriormente em nosso trabalho.

## 6 CONCLUSÕES

Como afirmamos na introdução de nosso trabalho, nosso objetivo aqui não era discutir a justiça das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema saúde manifestado em demandas individuais por medicamentos, mas apenas evidenciar que elas não têm fundamento

51 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. 10. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2008. p.58.

52 MADEIRA, op. cit.. p. 425

sistemático, tendo a Corte recorrido à tópica para solução destes casos de evidente dificuldade em decidir.

Filiamo-nos à idéia de que os topoi, no sentido de lugar-comum, são mesmo necessários como ponto de partida para a argumentação<sup>53</sup>, sendo considerados aceitáveis até que sejam problematizados<sup>54</sup>.

No entanto, quanto ao que se refere ao tema tratado, a permanente judicialização da interpretação do artigo 196 da Constituição é um indicativo de que a pacificação esperada pela aplicação da tópica, verdadeira medida de sua eficácia, não está ocorrendo, revelando sua insuficiência para apaziguar a questão.

Vemos que a sua problematização dá-se pelo confronto da tópica com a avaliação da possibilidade ou não de sua universalização: há evidentes dificuldades em sustentar o argumento central da decisão do STF no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286-RS – as pretensões individuais fundamentadas no direito à saúde devem ser concedidos pelo Estado sem qualquer consideração ao orçamento do ente estatal ou aos programas coletivos já existentes - para todas as situações que se afirmam iguais em todos os aspectos relevantes<sup>55 56</sup>.

Se a saúde for considerada um direito social do mesmo nível hierárquico de todos os outros previstos na Constituição, não haverá porque se exigir do Estado obrigações distributivas que se apliquem a elas e não a outros bens<sup>57</sup>. Se não, será preciso apresentar razões, além da simples equiparação de qualquer pedido de prestação de medicamento ao próprio direito à vida, que mobilizem razões mais eficientes na tarefa de fazer parecer legítimas tais pretensões de validez no círculo de concernidos em relação ao assunto:

Porque um acordo sobre questões teóricas ou moral-práticas não pode ser imposto nem dedutivamente nem por evidências empíricas. Na medida em que se impõe com base em relações de consequência

---

53 MACCORCMOCK, op. cit., p. 30

54 ALEXU, op. cit. p. 195

55 Ibid., p. 193.

56 HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.85.

57 DANIELS, Norman. *Just Health: Meeting Health Needs Fairly*. Cambridge, Estados Unidos: Cambridge University Press, 2008. p. 11.

lógica, os argumentos não trazem à luz nada de substancialmente novo; e na medida em que têm um conteúdo substancial, apóiam-se em experiências e necessidades que podem ser diversamente interpretadas à luz de diferentes teorias com a ajuda de diferentes sistemas de descrição e que, por isso, não oferecem nenhum fundamento último<sup>58</sup>.

Sem isso, sustentada apenas na eliminação apriorística pelo julgador das divergências entre as partes dos processos<sup>59</sup>, as contradições internas da tópica construída apenas se avolumarão. Vivemos em uma sociedade plural, e não há de critérios de virtude pressupostos<sup>60</sup>, de ordem superior e inatacáveis, que possam determinar deste modo a importância adequada dos princípios correlatos de justiça<sup>61</sup>, com o assentimento de todos os concernidos participantes do discurso prático<sup>62</sup>: pacientes, médicos, administradores públicos, beneficiários de outros programas sociais reduzidos para alocação dos recursos para cumprimento das decisões judiciais que concedem as prestações estatais relativas à saúde.

Acreditamos que a questão ainda está em aberto. O julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337/SP, quando indica que a implementação de direitos sociais constitucionais pelo Poder Judiciário deve se dar pela correção das políticas coletivas da Administração Pública, sem se descuidar da realidade orçamentária, está sinalizando um possível recuo em relação à tópica construída ou o agigantamento da contradição que apontamos acima? Impossível ainda saber, sendo necessário aguardar as próximas e difíceis decisões que o Supremo Tribunal Federal terá que tomar sobre este assunto muito longe de ser apaziguado.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda, 2005.

AMADO, Juan Antonio García. *Teorias de la Tópica Jurídica*. Madrid: Civitas S.A., 1988.

---

58 HABERMAS, op. cit. pp 83-84.

59 MADEIRA, op. cit.. p. 416-417

60 Ibid., p. 417

61 RAWLS, op. cit.. p 37.

62 HABERMAS, op. cit. p. 116.

- ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda, 2006. p. 53.
- BARBOSA, Mariana Gracioso. O STF e a Política de Fornecimento de Medicamentos para Tratamento da AIDS/HIV. In: COUTINHO, Diogo Rosenthal; VOJVODIC, Adriana de Moraes (orgs.). *Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?* São Paulo: Malheiros, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1999.
- BRITO, Alexis Augusto Couto de. Princípios e Topoi: A Abordagem do Sistema e da Tópica na Ciência do Direito. In: LOTUFO, Renan (coordenador). *Sistema e Tópica na Interpretação do Ordenamento*. Barueri, Brasil: Manole Ltda, 2006.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- DANIELS, Norman. *Just Health: Meeting Health Needs Fairly*. Cambridge, Estados Unidos: Cambridge University Press, 2008.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. 10. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- MACCORCMOCK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MADEIRA, Dhenis Cruz. *Argumentação Jurídica*. (In)compatibilidades entre a tópica e o processo. Curitiba: Juruá, 2014.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MÜLLER, Friedrich. *O Novo Paradigma do Direito: Introdução à Teoria e Metodologia Estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- RAMOS, Luciana de Oliveira. O Uso dos Precedentes pelo STF em Casos de Fornecimentos de Medicamentos. In: COUTINHO, Diogo Rosenthal, VOJVODIC, Adriana de Moraes (orgs.). *Jurisprudência Constitucional: Como decide o STF?*. São Paulo: Malheiros, 2009.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RIO GRANDE DO SUL. *Lei n. 9.908, de 16 de junho de 1993*. Dispõe sobre o fornecimento de medicamentos excepcionais para pessoas carentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.mail-archive.com/ibap@pegasus.com.br/msg00683.html>.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (orgs.). *Direitos sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRUCHINER, Noel. Uma Análise da Noção de Casos Difíceis do Direito em um Contexto Positivista. In: NETTO, Fernando Gama de Miranda (organizador). *Epistemologia e Metodologia do Direito*. Campinas: Millenium, 2011.

VALLE, Gustavo Henrique Moreira do; CAMARGO, João Marcos Pires. A Audiência Pública sobre a Judicialização da Saúde e seus Reflexos na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 11, n. 3, p. 13-31, 2011.

VEJA em:<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=177147&caixaBusca=N>>.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

RECEBIDO EM: 03/06/2015

APROVADO EM: 27/07/2015

# A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*PIERCING THE CORPORATE VEIL AND THE NEW CIVIL  
PROCEDURE CODE*

*Michael César Silva<sup>1</sup>*

*Advogado, Doutor e Mestre em Direito Privado pela PUC-MG.*

*Especialista em Direito de Empresa pela PUC-MG Professor Universitário,  
Professor do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu - FGV DIREITO-RJ e PUC-MG.*

*Vinícius Lott Thibau*

*Doutorando e Mestre em Direito Processual pela PUC-MG,*

*Professor de Direito Processual Civil*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Um breve histórico da teoria da desconsideração da personalidade jurídica; 2 O caráter excepcional da desconsideração da personalidade jurídica; 3 As hipóteses de cabimento da desconsideração da personalidade jurídica; 3.1 A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor; 3.2 A desconsideração da

---

<sup>1</sup> michael@adv.oabmg.org.br

personalidade jurídica no Código Civil; 4 A desconsideração inversa da personalidade jurídica; 5 A desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código de Processo Civil; 5.1 O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e a efetividade procedimental; 5.2 A legitimidade para instaurar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica e os seus pressupostos autorizativos; 5.3 O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e a suspensão procedimental; 5.4 O devido processo constitucional e a regência do incidente de desconsideração da personalidade jurídica; 5.5 O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e a racionalidade decisória; 5.6 A recorribilidade e o incidente de desconsideração da personalidade jurídica; 6 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente estudo visa a realizar uma releitura do modelo jurídico da Desconsideração da Personalidade Jurídica, a partir dos lineamentos apresentados por sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Código de Defesa do Consumidor (1990) e do Código Civil (2002). Nesse contexto, a pesquisa propõe, ainda, proceder a uma análise das inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil (2015), por meio da positivação do chamado Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, no âmbito do Direito Processual Civil brasileiro, no intuito de permitir a compreensão do modelo jurídico sob o enfoque dos mencionados diplomas legais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Desconsideração. Personalidade Jurídica. Incidente. Novo Código de Processo Civil. Código Civil. Código de Defesa do Consumidor.

**ABSTRACT:** The present study aims at conducting a reinterpretation of the legal model of piercing the corporate veil, in accordance with the lineaments provided by their inclusion in the Brazilian legal system, through the Consumer Protection Code (1990) and the Civil Code (2002). In this context, the research also proposes to undertake an analysis of the innovations introduced of the New Civil Procedure Code (2015), through the positivation of the called the Incident Disregard of legal Entity under the Brazilian Civil Procedural law, in order to allow the understanding of the legal model under the focus of the aforementioned legislation.

**KEYWORDS:** Disregard. Legal Entity. Incident. New Civil Procedure Code. Civil Code. Consumer Protection Code.

## **INTRODUÇÃO**

A descon sideração da personalidade jurídica apresenta-se como um importante mecanismo de coibição do abuso da personalidade, praticado pelos componentes de uma dada pessoa jurídica, que a utilizam de maneira desvirtuada, em desacordo com a função socioeconômica atribuída pelo ordenamento jurídico, gerando por consequência prejuízos aos interesses dos credores. Permite-se, portanto, que a personalidade jurídica e, por conseguinte, o princípio da autonomia patrimonial, seja episodicamente afastado, para fins de se atingir o patrimônio dos membros da pessoa jurídica.

O presente estudo tem por finalidade analisar o instituto jurídico da descon sideração da personalidade jurídica à luz do Código de Defesa do Consumidor (1990), do Código Civil (2002) e das inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, notadamente, por meio da positivação do chamado incidente de descon sideração da personalidade jurídica, no âmbito do Direito Processual Civil brasileiro.

Em 17 de março de 2015, foi publicada a Lei nº 13.105, que instituiu o denominado Novo Código de Processo Civil brasileiro. Integrada por 1.072 artigos, a nova Codificação se notabiliza por enunciar diversas novidades procedimentais, dentre as quais se destaca o incidente de descon sideração da personalidade jurídica.

Pelas normas previstas nos seus artigos 133 a 137, em especial, o Novo Código de Processo Civil explicita os expedientes a serem acatados quando pleiteada a descon sideração tradicional ou inversa da personalidade jurídica no Brasil, apontando o incidente a que se faz referência como de instalação obrigatória, salvo se a superação da personalidade jurídica for requerida já na petição inicial de um procedimento instaurado.

Com a publicação da Lei nº 13.105/2015, portanto, tornou-se possível o desenvolvimento de uma análise procedimental da superação da personalidade jurídica no Brasil, de forma dissociada de argumentos exclusivamente doutrinários ou jurisprudenciais.

Um exame bastante proveitoso à processualidade democrática, e que, ao que nos parece, deve ser antecedido por uma abordagem dos aspectos não procedimentais relativos à descon sideração da personalidade jurídica, tendo em vista as inúmeras interfaces existentes entre as técnicas destinadas ao afastamento da autonomia patrimonial da pessoa jurídica e

as particularidades históricas, conceituais, finalísticas, classificatórias e de cabimento da superação.

Daí, desde logo, é de se registrar que a pesquisa que formalizamos não se restringe à abordagem das inovações positivadas pela Lei nº 13.105/2015. Por opção metodológica, apresentamos um estudo que contempla, igualmente, as proposições temáticas de direito material que ofertam suporte indispensável para a adequada aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil.

## 1 UM BREVE HISTÓRICO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard theory*, *disregard of legal entity* ou *disregard doctrine*) tem origem em precedentes jurisprudenciais ingleses e norte-americanos, dentre os quais se destacam os de *Bank of United States vs. Deveaux* (1809), *Salomon vs. Salomon & Co. Ltd.* (1897) e *United States vs. Lehigh Valley RailRoad* (1910).<sup>2</sup> Os primeiros estudos para a sistematização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, no entanto, remetem à doutrina alemã, sobretudo à contribuição de Rolf Serick, em 1953.<sup>3</sup>

No Brasil, por influência da doutrina europeia, Rubens Requião foi quem promoveu os primeiros estudos sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Pela conferência intitulada “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica”, proferida no ano de 1969, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, o autor contribuiu, de modo decisivo, para a abordagem e a estruturação da teoria a que faz referência.<sup>4</sup>

---

2 Nesse sentido, confira, principalmente, as obras de FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: parte geral; LINDB. 12. ed. revista, ampliada e atualizada, v. I, Salvador: Juspodivm, 2014. p. 424-426; KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 67-68; SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1999. p. 26.

3 REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)*. Enciclopédia Saraiva do Direito, São Paulo, v. 2, p. 58-77, 1977.

4 Conforme afirma o próprio comercialista, a análise que desenvolveu sobre a desconsideração da personalidade jurídica foi parcialmente recepcionada pela Comissão Revisora do Código Civil, presidida por Miguel Reale, causando impactos sobre a norma integrante do artigo 49 do Anteprojeto. Nesse sentido, confira a obra de REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 27. ed. v. I, atualizada por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 393-394.

A despeito disso, a desconsideração da personalidade jurídica somente foi positivada no Direito brasileiro em 1990, pela norma prevista no artigo 28, do Código de Defesa do Consumidor. Trata-se de um marco importante, a partir do qual a desconsideração da personalidade jurídica foi se fazendo, paulatinamente, acolhida no país.

Por uma análise detida da legislação, vê-se que, após recepcionada pela codificação consumerista, a disregard doctrine foi adotada, expressamente, pelos artigos 18, da Lei nº 8.884/1994 (Lei Antitruste)<sup>5</sup>, 4º, da Lei nº 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais), 50, da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil) e 14, da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção)<sup>6</sup>, esta, aliás, instituindo uma nova modalidade de desconsideração administrativa.

Todo um regramento de conteúdo nitidamente material que, não obstante se apresente muito importante à identificação dos aspectos conceituais, classificatórios, finalísticos e, principalmente, de cabimento da desconsideração, não se mostrou suficiente à aferição dos expedientes a serem acatados, quando pretendido o afastamento da autonomia patrimonial da pessoa jurídica.

Como veremos, somente em 2015, tornou-se possível uma análise procedimental da desconsideração da personalidade jurídica baseada na legislação. O Novo Código de Processo Civil, pelos seus artigos 133 a 137, 313, VIII, 674, §2º, III, 790, VII, 792, §3º, 795, §4º, 932, VI, 1.015, caput e IV, 1.021 e 1.062, atribuiu contornos diferenciados à aplicabilidade da disregard theory no Brasil, proporcionando ganhos teóricos relevantes em prol de uma almejada democratização processual.

---

5 Insta frisar que essa lei teve dispositivos revogados pela Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, e que dispõe sobre prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. O artigo 34, da Lei referida, determina sobre a desconsideração da personalidade jurídica que: "Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração."

6 Nesse sentido veja a obra de TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o Direito Civil: impactos, diálogos e interações*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p.68.

## 2 O CARÁTER EXCEPCIONAL DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A desconconsideração da personalidade jurídica apresenta-se como um imprescindível mecanismo de coibição de abusos cometidos pelos membros (sócios) de uma dada pessoa jurídica (sociedade empresária ou não empresária), que se verifica pela utilização indevida da proteção conferida por sua personalidade jurídica.

O modelo jurídico em comento exsurge para evitar que a sociedade, afastando-se de sua finalidade socioeconômica, seja empregada de forma abusiva, como anteparo para fraude, no intuito de lesar o interesse dos credores da sociedade. Portanto, a aplicação ou não da desconconsideração da personalidade se fundamenta na análise de ocorrência de abuso da personalidade jurídica, que sobrevém nas hipóteses de abuso do direito, bem como, nas demais hipóteses legais de insolvência do fornecedor previstas na legislação consumerista.

Conforme afirmam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, pela teoria da desconconsideração, objetiva-se o superamento episódico da personalidade jurídica, com a finalidade de proporcionar a satisfação de direitos de titularidade de um terceiro lesado.<sup>7</sup>

Nesse sentido, a superação da personalidade jurídica tem como finalidade atribuir responsabilidade patrimonial ao integrante de uma pessoa jurídica, que a utilizou indevidamente. Traduz-se, assim, em “medida protetiva que tem por escopo a preservação da sociedade e a tutela dos direitos de terceiros, que com ela efetivaram negócios”.<sup>8</sup>

Em outros termos, não se pretende, com a desconconsideração da personalidade jurídica, a dissolução da sociedade. O que se busca é “superar

7 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: parte geral. 16. ed. revista e atualizada, v. I, São Paulo: Saraiva, 2014. p. 279. Nesse sentido, ainda, veja as obras de FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: parte geral. LINDB. 12. ed. revista, ampliada e atualizada, v. I, Salvador: Juspodivm, 2014. p. 423; TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 6. ed. v. I, São Paulo: Atlas, 2014. p. 239-240.

8 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de empresa*. 2. ed. reformada, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 543, v. 8. No mesmo sentido, confira as obras de CORDEIRO, Antônio Menezes. *O levantamento da personalidade coletiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 18; TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.240-241; 243-244; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 43; COELHO, Fábio Ulhôa. *Desconconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 13-14.

a forma externa da pessoa jurídica para, penetrando através dela, alcançar as pessoas e bens que debaixo do véu se ocultam”.<sup>9</sup>

Assim, uma vez identificados os pressupostos legais permissivos da desconsideração, impõe-se uma declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica e, por conseguinte, de sua autonomia patrimonial para determinados efeitos da personalização. A sociedade, no entanto, mantém-se íntegra, já que os efeitos da superação da personalidade jurídica operam-se somente inter partes.<sup>10</sup>

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, logo, “ao contrário do que pode parecer, é uma ratificação do instituto da personalização da pessoa jurídica, na medida em que não a anula”.<sup>11</sup> Como registra Flávio Tartuce, não se confundem a desconsideração e a despersonalização da empresa. Pela desconsideração, afasta-se a regra segundo a qual a pessoa jurídica tem existência distinta de seus membros (art. 50, do Código Civil); na despersonalização, a pessoa jurídica sofre dissolução.<sup>12</sup>

De conseguinte, pela disregard of legal entity, visa-se a tão somente evitar que a personalidade jurídica possa ser utilizada de modo desvirtuado. Afinal, “se os institutos jurídicos passam a existir para facilitar o tráfico econômico, em determinadas situações, estes mesmos institutos não devem

---

9 AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 6. ed. revista e aumentada de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 303.

10 Nesse sentido, confira, principalmente, as obras de REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)*. Enciclopédia Saraiva do Direito, São Paulo, v. 2, p. 58-77, 1977. p. 60;65; REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)*. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 410, p.12-24, 1969, p. 14; FIUZA, César. *Direito civil*: curso completo. 15. ed. revista, atualizada e ampliada, Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 154; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil. 26. ed. revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes, v. I, Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 281; LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 188; COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 353.

11 FIUZA, César. *Direito civil*: curso completo. 15. ed. revista, atualizada e ampliada, Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 154.

12 TARTUCE, Flávio. *Direito civil*: lei de introdução e parte geral. 9. ed. revista, ampliada e atualizada, v. I, São Paulo: Método, 2015. p. 260. No mesmo sentido, confira, notadamente, a obra de COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle da sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 283.

servir de escudo para que se possa obter vantagens decorrentes de seu uso, vantagens que não seriam alcançadas de outras formas”.<sup>13</sup>

### 3 AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Pela literatura especializada, duas teorias se destacam na estruturação das hipóteses de cabimento da desconsideração da personalidade jurídica. A primeira delas, denominada teoria menor, encontra-se adotada, sobretudo, pelo Código de Defesa do Consumidor. A segunda, chamada de teoria maior, foi recepcionada, especialmente, pelo Código Civil.

Em breve síntese, é possível afirmar que, pela teoria menor, a desconsideração da personalidade jurídica deve ocorrer sempre que essa personalidade se impuser como óbice à satisfação de um prejuízo causado ao credor. Por consectário, a simples insolvência da pessoa jurídica apresenta-se como pressuposto autorizativo da superação de sua personalidade, independentemente, da apuração de culpa ou dolo de seus sócios na geração da situação de fragilidade patrimonial. O que importa, pela teoria menor, é a satisfação de quem se relaciona como credor na relação instalada, sujeito que não pode assumir o risco da atividade econômica que não lhe pertence.<sup>14</sup>

13 STAJN, Rachel. Desconsideração da personalidade jurídica. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 67-71, 2002. p. 68. Nesse sentido, veja, ainda, a obra de PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 58.

14 Veja-se, nesse sentido, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: EMENTA: “RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. SHOPPING CENTER DE OSASCO-SP. EXPLOÇÃO. CONSUMIDORES. DANOS MATERIAIS E MORAIS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PESSOA JURÍDICA. DESCONSIDERAÇÃO. TEORIA MAIOR E TEORIA MENOR. LIMITE DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS SÓCIOS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REQUISITOS. OBSTÁCULO AO RESSARCIMENTO DE PREJUÍZOS CAUSADOS AOS CONSUMIDORES. ART. 28, §5º. [...] - A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. - Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. - A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do §5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. - Recursos especiais não conhecidos.” (REsp nº 279.273/SP, Relatora Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, Julgamento em 4 de dezembro de 2003, DJ 29 de março de 2004)

Pela teoria maior, por outro lado, a simples ausência de patrimônio da pessoa jurídica não se mostra suficiente à superação, sendo indispensável, também, a demonstração inequívoca do abuso da personalidade. Como esclarecem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, a teoria maior subdivide-se em subjetiva e objetiva, sendo a primeira baseada na demonstração da intenção deliberada do sócio em prejudicar terceiros ou em fraudar a lei, e a segunda fundada na disfunção empresarial, que pode ser causada por circunstâncias desatreladas da vontade, tais como a confusão patrimonial e a desorganização societária.<sup>15</sup>

Como se vê, uma distinção relevante para “sistematizar os limites à teoria da desconsideração, [...] sob pena de criar-se insegurança jurídica insuportável”.<sup>16</sup>

### 3.1 A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor foi o primeiro texto normativo a prever, expressamente, a desconsideração da personalidade jurídica no Brasil, ao estabelecer os seus pressupostos de cabimento, ainda, as consequências atribuídas ao desvirtuamento na utilização da sociedade.

A legislação consumerista positivou a superação da personalidade jurídica no artigo 28 do Código referido,<sup>17</sup> acolhendo a já abordada teoria menor da desconsideração. Como ressaltam Claudia Lima Marques, Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem, o reflexo da teoria da

15 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral*. LINDB. 12. ed. revista, ampliada e atualizada, v. I, Salvador: Juspodivm, 2014. p. 427-428. Nesse sentido, confira, ainda, as obras de TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 9. ed. revista, ampliada e atualizada, v. I, São Paulo: Método, 2015. p. 257; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 12. ed. v. I, São Paulo: Saraiva, 2014. p. 252; WALD, Arnoldo. *Da aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica pelo Superior Tribunal de Justiça: comentários ao acórdão no REsp 693.235/MS* (rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 30.11.2009). In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana de Oliveira (coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 143-144.

16 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 490.

17 O artigo 28, da Lei nº 8.078/1990, determina que: “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. [...] §5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”

desconsideração da personalidade jurídica “no esforço de proteção aos interesses do consumidor é facilitar o ressarcimento dos danos causados aos consumidores por fornecedores-pessoas jurídicas”.<sup>18</sup>

Insta frisar, nesse sentido, que as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica previstas na Lei nº 8.078/1990 são mais abrangentes do que as dispostas no Código Civil. Sobre o tema, Zelmo Denari esclarece que, de acordo com a norma haurida do artigo 28, do Código de Defesa do Consumidor, é permitida a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica: a) quando houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social; b) quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica; e c) quando, de alguma forma, sua personalidade servir de obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.<sup>19</sup>

Assim sendo, não obstante a existência de inúmeras críticas tecidas sobre a imperfeição teórica do Código de Defesa do Consumidor, principalmente, quanto à superação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica,<sup>20</sup> parece-nos que o dispositivo a que se faz referência erige-se como importante marco legislativo.<sup>21</sup>

18 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 622.

19 É o que se lê na obra de GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. revista, atualizada e reformada, v. I, Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 258.

20 Segundo Marlon Tomazette, as hipóteses constantes do caput, do artigo 28, do Código de Defesa do Consumidor, que se relacionam ao excesso de poder, à infração da lei, ao fato ou ao ato ilícito, à violação dos estatutos ou do contrato social, à falência, ao estado de insolvência, ao encerramento ou à inatividade da pessoa jurídica, não correspondem efetivamente à desconsideração, pois se trata de questão de haver imputação pessoal dos sócios ou administradores, não sendo necessário cogitar-se de superação. TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 6. ed. v. I, São Paulo: Atlas, 2014. p. 258-259. No mesmo sentido, confira a obra de STAJN, Rachel. Desconsideração da personalidade jurídica. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 67-74, 2002. p.72. André Luiz Santa Cruz Ramos, ademais, assevera que a doutrina comercialista critica a redação do artigo 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor, que prevê a desconsideração da pessoa jurídica quando há mero prejuízo do credor (consumidor), posto configurar um violento golpe contra a segurança jurídica, podendo causar danos ao mercado. RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial esquematizado*. 5. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Método, 2015. p. 419-420. Para acessar outras críticas, veja, ainda, a obra de SILVA, Maurício Faria da. Abusos na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade limitada. In: MARQUES, Jader; FARIA, Maurício (orgs.). *Desconsideração da personalidade jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.151-152;157.

21 É o que se estampa, igualmente, na obra de BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 7. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 161.

Note-se que, apesar de mitigar o rigor conceitual da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o artigo 28, em seu §5º, mostra-se harmônico com todo o sistema consumerista.<sup>22</sup> Como anota Leonardo de Medeiros Garcia, em consonância com os objetivos de defesa e de proteção do consumidor, na Lei nº 8.078/1990, a superação da personalidade jurídica poderá ocorrer independentemente da demonstração de fraude ou de abuso de direito. A desconsideração poderá ocorrer sempre que a personalidade atribuída à sociedade for obstáculo ao ressarcimento dos danos sofridos pelo consumidor.<sup>23</sup>

### 3.2 A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código Civil

No Direito brasileiro, a desconsideração da personalidade jurídica também está prevista no artigo 50, do Código Civil.<sup>24</sup> Centrados no abuso da personalidade jurídica, os pressupostos de cabimento da superação foram fixados para as relações paritárias, tanto de Direito Civil quanto de Direito Empresarial.<sup>25</sup>

22 BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de direito do consumidor – à luz da jurisprudência do STJ*. 9. ed. revista, ampliada e atualizada, Salvador: Juspodivm, 2014. p. 238-240. No mesmo sentido, confira a obra de GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. revista, atualizada e reformada, v. I, Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 253.

23 GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*. 10. ed. revista, ampliada e atualizada, Salvador: Juspodivm, 2014. p. 264 e 268. Com fundamento na denominada teoria do diálogo das fontes, afirma Leonardo de Medeiros Garcia que a norma extraída do artigo 28, § 5º, do CDC, é plenamente aplicável no âmbito trabalhista. É que, tanto no sistema normativo consumerista quanto no sistema trabalhista, a proteção do hipossuficiente é resguardada, seja pela tutela do consumidor, seja pela tutela do trabalhador. Nesse sentido, veja: GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*. 10. ed. revista, ampliada e atualizada, Salvador: Juspodivm, 2014. p. 266 e 270. Pela aplicação da norma disposta no artigo 50 do Código Civil ao âmbito trabalhista, tendo em vista a previsão do artigo 8º da CLT, confira as obras de FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral*; LINDB. 12. ed. revista, ampliada e atualizada, v. I, Salvador: Juspodivm, 2014. p. 443-445; GONÇALVES, Oksandro. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 67.

24 O artigo 50, da Lei nº 10.406/2002, determina que: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

25 Nesse sentido, veja, especialmente, a obra de WALD, Arnoldo. Da aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica pelo Superior Tribunal de Justiça: comentários ao acórdão no REsp 693.235/MS (rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 30.11.2009). In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana de Oliveira (coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 142.

No que tange ao Código Civil, observa-se que as hipóteses de cabimento da superação da personalidade jurídica assumem matizes distintas das que foram acolhidas pela legislação consumerista, já que, nas relações paritárias de Direito Civil e de Direito Empresarial, não vigora a exigência de tutela da pessoa vulnerável, como se dá no Direito do Consumidor. Se, como vimos, pela Lei nº 8.078/1990, foi recepcionada a teoria menor da desconsideração, tal não ocorreu pela Lei nº 10.406/2002.

De acordo com a dogmática jurídica, o Código Civil acolheu a teoria maior da desconsideração, em sua concepção objetiva. Por isso, a superação, que se baseia no prejuízo do credor e, ainda, na demonstração do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial, dispensa a identificação do aspecto subjetivo atrelado à intencionalidade da prática abusiva pelos sócios da pessoa jurídica.<sup>26</sup>

A norma prevista no artigo 50, do Código Civil, estabeleceu a possibilidade de que a desconsideração da personalidade jurídica ocorra sempre que apurado um desvirtuamento da sociedade em prol da implementação de uma finalidade não prevista em seu objeto social, e, igualmente, quando, pela mescla ou reunião do patrimônio societário com o patrimônio do sócio, mostre-se impossibilitada a identificação dos limites patrimoniais de ambos, em patente violação à função social da empresa.<sup>27</sup>

Para que a superação sobrevenha em conformidade com o Código Civil brasileiro, portanto, não basta a demonstração de uma situação de insolvência da pessoa jurídica, como determina o artigo 28, §5º, do Código de Defesa de Consumidor. A norma disposta no artigo 50 reproduz, com mais fidelidade, os escopos pretendidos pela disregard doctrine,<sup>28</sup> e, por

---

26 É o que se extrai das obras de FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral*; LINDB. 12. ed. revista, ampliada e atualizada, v. I, Salvador: Juspodivm, 2014. p. 434-435; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 12. ed. v. I, São Paulo: Saraiva, 2014. p. 253; LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 188. Em sentido contrário, confira a obra de TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 6. ed. v. I, São Paulo: Atlas, 2014. p. 265.

27 Sobre o assunto, pronuncia-se Luciano Dequech: "A separação entre o patrimônio dos sócios e o patrimônio da sociedade e a limitação de responsabilidade dos primeiros exerce a primordial função econômica de permitir que a empresa atinja seus objetivos sociais, objetivos estes que não devem se confundir com os objetivos pessoais de seus sócios. Quando isso ocorre, há abuso de personalidade, que corretamente autoriza a sua desconsideração." DEQUECH, Luciano. A desconsideração da personalidade jurídica. In: RÉGIS, Mário Luiz Delgado; ALVES, Jones Figueirêdo (coords.). *Questões controversas: parte geral do código civil*. São Paulo: Método, 2007. p. 264.

28 CEOLIN, Ana Caroline Santos. *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 18. No mesmo sentido, confira a obra de COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa [sociedades]*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 34, v. II.

isso, deve ser compreendida como uma regra geral a ser observada sempre que a desconsideração da personalidade jurídica não seja pleiteada com base em microssistemas legais que adotem pressupostos específicos, nos termos do Enunciado nº 51 do Conselho da Justiça Federal.<sup>29</sup>

Por conseguinte, consoante assevera César Fiuza, para a correta aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, “devem ser mesclados os seguintes objetivos: coibir a fraude, o desvio de finalidade da pessoa jurídica, a confusão patrimonial, garantir o direito de receber dos credores e proteger o instituto da pessoa jurídica”.<sup>30</sup> Além disso, afirma o autor que “deve o intérprete ficar atento para o fato de não haver nenhuma outra norma que resolva o caso, responsabilizando os sócios pessoalmente”.<sup>31</sup>

Daí, a partir do Código Civil, é de se concluir que a pessoa jurídica encontra-se prestigiada. Reconhecida a sua importância no desenvolvimento das atividades econômicas, a superação de sua autonomia patrimonial

29 De acordo com o Enunciado nº 51, da Primeira Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica – disregard doctrine – fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema. Sobre a desconsideração da personalidade jurídica, vê-se, ainda, os enunciados seguintes: Enunciado nº 7, da I Jornada de Direito Civil: Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido; Enunciado nº 146, da III Jornada de Direito Civil: Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial). (Este Enunciado não prejudica o Enunciado n. 7); Enunciado nº 281, da IV Jornada de Direito Civil: A aplicação da teoria da desconsideração, descrita no art. 50 do Código Civil, prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica; Enunciado nº 282, da IV Jornada de Direito Civil: Art. 50. O encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta para caracterizar abuso de personalidade jurídica; Enunciado nº 283, da IV Jornada de Direito Civil: Art. 50. É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada “inversa” para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros; Enunciado nº 284, da IV Jornada de Direito Civil: As pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos ou de fins não econômicos estão abrangidas no conceito de abuso da personalidade jurídica; Enunciado nº 285, da IV Jornada de Direito Civil: A teoria da desconsideração, prevista no art. 50 do Código Civil, pode ser invocada pela pessoa jurídica, em seu favor; Enunciado nº 470, da IV Jornada de Direito Civil: Art. 980-A: O patrimônio da empresa individual de responsabilidade limitada responderá pelas dívidas da pessoa jurídica, não se confundindo com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, sem prejuízo da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados aprovados. AGUIAR JÚNIOR, Ministro Ruy Rosado de. (org.). Brasília: Conselho da Justiça Federal (Centro de Estudos Judiciário), 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

30 FIUZA, César. *Direito civil*: curso completo. 15. ed. revista, atualizada e ampliada, Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 158.

31 *Ibidem*, p. 158.

somente é admitida quando se mostre imprescindível à repressão do abuso de sua personalidade.<sup>32</sup>

#### 4 A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Finalizando a abordagem dos aspectos não procedimentais relativos à desconsideração da personalidade jurídica, é de se ressaltar que, no Brasil, doutrina e jurisprudência acolhem, já há algum tempo, a possibilidade de que, excepcionalmente, ocorra a denominada desconsideração inversa da personalidade jurídica.<sup>33</sup>

32 É o que se lê, especialmente, na obra COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa [sociedades]*. 18. ed. v. II, São Paulo: Saraiva, 2014. p. 78.

33 Na doutrina, é o que se estampa, notadamente, nas obras de COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa [sociedades]*. 18. ed. v. II, São Paulo: Saraiva, 2014. p. 68-69; TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 9. ed. revista, ampliada e atualizada, v. I, São Paulo: Método, 2015. p. 260; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 12. ed. v. I, São Paulo: Saraiva, 2014. p. 257; GUSMÃO, Mônica. *Lições de direito empresarial*. 11. ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense 2012. p. 270-272; TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 6. ed. v. I, São Paulo: Atlas, 2014. p. 285-286; RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial esquematizado*. 5. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Método, 2015. p. 423-425. Na Jurisprudência, confira os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: EMENTA: "PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. ART.50 DO CC/02. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA. POSSIBILIDADE. [...] III - A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador. IV - Considerando-se que a finalidade da disregard doctrine é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/02, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma. V - A desconsideração da personalidade jurídica configura-se como medida excepcional. [...] Recurso especial não provido." (REsp nº 948.117/MS, Relatora Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, Julgamento em 22 de junho de 2010, DJ 3 de agosto de 2010). EMENTA: "DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA. COMPANHEIRO LESADO PELA CONDUTA DO SÓCIO. ARTIGO ANALISADO: 50 DO CC/02. [...] 2. Discute-se se a regra contida no art. 50 do CC/02 autoriza a desconsideração inversa da personalidade jurídica e se o sócio da sociedade empresária pode requerer a desconsideração da personalidade jurídica desta. 3. A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador. 4. É possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica sempre que o cônjuge ou companheiro empresário valer-se de pessoa jurídica por ele controlada, ou de interposta pessoa física, a fim de subtrair do outro cônjuge ou companheiro direitos oriundos da sociedade afetiva. [...] (REsp nº 1.236.916 - RS, Relatora Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, Julgamento em 22 de outubro de 2013, DJ 28 de outubro de 2013)

Também nomeada de desconsideração indireta, invertida ou às avessas, a faculdade episódica verifica-se quando o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica é afastado para proporcionar a satisfação dos prejuízos causados pelo seu próprio sócio. Trata-se, logo, da possibilidade de que o patrimônio social da pessoa jurídica seja atingido para o adimplemento de obrigações que não foram assumidas por essa, mas, por seu sócio, que se vale da pessoa jurídica para ocultar ou desviar o seu patrimônio pessoal em prejuízo de terceiros.<sup>34</sup>

Legislativamente, apenas no ano de 2015, com a publicação do Novo Código de Processo Civil, é que a desconsideração da personalidade jurídica inversa foi recepcionada no Brasil. Apesar do seu acolhimento expresso, contudo, nenhuma consideração mais aprofundada lhe foi destinada pela Lei nº 13.105/2015.<sup>35</sup>

## **5 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

A despeito da relevância teórica atribuída à disregard theory, sobretudo, aos seus aspectos históricos, finalísticos, conceituais e classificatórios, no âmbito legislativo brasileiro, até o mês de março de 2015, somente as suas hipóteses de cabimento encontravam-se positivadas. Por consectário, apenas com a edição da Lei nº 13.105, que instituiu o Novo Código de Processo Civil, apresentou-se viável uma abordagem procedimental da desconsideração da personalidade jurídica, de modo despegado de argumentos exclusivamente doutrinários ou jurisprudenciais.

O Novo Código de Processo Civil, assim, pioneiramente, anuncia os expedientes a serem observados à desconsideração da personalidade jurídica no Brasil, estipulando um significativo regramento, cujo exame é realizado nos subitens seguintes.

### **5.1 O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica e a Efetividade Procedimental**

De início, é de se registrar que, não obstante a desconsideração da personalidade jurídica possa ser pleiteada já na petição inicial de uma ação de conhecimento ou de execução, hipótese em que é exigida a citação

34 É o que se estampa no aludido Enunciado nº 283, da IV Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal.

35 O artigo 133, §2º, da Lei nº 13.105/2015, determina que: “Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.”

do sócio ou da pessoa jurídica, conforme se trate de uma desconsideração tradicional ou inversa (art. 134, § 2º), o Novo Código de Processo Civil brasileiro excluiu a necessidade de instauração de ação própria à superação dessa personalidade.

A nova codificação, no seu artigo 134, caput, acabou por recepcionar uma faculdade que já se encontra, ostensivamente, estampada na dogmática jurídica que, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, reconhece a viabilidade de que o pedido de desconsideração seja formulado por simples incidente, de instauração autorizada nos âmbitos, cognitivo e jurissatisfativo.<sup>36</sup>

É que, de há muito, aduz-se que a exigência da propositura de ação autônoma à apuração das hipóteses de cabimento da desconsideração da personalidade jurídica seria contrária à efetividade procedimental. Como esclarecem Eduardo Arruda Alvim e Daniel Willian Granado, em conformidade com o magistério de João Batista Lopes e Antônio Pereira Gaio Junior,<sup>37</sup> “seria muito dispendioso e moroso fazer com que o credor ajuizasse nova ação tão somente para efetivar a desconsideração da personalidade jurídica”.<sup>38</sup>

Daí, desde que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica tenha a sua estrutura técnica regida principiologia constitucional

36 Apesar da norma extraída do artigo 795, § 4º, do Novo Código de Processo Civil brasileiro, estabelecer a obrigatoriedade de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica à apuração da responsabilidade patrimonial do sócio ou da pessoa jurídica, é de se notar que, pela norma disposta no artigo 134, § 2º, também da Lei nº 13.105/15, é permitida que a desconsideração da personalidade jurídica seja pleiteada já na petição inicial de um procedimento de conhecimento ou de execução. Assim, a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica deve ser compreendida como uma faculdade, que poderá ser exercida ou não. O que se veda, pela legislação, é que os bens de titularidade do sócio ou da pessoa jurídica sejam alcançados por um ato de constrição judicial não precedido da oportunidade de sua participação, seja no espaço procedimental da ação proposta, seja no recinto incidental. A norma prevista no artigo 674, § 2º, III, do Novo Código de Processo Civil, aliás, é taxativa ao dispor que, quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte, considera-se legitimado para a propositura da ação de embargos de terceiro. Se o sócio ou a pessoa jurídica já constar como parte na ação proposta, entretanto, a hostilização do ato judicial deverá ser realizada mediante emprego de técnica diversa.

37 LOPES, João Batista. Desconsideração da personalidade jurídica no novo código civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 92, v. 818, p. 36-46, dez. 2003. p. 44; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Desconsideração da personalidade jurídica: considerações sobre o “incidente” à luz do novo CPC – PLS nº 166/2010. *Revista Magister de Direito Empresarial*, n. 53, p. 17-34, out./nov. 2013. p. 28.

38 ARRUDA ALVIM, Eduardo; GRANADO, Daniel Willian. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, ano 106, v. 412, p. 63-84, nov./dez. 2010. p. 76.

do processo,<sup>39</sup> nenhum prejuízo aos sócios ou à sociedade decorreria da desnecessidade da instauração de ação específica à aferição dos pressupostos legais impositivos do afastamento patrimonial da pessoa jurídica. Essa orientação, que já foi adotada pelo Superior Tribunal de Justiça,<sup>40</sup> viu-se acolhida, igualmente, pelo Novo Código de Processo Civil brasileiro, especialmente, pelas normas dispostas nos seus artigos 135 e 136.

## 5.2 A Legitimidade para Instaurar o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica e os seus Pressupostos Autorizativos

Pela Lei nº 13.105/2015, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica poderá ser instaurado pela parte ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir no procedimento (art. 133, caput). Assim sendo, é de registrar que, quanto ao órgão ministerial, é permitida a atuação em prol da superação da personalidade jurídica não apenas quando se apresenta como autor ou réu, mas, também, quando assume a condição de custos legis.<sup>41</sup>

39 Nesse sentido, confira, sobretudo, as obras de BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 87; DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Regras processuais no código civil: aspectos da influência do código civil de 2002 na legislação processual*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 12; GOMES, Magno Federici; MAIA, Estefânia Lima. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor: análise dos aspectos processuais. *Revista Magister de Direito Empresarial*, n. 21, p. 20-36, jun./jul. 2008. p. 33 e 35.

40 Nesse sentido, confira o seguinte julgado: EMENTA: "RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO DE FALÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (CC/2002, ART. 50). SOCIEDADE EMPRESÁRIA IMPETRANTE PERTENCENTE AO MESMO GRUPO ECONÔMICO DA FALIDA. DESNECESSIDADE DE AÇÃO AUTÔNOMA. IMPRESCINDIBILIDADE DO CONTRADITÓRIO (CF, ART. 5º, LIV E LV). RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. É possível atingir, com a desconsideração da personalidade jurídica, empresa pertencente ao mesmo grupo econômico da sociedade empresária falida, quando a estrutura deste é meramente formal, sendo desnecessário o ajuizamento de ação autônoma para a verificação de fraude ou confusão patrimonial. Precedentes. 2. No caso, entretanto, houve violação formal ao due process of law, em seu consectário princípio do contraditório (CF, art. 5º, LIV e LV), pois a sociedade empresária atingida pela desconsideração não teve oportunidade de se manifestar acerca da medida que lhe foi imposta. 3. Não se pode adotar medida definitiva que afete bem da vida em determinada instância judicial sem que se garanta o contraditório. A validade das decisões judiciais requer a observância de um processo justo, em suas dimensões formal e material. 4. Necessário assegurar à impetrante o direito de ser ouvida no juízo da falência acerca da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em relação à sua pessoa, podendo deduzir as alegações que entender relevantes e requerer produção de provas, cabendo ao il. julgador deliberar como entender de direito. 5. Recurso ordinário parcialmente provido." (RMS nº 29697/RS, Relator Min. Raul Araújo, Quarta Turma, Julgamento em 23 de abril de 2013, DJe 1º de agosto de 2013).

41 No mesmo sentido, veja a obra de BUENO, Cássio Scarpinella. Desconsideração da personalidade jurídica no projeto do novo código de processo civil. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes et al. *Direito processual empresarial*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 123.

Segundo as normas previstas nos artigos 133, §1º, e 134, §4º, da nova codificação, a parte ou o fiscal da lei deverá demonstrar, em seu pleito de desconsideração da personalidade jurídica, que se encontra preenchida hipótese legal que permita a excepcional responsabilização patrimonial do sócio ou da pessoa jurídica. O Novo Código de Processo Civil brasileiro, contudo, como era mesmo de se esperar, não se pronunciou sobre esses pressupostos.<sup>42</sup>

### 5.3 O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica e a Suspensão Procedimental

De acordo com as normas previstas nos artigos 134, §3º, e 313, VIII, do Novo Código de Processo Civil, com a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, que será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações pertinentes (art. 134, § 1º, do NCPC), ocorrerá a suspensão do processo, ou, como preferimos, do procedimento.<sup>43</sup> Pela Lei nº 13.105/2015, durante o período de suspensão, é vedada a prática de qualquer ato no procedimento, embora seja autorizado ao julgador “determinar a realização de atos urgentes a fim de evitar dano irreparável” (art. 314, caput).

Neste caso, vê-se que a nova codificação apenas ratifica a norma prevista no artigo 266 do Código de Processo Civil de 1973. A despeito da ressalva imposta pela nova codificação à determinação da prática de atos urgentes no prazo de suspensão procedimental causada pela arguição da suspeição e do impedimento do juiz (art. 314, fine, e 146, §3º), quanto ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nenhuma novidade se impõe.

---

42 Nesse sentido veja a obra de TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o Direito Civil: impactos, diálogos e interações*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 77-80.

43 Adotando-se a teoria do processo como relação jurídica, apresenta-se tormentosa a distinção de processo e procedimento. Veja-se, nesse sentido, o magistério de Manuel Galdino da Paixão Júnior, para quem o “Procedimento é o modo de se fazer algo. No processo, são as formalidades a serem obrigatoriamente seguidas na prática válida e eficaz dos atos que o compõem, a maneira de praticá-los. É o rito. O cerimonial. Vai-se tratar dos aspectos formais dos atos do processo. Tome-se um exemplo. O cristão acredita numa realidade sobrenatural. Reza, ora, faz preces. Muitas vezes em sua própria casa, sozinho, ao se despertar; em outras, nos atos públicos, na coletividade religiosa e que faz parte. Na segunda hipótese, a mesma conversa que ele acredita ter mantido reservadamente, silencioso, com a entidade sobrenatural, repete-se, em forma coletiva mediante uma liturgia. Um procedimento. No processo é assim mesmo. Existem liturgias. Modelos que a lei define para serem observados na prática de atos que se solenizam.” (PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino. *Teoria geral do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 168).

Pelo contrário, o Novo Código de Processo Civil sequer estabeleceu o prazo de suspensão procedimental para essa hipótese,<sup>44</sup> motivo pelo qual caberá ao magistrado determiná-lo, em acatamento à norma disposta no artigo 218, §1º, da Lei nº 13.105/2015.

Ao que nos parece, a suspensão do procedimento deverá ocorrer até que seja decidido o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, seja essa tradicional ou inversa. Com base na norma haurida do artigo 139, VI, do Novo Código de Processo Civil brasileiro, no entanto, é de se frisar que o período de suspensão procedimental poderá ser dilatado pelo julgador, sempre que necessário para conferir maior efetividade à tutela do direito debatido.

#### 5.4 O Devido Processo Constitucional e a Regência do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica

Em atendimento à norma disposta no artigo 5º, LV, da Constituição brasileira de 1988, o Novo Código de Processo Civil determina que, uma vez instaurado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, deverá ocorrer a citação do sócio ou da pessoa jurídica para, no prazo de quinze dias, manifestar-se e requerer a produção dos meios de prova que entender pertinentes (art. 135).<sup>45</sup>

Pela Lei nº 13.105/2015, logo, é inadmissível que a autonomia patrimonial da pessoa jurídica seja afastada por uma decisão extraída da sensibilidade do juiz que, guiado por qualidades que lhe seriam especialmente atribuídas pela investidura no cargo público de magistrado,<sup>46</sup> ostentaria a condição de aferir, de modo solitário, o preenchimento ou não das hipóteses autorizativas da superação da personalidade jurídica.

44 O Novo Código de Processo Civil brasileiro, em seus artigos 313 a 315 fixa vários marcos temporais de duração da suspensão procedimental. Nenhuma alusão, porém, faz em relação à suspensão do procedimento causada pela instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

45 Veja-se, nesse sentido, que, complementando a norma extraída do artigo 137, do Novo Código de Processo Civil brasileiro, a norma prevista no artigo 792, § 3º, do mesmo código, determina que, nas hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, “a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar”.

46 Na jurisprudência, destacando a especialidade do julgador em relação aos demais do povo, confira o voto proferido pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Humberto Gomes de Barros, na análise do Agravo Regimental em Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 279.889-AL, que foi julgado em 14 de agosto de 2002. Para acessar críticas contundentes ao posicionamento explicitado nesse julgado, confira as obras de LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

No incidente em exame, é vedada a decretação da desconsideração da personalidade jurídica por decisão não precedida da oferta de oportunidade de participação ao sócio ou à pessoa jurídica. Mediante o emprego de argumentos e de meios de prova, o terceiro que poderá ter os seus bens alcançados pela execução tem a oportunidade de influenciar no conteúdo da decisão tomada sobre o pedido formulado pela parte ou pelo fiscal da lei, evitando-se, dessa forma, que seja surpreendido por um pronunciamento decorrente de uma cognição que, lamentavelmente, veja-se enunciada como atividade privativa do julgador.

Nesse punctum saliens, portanto, o Novo Código de Processo Civil brasileiro rejeita, expressamente, entendimento segundo o qual a mera oportunidade de exercício do direito de fiscalidade decisória baste à constitucionalidade da decisão determinativa da superação da personalidade jurídica. A simples oferta de um contraditório diferido, que se instalaria pela apresentação da impugnação ao cumprimento de sentença, dos embargos à execução, da objeção na execução ou de recursos à hostilização da decisão pelo sócio ou pela pessoa jurídica não se presta, per se, a propiciar que os destinatários dos efeitos decisórios reconheçam-se como coautores dessa decisão,<sup>47</sup> ao contrário do que se lê no posicionamento majoritariamente sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça.<sup>48</sup>

47 Sobre a coautoria decisória, veja, especialmente, as obras de LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 101-108; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 274 e 326; LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002. p. 159-199; THIBAU, Vinicius Lott. *Presunção e prova no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Arraes, 2011. p. 90-93.

48 Por amostragem, confira os seguintes julgados: EMENTA: “DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E MATERIAIS. OBSERVÂNCIA. CITAÇÃO DOS SÓCIOS EM PREJUÍZO DE QUEM FOI DECRETADA A DESCONSIDERAÇÃO. DESNECESSIDADE. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO GARANTIDOS COM A INTIMAÇÃO DA CONSTRIÇÃO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. VIA ADEQUADA PARA A DISCUSSÃO ACERCA DO CABIMENTO DA DISREGARD. RELAÇÃO DE CONSUMO. ESPAÇO PRÓPRIO PARA A INCIDÊNCIA DA TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO. ART. 28, § 5º, CDC. PRECEDENTES. 1. A desconsideração da personalidade jurídica é instrumento afeito a situações limítrofes, nas quais a má-fé, o abuso da personalidade jurídica ou confusão patrimonial estão revelados, circunstâncias que reclamam, a toda evidência, providência expedita por parte do Judiciário. Com efeito, exigir o amplo e prévio contraditório em ação de conhecimento própria para tal mister, no mais das vezes, redundaria em esvaziamento do instituto nobre. 2. A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual e não como um processo incidente, razão pela qual pode ser deferida nos próprios autos, dispensando-se também a citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, bastando a defesa apresentada a posteriori, mediante embargos, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade. 3. Assim, não prospera a tese segundo a qual não seria cabível, em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, a discussão acerca da validade

Daí, pela nova codificação, o incidente instalado à superação da personalidade jurídica deve ser regido, desde a sua instauração, pelo devido processo constitucional.<sup>49</sup> Assim ocorrendo, o sócio ou a sociedade que

da desconsideração da personalidade jurídica. Em realidade, se no caso concreto e no campo do direito material fosse descabida a aplicação da Disregard Doctrine, estar-se-ia diante de ilegitimidade passiva para responder pelo débito, insurgência apreciável na via da impugnação, consoante art. 475-L, inciso IV. Ainda que assim não fosse, poder-se-ia cogitar de oposição de exceção de pré-executividade, a qual, segundo entendimento de doutrina autorizada, não só foi mantida, como ganhou mais relevo a partir da Lei nº 11.232/2005. 4. Portanto, não se havendo falar em prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, em razão da ausência de citação ou de intimação para o pagamento da dívida (art. 475-J do CPC), e sob pena de tornar-se infrutuosa a desconsideração da personalidade jurídica, afigura-se bastante - quando, no âmbito do direito material, forem detectados os pressupostos autorizadores da medida - a intimação superveniente da penhora dos bens dos ex-sócios, providência que, em concreto, foi realizada. 5. No caso, percebe-se que a fundamentação para a desconsideração da pessoa jurídica está ancorada em "abuso da personalidade" e na "ausência de bens passíveis de penhora", remetendo o voto condutor às provas e aos documentos carreados aos autos. Nessa circunstância, o entendimento a que chegou o Tribunal a quo, além de ostentar fundamentação consentânea com a jurisprudência da Casa, não pode ser revisto por força da Súmula 7/STJ. 6. Não fosse por isso, cuidando-se de vínculo de índole consumerista, admite-se, a título de exceção, a utilização da chamada "teoria menor" da desconsideração da personalidade jurídica, a qual se contenta com o estado de insolvência do fornecedor somado à má administração da empresa, ou, ainda, com o fato de a personalidade jurídica representar um "obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores", mercê da parte final do caput do art. 28, e seu § 5º, do Código de Defesa do Consumidor. [...] (REsp 1096604/DF, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/08/2012, DJe 16/10/2012) "PROCESSO CIVIL. ARTS. 458, II, E 535, I E II, DO CPC. OFENSA. NÃO-OCORRÊNCIA. SÚMULA N. 284/STF. ANÁLISE DE CLÁUSULAS DE CONTRATO E REEXAME DE PROVA. SÚMULAS NS. 5 E 7/STJ. MATÉRIAS INFRACONSTITUCIONAIS. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA N. 211/STJ. AUTO-FALÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ARRESTO DOS BENS DOS SÓCIOS. DESNECESSIDADE DE AÇÃO AUTÔNOMA. DECRETAÇÃO NO PROCESSO FALIMENTAR. IMPUGNAÇÃO VIA RECURSOS CABÍVEIS. DESRESPEITO AO CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL. NÃO-OCORRÊNCIA. IMPUGNAÇÃO VIA RECURSOS CABÍVEIS. PRECEDENTES. SÚMULA N. 83/STJ. [...] 5. No âmbito civil, cabe ao magistrado, a teor de diretriz jurisprudencial desta Corte, desconsiderar a personalidade jurídica da empresa por simples decisão interlocutória nos próprios autos da falência, sendo, pois, desnecessário o ajuizamento de ação autônoma para esse fim. 6. Decretada a desconsideração da personalidade jurídica da falida, com a conseqüente propagação dos seus efeitos aos bens patrimoniais dos sócios, não ocorre desrespeito aos postulados do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, nem maltrato a direito líquido e certo de terceiros prejudicados, quando patente sua legitimidade para defesa dos seus direitos, mediante a interposição perante o juízo falimentar dos recursos cabíveis. Precedentes: REsp n. 228.357-SP, Terceira Turma, relator Ministro Castro Filho, DJ de 2.2.2004; REsp n. 418.385-SP, Quarta Turma, relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ de 3.9.2007. 7. "Não se conhece do recurso especial, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" - Súmula n. 83 do STJ. 8. Recurso especial não-conhecido." (REsp 881330/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 19/08/2008, DJe 10/11/2008).

49 Sobre o devido processo constitucional, veja, principalmente, as obras de BRÉTAS, Ronaldo C. Dias. *Processo constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 127-129; LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo - uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 23-38; LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: 2008. p. 129-153; ALVES, Andréa Alves. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum,

poderá ter o seu patrimônio atingido, denominados responsáveis, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica (art. 790, VII, do NCPC), terá a oportunidade de exercer não apenas o direito de fiscalização da decisão a que se faz referência, como, também, o direito de participação na construção dessa decisão.

### 5.5 O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica e a Racionalidade Decisória

Uma vez concluída a instrução, se necessária a sua realização, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica será resolvido por decisão interlocutória (art. 136 do NCPC). Em conformidade com a Lei nº 13.105/2015, portanto, ao decretar a superação da personalidade jurídica, impõe-se ao órgão jurisdicional que fundamente a decisão proferida, com o acatamento das determinações dispostas nos artigos 93, IX, da Constituição brasileira de 1988, e 489, do Novo Código de Processo Civil.

Por consequência, quanto à desconsideração da personalidade jurídica, a decisão prolatada deverá enfrentar todos os argumentos deduzidos no procedimento que sejam capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo órgão jurisdicional sobre o afastamento ou não da autonomia patrimonial da pessoa jurídica.

É que, no Direito Democrático, a cognição consiste em um exame compartilhado dos fatos e do direito fixados no procedimento.<sup>50</sup> Por conquistas teóricas obtidas pela Ciência do Processo, é possível afirmar que, nos dias de hoje, “a racionalidade da decisão não decorre da qualidade pessoal do juiz que, de modo solipsista e imperturbável, impõe-se como capaz de bem estabelecer o destino jurídico do povo mediante análise diferenciada do direito e do resultado probatório”,<sup>51</sup> mas, da estrutura técnico-normativa que, processualizada, erige-se como espaço de plena coautoria decisória.

Por isso, desde a crise do Estado Social, a monologia decisória que viabilizou o autoritarismo de um “Estado que se assume como agente conformador da realidade social e que busca, inclusive, estabelecer formas

---

2005. p. 122-130; WALTER, Carlos Humberto. *Discurso jurídico na democracia – processualidade constitucionalizada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 155-164.

50 MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição – uma inserção no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 111-122.

51 THIBAU, Vinícius Lott. Teoria do processo democrático e técnica probatória. In: BRÊTAS, Ronaldo C. Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Técnica processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 61.

de vida concretas, impondo pautas ‘públicas’ de vida boa”,<sup>52</sup> apresenta-se arcaica. Uma decisão que não enfrente todas as teorias fático-jurídicas suscitadas no procedimento é ratificadora da ultrapassada ideologia bülowiana da relação jurídica, em que a “atividade cerebrina, intuitiva, iluminada ou sábia do julgador é que ocupa o lugar central na resolução do conflito”.<sup>53</sup>

## 5.6 A Recorribilidade e o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica

Por fim, ao se pronunciar sobre a recorribilidade da decisão proferida no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, a norma prevista no artigo 136, parágrafo único, do Novo Código de Processo Civil, cinge-se a indicar que, se essa for proferida pelo relator, é cabível o recurso de agravo interno para a sua impugnação.

A determinação referida, no entanto, que se encontra corroborada pelo disposto no artigo 1.021 da nova codificação, apenas se apresenta aplicável quando o incidente de desconsideração da personalidade jurídica for instaurado originariamente no tribunal, conforme determina o artigo 932, VI, da Lei nº 13.105/2015.

Quando a instauração do incidente destinado à superação da personalidade jurídica não for instaurado originariamente no tribunal, é de se observar, sempre que possível, as normas extraídas do artigo 1.015, caput e inciso IV, do Novo Código de Processo Civil, as quais explicitam o cabimento do recurso de agravo de instrumento contra a decisão interlocutória que versar sobre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

---

52 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 59.

53 LEAL, André Cordeiro. A inconstitucional ancianidade do (ante) projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: MURTA, Antônio Carlos Diniz; LEAL, André Cordeiro. *A tensão entre o público e o privado – ensaios sobre os paradoxos do projeto democrático constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 103. No mesmo sentido, confira as obras de LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo – primeiros estudos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 194-195; MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição – uma inserção no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 165-175; THIBAU, Vinícius Lott. Teoria do processo democrático e técnica probatória. In: BRÉTAS, Ronaldo C. Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Técnica processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 60. Para acessar os conteúdos informativos da relação jurídica processual, confira a obra de BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción Miguel Anel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964.

Sempre que possível porque, com base na norma haurida do artigo 1.062, da Lei nº 13.105/2015, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica aplica-se aos procedimentos sumaríssimos extravagantes de competência dos Juizados Especiais, nos quais a recorribilidade decisória apresenta-se regulamentada de um modo bastante peculiar.

## 6 CONCLUSÃO

A consagração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica teve por finalidade fixar parâmetros adequados de aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica, tendo como fundamento os requisitos legais estabelecidos na legislação material, notadamente, os artigos 28 do Código de Defesa do Consumidor (relações jurídicas não paritárias) e 50 do Código Civil (relações jurídicas paritárias).

Com base no exposto, é de se salientar a importância do regramento procedimental da desconconsideração da personalidade jurídica instituído pela Lei nº 13.105/2015. É que, apesar dos pressupostos autorizativos dessa desconconsideração já se encontrarem legalmente previstos, desde o ano de 1990, os expedientes procedimentais a serem acatados ao episódico afastamento da autonomia patrimonial da pessoa jurídica somente foram positivados com o advento do Novo Código de Processo Civil.

Diante disso, com a publicação da Lei nº 13.105/2015, tornou-se possível uma abordagem procedimental da desconconsideração da personalidade jurídica no Brasil, de maneira dissociada de argumentos exclusivamente doutrinários e jurisprudenciais, os quais, aliás, em aspectos variados, foram afastados em prol de uma abordagem mais eficaz e, sobretudo, mais democrática da temática, pela nova codificação.

Assim é que, além de prever, expressamente, a possibilidade da desconconsideração inversa da personalidade jurídica, bem como a desnecessidade de instauração de ação autônoma para a superação analisada nesses escritos, o Novo Código de Processo Civil determinou que o devido processo constitucional seja regente de qualquer técnica instaurada à desconconsideração da personalidade jurídica no Brasil.

Um ganho teórico para a democratização processual que, a despeito do marco teórico adotado pelo artigo 1º, da Constituição brasileira de 1988, ainda hoje, encontra-se bastante combatida.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Andréa Alves. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. revista e aumentada de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ARRUDA ALVIM, Eduardo; GRANADO, Daniel Willian. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, ano 106, v. 412, p. 63-84, nov./dez. 2010.
- BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 6. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 7. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ*. 9. ed. revista, ampliada e atualizada, Salvador: Juspodivm, 2014.
- BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da república federativa do brasil. Texto constitucional de 05 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas subsequentes emendas. Brasília, 2011.
- BRASIL. *Código de processo civil (1973)*. Código de processo civil e constituição federal. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor (1990)*. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Diário Oficial da União, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 16 jun. 2012.
- BRASIL. *Lei Federal nº 8.884, de 11 de jun. 1994*. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.
- BRASIL. *Lei Federal nº 9.605, de 12 de fev. 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

BRASIL. *Código Civil (2002)*. *Código Civil*. Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 16 jun. 2012.

BRASIL. *Lei Federal nº 12.846, de 1º ago. 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

BRASIL. *Lei Federal nº 13.105, de 16 mar. 2015*. Código de processo civil.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental em Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 279.889-AL*, Relator Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julg. em 14 ago. de 2002, Diário da Justiça Eletrônico, s.d.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 279.273/SP*, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 04 dez. 2003, Diário da Justiça, Brasília, 29 mar. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 881330/SP*, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julg. em 19 ago. 2008, Diário da Justiça Eletrônico, 10 nov. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 948.117/MS*, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 22 jun. 2010, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 03 ago. 2010.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. *Recurso Especial nº 1096604/DF*, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. em 02 ago. 2012, Diário da Justiça Eletrônico, 16 out. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial em Mandado de Segurança nº 29697/RS*, Relator Min. Raul Araújo, Quarta Turma, julg. em 23 abr. 2013, Diário da Justiça Eletrônico, 1º ago. de 2013.

BRÊTAS, Ronaldo C. *Dias*. *Processo constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da descon sideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Descon sideração da personalidade jurídica no projeto do novo código de processo civil*. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes et al. *Direito processual empresarial*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción Miguel Andel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964.

- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- CEOLIN, Ana Caroline Santos. *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa [sociedades]*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. II.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. revista, atualizada e corrigida, Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados aprovados. AGUIAR JÚNIOR, Ministro Ruy Rosado de. (Org.). Brasília: Conselho da Justiça Federal (Centro de Estudos Judiciário), 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2015.
- CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade coletiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina, 2000.
- DEQUECH, Luciano. A desconsideração da personalidade jurídica. In: RÉGIS, Mário Luiz Delgado; ALVES, Jones Figueirêdo (coords.). *Questões controvertidas: parte geral do código civil*. São Paulo: Método, 2007.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Regras processuais no código civil: aspectos da influência do código civil de 2002 na legislação processual*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de empresa*. 2. ed. reformulada, v. I, São Paulo: Saraiva, 2009.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral*; LINDB. 12. ed. revista, ampliada e atualizada, v. I, Salvador: Juspodivm, 2014.
- FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 15. ed. revista, atualizada e ampliada, Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 16. ed. revista, atualizada, v. I, São Paulo: Saraiva, 2014.

- GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Desconsideração da personalidade jurídica: considerações sobre o “incidente” à luz do novo cpc – pls nº 166/2010. *Revista Magister de Direito Empresarial*, n. 53, p. 17-34, out./nov. 2013.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*. 10. ed. revista, ampliada e atualizada, Salvador: Juspodivm, 2014.
- GOMES, Magno Federici; MAIA, Estefânia Lima. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor: análise dos aspectos processuais. *Revista Magister de Direito Empresarial*, n. 21, p. 20-36, jun./jul. 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 12. ed. V. I, São Paulo: Saraiva, 2014.
- GONÇALVES, Oksandro. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Curitiba: Juruá, 2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. revista, atualizada e reformada, v. I, Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- GUSMÃO, Mônica. *Lições de direito empresarial*. 11. ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense 2012.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- LEAL, André Cordeiro. A inconstitucional ancianidade do (ante) projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: MURTA, Antônio Carlos Diniz; LEAL, André Cordeiro. *A tensão entre o público e o privado – ensaios sobre os paradoxos do projeto democrático constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo – primeiros estudos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

- LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo – uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LOPES, João Batista. Desconsideração da personalidade jurídica no novo código civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 92, v. 818, p. 36-46, dez. 2003.
- MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição – uma inserção no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008.
- MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de defesa do consumidor*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino. *Teoria geral do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil*: alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil. 26. ed. revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes, v. I, Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial esquematizado*. 5. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Método, 2015.
- REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine). *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 410, p. 12-24, 1969.
- REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)*. Enciclopédia Saraiva do Direito, São Paulo, v. 2, p. 58-77, 1977.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*: 27. ed. atualizada por Rubens Edmundo Requião, v. I, São Paulo: Saraiva, 2007.
- SILVA, Alexandre Couto. Desconsideração da personalidade jurídica: limites para sua aplicação. *Revista dos Tribunais*, n. 780, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 47-58, 1997.
- SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, Maurício Faria da. Abusos na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade limitada. In: MARQUES, Jader; FARIA, Maurício (orgs.). *Desconsideração da personalidade jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STAJN, Rachel. Desconsideração da personalidade jurídica. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 67-71, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 9. ed. revista, ampliada e atualizada, v. I, São Paulo: Método, 2015.

TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o Direito Civil: impactos, diálogos e interações*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

THIBAU, Vinícius Lott. *Presunção e prova no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

THIBAU, Vinícius Lott. Teoria do processo democrático e técnica probatória. In: BRÊTAS, Ronaldo C. Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Técnica processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

WALD, Arnaldo. Da aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica pelo Superior Tribunal de Justiça: comentários ao acórdão no REsp 693.235/MS (rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 30.11.2009). In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana de Oliveira (coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WALTER, Carlos Humberto. *Discurso jurídico na democracia – processualidade constitucionalizada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

RECEBIDO EM: 26/11/2014

APROVADO EM: 20/02/2015

# **DIREITO DE CONSTRUIR EM FACE DE ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS DO DIREITO AMBIENTAL: DIREITO ADQUIRIDO X PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE**

***RIGHT TO BUILD IN THE FACE OF LEGISLATIVE CHANGES OF  
ENVIRONMENTAL LAW: ACQUIRED RIGHT X ENVIRONMENT  
PROTECTION***

*Paulo Henrique Carneiro Fontenele<sup>1</sup>*

*Procurador Federal*

*Pós-graduado em Direito do Estado*

*Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC)*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Breves considerações sobre o direito de construir e função social da propriedade; 2 Direito de construir em face de alterações legislativas do direito ambiental: Direito adquirido x proteção ao meio ambiente; 2.1 Considerações iniciais; 2.2 Licença ambiental concedida sem observância do ordenamento jurídico vigente na data da concessão; 2.3 Licença ambiental adequadamente concedida com posterior alteração normativa ampliando a proteção ao meio

---

1 paulo.fontenele@agu.gov.br

ambiente sem que o interessado tenha edificado a construção; 2.4 Licença ambiental adequadamente concedida com alteração normativa ampliando a proteção ao meio ambiente com o interessado já tendo edificado a construção; 3 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O crescimento exponencial da litigiosidade entre entes estatais e particulares, quando se confrontam a proteção ao meio ambiente e o direito de propriedade e seus desdobramentos, têm como uma de suas causas a ampliação das medidas protetivas ao ecossistema no plano legislativo. Exemplo disto ocorre quando, após a concessão de licença ambiental, sobrevém alteração normativa mais restritiva ao direito de construir, circunstância que vem gerando entendimentos controversos no âmbito da própria Administração Pública e incremento de demandas no Poder Judiciário, disseminando, em última análise, insegurança jurídica. O objetivo desta resenha jurídica é distinguir as situações e suas diversas consequências para os interessados quando, após o deferimento de licença ambiental, sobrevém inovações no ordenamento jurídico. Almeja-se fornecer subsídios teóricos para que os operadores do direito logrem êxito em equacionar a tensão entre valores consagrados na Constituição Federal de 1988, destacadamente quando se contrapõem proteção ao meio ambiente e direito de propriedade, sob o manto do direito adquirido.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Ambiental. Direito de Construir. Direito Adquirido. Licença Ambiental.

**ABSTRACT:** The exponential growth of litigation between State and private ones, when faced by the environment protection and the right of property and their offshoots, have as one of its causes the expansion of protective measures to the ecosystem in the legislative plan. Example of this occurs when, after the granting of an environmental license, more restrictive regulations change befalls the right to build, circumstance that comes generating understandings under the controversial Public Administration and increased demands on the Judiciary, disseminating, ultimately, legal uncertainty. The purpose of this review is to distinguish the legal situations and its various consequences for those interested when, after the granting of an environmental license, supervene innovations in the legal system. Aims to provide theoretical subsidies so that the jurists are successful in addressing the tension between values enshrined in the Federal Constitution of 1988, notably when counteract environmental protection and right of ownership under the mantle of the acquired right.

**KEYWORDS:** Environmental Law. Right to Build. Acquired Right. Environmental License.

## INTRODUÇÃO

A proteção ao meio ambiente, direito fundamental de terceira geração, foi objeto de especial atenção do legislador constituinte, com expressa previsão no artigo 225 da Constituição Federal de 1988:

### CAPÍTULO VI - DO MEIO AMBIENTE

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Em razão dos interesses tutelados nestes dispositivos, são recorrentes os antagonismos com direitos individuais, destacadamente quando se confrontam interesses econômicos e proteção ao meio ambiente.

Outrossim, as medidas protetivas no plano legislativo vem sendo ampliadas com a edição de inúmeras espécies normativas pelos entes federativos, União, Estados e Municípios, tendo em vista a competência concorrente conferida pela Carta Magna de 1988.

Neste panorama, tem-se multiplicado a litigiosidade entre entes estatais e particulares, quando entram conflito a proteção ao meio ambiente e o direito de propriedade e seus desdobramentos, como o direito de construir, via de regra, sob o fundamento de defesa do direito adquirido.

Portanto, a relevância do tema tem origem na percepção do incremento exponencial das contendas administrativas e judiciais, envolvendo, de um lado, o direito de construir e, de outro, o direito ao meio ambiente saudável, instrumentalizada por alterações legislativas mais protetivas ao ecossistema.

Almeja-se discernir as situações frequentemente ocorridas nestes embates, com o objetivo de conferir subsídios teóricos e jurisprudenciais aos operadores do direito, para, em última análise, harmonizar os interesses em conflito, orientando quais devem prevalecer no caso concreto.

## **1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DE CONSTRUIR E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE**

Antes de abordarmos o tema central desta resenha, faz-se necessário lembrar alguns institutos com gênese no Direito Civil que orbitam aos objetivos a que nos propomos realizar, destacadamente o direito de construir, uma das vertentes do direito de propriedade.

Enuncia o art. 1.228 do Código Civil de 2002:

Artigo 1.228 - O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

Especificamente em relação ao direito de construir, vaticina o art. 1.299 do Novo Código Civil:

Artigo 1.299 - O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos.

José Afonso da Silva<sup>2</sup> assevera que o direito de construir não emanaria do direito de propriedade, propriamente dito, mas seria uma concessão do Poder Público:

[...] o princípio da função social da propriedade urbana e a verificação de que o destino urbanístico dos terrenos é algo criado, especialmente, a tese de que a edificabilidade dos terrenos urbanos é uma utilidade legal, [...] vêm fundamentando medidas de desincorporação, ou quase desincorporação do direito de propriedade, rompendo a posição com a posição tradicional de que o direito de construir é uma faculdade inerente ao direito de propriedade do terreno.

A visão clássica do direito de construir, prevista no Código Civil de 1916, conferia ao proprietário a possibilidade de dispor completamente da coisa, a exemplo de transformá-la e edificá-la, a seu melhor juízo, de acordo com a utilização que se quisesse atribuir ao bem.

Para Hely Lopes Meireles<sup>3</sup>, o referido direito só era limitado quando sua utilização trouxesse prejuízos a particulares ou ao interesse público, nos termos do art. 572 do CC de 1916:

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 144.

<sup>3</sup> MEIRELES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.27.

Artigo 572 - O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos.

Silvio de Salvo Venosa<sup>4</sup> acrescenta que, no século XIX, até o início do século XX, o direito à propriedade atendia, exclusivamente, aos interesses de seu titular.

Fábio Henrique Santos Santana<sup>5</sup> assevera que, evoluindo este entendimento, no século XX, o conceito de propriedade começa a se transformar, com o surgimento do Estado Social, influenciado pela Constituição do México de 1917, destacando-se o dispositivo vaticinado em seu artigo 27: “A Nação terá, a todo tempo, o direito de impor à propriedade privada as determinações ditadas pelo interesse público [...]”; e pela Constituição da Alemanha de 1919, a Constituição de Weimar, que previu no artigo 153 que: “A propriedade obriga e seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social”.

Hodiernamente, o direito de propriedade e, conseqüentemente, a faculdade de construir, mais do que um direito individual, obrigatoriamente deve exercer sua função social, a exemplo da observância dos dispositivos da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, acerca da propriedade, preservação do meio ambiente e limitações decorrentes do direito de vizinhança.

Neste sentido, a doutrina de Cristiano Chaves e Nelson Rosendal<sup>6</sup>:

Há muito já sucumbiu o cenário em que o proprietário arbitrariamente definia quando, como e o quê construir. Não tardará o momento em que o direito de construir será destacado do direito subjetivo de propriedade, para se converter em uma concessão da municipalidade, ao delinear o regime jurídico de utilização do solo. Para o civilista conservador esta afirmação seria uma agressão, pois não se poderia conceber a propriedade desfalcada da essência de umas de suas maiores faculdades, o que implicaria em um “soco no estômago” da autonomia privada de seu titular.

4 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.176.

5 SANTANA, Fábio Henrique Santos de. O Direito de Propriedade. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS - Universidade de Salvador*, v. 03, Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 120.

6 FÁRIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 477.

Em suma, o direito de construir é uma faculdade conferida ao proprietário do bem, como corolário do direito de uso, desde que, em última análise atendida a função social. Este raciocínio se coaduna com os dispositivos constitucionais, a exemplo do artigo 182, §4º, da CF/88, o qual confere ao Poder Público a prerrogativa de exigir do proprietário de imóvel não edificado ou subutilizado, o adequado aproveitamento do bem, sob pena de se instituir parcelamento e edificação compulsória, instituição de imposto progressivo e, até mesmo, desapropriar o bem.

## **2 DIREITO DE CONSTRUIR EM FACE DE ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS DO DIREITO AMBIENTAL: DIREITO ADQUIRIDO X PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE**

### **2.1 Considerações Iniciais**

Ditos estes breves proêmios acerca do direito de construir, resta esclarecer quando tal instituto integra o patrimônio do interessado, ou seja, perquirir se existiria direito adquirido de construir pelo simples fato de adquirir a propriedade de um bem ou após obter a licença ambiental exigida.

Considerando o tema proposto, imagine-se a seguinte situação hipotética: o proprietário de um imóvel, interessado em construir um empreendimento hoteleiro, obtém, no órgão competente, licença de instalação em perfeita obediência às normas ambientais até então estabelecidas. Posteriormente, sucede nova legislação ambiental mais protetiva, estabelecendo situações em que o suposto empreendedor passe a estar em desacordo com as recentes disposições legais mais protetivas ao ecossistema.

Indaga-se: independente das inovações legislativas, o interessado teria resguardado o direito de construir seu empreendimento, escudado sob o manto do direito adquirido, já que teria obtido licença ambiental sob a égide da legislação anterior, ou teria que se readequar a novel legislação para readquirir seu direito de construir? O que deve prevalecer, o direito de construir ou a proteção ao meio ambiente? Há direito adquirido na situação em comento?

Com o objetivo de abordar o assunto e confrontar o direito adquirido e a proteção ao meio ambiente, é importante discernir três situações que terão soluções diversas no caso concreto. Na

primeira situação, a licença ambiental foi emitida sem a observância do ordenamento jurídico vigente na data da concessão. Na segunda hipótese, a licença ambiental foi concedida sem qualquer vício de legalidade, entretanto, antes do início da construção, houve alteração do ordenamento jurídico, ampliando a proteção ambiental e exigindo adequações por parte do empreendedor ou impossibilitando sua continuidade. Por fim, em uma terceira situação hipotética, a licença ambiental foi concedida sem vícios legais e quando houve a alteração normativa ampliando a proteção ambiental, a construção já havia sido iniciada ou concluída.

## **2.2 Licença Ambiental Concedida Sem Observância do Ordenamento Jurídico Vigente na Data da Concessão**

Sempre que a construção de um empreendimento se localizar em uma área de proteção ambiental ou quando puder gerar algum dano ao meio ambiente, ainda que não se tenha convicção da ocorrência do dano, deverá a Administração Pública (União, Estado, Município ou seus órgãos da Administração indireta) exigir que o interessado solicite e obtenha a licença ambiental ou, pelo menos, que proceda consulta formal ao órgão competente, tendo em vista o princípio da precaução.

A concessão da licença ambiental exige o preenchimento de todos os requisitos exigidos na legislação, incluindo-se, de acordo com o caso concreto, os estudos de impacto ao meio ambiente de complexidade correspondente à envergadura do empreendimento, nos termos da Lei 6.938/81.

Corriqueiramente constata-se situações em que licenças ambientais foram inadequadamente concedidas. Tais circunstâncias decorrem das mais variadas razões, destacando-se: equívocos na análise requisitos legais; inexistência ou insuficiência na análise dos estudos de impacto ao meio ambiente exigidos; deficiências estruturais dos órgãos licenciadores ou, até mesmo, condutas improbas dos agentes públicos dos entes estatais.

Diante desta conjuntura de licenças ambientais concedidas sem a esmerada obediência dos requisitos legais e técnicos exigidos, seja qual for o motivo, é indiscutível que, em regra, sua concessão não gera direito adquirido ao interessado de construir ou dar prosseguimento ao empreendimento de seu interesse, na hipótese de inovações mais restritivas no ordenamento jurídico.

Fala-se, como regra, porque o caso concreto pode revelar situações extremas em que pode preponderar a estabilidade das relações e a segurança jurídica, diante de eventual consolidação da circunstância por longo lapso temporal. Entretanto, repita-se, esta solução deve ser extremamente excepcional.

Portanto, na esmagadora maioria dos casos, não haverá direito adquirido de construir quando a licença ambiental for concedida sem a esmerada obediência dos requisitos legais e técnicos exigidos pelo ordenamento jurídico.

Tomando como exemplo uma licença de instalação concedida para a construção de parque de geração de energia eólica sem a realização dos estudos de impacto ambiental ou com análise incorreta de tais estudos por parte do órgão administrativo, em qualquer dessas hipóteses, o interessado não poderá alegar suposto direito adquirido, em razão de já ter obtido o aval do ente público.

No âmbito administrativo, a ocorrência de tais circunstâncias pode ter como consequências, desde a necessidade de readaptações do interessado, instrumentalizadas, comumente, por termos de ajustamento de conduta, até a declaração de nulidade da licença e sua cassação.

A respeito do tema, remetemos à doutrina de Celso Antônio Bandeira de Melo<sup>7</sup>, que disserta com maestria acerca da teoria da invalidação dos atos administrativos. Para o renomado autor, anulação, cassação e revogação são formas de extinção dos atos administrativos que não se confundem. A anulação deve ocorrer quando o ato tiver sido editado sem observância das disposições legais. Portanto, uma licença expedida por autoridade incompetente ou a quem não houver demonstrado preencher todos os requisitos legais estará eivada de ilegalidade, devendo ser anulada.

Já a cassação é uma espécie de penalidade imposta pelo ente administrativo público a quem houver descumprido as condições estabelecidas no ato concessivo. Ressalte-se que, em razão da mora ocasionada pelo interessado, tal cassação não gera para o infrator qualquer direito de indenização.

---

7 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 418.

Exemplificando, imagine-se que o Poder Público expede uma licença ambiental e estabelece como uma das condicionantes a recomposição florestal de determinada área, imposição que é totalmente desobedecida pelo particular. Consequentemente, a licença poderá ser cassada em razão do descumprimento da mencionada condicionante.

Por fim, a revogação da licença, assim como dos demais atos administrativos deverá sempre ser motivada pelo interesse público, segundo os critérios de conveniência e oportunidade. Diferentemente das outras duas formas mencionadas, pode gerar para o administrado direito a indenização pelos prejuízos sofridos, como decorrência do caráter de definitividade da licença.

Em arremate ao exposto, reitera-se que determinadas situações concretas de concessão de licença ambiental podem impossibilitar sua revogação, cassação ou até mesmo sua nulidade, em decorrência dos efeitos ainda mais danosos destes atos, tendo como fundamento a segurança jurídica e a teoria do fato consumado.

### **2.3 Licença Ambiental Adequadamente Concedida com Posterior Alteração Normativa Ampliando a Proteção ao Meio Ambiente sem que o Interessado Tenha Edificado a Construção**

Para se encontrar a adequada solução às duas situações a seguir declinadas, onde a licença ambiental foi concedida sem vícios formais ou materiais, é de fundamental importância o conhecimento acerca da natureza jurídica da licença ambiental, caracterizando-a como autorização ou licença administrativa, e as implicações desta classificação.

Hely Lopes Meirelles<sup>8</sup> em sua clássica obra de Direito Administrativo, conceitua autorização e licença:

Autorização é um ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração, tais como o uso especial de bem público, o porte de arma, o trânsito por determinados locais etc..

---

8 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 183.

Licença é o ato administrativo vinculado e definitivo pelo qual o Poder Público, verificando que o interessado atendeu a todas as exigências legais, faculta-lhe o desempenho de atividades ou a realização de fatos materiais, antes vedados ao particular, como p. ex. o exercício de uma profissão, a construção de um edifício em terreno próprio. A licença resulta de um direito subjetivo do interessado, razão pela qual a Administração não pode negá-la quando o requerente satisfaz todos os requisitos legais para sua obtenção, e, uma vez expedida, traz a presunção de definitividade. Sua invalidação só pode ocorrer por ilegalidade na expedição do alvará, por descumprimento do titular na execução da atividade ou por interesse público superveniente, caso em que se impõe a correspondente indenização. A licença não se confunde com a autorização, nem com a admissão, nem com a permissão.

Na doutrina e jurisprudência ainda impera a controvérsia acerca da natureza jurídica da licença ambiental e sua classificação como autorização ou licença administrativa.

A corrente que agasalha a natureza jurídica de autorização, a despeito de ser minoritária, é capitaneada por Paulo Afonso Leme Machado<sup>9</sup>. Fundamentando seu posicionamento, o consagrado autor de Direito Ambiental notabiliza o lapso temporal de duração, onde tal ato vai poder ser reavaliado ao longo do tempo e, na hipótese de renovação, deve ser observada a legislação vigente à época do novo pedido.

Paulo Afonso Leme Machado<sup>10</sup> argumenta, ainda, que o artigo 170, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, utiliza a expressão - autorização, e a Lei 6.938/81, se refere a pedido de renovação de licença (art. 10, parágrafo 1º) e a licenciamento e revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras (art. 9º, IV), dando a entender que a natureza jurídica da licença ambiental é de autorização, caso contrário não haveria necessidade de renovação.

Em suma, quem defende a natureza jurídica de autorização justifica tal posicionamento porque ela não é permanente, não gera direito adquirido, tem lapso temporal de duração e a continuidade da atividade está condicionada a uma renovação com base em regras que aparecerão no futuro. Nessa linha de pensamento, será ato

9 MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 203.

10 *Ibidem*, p. 203.

discricionário, podendo ser revogada a qualquer momento e estando sujeita a alterações ditadas pelo interesse público de acordo com a conveniência e oportunidade.

Posicionando-se pela natureza jurídica de licença, Paulo de Bessa Antunes<sup>11</sup> assevera que os efeitos no decorrer da validade da licença ambiental são efeitos de licença e o lapso temporal pré-estabelecido decorre do princípio da prevenção, característico do Direito Ambiental, ou seja, cuida-se de uma licença com peculiaridades, como o prazo de duração. Assim, enquanto está em vigência seu prazo de duração, existiria direito adquirido a essa atividade da forma que ela foi licenciada.

Sustentam, ainda, os defensores dessa corrente, a exemplo de Daniel Roberto Fink<sup>12</sup> e Hely Lopes Meirelles<sup>13</sup>, que preenchidos os requisitos previstos em lei, a Administração Pública não pode negar a concessão da licença, diante de seu caráter de ato vinculado, resultado de um direito subjetivo do interessado.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>14</sup> fazendo uma ponderação entre os dois entendimentos assevera que, na realidade, não há atos inteiramente vinculados ou discricionários, mas uma situação de preponderância de maior ou menor liberdade deliberativa do seu agente.

Seguindo esta linha de raciocínio, pode-se concluir que, em verdade, a licença ambiental constitui-se de espécie de ato administrativo que reúne características das duas categorias acima estudadas, constituindo-se em ato com características *sui generis*.

Por não ter definitividade, sua natureza jurídica fugiria da essência de uma licença e a complexidade ambiental não permitiria que a atividade de concessão da licença se trate de uma simples verificação de cumprimento por parte do empreendedor de requisitos precisos e pré-estabelecidos. Ademais, a licença ambiental não pode ser compreendida como uma autorização, onde a Administração Pública apenas analisaria a conveniência e oportunidade do empreendimento em relação ao meio ambiente.

---

11 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.143.

12 ALONSO, Hamilton; DAWALIBI, Marcelo; FINK, Daniel Roberto. *Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 245.

13 MEIRELES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 9. ed. p. 175.

14 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 63.

Feitos estes breves esclarecimentos acerca da natureza jurídica da licença ambiental e retornando a situação hipotética suscitada no início deste tópico, indaga-se: Quais seriam as consequências de alterações normativas que ampliam a proteção ao meio ambiente em relação ao detentor de licença ambiental escorreitamente concedida sob a égide das normas revogadas, considerando que não foi edificado o empreendimento?

Uma situação hipotética pode ilustrar o tema sob retina. Imagine-se que um empresário tenha obtido, no órgão ambiental competente, licença prévia e, sucessivamente, licença de instalação para a construção de um hotel em área de duna fixada por vegetação, tendo em vista a autorização normativa de empreendimentos turísticos nestas áreas. Posteriormente, é editada norma que proíbe qualquer construção nas áreas de dunas fixas, sendo que o mencionado empreendedor não deu início às obras. Pergunta-se: pode o aludido empresário iniciar as obras do empreendimento, por ter suposto direito adquirido à construção, independentemente da alteração normativa mais protetiva ao meio ambiente? Poderia ele obter a renovação da licença de instalação?

A solução para o questionamento passará, inevitavelmente, pela análise da teoria do direito adquirido, tese adotada como fundamento pelos defensores do direito de construir, independente de novel legislação mais restritiva.

De início é necessário lembrar que a proteção ao direito adquirido é prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, *in verbis*: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Em patamar infraconstitucional, seus mandamentos foram delineados, na Lei de Introdução do Código Civil (LICC), atualmente intitulada de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu art. 6º:

Artigo 6º- A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício

tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba mais recurso.

Tais dispositivos têm seu embrião na irretroatividade da lei, princípio geral de direito, fundamentado na premissa de que as leis são feitas para vigorar e incidir para o futuro. Tal postura é consentânea com o princípio da segurança jurídica e do valor de ordem inerente ao direito.

Nessa toada, as leis só poderão surtir efeitos retroativos excepcionalmente, quando a própria lei assim o estabeleça, resguardados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Assim, os institutos do direito adquirido e do ato jurídico perfeito tem, em essência, o escopo da defesa dos direitos subjetivos, frente ao poder do legislador, circunscrevendo os limites dos efeitos da atividade legiferante.

Nas lições de Maria Helena Diniz<sup>15</sup>, o direito adquirido é uma espécie de direito subjetivo definitivamente incorporado ao patrimônio jurídico do titular, apesar de ainda não consumado, o que torna possível sua exigibilidade na via jurisdicional, se não cumprido pelo obrigado voluntariamente. Assim, seu titular está protegido de futuras mudanças legislativas que regulem a matéria em questão.

Examinando a existência de direito adquirido sob o enfoque dos atos administrativos, deve-se considerar o regime jurídico que rege o ato. Em um ato precário, a exemplo de uma autorização, dotada de discricionariedade e permeada por critérios de conveniência e oportunidade do agente administrativo, como regra, inexistente direito de permanência daquela situação pelo particular, não havendo, sequer, direito à indenização se cassado o ato, a exemplo de uma autorização de porte de arma.

Já em relação aos atos vinculados, o agente administrativo atua vinculado aos critérios legais, sem margem de liberdade na escolha dos atos, pois a lei o vincula se presentes tais critérios. Nesses atos se

---

15 DINIZ, Maria Helena, *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 193.

o particular gozar regularmente de determinada vantagem chancelada pela Administração, esta só poderá cassá-lo se sobrevir mudança no interesse público, quer seja por alteração fática, social ou até mesmo política, podendo, de acordo com o caso concreto, ser indenizado o particular, como forma de recompor eventuais prejuízos.

José dos Santos Carvalho Filho<sup>16</sup> dissertando acerca da invalidação dos atos administrativos assevera que na revogação não se questiona a legalidade do ato, constituindo-se em uma decisão em que se aprecia a oportunidade e a conveniência do ato administrativo, o que é típico dos atos precários. Assim, não é cabível a revogação de atos vinculados, os quais exigem apenas o preenchimento dos requisitos legais, gerando um direito subjetivo.

Acrescenta-se, ainda na seara dos atos administrativos, que inexistente direito adquirido a determinado regime jurídico, a exemplo do que ocorre com as alterações no Estatuto de Servidores Públicos. A incidência da nova lei será imediata, alcançando situações jurídicas não consolidadas na vigência da lei anterior, conseqüentemente, a lei nova incide a partir da sua vigência, sem retroagir, embora seja imediatamente aplicável às referidas situações de trato sucessivo.

Feitas estas breves considerações acerca do direito adquirido, retornaremos à situação hipotética suscitada no início deste tópico.

Enfim, quais seriam as conseqüências de alterações normativas que ampliam a proteção ao meio ambiente em relação ao detentor de licença ambiental devidamente concedida sob a égide de preceitos legais revogados, na hipótese de não ter sido edificado o empreendimento?

Deve prevalecer o entendimento de que a obtenção da licença ambiental na situação em que não se iniciou a construção do empreendimento, *não* constitui direito adquirido do interessado em construir. Ou seja, não obstante tenha obtido licença ambiental, sem vícios, autorizando o início da construção do empreendimento, o fato de não ter iniciado a obra o impede de edificar o empreendimento, na hipótese de estar em desacordo com a *novel* legislação ambiental.

---

16 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 138.

O fundamento para tal conclusão, inevitavelmente, deve tangenciar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, corolários da interpretação mais hodierna sob a óptica neoconstitucionalista. Etribando-se nestes princípios, deve haver uma ponderação entre os direitos consagrados na Lei Maior em aparente conflito, in casu, direito de propriedade, segurança jurídica, função social da propriedade e proteção ao meio ambiente; prevalecendo aqueles valores que se consideram mais relevantes no caso concreto.

Assim, a melhor interpretação das normas constitucionais no caso sob retina é a de que não há direito adquirido de construir do interessado, devendo preponderar o interesse coletivo intergeracional e metaindividual de preservação do meio ambiente sobre o direito de propriedade individual.

Nem mesmo alegações de boa-fé ou desconhecimento da lei por parte do proprietário merecem prosperar. O dever legal de conhecer (artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) e obedecer às regras de Direito Ambiental é obrigação de toda a sociedade, independentemente da intenção do agente, tanto que a responsabilidade pelos danos ambientais é objetiva (artigo 225 Constituição Federal de 1988).

É dever do adquirente de imóvel ou de pretense empreendedor, acautelar-se antes de efetuar alguma intervenção ambiental ou iniciar uma construção, eis que qualquer propriedade deve cumprir sua função social. Caso proceda de modo diverso, estará assumindo o risco de arcar com os prejuízos que causar a si e ao meio ambiente, além de se submeter às sanções impostas, já que ostentava uma mera expectativa de construir, que poderia ou não se efetivar.

De toda sorte, considerando que as licenças ambientais possuem prazo determinado para renovação, o proprietário tem o ônus de revalidar a sua licença junto ao órgão ambiental competente, já em adequação a nova legislação, sempre considerando, de acordo com o caso concreto, eventuais situações já consolidadas.

Assinala-se, ainda, que, na escorreita aplicação do princípio da proporcionalidade, o intérprete, ao proceder a ponderação de normas constitucionais em aparente inconformidade no caso concreto, não deve aniquilar o comando preterido. Assim, solução recomendável para a mencionada situação hipotética seria que o órgão ambiental licenciador notificasse os interessados acerca da necessidade de adequação da licença obtida aos ditames da novel legislação e, no cenário de recusa injustificada

do cumprimento das normas, só então, procedesse a invalidação da licença anteriormente concedida.

Exsurge neste momento a importância dos aspectos há pouco discutidos acerca da natureza jurídica da licença ambiental e do instituto do direito adquirido.

Maria Helena Diniz<sup>17</sup>, em sua clássica obra sobre a Lei de Introdução ao Código Civil, afirma que, configurado direito adquirido, tal direito já se encontra incorporado ao patrimônio jurídico do titular, a despeito de não ter sido exercitado, o que lhe preserva seus direitos mesmo que surja nova lei contrária a seus interesses. Assim, a fim de aferir se há direito adquirido deve-se responder a duas questões: esse direito integra o patrimônio de seu proprietário? Esse direito pode ser alterado ao arbítrio de outrem?

Caso se entenda que a licença ambiental ostenta natureza jurídica de ato exclusivamente vinculado, a resposta inicial é sim, de que a mesma integra o patrimônio do proprietário. Entretanto, a resposta ao segundo questionamento é negativa, eis que, até mesmo, quem se filia ao caráter vinculado da licença ambiental não nega a possibilidade de sua revogação administrativa. Seguindo este raciocínio, se a revogação é cabível, igualmente a licença concedida não fica imune às eventuais alterações legislativas posteriores.

Concluindo o silogismo, na hipótese de emissão da licença ambiental, sem que seja edificada a construção, o direito de construir pode ser alterado ao arbítrio de outrem, conseqüentemente, não está preenchido um dos requisitos para se admitir o direito adquirido, ou seja, a simples concessão da licença ambiental gera, tão somente, uma expectativa de direito.

Apesar das decisões dos tribunais serem escassas, a jurisprudência, na sua grande maioria, coaduna com o exposto:

[...] As restrições urbanísticas legais constituem limitações de ordem pública e ninguém adquire direito contra o interesse público [...] (Apelação Cível n.210.760, da 3ª Câmara Civil do 1º TAC-SP, de 6-8-1975).

---

17 DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 193.

[...] Nem há qualquer lesão a direito adquirido, em se aplicando de pronto a *lex nova*. É que as normas administrativas, de direito público, como pondera Pontes de Miranda, “não precisam retroagir, nem ofender direitos adquiridos, para que incidam desde logo. O efeito, que se reconhece, é normal, o efeito do presente, o efeito imediato, pronto, inconfundível com o efeito no passado, o efeito retroativo, que é anormal” (Comentários à Constituição Federal de 1967, v. V, ed. 1968, p. 91 e 92). Mais adiante acentua que não são retroativas, mas também incidem desde logo ‘as leis que exigem autorização administrativa para certo fato ou ato, bem como as que a dispensam, ou modificam, as leis de direito público relativas à propriedade e ao seu exercício (construções perigosas, higiene, medidas necessárias à defesa nacional, servidões públicas)’ (ob. e vol. citados, p. 93-94 (Apelação Cível n. 242.007, da 4ª Câmara Civil do TJ-SP, de 22-5-1975).

Ação Civil Pública – Danos ao Meio Ambiente – Extração de granito em área tombada – Violação ao Código Florestal, à Lei 6.938/81 e ao art.225 da CR – Alegação de Direito Adquirido devido à titularidade da lavra – Norma de ordem pública – Proibição Mantida – RNP. Não há, como se sabe, direito adquirido contra norma de ordem pública, mormente a constitucional.

Assim, uma coisa é entender que uma norma de direito ambiental sempre e em qualquer situação prevalece sobre o direito adquirido. Outra coisa é entender que a não ocorrência de uma hipótese de direito adquirido permite a sobreposição as normas de direito ambiental sobre o interesse particular, ainda mais quando esse interesse individual não é amparado por lei. Portanto, não vemos até aqui, nas hipóteses tratadas, uma sobreposição do direito ambiental sobre o direito adquirido.

Ao contrário, vemos que não há situação que permita o reconhecimento do direito adquirido. Em virtude disso, deverá o particular sujeitar-se às normas de direito ambiental, pois a lei tem caráter coercitivo, devendo ser obedecida por todos. Jamais poderá o particular pretender que seu interesse individual se sobreponha à lei, alegando que a norma é injusta, sob o seu ponto de vista. Do contrário, não teremos um estado democrático de direito, mas um estado anárquico. (Recurso Apelação Civil n. 178.905, origem: Ubatuba, Relator Urbano Ruiz, 28-9-1993).

**LOTEAMENTO APROVADO E REGISTRADO** - obtenção de várias autorizações para desmatamento na área do empreendimento -posterior negativa para novo desmatamento - área situada em local de

preservação permanente – alegado direito adquirido ao desmatamento - descabimento - prevalência do interesse público e imediata aplicação da legislação protetora do meio ambiente.

No caso, a impetrante aprovou e registrou o loteamento no ano de 1978 e, pela lógica, já deveria tê-lo implantado. Se demorou tanto tempo, é natural que se sujeite às novas leis sobre o assunto, não havendo que se falar em aproveitamento das antigas aprovações sobre questões urbanísticas e de proteção ao meio ambiente.

Anote-se, ainda, que não é fora de propósito a aplicação de disposições da Lei 6.766, de 1979, no que couber, aos loteamentos ainda não implantados e aprovados ao tempo da legislação revogada. Com efeito, ‘aplica-se também ao caso de loteamento registrado sob a égide da lei antiga, mas cujas obras de infraestrutura urbana, a cargo do loteador, não se tenham iniciado ou se encontram ainda em execução’ (Loteamentos e desmembramentos urbanos– Toshio Mukai e outros – 2.ed.– Sugestões Literárias –p. 294).

Frise-se, por fim, que o interesse de poucos, ainda que relevante, não pode sobrepor-se ao de toda uma coletividade, principalmente em tempos como os atuais, quando qualquer tentativa de preservar os recursos naturais deve ser defendida e incentivada por todos os meios possíveis. Dessa forma, enquanto o proprietário não obtiver a licença ambiental exigível ele ficará sujeito às mudanças legislativas, pois se desmatar para construir ou seder início à construção em área ambientalmente protegida estará praticando um ato atentatório ao meio ambiente. A lei aplicável, por constituir um ato ilegal, deverá ser a da época da prática do ato que causou o dano ambiental, ainda que outra tenha sido a data da aprovação do loteamento, da aquisição do imóvel ou da emissão da licença para construir. Aplicável aqui o aforismo do *tempus regit actum* (Apelação Cível n. 147.488-1/2 – São Paulo 4ª Câmara Civil – TJ-SP Apelante: Hidro Volt – Engenharia e Construções Ltda. – Apelados: Diretor da Divisão de Proteção de Recursos Naturais – DPRN – Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Estado de S. Paulo Rel. Lobo Júnior – j.12-9-91. 5 Relator Lobo Júnior).

A decisão mais clássica acerca do tema no Supremo Tribunal Federal é da lavra do Ministro Sydney Sanches e, a despeito de já transcorridas mais de duas décadas, também acompanha o mesmo entendimento:

Processo: AI-AgR 121798 RJ  
Relator(a): SYDNEY SANCHES  
Julgamento: 04/03/1988  
Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA  
Publicação: DJ 08-04-1988 PP-07483 EMENT VOL-  
01496-06 PP-01158

#### Ementa

- DIREITO DE CONSTRUIR. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A CONSTRUÇÃO, PORQUE SEQUER INICIADA, QUANDO SOBREVEIO LEI NOVA, DE ORDEM PÚBLICA, QUE A IMPEDIU. PRECEDENTES. R.E. INDEFERIDO. AGRAVO DE INSTRUMENTO COM SEGUIMENTO NEGADO PELO RELATOR NO S.T.F. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

#### Resumo Estruturado

PREFEITURA MUNICIPAL, (RJ), REVOGAÇÃO, LEI MUNICIPAL, CANCELAMENTO, ALVARA, CONSTRUÇÃO. ATO ADMINISTRATIVO, INTERESSE PÚBLICO, INEXISTÊNCIA, OFENSA, DIREITO DE CONSTRUIR, SUPERVENIENCIA, LEI NOVA, INOCORRENCIA, INICIO, CONSTRUÇÃO. DESPROVIMENTO, AGRAVO REGIMENTAL, DESPACHO, RELATOR, AGRAVO DE INSTRUMENTO, INDEFERIMENTO, PROCESSAMENTO, EXTRAORDINÁRIO, DEFICIÊNCIA, FUNDAMENTAÇÃO, FALTA, PRE QUESTIONAMENTO, MATÉRIA CONSTITUCIONAL. PC0299, RECURSO EXTRAORDINÁRIO , CÍVEL, PREQUESTIONAMENTO

#### Referências Legislativas

LEG-FED EMC-000001 ANO-1969 ART-00153 PAR-00003 ART-00153 PAR-00021 ART-00153 PAR-00022

#### Observações

VOTAÇÃO: UNÂNIME. RESULTADO: IMPROVIDO. VEJA RE-85002, RTJ-79/1016. REC15PP. ANO: 1988 AUD:08-04-1988

Questão que pode gerar severas críticas ao entendimento acima esposado diz respeito aos prejuízos suportados, em decorrência da revogação ou anulação da licença anteriormente concedida. De fato, mesmo sem ter iniciado a construção anteriormente licenciada, é corriqueiro que o interessado já tenha dispendido vultosos recursos para planejar, projetar a construção e realizar os estudos ambientais do empreendimento.

Nesta senda, o caso concreto pode revelar situação desproporcional em que o interesse particular não pode ser simplesmente desconsiderado, consagrando-se típica situação em que é oportuna uma ponderação entre os direitos em aparente conflito, como, há pouco, já prenunciado.

Nesse velejar, a despeito da preponderância da preservação ao meio ambiente, na situação em comento, o direito de propriedade não deve ser simplesmente desprezado e eventual prejudicado pode requerer indenização ao Poder Público pelos prejuízos suportados, o que, em regra, só é conseguido por intermédio do Poder Judiciário.

Noutro giro, salienta-se que eventual direito de indenização do particular pelos danos sofridos não confere ao interessado o status de ter obtido um direito adquirido, e, muito menos, afasta o entendimento jurisprudencial acima delineado.

Acerca do tema, os artigos 186 e 187 do Código Civil de 2002 vaticinam as hipóteses de obrigação de indenizar o dano. Especificamente, em relação à responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, não se exige a comprovação de conduta culposa, em face de sua natureza objetiva.

Assim, independentemente das divergências acerca da natureza da licença ambiental ser ato discricionário ou vinculado, definitivo ou precário, a obrigação de indenizar da Administração Pública não nasce da natureza do ato administrativo em si, mas do dano que este ato administrativo provocou a terceiros.

Ao operador do direito, o mais importante para se avaliar a possibilidade de indenização é a criteriosa análise do caso concreto, utilizando como norte os princípios da proporcionalidade e razoabilidade em conjunto com os fundamentos jurídicos das pretensões indenizatórias.

Exemplificando, imagine-se que determinado empreendimento teve licença ambiental de instalação concedida há mais de dez anos, com sucessivas renovações e, diante de interesse meramente especulativo, o interessado não tenha iniciado qualquer construção, sobrevivendo alteração das normas ambientais que tornaram a licença em desacordo com o ordenamento jurídico. Na hipótese em comento, em análise perfunctória, não se vislumbra qualquer direito a indenização em favor do proprietário, destacadamente, considerando o fato do imóvel não cumprir sua função social.

Em síntese conclusiva, toda vez que a Administração Pública provocar dano estará obrigada a ressarcir-lo, independentemente de dolo ou de culpa, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988. Entretanto para aferir eventual indenização decorrente das consequências de alterações normativas da legislação ambiental, deve ser analisado o caso concreto, diante do interesse em questão a ser protegido, a proteção meio ambiente, e sempre considerando o cumprimento da função social da propriedade por parte do empreendedor.

#### **2.4 Licença Ambiental Adequadamente Concedida com Alteração Normativa Ampliando a Proteção ao Meio Ambiente com o Interessado Já Tendo Edificado a Construção**

Em continuidade ao tema proposto, uma terceira hipótese merece considerações. Desta feita, a alteração normativa ampliando a proteção ao meio ambiente ocorrera quando o interessado, munido de licença ambiental devidamente concedida, já teve edificado ou iniciado a construção no imóvel.

Nesta conjuntura, teria o proprietário direito adquirido de construir? Esse direito já integra o seu patrimônio?

Diante destas circunstâncias, como regra, se o proprietário ergueu sua construção quando inexistia qualquer restrição ambiental, terá ele direito adquirido de manter o bem, mesmo que sobrevenham alterações normativas mais restritivas. Por analogia, a resposta para a questão segue o mesmo raciocínio das construções antigas, nas chamadas “áreas urbanas consolidadas”, edificadas antes de qualquer exigência legal de preservação do meio ambiente.

Evidencia-se que este entendimento não desacata a proteção constitucional do meio ambiente e o cumprimento da função social da propriedade, pois eventuais modificações da legislação ambiental não serão simplesmente desprezadas pelo proprietário.

Nessa toada, considerando que na situação aventada já houve, pelo menos, o início da construção, pode haver necessidade da renovação da licença de instalação ou da licença de operação, seja para dar continuidade ou ampliar sua construção. Nestas situações, é exigível adequar o empreendimento a novel legislação (criação de área de preservação permanente, por exemplo), contanto que não se inviabilize a obra. Caso isto ocorra, deverá o ente público desapropriar a área e indenizar o seu proprietário.

Por outro lado, deve-se ater às peculiaridades do caso concreto, para que o interessado não se utilize do argumento de ostentar direito adquirido para ampliar sua construção de modo que, em verdade, edifique novo empreendimento bem diferente do inicialmente licenciado, objetivando, tão somente, burlar as normas ambientais.

Em suma, em se tratando de aparente conflito de normas de status constitucional (proteção ao meio ambiente, direito de propriedade, direito adquirido, etc.) a interpretação mais recomendada deve considerar o caso concreto, ponderando esses valores, a fim de evitar o desvirtuamento dos interesses protegidos em nossa Carta Magna.

Ademais, na hipótese aventada, embora tenha direito de dar continuidade a seu empreendimento, o proprietário não está imune às novas regras de Direito Ambiental, pois, utilizando-se das lições de Paulo Affonso Leme Machado<sup>18</sup>, “Não há direito adquirido de poluir”.

Entretanto, como já prenunciado há pouco, pode haver situações em que a preservação do direito de quem construiu e a preservação do meio ambiente tornam-se completamente incompatíveis, destacadamente quando, a despeito da construção já ter se iniciado e estar em conformidade com a legislação revogada, o dano ao meio ambiente é considerável e de consequências muito gravosas. Nestas situações, com o desiderato de não aniquilar os direitos em aparente conflito, o Poder Público pode ter que desapropriar o imóvel, por exemplo, para efetivar uma área de proteção integral, nos termos do artigo 8º da lei 9985 de 2000.

Ressalte-se que eventual ressarcimento ao particular exige ausência de qualquer situação de ilegalidade ou fraude no licenciamento, pois, do contrário, não subsiste direito adquirido, nem mesmo sob a justificativa de falta de fiscalização.

---

18 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 203.

Alguns exemplos podem elucidar o exposto.

Imagine-se que um particular ergue uma casa sem licença ambiental, dentro de uma unidade de conservação. Se a construção for edificada antes da criação da unidade, tem ele direito adquirido a permanecer no local, a não ser que a construção esteja em total incompatibilidade com a unidade de conservação, com severa agressão ao meio ambiente. Neste caso, pode restar, como única alternativa, a desapropriação do bem pelo Estado, com eventual indenização pelos prejuízos, tendo em vista suposta situação de direito adquirido.

Uma segunda experiência também é paradigmática.

Até a edição da Lei 4771/65, quando não havia a expressa vedação a construções às margens de rios, nos moldes atuais, muitas casas eram erguidas nestas regiões.

Com o advento do Código Florestal, em 1965, como regra, foram proibidas edificações nestas adjacências, que foram consideradas área de preservação permanente, exigindo a preservação de uma faixa mínima de cinco metros das margens ribeirinhas, graduada de acordo com a largura do curso d'água, ressaltando-se, porém, o direito adquirido de quem até aquela data havia construído no local.

Ocorre que a Lei n. 7.803, de 18 de julho de 1989, alterou a redação da alínea a do artigo 2º do Código Florestal, passando a exigir, no mínimo, uma faixa de área de proteção permanente, às margens de curso d'água, de trinta metros. Vejamos as redações original e alterada do diploma legal mencionado, glosadas em razão da revogação de ambas:

Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ~~ao longo dos rios ou de outro qualquer curso d'água, em faixa marginal cuja largura mínima será: 1 - de 5 (cinco) metros para os rios de menos de 10 (dez) metros de largura; 2 - igual à metade da largura dos cursos que meçam de 10 (dez) a 200 (duzentos) metros de distancia entre as margens; 3 - de 100 (cem) metros para todos os cursos cuja largura seja superior a 200 (duzentos) metros. 1. de 30 (trinta) metros para os rios de menos de 10 (dez) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.511, de 1986) 2. de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;~~

(Redação dada pela Lei nº 7.511, de 1986) 3. de 100 (cem) metros para os cursos d'água que meçam entre 50 (cinquenta) e 100 (cem) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.511, de 1986) 4. de 150 (cento e cinquenta) metros para os cursos d'água que possuam entre 100 (cem) e 200 (duzentos) metros de largura, igual à distância entre as margens para os cursos d'água com largura superior a 200 (duzentos) metros; (Incluído dada pela Lei nº 7.511, de 1986) b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais; c) nas nascentes, mesmo nos chamados "olhos d'água", seja qual for a sua situação topográfica; d) no topo de morros, montes, montanhas e serras; e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive; f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues; g) nas bordas dos taboleiros ou chapadas; h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, nos campos naturais ou artificiais, as florestas nativas e as vegetações campestres:

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será: (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros; (Incluído pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;

c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

Nesse panorama, supondo que, no ano de 1987, um particular tenha comprado um terreno e construído uma casa numa faixa de vinte metros da margem de um rio cuja largura fosse de menos de dez metros e, considerando que houve a alteração da faixa marginal para trinta metros como área de preservação permanente (art. 2º, a, item 1, do Código Florestal com redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989), haveria direito adquirido a permanecer no local ?

Seguindo o entendimento acima delineado, a propriedade do particular deve ser preservada, eis que a construção já estava erguida ou tinha se iniciado antes da alteração normativa. Caso o ente estatal entendesse que o imóvel deveria ser demolido, obedecendo aos novos limites, poderia fazê-lo, mediante justa indenização, provavelmente desapropriando o bem do particular, que perderia ou diminuiria consideravelmente seu valor econômico.

Historicamente, como já mencionado, situações semelhantes ocorreram em grande número nas chamadas “áreas urbanas consolidadas”, onde, mesmo inseridas em regiões transformadas em áreas de preservação ambiental foram mantidas as construções, sobressaindo o direito de propriedade dos particulares e a segurança jurídica.

Em arremate ao exposto e considerando as conclusões a que chegamos neste estudo, resta aos entes públicos e privados definir o que seria o início da construção, diante dos efeitos deste divisor de águas. Bastaria que se erguesse um muro, iniciasse uma fundação ou seria necessário que efetivamente fosse edificado o empreendimento? Tal situação merece maiores reflexões para que não se desvirtuem os institutos já analisados, conferindo a devida efetividade às normas e princípios constitucionais relacionados ao tema.

### **3 CONCLUSÃO**

Tendo em vista a competência concorrente conferida pela Carta Magna de 1988, a edição de inúmeras espécies normativas, materializadas em leis, portarias, resoluções dos Conselhos do Meio Ambiente; vêm ampliando as medidas protetivas ao meio ambiente no plano legislativo.

Este fato tem multiplicado a litigiosidade entre entes estatais e particulares, gerando embates entre a proteção ao meio ambiente e o direito de propriedade e seus desdobramentos, como o direito de construir, via de regra, sob o fundamento de defesa do direito adquirido.

Situação que merece criteriosas ponderações ocorre quando, após a concessão de licença ambiental, sobrevém alteração normativa mais restritiva ao direito de construir, onde se pode distinguir três situações que têm consequências diversas, são elas: licença ambiental concedida sem cumprimento da legislação ambiental; licença ambiental adequadamente concedida, com alteração normativa ampliando a proteção ao meio ambiente, sem que o interessado tenha edificado a construção; e, por fim, licença ambiental adequadamente concedida, com alteração normativa ampliando a proteção ao meio ambiente, com o interessado já tendo edificado a construção.

Nestas situações, para se chegar à solução mais harmoniosa com nosso ordenamento jurídico, deve-se conferir a justa ponderação dos direitos em aparente conflito, primando pelo valor que deve prevalecer no caso concreto: proteção ao meio ambiente, direito de propriedade ou segurança jurídica. Em apertada síntese, sobrevivendo normas de direito ambiental mais protetivas em relação ao regramento anterior, somente haverá direito adquirido do detentor de licença ambiental devidamente concedida, nas hipóteses em que já se iniciou ou concluiu sua construção.

## REFERÊNCIAS

- ALONSO, Hamilton; DAWALIBI, Marcelo; FINK, Daniel Roberto. *Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Código Civil*. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.
- \_\_\_\_\_. *Lei nº 4771, de 15 de setembro de 1965*. Institui o Código Florestal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Leis/L4771.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L4771.htm)>. Acesso em: 29 out. 2014.
- \_\_\_\_\_. *Lei 6.938/81, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm)>. Acesso em: 29 out. 2014.
- \_\_\_\_\_. *Lei nº 9985 de 18 de julho de 2000*. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de

Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9985.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. *Jurisprudência*. Apelação Cível n.210.760, da 3ª Câmara Civil do 1º TAC-SP, de 6-8-1975.

\_\_\_\_\_. *Jurisprudência*. Recurso Apelação Civil n. 178.905, origem: Ubatuba, Relator Urbano Ruiz, 28-9-1993.

\_\_\_\_\_. *Jurisprudência*. Apelação Cível n. 147.488-1/2 – São Paulo 4ª Câmara Civil – TJ-SP Apelante: Hidro Volt – Engenharia e Construções Ltda. – Apelados: Diretor da Divisão de Proteção de Recursos Naturais – DPRN – Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Estado de S. Paulo Rel. Lobo Júnior – j.12-9-91. 5 Relator Lobo Júnior.

\_\_\_\_\_. *Jurisprudência*. Processo: AI-AgR 121798 RJ. Relator (a): SYDNEY SANCHES. Julgamento: 04/03/1988. Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Publicação: DJ 08-04-1988 PP-07483 EMENT VOL-01496-06 PP-01158.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DINIZ, Maria Helena, *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SANTANA, Fábio Henrique Santos de. O Direito de Propriedade. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS - Universidade de Salvador*; v. 3, Porto Alegre: Síntese, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

RECEBIDO EM: 05/06/2015

APROVADO EM: 03/08/2015

# ASPECTOS ECONÔMICOS E JURÍDICOS DA EXPLORAÇÃO DO PETRÓLEO: BREVE INTRODUÇÃO AO CONTRATO DE PARTILHA DA PRODUÇÃO

*ECONOMIC AND LEGAL ASPECTS OF OIL EXPLORATION: SHORT  
INTRODUCTION TO THE PRODUCTION SHARING CONTRACT*

*Regina Linden Ruaro<sup>1</sup>*

*Fabríccio Quixadá Steindorfer Proença<sup>2</sup>*

- <sup>1</sup> Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1981), doutorado em Direito - Universidad Complutense de Madrid (1993) e Pós-Doutorado pelo Centro de Estudios Universitarios - San Pablo - CEU de Madri (2006-2008). Compõe o Grupo Internacional de Pesquisa Protección de datos, transparencia, seguridad y mercado. Atualmente é professora titular da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e membro da Comissão Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado da Faculdade de Direito. Procuradora Federal/AGU aposentada. Professora do Master Protección de datos, transparencia y acceso a la Información da Universidad San Pablo de Madrid-CEU. Membro Honorário do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado - IIEDE. Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Administrativo, atuando principalmente nos seguintes temas: Contratos e Licitações, Concessões, Permissões e Autorizações de Serviço Público, Direito da Infraestrutura, Proteção de Dados Pessoais e Direito Fundamental de Acesso à Informação, Improbidade Administrativa e Responsabilidade Civil da Administração Pública. Possui Grupo de Pesquisa cadastrado no CNPq, na área de direito público.
- <sup>2</sup> Doutorado em Direito em curso na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (início 2013), possui mestrado em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2001) e graduação em

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Desenvolvimento histórico da indústria do petróleo; 1.1 Panorama legal; 1.2 O petróleo do Brasil; 2 A Emenda 9 e o monopólio da União; 3 O contrato de partilha da produção no pré-sal brasileiro; 4 Conclusão: Referências.

**RESUMO:** O ensaio aqui apresentado busca investigar acerca das repercussões jurídicas e econômicas provenientes do assim nomeado “marco regulatório do pré-sal” no sistema exploratório brasileiro, especialmente no que concerne ao sistema de partilha da produção. Para tanto, foi realizado um estudo constitucional, legal e doutrinário referente ao assunto, com ênfase nas consequências da nova sistemática para a indústria petrolífera, de forma a oferecer ao leitor um panorama do novo instituto e sua conformação com o ordenamento vigente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Administrativo. Petróleo. Pré-Sal. Partilha da Produção. Contrato. Marco Regulatório.

**ABSTRACT:** The essay presented here seeks to investigate into the legal and economic repercussions so named from the “regulatory framework of the pre-salt” in the Brazilian exploratory system, especially with regard to the production sharing system. Thus, a constitutional, legal and doctrinal study related to the subject, with emphasis on the consequences of the new system for the oil industry in order to provide the reader with an overview of the new institute and its conformation with the legal ruling was made.

**KEYWORDS:** Administrative Law. Oil and Gas. Pre-Salt. Production Sharing. Contract. Regulatory Framework.

---

Direito pela Universidade Federal do Ceará (1995). É Advogado da União, lotado na Consultoria Jurídica do Ministério de Minas e Energia. Tem ênfase em Direito Comercial e Administrativo, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Falimentar, Direito Marítimo, Direito Societário, Direito Internacional Privado, Direito de Energia Elétrica, Direito de Petróleo e Gás e Direito Minerário. Lecionou na Universidade Federal do Ceará - UFC, na Universidade de Fortaleza - Unifor, no Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, dentre outros. Atuou na construção dos marcos regulatórios do pré-sal e da mineração. Autor da obra *A Licitação na Sociedade Economia Mista*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

## INTRODUÇÃO

O sistema legal de exploração do petróleo no Brasil, com ênfase em seus aspectos econômicos e jurídicos será objeto de abordagem no presente estudo. O cerne da discussão encontra-se na aprovação do novo marco regulatório para as jazidas do pré-sal, o contrato e partilha e suas consequências para o sistema exploratório nacional.

São abordados aspectos históricos da indústria petrolífera, desde o seu início nos Estados Unidos da América, passando pela ascensão e queda da Standard Oil, o surgimento das “Sete Irmãs”, a criação da OPEP e os choques do petróleo; fatos necessários à compreensão da instalação e desenvolvimento do setor petrolífero no Brasil, desde a criação do Conselho Nacional do Petróleo, passando pela Petrobrás, até os dias atuais, com o retorno da exclusividade operacional daquela empresa para as áreas do pré-sal.

É feita a análise da “flexibilização do monopólio” com a Emenda 9 e a Lei do Petróleo, com a consequente adoção do sistema de concessão e o modelo regulatório capitaneado pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), com suas consequências positivas para a produção de óleo e gás natural em território nacional e a expansão do parque industrial brasileiro.

Em seguida, traz-se a lume o novo marco regulatório do pré-sal, bem como as dúvidas com ele carregadas quanto à sua real possibilidade de êxito, ante questões como instabilidade jurídica e regulatória e capacidade operacional da Petrobrás para a execução dos campos a serem licitados, em análise crítica dos caminhos escolhidos para essa nova fase institucional do setor, com grandes desafios para administradores públicos, industriais e juristas.

## 1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO

A descoberta de petróleo na camada geológica do pré-sal, em 2006, a pouco mais de cinco mil metros de profundidade, na bacia de Santos, trouxe uma nova perspectiva econômica à indústria petrolífera nacional. Não obstante o alto custo exploratório envolvido, mensurou-se que o baixo risco traria compensações capazes de equilibrar os investimentos necessários à produção em águas ultra profundas<sup>3</sup>.

---

3 Coluna de água igual ou superior a 1501m.

A avaliação dos setores envolvidos foi positiva e houve grande expectativa dos investidores internacionais de como os trabalhos seriam conduzidos daquele momento em diante. O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES publicou estudo de autoria do economista André Albuquerque Sant’ana intitulado: Brasil é a principal fronteira de expansão do petróleo no mundo<sup>4</sup>. Destaca o artigo:

As recentes descobertas de petróleo e gás no pré-sal colocam o país como um dos destinos para investimentos em exploração e produção de novos campos petrolíferos. Afinal, ainda que preliminares, as estimativas apontam para reservas da ordem de 8 bilhões de barris, apenas nos campos de Tupi (rebatizado de Lula pela Petrobras no final de 2010) e Iara. Isso representa um acréscimo de cerca de 60% nas reservas nacionais de petróleo.

O cenário foi propício à formação de expectativas positivas: a) baixo risco exploratório; b) alto preço internacional do petróleo, que justificaria os investimentos necessários à exploração no pré-sal; e c) ausência de novas fronteiras exploratórias em âmbito mundial. Além disso, o ambiente interno era favorável, com a presença de inúmeras International Oil Companies (IOC) no país, que aqui se instalaram após a flexibilização do monopólio do petróleo, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995, que alterou o art. 177, §1º da Constituição Federal, possibilitando à União contratar empresas estatais ou privadas para o desempenho das atividades previstas nos incisos I a IV do mesmo artigo, tais como pesquisa e lavra de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, refino e transporte marítimo.

### 1.1 Panorama Geral

A ideia de cavar um buraco no chão para achar água não é nova. Os chineses o fazem há milhares de anos<sup>5</sup>. Encontrar substâncias diferentes da água foi um fato relativamente corriqueiro. Essas substâncias eram testadas em suas funcionalidades e, eventualmente, encontrava-se uma utilidade para elas. Assim, deu-se com o petróleo (oil rock) que serviu de remédio para reumatismo a óleo de iluminação para residências<sup>6</sup>.

4 In: [http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/visao/Visao\\_87.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/visao/Visao_87.pdf), acesso em 11 de jun. de 2014 às 17h2min.

5 ECONOMIDES, Michael; OLIGNEY, Ronald. *The color of oil: the history, the money and the politics of the world's biggest business*. Katy: Round oak publishing company, 2000. 203 p. p. 28.

6 MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Comentários à lei do petróleo*. São Paulo: Atlas, 2000. 290 p. p. 18.

Em 1859, o Coronel Edwin Laurentine Drake perfurou o primeiro poço com o específico propósito de encontrar petróleo. O feito deu-se em Titusville, Pensilvânia (EUA), a cerca de 23 metros (69 pés) de profundidade<sup>7</sup>. Em seu início, a História mundial do petróleo confundiu-se com a História norte americana do petróleo, já que, nas primeiras décadas, os Estados Unidos eram responsáveis pela totalidade da produção mundial. O óleo extraído era armazenado em barris de 42 galões, equivalentes a aproximadamente 159 litros e eram perdidos mais de vinte por cento do seu conteúdo no transporte.

Daí em diante o petróleo assumiu o status de riqueza universal, operando inúmeras transformações no cenário político e econômico mundial. Foi motivo de guerras, intervenções políticas, alianças, tumultos. Sua conturbada História passou a andar de mãos dadas com a História da civilização moderna, incorporando o progresso com seus benefícios e mazelas. Hoje está presente em praticamente tudo que ornamenta a vida do ser humano, desde o plástico utilizado para fabricar uma escova de cabelos ao querosene que faz sair do chão uma aeronave de mais de 500 toneladas.

Uma onda de milionários surgiu em uma escala nunca antes presenciada. O século do petróleo no Texas (EUA) apresentou ao mundo os *nouveaux riches*. Imigrantes que chegavam aos Estados Unidos da América sem qualquer perspectiva; pobres de nascimento e de formação intelectual, tornaram-se detentores das maiores fortunas do mundo ocidental<sup>8</sup>. Operou-se, assim, uma grande revolução social, posto que até então, quem nascia pobre quase que sem dúvida morreria pobre. O petróleo trouxe um novo horizonte, homens simples, com sorte e disposição para o trabalho, tornaram-se milionários.

O fundador da Standard Oil Company (1870), John Davison Rockefeller, nasceu em Richford, Estado de Nova Iorque (EUA), em 8 de julho de 1839. Considerado o homem mais rico de todos os tempos, Rockefeller, que morreu aos 98 anos, foi uma figura controversa no cenário estadunidense, construiu sua fortuna graças a uma larga visão da cadeia produtiva do petróleo, desde o poço até a distribuição do produto refinado. Vislumbrou que o refino, o transporte e a distribuição (*downstream*) eram mais lucrativos que a exploração e produção (*upstream*). A briga,

7 ECONOMIDES; OLIGNEY, op. cit., p. 28.

8 *Ibidem*, p. 5.

portanto, era travada em torno das refinarias e do transporte do óleo em trens, barcos e oleodutos.

Rockefeller iniciou sua vida profissional como guarda livros (contador) aos dezesseis anos em Cleveland (EUA), na empresa Hewitt and Tuttle. Em 1863, aos 25 anos, já controlava uma das maiores refinarias dos Estados Unidos. Com grande perspicácia e capacidade de aglutinação, reformulou os conceitos produtivos e baseou seu sucesso no aproveitamento de todo o percurso do petróleo, desde o poço até o consumidor final. Controlou o refino, o transporte e a distribuição, tornando-se o instituidor do maior monopólio da era moderna.

Em 1870, foi fundada a Standard Oil Company, em Ohio (EUA), proveniente da transformação da Rockefeller, Andrews and Flager. Foi formada por Rockefeller, seu irmão William, Henry Flagler, o químico Samuel Andrews e Stephen V. Harkness. Por mais de quatro décadas a Standard Oil controlou a indústria petrolífera nos Estados Unidos em todas as suas ramificações.

A companhia chegou a dominar noventa por cento do mercado petrolífero norte americano e, na falta de produtores em outros países, mundial<sup>9</sup>. Passou por inúmeras mudanças e crises na economia e na forma de administrar negócios. Ramírez<sup>10</sup> destaca em importante trabalho acerca do petróleo no mundo e na América Latina:

La Standard Oil, con el tiempo y transformaciones necesarias, tuvo en sus manos el monopolio de la industria en Estados Unidos, por lo que, en 1901, el presidente Teodoro Roosevelt le aplico una multa de 29.000.000 de dólares, y el 15 de mayo de 1911, la Corte Suprema de Missouri la obligó a disolverse en treinta e cuatro compañías independientes, aplicando la Sherman Antitrust Act (ley contra los trust) de 1890.

Tudo findou após uma longa jornada de conflitos entre a Standard Oil e o governo norte americano, com destaque para Theodore Roosevelt na ala governista. Roosevelt é comumente mencionado pela cruzada que travou contra os trusts e, pessoalmente contra Rockefeller.

9 ECONOMIDES, OLIGNEY, op. cit., p. 53.

10 RAMÍREZ, Mariano. *Petróleo*. 1a reimpressão. Mendoza: Ediciones jurídicas Cuyo, 2003. 267 p. p. 20.

The long, twisted path included hundreds of witnesses and thousands of pages of testimony; scores of antitrust suits from individual states; one massive fine from a Chicago judge (quickly overturned) that amounted to 30 percent of Standard's capitalized value; an initial judgment leveled by a St. Louis federal circuit court; and a subsequent appeal by Standard Oil. The final judgment was handed down on May 15, 1911, by Supreme Court Chief Justice Edward White<sup>11</sup>.

Decerto que todo o processo, que durou anos e consumiu vultosas quantias do tesouro, visava conferir equilíbrio concorrencial à indústria petrolífera norte americana; não obstante muitos críticos questionarem os reais propósitos de seus mentores.

Ironically, by the time the verdict was handed down, Roosevelt had left office, Rockefeller was 20 years into retirement, and the court's decision was no longer needed. The monopoly was made possible only by virtue of the entire world's oil production being conveniently, and for extended time, confined to one small part of Pennsylvania. With exploding production in Texas, Oklahoma, California, the Middle East, Southeast Asia and Russia, Standard Oil's stranglehold on the industry was not sustainable<sup>12</sup>.

O fim da Standard Oil não foi o fim de Rockefeller nem da indústria do petróleo nos Estados Unidos, mas serviu para diversificar o parque industrial naquele país ante o surgimento de dezenas novas empresas. Entretanto, o controle do negócio do petróleo no mundo continuou em mão de um pequeno grupo, passou a ser gerido por sete empresas: as majors, comumente conhecidas como as "Sete Irmãs". São elas: i) Standard Oil of New Jersey (EXXON); ii) Gulf; iii) TEXACO; iv) Standard Oil of California (Chevron); v) Mobil; vi) Shell; e vii) British Petroleum.

Em 1928, apenas 17 anos após a dissolução compulsória da Standard Oil pela Suprema Corte do Estado de Missouri, a Royal Dutch (Shell), a Standard Oil of New Jersey (EXXON) e a Anglo Persian (British Petroleum) firmaram em Achnacarry (Escócia) um acordo cujas diretrizes continuam, ainda hoje, a vetorizar as práticas comerciais na indústria do petróleo.

---

11 ECONOMIDES; OLIGNEY, op. cit., p. 55.

12 Ibidem, p. 56

O acordo de Achnacarry, na prática, significou a institucionalização de um cartel internacional do petróleo, posto que os preços fossem meticulosamente estabelecidos em mútuo consenso. Na década de 1950, a organização tomou mais força, incorporando o nome de Sete Irmãs. O cartel manipulava os preços e controlava a oferta mundial dos derivados do petróleo, o que passou a gerar um descompasso com os países produtores de petróleo, que pugnavam por uma maior valorização da commodity.

A insatisfação dos países produtores com a política de preços praticada pelas Sete Irmãs culminou na criação da Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP) em setembro de 1960 por cinco países: Irã, Iraque, Kuwait, Arábia Saudita e Venezuela. A OPEP contou com a entrada e saída de vários países ao longo de sua história, sendo que atualmente tem-se mais sete países além dos fundadores (Argélia, Angola, Equador, Líbia, Nigéria, Qatar e Emirados Árabes Unidos), totalizando doze nos dias atuais<sup>13</sup>.

A criação da OPEP influenciou fortemente a indústria do petróleo, trazendo a debate a política de fixação dos preços, até então ditada unilateralmente pelas majors, e a nacionalização dos campos exploratórios. A Organização não se envolveu diretamente na discussão sobre preços até o início da década de 1970 quando protagonizou os dois grandes choques do petróleo que causaram uma reviravolta nos preços e nas participações dos Estados produtores.

O primeiro choque tomou vulto quando a Esso (EXXON), unilateralmente, resolveu abaixar em 10 centavos de dólar o preço do barril de óleo equivalente (BOE), levando as demais companhias norte americanas a adotarem a mesma política em detrimento dos países produtores. Em retaliação, a Líbia impõe o primeiro aumento de preço no montante de 50 centavos de dólar por barril.

A tensão piora quando os Árabes, liderados por Egito e Síria, em retaliação à tomada do Canal de Suez por Israel em 1967 (Guerra dos Seis Dias), retomam, de surpresa, a faixa de território perdido, deflagrando a Guerra de Yom Kippur (6 de outubro a 26 de outubro de 1973). O petróleo é usado como forma de pressão, especificamente através de embargo às majors e da suspensão de negociações com os países compradores.

---

13 In: [http://www.opec.org/opec\\_web/en/about\\_us/25.htm](http://www.opec.org/opec_web/en/about_us/25.htm). Acesso em: 12 jun. 2014, às 10h25min.

A segunda crise do petróleo (1977-1978) ocorre em meio a uma crise política no Irã, que refletiu diretamente nos preços. Também comumente aponta-se o aumento do consumo mundial dos derivados do petróleo como estopim para este segundo choque.

Na década de 1990 houve uma tendência à acomodação dos preços internacionais com ligeiro viés de queda, até a invasão do Kuwait pelo Iraque em 2 de agosto de 1990, culminando na Guerra do Golfo. Naquele momento houve nova alta de preços com a ameaça ao abastecimento e novos embargos pelos países produtores.

A atualidade é marcada por uma forte procura por fontes alternativas ao petróleo convencional, como o tight oil, o shale gas e as reservas descobertas na camada do pré-sal em diversos países, inclusive o Brasil. Tais iniciativas, conforme pontificado alhures, só se fazem possíveis em razão do alto preço internacional do petróleo e seriam inviáveis em patamares abaixo de cinquenta dólares.

Com o intuito de proporcionar maior clareza aos acontecimentos de maior relevância transcreve-se, em tradução livre, o relato de Ramirez<sup>14</sup>, citando o jornal “Ámbito Financiero”, que traz um resumo cronológico dos fatos importantes na indústria do petróleo:

1859: Edwin L. Drake perfura o primeiro poço de petróleo em Titusville, Estados Unidos.

1870: John D. Rockefeller ingressa no negócio de refino de óleo. Funda a Standard Oil (Cleveland, Ohio) e produz querosene para iluminação residencial.

1882: Tomas Alva Edson inventa a lâmpada elétrica e põe em cheque a indústria do petróleo.

1885: Os Rotschild descobrem petróleo na Rússia e a Royal Dutch em Sumatra.

1885: Karl Benz inventa, na Alemanha, inventa o motor de quatro tempos a gasolina com combustão interna.

---

14 RAMÍREZ, op. cit., p. 30-1.

1892: Marcus Samuel funda a Shell para transportar petróleo através do canal de Suez.

1901: Descobre-se petróleo na Pérsia (Irã).

1903: Ocorre um incremento da produção de petróleo na Califórnia, EUA.

1905: É descoberto petróleo em Oklahoma.

1907: Ocorre a fusão da Shell e da Royal Dutch.

1908: Há um enorme crescimento da produção de petróleo no Oriente Médio com a British Petroleum.

1910: É descoberto petróleo no México.

1911: A Standard Oil é dissolvida compulsoriamente, nascendo companhias como Exxon, Mobil, Amoco, Chevron, etc.

1922: É descoberto petróleo na Venezuela.

1927: Descobre-se petróleo no Iraque.

1928: É firmado o acordo de Achanacarry.

1933: A Standard Oil of California (Chevron) começa a explorar petróleo na Arábia Saudita.

1956: Argélia e Nigéria descobrem petróleo.

1959: Há um incremento da produção de petróleo da Líbia.

1960: É fundada a Organização dos Países Exportadores de Petróleo – OPEP.

1968: Descobre-se petróleo no Alaska, mas a exploração só tem início em 1977.

1969: É descoberto petróleo no Mar do Norte.

1973: Primeira crise do petróleo, em represália à ajuda dos Estados Unidos a Israel na guerra contra os Árabes.

1979: Segunda crise do petróleo.

1980: A OPEP passa por dificuldades em razão da guerra Irã e Iraque.

1982: A OPEP adota a produção por quotas.

1990: Ocorre a chamada minicrise do petróleo em razão da invasão do Kuwait pelo Iraque.

## 1.2 O Petróleo do Brasil

Do século XIX até início da segunda metade do século XX a política petrolífera brasileira parecia seguir à risca o lema jocoso propalado por Monteiro Lobato: “não tirar petróleo, nem deixar que o tirem”. Em fato, de lá para cá houve certa modificação de paradigmas, entretanto, questões como por que o petróleo não é recuperado das bacias sedimentares on shore continua sem reposta.

É ilustrativo o trecho da missiva de Monteiro Lobato<sup>15</sup> dirigida ao então presidente da República Getúlio Vargas, que lhe rendeu condenação<sup>16</sup> por injúria contra a pessoa do dirigente mor da nação. Veja-se:

“Nunca faltam pretextos às políticas de segundas intenções. Para que o Conselho<sup>17</sup> pudesse executar o seu programa de massacre, promulgaram-se duas leis horrorosas, que em meu livro denunciei como gestadas pela Stardard<sup>18</sup> e paridas pelo nosso nacionalismo ingenuo.

Uma é a Lei de Minas, na qual se criam tantos embaraços á exploração do subsolo que ninguém mais se atreve a pensar nisso. Outra é a Lei

15 MONTEIRO LOBATO, José Bento Renato. *Escândalo do petróleo e ferro*. 8. ed. São Paulo: Brasiliense, 1956. 316 p. p. 172-3.

16 Da prisão Monteiro Lobato escreveu carta, em 9 de abril de 1941, ao General Horta Barbosa (presidente do CNP) apontado como responsável pelo processo que culminou em sua condenação a seis meses de prisão. É impossível não transcrever um pequeno trecho: “É profundamente reconhecido que venho agradecer a V. Excia. o grande presente que me fez, por intermédio do augusto Tribunal de Segurança, de uns tantos deliciosos e inesquecíveis dias passados na Casa de Detenção desta cidade. Sempre havia sonhado com uma reclusão desta ordem, durante a qual eu ficasse forçadamente a sós comigo mesmo e pudesse meditar sobre o livro de Walter Pitkin (*A short introduction to the history of human stupidity*). Lá fora, o tumulto humano e mil distrações sempre me iam protelando a realização desse sonho; e eu já não tinha esperança de nada, quando fui surpreendido pela denúncia ao Tribunal de Segurança e logo e logo em seguida preso preventivamente”.

17 Conselho Nacional do Petróleo (CNP), criado pelo decreto-lei nº 395, de 29 de abril de 1938.

18 Standard Oil Company of New Jersey (EXXON), conhecida no Brasil como ESSO.

do Petróleo, que põe nas mãos do Conselho todas as armas para a completa aniquilação dos esforços do país na exploração do petróleo.

A ideia central dessas leis é a nacionalização do capital. Mas houve uma insidiosa confusão. Evitar que o capital estrangeiro se aposse de nossas reservas minerais é coisa plenamente justificável; mas impedir que o estrangeiro que está no Brasil se torne acionista das empresas, é maldade pura. Esses estrangeiros – um português aí do Rio, que veio mamando e aqui enriqueceu; um italiano cá de São Paulo que veio há 50 anos e também aqui enriqueceu – são detentores de Capital Nacional, impedir que sejam acionistas de petróleo é maquiavelismo puro, cujo único fim foi, sob capa de nacionalismo, fazer que a maior parte do capital nacional disponível (justamente a que está na posse desses homens) não pudesse contribuir para o desenvolvimento da indústria do petróleo, desse modo agravando as dificuldades de dinheiro das empresas nacionais. Matarazzo pôde dirigir uma gigantesca indústria de alimentos, coisa que diz diretamente com a nossa vida e saúde – mas não pôde tomar uma ação de 100 mil réis numa empresinha de petróleo! Um nacionalismo que raciocina desse modo, evidentemente não pensa com o cérebro – sim com qualquer outro membro menos nobre do corpo.

O quadro de apatia no que se refere aos investimentos e políticas para a indústria petrolífera manteve-se até o início da década de 1950 com a edição da lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, que institui o monopólio da União sobre as atividades relacionadas em seu artigo 1º e autorizou a criação da Petróleo Brasileiro S/A (Petrobrás), conferindo-lhe a exclusividade das atividades ali listadas<sup>19</sup>.

O panorama legal perdurou até 1988 quando Constituição<sup>20</sup> recém promulgada tratou do monopólio em favor da União, sem, no entanto,

19 Art. 1º Constituem monopólio da União: I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e outros hidrocarbonetos fluídos e gases raros, existentes no território nacional; II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados de petróleo produzidos no País, e bem assim o transporte, por meio de condutos, de petróleo bruto e seus derivados, assim como de gases raros de qualquer origem. Art. 2º A União exercerá, o monopólio estabelecido no artigo anterior: I – por meio do Conselho Nacional do Petróleo, como órgão de orientação e fiscalização; II – por meio da sociedade por ações Petróleo Brasileiro S. A. e das suas subsidiárias, constituídas na forma da presente lei, como órgãos de execução.

20 Art. 177. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo

disciplinar como seria exercido, mantendo, dessa forma, o que dispunha a lei nº 2.004, que determinava a exclusividade das atividades elencadas à Petrobrás.

Em 1995, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 9 (Emenda 9), alterando o texto do parágrafo primeiro<sup>21</sup> do artigo 177, fato que passou a ser conhecido como flexibilização do monopólio da Petrobrás. Por ocasião da Emenda 9, a conformação do setor petrolífero foi amplamente modificada com o advento da lei nº 9.478 (Lei do Petróleo), de 6 de agosto de 1997, que criou a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) e instituiu o sistema de concessão para a exploração e óleo e gás através de processo licitatório.

O novo sistema abriu o mercado brasileiro, possibilitando o ingresso de empresas multinacionais, bem como a criação e expansão do setor para o capital privado interno. Novos blocos exploratórios foram colocados aos mercados, ampliando consideravelmente as reservas provadas para mais de quinze bilhões de barris equivalentes, cerca de 1% (um por cento) das reservas mundiais.

A descoberta das reservas do pré-sal, em 2006, implicou opção política em mudar para um regime regulador misto que põe, de um lado, o sistema de concessão para as áreas do pós-sal e, de outro, o regime de partilha da produção, introduzido pela lei nº 12.351/2010 (Lei da Partilha), em áreas geológicas do pré-sal, bem como nas áreas declaradas estratégicas; assim entendidas como regiões de interesse para o desenvolvimento nacional, delimitadas em ato do Poder Executivo, caracterizadas pelo baixo risco exploratório e elevado potencial de produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos<sup>22</sup>.

## 2 A EMENDA 9 E O MONOPÓLIO DA UNIÃO

Inobstante fosse possível avanços mais significativos, a reforma no sistema exploratório de petróleo e gás natural, promovida pela Emenda 9, apesar de manter o monopólio da União, possibilitou a contratação de empresas estatais e privadas para a execução das atividades previstas no

---

produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem.

21 § 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

22 Art. 2º, inciso V, da lei nº 12.351/2.010.

artigo 177, incisos I a IV. Bercovici<sup>23</sup> ressalta que foi extirpada “do texto constitucional a Petrobrás como executora única do monopólio”.

Com a vênia merecida à opinião do autor, cabe mencionar que a Petrobrás nunca teve exclusividade na execução do monopólio da União pela Constituição de 1988. O texto da Carta Magna erigiu o monopólio tão somente à União. A qualidade de executora foi concedida à Petrobrás por lei ordinária<sup>24</sup>, recepcionada pelo novo ordenamento e depois revogada pela lei nº 9.478/97.

Portanto, a exclusividade da Petrobrás como executora do monopólio era mera previsão legal e, como tal, por lei poderia ser alterada ou suprimida. A Emenda 9, em verdade, veio tão somente para conferir maior segurança jurídica ao novo sistema, segurança essa necessária à atração de investimentos e desenvolvimento de uma nova indústria responsável por considerável aumento na produção nacional.

As questões econômicas permeiam intrinsecamente a legislação petrolífera brasileira, e não poderia ser diferente. Todavia, o “nacionalismo ingênuo”, tão poeticamente apregoado por Monteiro Lobato<sup>25</sup>, certas vezes aloca-se a favor do próprio capital que parece querer manter afastado. A Emenda 9 e a lei no 9.478/97 foram responsáveis pelo grande salto do Brasil na indústria petrolífera; de rincão insignificante à décima quinta maior reserva mundial. Destacam Pires e Schechtman<sup>26</sup> que:

“O marco regulatório criado em 1997 determinou as regras necessárias à participação dos agentes privados nas atividades upstream da indústria do petróleo e do gás natural, antes exclusivamente desempenhadas pela Petrobras. Nesse sentido, seu objetivo era o de promover a entrada de novas empresas, fomentar a competição e atrair novos investimentos – isolados ou em parcerias com a própria Petrobras”.

23 BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos naturais*. São Paulo: Quartier latin, 2011. 395 p. p. 252.

24 Artigo 2º, inciso II, da Lei no 2.004, de 3 de outubro de 1953.

25 Cabe referir que Monteiro Lobato, mais conhecido por suas inúmeras obras em literatura infantil, era diplomata, petroleiro e profundo conhecedor da economia e política nacionais. Dedicou grande parte de sua vida a provar que o Brasil tinha petróleo e que era viável explorá-lo nas bacias sedimentares em terra (on shore), coisa que até hoje, com raras exceções, não se faz; apesar dos estudos que comprovam que por aqui há petróleo on shore. Atribuía o “nacionalismo ingênuo” a um conluio entre membros do governo e a Standard Oil of New Jersey (ESSO) no intuito de manter as reservas brasileiras inexploradas.

26 PIRES; SCHECHTMAN, in: GIAMBIAGI, Fabio; LUCAS, Luiz Paulo Vellozo (orgs.). *Petróleo, reforma e contrarreforma do setor petrolífero brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. 334 p. p. 84.

A nova lei, em sua redação original dispunha que as atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural serão exercidas mediante contratos de concessão, precedidos de licitação<sup>27</sup>. O marco do pré-sal manteve a licitação acrescentando o sistema de partilha da produção, determinando a utilização das duas formas (concessão e partilha da produção) concomitantemente. Questões específicas sobre a partilha serão abordadas no item seguinte, todavia, cabe indagar até que ponto a utilização desses dois sistemas contribui positivamente para o setor, ou representa mero ensaio político.

Diante do sucesso do modelo de concessão, cabe o questionamento em relação aos motivos para sua substituição pelo modelo de partilha nos próximos leilões dos blocos do pré-sal. Tal mudança foi feita sob a alegação de que a elevada rentabilidade projetada pelos campos do pré-sal exigia um novo marco regulatório, que garantisse a apropriação dos recursos pelo ‘povo brasileiro’. O novo arranjo institucional estabeleceu o modelo de partilha e trouxe consigo vários retrocessos em relação ao modelo de concessão. O primeiro diz respeito à quebra da estabilidade regulatória, devido à substituição do modelo. Em segundo lugar, o novo modelo de partilha retoma o monopólio da Petrobras na operação dos campos e dá um mínimo de 30% para a estatal nos futuros leilões do pré-sal, retirando a igualdade de condições de todas as empresas nas licitações. As mudanças introduzidas no marco regulatório, após o anúncio do pré-sal, têm gerado inúmeras incertezas quanto à continuidade do círculo virtuoso que o setor de petróleo viveu no Brasil durante a vigência exclusiva do modelo de concessão<sup>28</sup>.

A Emenda 9 e a legislação que lhe sobreveio propiciou ambiente de estabilidade jurídica para que o setor pudesse investir de forma programada. A modificação trazida pelo assim chamado “marco do pré-sal” inegavelmente impôs duas novas questões que não se podem olvidar pela indústria do petróleo: a) insegurança jurídica advinda especialmente de incertezas quanto ao posicionamento dos comitês operacionais para a áreas do pré-sal, bem como a estabilização das funções da Pré-Sal Petróleo S/A (PPSA), a qual compete a defesa dos interesses da União naqueles

27 Artigo 23 da lei no 9.478/97, antes da alteração promovida pela lei no 12.351/2.010, que atualmente conta com a seguinte redação: As atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural serão exercidas mediante contratos de concessão, precedidos de licitação, na forma estabelecida nesta Lei, ou sob o regime de partilha de produção nas áreas do pré-sal e nas áreas estratégicas, conforme legislação específica (acrêscimos em negrito).

28 PIRES; SCHECHTMAN, in: GIAMBIAGI, Fabio; LUCAS, Luiz Paulo Vellozo (orgs.). *Petróleo, reforma e contrarreforma do setor petrolífero brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. 334 p. p. 101.

Comitês; e b) capacidade (ou incapacidade) da Petrobrás em operar o mínimo de 30% do blocos licitados.

A Lei do Petróleo propiciou a segurança jurídica e o florescimento da livre iniciativa em suas duas facetas; tanto na liberdade de comércio e indústria, quanto na liberdade de concorrência. Foi mantida a iniciativa estatal através de uma das maiores National Oil Companies (NOC) do mundo, a Petrobrás, que, todavia, passou a concorrer com as demais empresas em situação de igualdade nas rodadas de licitação promovidas pela ANP.

Foi alcançada a tão desejada estabilidade regulatória, com a autonomia de que gozava até então<sup>29</sup> a agência reguladora foi possível estabelecer um ritmo de licitações que alçou o país à efêmera condição de autossuficiência nos derivados do petróleo. Inobstante a regulação exista com o propósito de propiciar um ambiente favorável ao desempenho de uma determinada atividade econômica, que equalize os interesses do Estado, da indústria e dos destinatários do serviço; parece haver, mesmo entre estudiosos do tema, entendimentos no sentido de que a atividade é quase um mal necessário e a agência presta-se a defender a sociedade de possíveis infortúnios. A título de exemplo, Martins<sup>30</sup> aduz que:

No Brasil, algumas previsões constitucionais atestam a importância dada às atividades relativas ao petróleo e explicam a existência do monopólio, que é necessário para possibilitar um maior controle estatal de tais atividades: a) em primeiro lugar, o petróleo, como qualquer outro recurso mineral, teve sua propriedade atribuída à União Federal; b) sua exploração, tal como ocorre com os demais recursos minerais, depende de concessão ou autorização, dada de acordo com o interesse nacional; c) sua exploração é vista como desfalque patrimonial, já que implica a utilização das reservas petrolíferas que vão-se esgotando (característica de bem escasso) e, por isso, enseja indenização aos entes federativos e ao proprietário do solo (através de participação em seus resultados ou compensação financeiras); d) o abastecimento interno deve ser garantido, com fornecimento de derivados em todo o território nacional. (Grifos nossos).

---

29 Aponta-se para uma crescente diminuição da autonomia técnica da ANP que, em diversos episódios, tem sido objeto de interferência por parte do Poder Central, abrindo o flanco para a sobreposição de decisões políticas àquelas de ordem técnica.

30 MARTINS, Daniela Couto. *A regulação da indústria do petróleo*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. 254 p. p. 149.

Veja-se no trecho citado a ideia que a exploração do óleo é “desfalque patrimonial” e que as participações governamentais e não governamentais têm natureza de indenização pelo esgotamento de um bem escasso. Essas noções referidas pela autora representam o grande entrave subjacente no inconsciente coletivo brasileiro. Países como Inglaterra, Alemanha e Estados Unidos da América desenvolveram-se através da exploração de seus recursos naturais. O coque<sup>31</sup>, utilizado como alavanca energética da revolução industrial, foi largamente explorado sem que isso trouxesse qualquer sentimento de perda ou dano ao povo inglês, muito pelo contrário, só trouxe progresso e desenvolvimento.

Em verdade, o que mesmo há é a utilização de um recurso disponível com vista ao desenvolvimento econômico de uma nação. A regulação é instrumento de otimização, prevenindo desvios e excessos, servindo como trilho à condução dos negócios e evitando os efeitos negativos que podem advir da exploração de recursos naturais tais como a doença holandesa, que teria gerado o declínio do setor industrial daquele país na década de 1970. Mesmo esses efeitos negativos são passíveis de dúvida, como comenta Ross<sup>32</sup>:

There is a little doubt that the Dutch Disease is real. After the booms of the 1970s, the Dutch Disease hurt the agricultural and manufacturing of many oil-exporting countries, including Algeria, Colombia, Ecuador, Nigeria, Trinidad, and Venezuela. In Nigeria, the Dutch Disease caused the value of agricultural production to fall from the early 1970s to the mid-1980s, and it devastated industries built on the export of cocoa, palm oil, and rubber. In Algeria, booming oil exports led to a drop in manufactured exports twice – first in the late 1970s, and again in the late 1990s and early 2000s.

From a purely economic perspective, the Dutch Disease is not grave as its name implies. According to the theory of comparative advantage, a rise in oil and gas exports should crowd out other types of exports, since it connotes a shift in a country’s comparative advantage. If the income generated by the oil sector is greater than the income lost in manufacturing and agriculture – which should be true, according to simple economic models – the country should still be better off.

---

31 Combustível derivado do carvão betuminoso (hulha).

32 ROSS, Michael L. *The oil curse: how petroleum wealth shapes the development of nations*. New Jersey: Princeton University Press, 2012. 289 p. p. 48-9.

Assim, a doença holandesa não é uma consequência inescapável aos países exportadores de recursos minerais, especialmente o petróleo. Desde que haja um controle entre os diversos bens exportados com vistas a manter um equilíbrio entre os diversos produtos que compõem a pauta de exportação.

O monopólio da União e a regulação do setor projetam justamente confluir os fatores positivos da cadeia, ajustando, na medida em que possível for, o capital privado e o interesse público. O que não se pode olvidar é a necessidade de constante acompanhamento do setor por intermédio de medidas interventivas no domínio econômico, de caráter regulatório ou concorrencial. Os aspectos positivos da Emenda 9 são justamente possibilitar o surgimento dessa indústria antes restrita à Petrobrás, mas que, como já demonstrado, tem uma face de maior dimensão que merece o cuidado atento do Estado, como administrador e legislador.

### **3 O CONTRATO DE PARTILHA DA PRODUÇÃO NO PRÉ-SAL BRASILEIRO**

O “marco regulatório do pré-sal” é composto pelas seguintes leis: a) 12.276 (Lei da Cessão Onerosa), de 30 de junho de 2010, que autoriza a União a ceder onerosamente 5.000.000.000 (cinco bilhões) de barris de petróleo à Petrobrás com a finalidade de capitalizar a empresa; b) 12.304 (Lei da PPSA), de 2 de agosto de 2010, autoriza a criação da empresa pública denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA), cujo objeto é a gestão dos contratos de partilha de produção celebrados pelo Ministério de Minas e Energia e a gestão dos contratos para a comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União; c) 12.351 (Lei da Partilha), de 22 de dezembro de 2010, que dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas, cria o Fundo Social (FS) e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos; e d) 12.734 (Lei dos Royalties), de 30 de novembro de 2012, que determina novas regras de distribuição entre os entes da Federação dos royalties e da participação especial devidos em função da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos nos regimes de concessão e de partilha da produção.

O monopólio da União permaneceu inalterado. Todavia, foi instituído um sistema misto onde, conforme demonstrado acima, utiliza-se da concessão ou da partilha de produção a depender da característica da área a ser licitada. Na Lei do Petróleo, onde os blocos são concedidos, há livre

concorrência entre os interessados. Nesse caso, a Petrobrás concorre em situação de igualdade entre as demais operadoras, sejam elas de origem nacional ou estrangeira.

Nesse panorama instituiu-se estabilidade regulatória suficiente ao ingresso de diversas International Oil Companies (IOC), o que representou considerável incremento na produção de petróleo e gás natural desde 1997. A opção política de adoção do contrato de partilha da produção pelo novo marco legal ainda é objeto de avaliação pelo mercado, o que tornou a primeira rodada de licitações do pré-sal um evento de concorrente único.

O sistema de partilha da produção é velho conhecido na indústria do petróleo. Não é novidade introduzida pelo legislador brasileiro, sendo com frequência adotado por países em desenvolvimento. Como o Brasil; Angola, Rússia e Trinidad e Tobago utilizam os dois sistemas concomitantemente. O modelo aqui perfilado guarda características singulares que merecem análise pormenorizada.

Conceitos legais, diversas vezes, são objeto de crítica, entretanto, no setor petrolífero a necessidade de segurança para certas expressões comumente impõe ao legislador a utilização de definições legais. A Lei da Partilha dedicou um artigo com treze incisos para tentar rebater dúvidas hermenêuticas no que respeita a certas expressões. Assim, entendeu-se por partilha da produção o regime de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos no qual o contratado (Petrobrás ou o consórcio formado por ela e outras operadoras) exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção e, em caso de descoberta comercial, adquire o direito à apropriação do custo em óleo, do volume da produção correspondente aos royalties devidos, bem como de parcela do excedente em óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato, aplicando-se a áreas do pré-sal<sup>33</sup> e em áreas estratégicas<sup>34</sup>. Donde se conclui que permanece o regime de concessão para as demais áreas.

---

33 Região do subsolo formada por um prisma vertical de profundidade indeterminada, com superfície poligonal definida pelas coordenadas geográficas de seus vértices estabelecidas no anexo da Lei da Partilha, bem como outras regiões que venham a ser delimitadas em ato do Poder Executivo, de acordo com a evolução do conhecimento geológico.

34 Região de interesse para o desenvolvimento nacional, delimitada em ato do Poder Executivo, caracterizada pelo baixo risco exploratório e elevado potencial de produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos.

Percebe-se logo que a União, detentora do monopólio, não assume qualquer risco nas atividades exploratórias, sendo este integralmente assumido pelo contratado. Essa característica é comum aos contratos de exploração do setor petrolífero, haja vista que os riscos são inerentes à atividade empresarial e o Estado não exerce tal atividade, figurando na cadeia produtiva como poder concedente do direito à exploração comercial do bem objeto do contrato.

Ocorrendo a descoberta comercial<sup>35</sup>, o contratado terá direito à apropriação das parcelas relativas ao óleo custo e ao óleo lucro<sup>36</sup> como compensação pelos investimentos necessários à exploração do bloco, após o desconto das participações governamentais estipuladas em lei e no contrato.

A Petrobrás é operadora única, situação distinta do que ocorre no sistema de concessão. Isso significa que, nos contratos de partilha, em 100% (cem por cento) dos blocos licitados a estatal estará à frente da logística do processo exploratório, mesmo que tenha menor parcela no consórcio ou que, simplesmente, não tenha participado do leilão. O consórcio é instituído nos termos do artigo 20 da Lei de Partilha, sendo compulsória a sua formação entre os vencedores e a Petrobrás, se esta já não fizer parte do grupo de arrematantes.

A participação mínima da Petrobrás no consórcio não poderá ser inferior a 30% (trinta por cento). Desse modo, o que houve, na prática, foi a ressuscitação do monopólio de execução da empresa controlada pela União para o contrato de partilha, ou seja, mesmo que seja minoritária

---

35 A Lei do Petróleo define descoberta comercial como descoberta de petróleo ou gás natural em condições que, a preços de mercado, tornem possível o retorno dos investimentos no desenvolvimento e na produção.

36 A indústria do petróleo refere o óleo retirado dos blocos exploratórios em duas parcelas distintas: a) o óleo custo (cost oil), correspondente ao percentual da produção destinado a cobrir as despesas necessárias à descoberta comercial; e b) o óleo lucro (profit oil), correspondente ao retorno comercial pelo investimento.

Para a primeira rodada de licitações do pré-sal, conhecida por leilão de Libra, o Conselho Nacional e Política Energética (CNPE) editou a Resolução no 7, de 9 de outubro de 2013, a qual estabeleceu que no contrato, a ser celebrado pela União, relativo à Primeira Rodada de Licitações sob o regime de partilha de produção na área do pré-sal, nos termos do art. 9º, inciso IV, da Lei no 12.351, de 2010, após o início da produção, caso os gastos registrados como custo em óleo não sejam recuperados no prazo de dois anos, a contar da data do seu reconhecimento como crédito para o contratado, o limite de que trata o § 5º do art. 1º da Resolução CNPE no 5, de 25 de junho de 2013, será aumentado, no período seguinte, para até cinquenta por cento até que os respectivos gastos sejam recuperados.

Na prática, a resolução do CNPE tornou o campo de Libra mais atrativo ao mercado, possibilitando a recuperação mais célere do investimento destinado à produção. A edição do ato foi considerada um indício de que haveria rejeição dos grandes operadores em razão das incertezas geradas pelo novo marco regulatório e nos altos custos envolvidos na operação.

na arrematação dos blocos será operadora por determinação legal. A opção foi muito questionada, especialmente em razão de dúvidas sobre a capacidade operacional da petroleira para fazer-se presente em todos os campos a serem licitados no futuro.

No leilão de Libra, maior campo do pré-sal até então, o consórcio vencedor (único concorrente) foi formado pela Petrobrás (Brasil), Shell Royal-Dutch (Anglo-Holandesa), Total (França), China National Petroleum Corporation (CNPC) (China) e China National Offshore Oil Corporation (CNOOC) (China) e arrematou o campo com o lance de 41,65% (quarenta e um vírgula sessenta e cinco por cento) do excedente em óleo<sup>37</sup> a ser extraído, o que correspondeu ao lance mínimo.

Na hipótese, a Petrobrás participou do consórcio que arrematou o bloco, já estando satisfeita a exigência do artigo 20 da Lei da Partilha. Todavia, caso a empresa não participe de consórcios arrematantes futuros, terá que ingressar nos mesmos após a divulgação do resultado com o percentual de 30% (trinta por cento) e operar o campo desde a pesquisa até a perfuração do poço.

A par de posicionar parâmetros específicos do sistema de partilha da produção no Direito brasileiro, cumpre não olvidar a criação da PPSA<sup>38</sup> pelo Decreto nº 8.063, de 1º de agosto de 2013, que tem por objeto a gestão dos contratos de partilha de produção celebrados pelo Ministério de Minas e Energia e a gestão dos contratos para a comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União.

A PPSA é empresa pública federal e se constituiu sob a forma de sociedade anônima, não exercendo qualquer função de execução, direta ou indireta, de atividades de exploração, produção e comercialização. Trata-se de um ente cujo objeto é essencialmente gerencial, não guardando atividade regulatória (típica da ANP) ou de execução do monopólio (reservado à Petrobrás). Sua função precípua é gerir os contratos, garantindo a fiel execução dos mesmos, maximizando seus resultados econômicos.

---

37 Parcela da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos a ser repartida entre a União e o contratado, segundo critérios definidos em contrato, resultante da diferença entre o volume total da produção e as parcelas relativas ao custo em óleo, aos royalties devidos e, quando exigível, à participação especial.

38 A lei no 12.304 (Lei da PPSA), de 2 de agosto de 2010, autorizou a criação da empresa pública denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA).

A exemplo do marco regulatório como um todo, a PPSA foi objeto de intensos debates, inclusive quanto a sua real utilidade, haja vista que suas funções poderiam ser realizadas pela agência reguladora, com resultados satisfatórios e economia do dinheiro da criação de mais esse ente público<sup>39</sup>. Os partidários da ideia trouxeram a lume argumentos louváveis, com especial destaque para a defesa da especialização de tarefas como meio de atingir mais eficiência na gestão contratual. O correr da execução dos primeiros contratos será o principal termômetro da razão.

#### 4 CONCLUSÃO

A análise presente tomou como ponto de partida questões de ordem histórica, econômica e jurídica para a indústria petrolífera no Brasil e no Mundo, buscando a melhor compreensão dos fatores que levaram a escolha na alteração do sistema regulatório da indústria nacional, bem como a demonstração de aspectos jurídicos relevantes ao entendimento dos parâmetros basilares do setor.

A crítica é inevitável, porém há de ser interpretada sob a ótica da busca de resolução de problemas. Optou-se pelo abandono de um sistema testado, confiável e apontado como um dos responsáveis pelo incremento da produção há mais de dez anos, por outra forma, cujas vantagens não puderam ser compreendidas em suas bases econômicas e jurídicas e cuja eficácia, ou falta dela, pode colocar em cheque o abastecimento interno.

Não bastasse isso, foi reinstituída a exclusividade de execução do monopólio da União para a Petrobrás, gerando franco embate entre o governo e a indústria que aqui se instalou, especialmente questionando-se a capacidade de uma única empresa operar todos os campos a serem licitados sob o regime de partilha da produção.

O sistema de partilha da produção, salvo a adição de um agente a mais no arranjo institucional (PPSA) e a ressuscitação da exclusividade operacional à Petrobrás, pouco alterou a relação negocial entre o poder concedente e o contratado. A construção do marco regulatório foi recheada de discussões políticas, especialmente sobre a distribuição de royalties entre os entes federativos e a capitalização da Petrobrás, o que deixou ao largo questões maiores como a eficiência operacional e a segurança regulatória.

---

39 O capital social inicial da PPSA é de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), dividido em cinquenta mil ações ordinárias nominativas e sem valor nominal, com integralização de trinta por cento em pecúnia pela União

Como o setor petrolífero irá reagir a essas facetas, só o tempo dirá. As questões jurídicas ainda serão pensadas e debatidas, na busca de um entendimento que possa conformar a nova legislação às necessidades da sociedade, de segurança no abastecimento e estabilidade de preços.

## REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos naturais*. São Paulo: Quartier latin, 2011.

ECONOMIDES, Michael; OLIGNEY, Ronald. *The color of oil: the history, the money and the politics of the world's biggest business*. Katy: Round oak publishing company, 2000.

GIAMBIAGI, Fabio; LUCAS, Luiz Paulo Vellozo (orgs.). *Petróleo, reforma e contrarreforma do setor petrolífero brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MARTINS, Daniela Couto. *A regulação da indústria do petróleo*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. .

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Comentários à lei do petróleo*. São Paulo: Atlas, 2000.

MONTEIRO LOBATO, José Bento Renato. *Escândalo do petróleo e ferro*. 8. ed. São Paulo: Brasileinse, 1956.

RAMÍREZ, Mariano. *Petróleo*. 1ª reimpressão. Mendoza: Ediciones jurídicas Cuyo, 2003.

ROSS, Michael L. *The oil curse: how petroleum wealth shapes the development of nations*. New Jersey: Princeton University Press, 2012.

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional  
SIG, Quadra 6, Lote 800 - 70610-460, Brasília – DF  
Tiragem: 1.500 exemplares